

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ
МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

НАУКОВИЙ ВІСНИК
МІЖНАРОДНОГО
ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:
Юриспруденція

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Випуск 4

Одеса
2012

УДК 340 (082)
ББК 67Я43
Н-34

Серію засновано у 2010 р.
Засновник — Міжнародний гуманітарний університет

*Друкується за рішенням Вченої ради Міжнародного гуманітарного університету
протокол № 4 від 27 листопад 2012 р.*

Видавнича рада:

С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф., акад. АПН і НАПрН України — голова Ради;
М. П. Коваленко, д-р фіз.-мат. наук, проф. — заступник голови Ради; **А. Ф. Крижановський**, д-р юрид. наук, проф. — заступник голови Ради; **С. А. Андронаті**, акад. НАН України; **В. Д. Берназ**, д-р юрид. наук, проф.; **О. М. Головченко**, д-р екон. наук, проф.; **Д. А. Зайцев**, д-р техн. наук, проф.; **В. М. Запорожан**, акад. АМН України; **М. З. Згуровський**, акад. НАН України; **О. О. Костусев**, д-р екон. наук, проф.; **В. А. Кухаренко**, д-р філол. наук, проф.; **О. М. Образцова**, канд. філол. наук, доц.; **Г. П. Пекліна**, д-р мед. наук, проф.; **О. В. Токарев**, засл. діяч мистецтв України; **В. О. Туляков**, д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний редактор серії — д-р юрид. наук, проф.,
Заслужений діяч науки і техніки **В. Д. Берназ**.

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

Редакційна колегія серії «Юриспруденція»:

А. Ф. Крижановський, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки; **Ю. О. Гурджі**, д-р юрид. наук, доц.; **О. К. Вишняков**, д-р юрид. наук, доц.; **В. В. Дудченко**, д-р юрид. наук, проф., Заслужений юрист України; **В. М. Дрьомін**, д-р юрид. наук, проф.; **Т. С. Ківалова**, д-р юрид. наук, проф.; **Т. С. Кізлова**, д-р юрид. наук, доц., Заслужений юрист України; **Н. А. Орловська**, д-р юрид. наук, доц.; **В. О. Туляков**, член-кореспондент НАПрНУ, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки; **О. І. Харитонова**, д-р юрид. наук, проф.; **Г. І. Чанишева**, член-кореспондент НАПрНУ, д-р юрид. наук, проф.

Н-34 Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: юриспруденція :
зб. наук. праць. — Одеса : Фенікс, 2012. — Вип. №4. — 244 с.

*Повне або часткове передрукування матеріалів, виданих у журналі
«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету», допускається лише з письмового дозволу редакції.
При передрукуванні матеріалів посилання на
«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету» обов'язкове.*

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

Адреса редакції:
Міжнародний гуманітарний університет, офіс 202,
вул. Фонтанська дорога 33, м. Одеса, 65009, Україна,
тел. (048) 719-88-48, факс (048) 715-38-28, e-mail: mgu@ukr.net

© Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.
Серія: «Юриспруденція», 2012
© Міжнародний гуманітарний університет, 2012

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Миколенко О.І.,

*д.ю.н., доцент, професор кафедри адміністративного та господарського права
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*

ВИКОРИСТАННЯ ДЕФІНІЦІЇ «ЮРИДИЧНИЙ ПРОЦЕС» В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена сучасним тенденціям щодо використання поняття «юридичний процес» в юридичній науці та законодавстві України.

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

Постановка проблеми. Вся правова система України перебуває сьогодні у перехідному стані, і, якщо система законодавства в сфері матеріального права поступово набуває певну стійкість, стабільність, формується єдина практика його застосування, то процесуальна сфера в цьому сенсі явно відстає.

Проблема юридичного процесу існувала в радянському, — а тепер і в українському правознавстві — не одне десятиліття. Вона відноситься до розряду тих проблемних питань, на які неможливо швидко і однозначно відповісти, але від вирішення яких збагачується не тільки юридична наука, а й залежить зміст законодавства, його ефективність і дієвість.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Теоретичні засади щодо розуміння юридичного процесу закладені в працях В.А. Адамовича, Д.М. Бахраха, Е.Ф. Демського, О.К. Застрожної, А.Т. Комзюка, О.В. Кузьменко, О.Є. Лункова, К.І. Малишева, Є.А. Нефедьєва, М.М. Полянського, В.М. Савицького, М.С. Строговича, Д.Г. Тальберга, В.П. Тимощука та інших видатних вчених. Але зазначені наукові праці суперечливі за змістом, оскільки кожен із науковців намагався розкритикувати існуючі концепції юридичного процесу та висвітлити переваги своєї концепції.

Метою написання статті є висвітлення особливостей використання дефініції «юридичний процес» у чинному законодавстві України та юридичній науці.

Викладення основного матеріалу. Не дивлячись на те, що такі дефініції як «процес»

та «юридичний процес» розглядаються і використовуються в багатьох галузевих науках та на загальнотеоретичному рівні, це явище комплексно досліджувалось лише в поодиноких монографічних працях.

До середини ХХ століття уявлення про юридичний процес базувалися на реально існуючих тоді цивільному та кримінальному процесі. Відповідно виділялися такі його особливості: 1) це завжди діяльність органів держави, серед яких особливе місце займає суд; 2) це судовий розгляд та вирішення спору про право з застосуванням заходів цивільно-правового примусу (якщо мова йде про цивільний процес) чи судовий розгляд справи про злочин з вирішенням питання про застосування заходів кримінального примусу (якщо мова йде про кримінальний процес). Але з другої половини ХХ століття поняття «процес» і «юридичний процес» стали досліджуватися, а разом з тим і широко використовуватись в інших галузях юридичної науки. Наприклад, з'явилися перші праці щодо аналізу таких правових явищ як адміністративний процес (О.К. Застрожна, М.Я. Масленников, Н.Г. Саліщева, В.Д. Сорокін), законодавчий процес (Д.О. Каримов, Ю.О. Корольов), арбітражний (господарський) процес (І.М. Зайцев, Т.Є. Абова), бюджетний процес (Н.І. Хімічева), нотаріальний процес (С.Г. Пасічник, Л.К. Радзівська, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса) та ін.

Чинне законодавство України також широко використовує поняття «процес». Воно вживається не тільки по відношенню та в рамках цивільно-процесуального, кримінально-процесуального, господарсько-процесуального законодавства чи законодавства про адміністративне судочинство, а й по відношенню до всіх цих видів судочинства. Наприклад, ст. 129 Конституції України та ст. 323 Кодексу торговельного мореплавства України використовують поняття «судовий процес». В Бюджетному кодексі України (ст. 2)

надається офіційне визначення бюджетного процесу. Нерідко зустрічаються поняття «виборчий процес» [141] та «референдумний процес» [144]. Розділи II (конституційне провадження) і III (особливості конституційного провадження) Конституції України свідчать про існування конституційного процесу.

Зважаючи на те, що поняття «процес», в залежності від сфери використання та контексту речення, може набувати різного значення, в законодавстві воно використовується не тільки для характеристики юридичного процесу, а й для описання фаз розвитку будь-яких предметів і явищ, що відбуваються закономірним порядком [3, 738]. Наприклад, в чинному законодавстві досить часто зустрічаються поняття «процес приватизації», «виробничі процеси», «технологічний процес», «процес виготовлення продуктів переробки» та ін.

Вказане свідчить, що слід виділяти три поняття процесу — «процес в загальносоціальному значенні», «правовий процес» та «юридичний процес». Спроби автоматично перенести загальносоціальні визначення процесу в юридичну науку є, на нашу думку, безпідставними, адже юридична наука має свою специфіку, обумовлену її предметом, що безпосередньо відображається на формуванні її категоріального апарату.

Отже «процес в загальносоціальному значенні» може мати два визначення. По-перше, такий процес — це послідовна зміна фаз розвитку предметів і явищ, що відбувається закономірним порядком. По-друге, такий процес — це сукупність ряду послідовних дій, спрямованих на досягнення певного результату [3, 738].

Якщо таке розуміння «процесу» залучити за аналогією до сфери юридичної науки та врахувати при цьому зміст поняття «право в об'єктивному розумінні», то можна запропонувати визначення «правового процесу». Правовий процес можна буде розглядати, по-перше, як послідовну зміну фаз розвитку предметів і явищ, що відбувається в порядку, передбаченому нормами права, і, по-друге, як сукупність ряду врегульованих нормами права послідовних дій, спрямованих на досягнення певного результату.

«Юридичний процес» якраз і є тим науковим поняттям, яке набуло свого специфічного змісту в юридичній науці. На жаль, суб'єктивний підхід кожного вченого, який

займається проблемами юридичного процесу, вже більше століття (спочатку вченими Російської Імперії та Радянського Союзу, а сьогодні і вченими України) не дає остаточно визначитись з його змістом.

Отже, зважаючи на те, що, по-перше, поняття «процес» має різне смислове навантаження, по-друге, в науковій літературі поряд з традиційними видами юридичного процесу (цивільного та кримінального) стали досліджувати правову природу та місце в системі юридичних знань таких понять як «адміністративний процес», «бюджетний процес», «законодавчий процес», «господарський процес», «нотаріальний процес» тощо, по-третє, констатуючи низький рівень розвитку загальноправової процесуальної теорії, виникає потреба в уточненні змісту юридичного процесу, його основних ознак і видів.

Проаналізуємо деякі з представлених в юридичній літературі думок щодо ознак юридичного процесу.

В радянські часи було опубліковано декілька монографій, які або повністю чи частково були присвячені теорії юридичного процесу. Наприклад, автори монографії «Теорія юридичного процесу» під загальною редакцією В.М. Горшеньова, характеризуючи ознаки юридичного процесу вказували, що юридичний процес: 1) це розгляд певної юридичної справи, тобто такої обставини, котра б розглядалась за законом, а його наслідки реалізуються в ім'я виконання закону; 2) це діяльність по вдосконаленню операцій з нормами права; 3) це правова форма діяльності уповноважених на те органів держави і посадових осіб; 4) це діяльність, результати якої обов'язково оформлюються у відповідних процесуальних документах; 5) це діяльність, що викликає об'єктивну потребу в процедурно-процесуальній регламентації; 6) це діяльність, що безпосередньо пов'язана з необхідністю використання методів і засобів юридичної техніки [4, 51-64]. Такої ж думки дотримується в своїх наукових працях і С.М. Махіна [5, 42-44].

Серед представників загально-процесуальної теорії, які працювали на рубежі розпаду Радянського Союзу та створення СНД, обов'язково слід згадати В.М. Протасова. У своїй монографії він акцентує увагу не на ознаках юридичного процесу, а виводить два, на його думку, незаперечні постулати:

1) юридичний процес — це процесуальна процедура, тобто різновид правової процедури; 2) об'єм і зміст юридичного процесу визначається тим, що він служить реалізації особливих відносин — матеріальних охоронних відносин [6, 62]. Тому юридичний процес набуває свого змісту у монографії В.М. Протасова через характеристику та визначення ознак правової процедури і охоронних відносин.

З цього приводу висловлювали свої думки і видатні вчені адміністративісти, які внесли свій вклад в розвиток радянської юридичної науки та науки адміністративного права і процесу Російської Федерації.

Наприклад, Д.М. Бахрах в залежності від форм руху матерії розрізняє процеси фізичні, хімічні, біологічні, соціальні. Юридичні процеси, на його думку, є різновидом соціальних процесів і характеризуються наступними ознаками: 1) це свідомо цілеспрямована діяльність; 2) вона пов'язана з реалізацією владних повноважень суб'єктами публічної влади; 3) вона запрограмована на досягнення певних юридичних результатів, спрямована на вирішення юридичних справ; 4) проміжні та кінцеві результати процесу закріплюються в офіційних документах; 5) повна (чи в основному) регламентація діяльності юридичними процесуальними нормами [7, 153].

В.Д. Сорокін визначає, що юридичний процес: 1) це чітко виражена державно-владна діяльність; 2) це динамічне поняття, що означає достатньо складну діяльність відповідних органів державної влади, через яку реалізуються їхні функції — законодавчі, виконавчі, правоохоронні і ін.; 3) це не будь-яка державна діяльність, а виключно юридична як за змістом, так і за цілями та результатами; 4) об'єктивно потребує спеціального правового регулювання; 5) зв'язок процесу з методом правового регулювання (особливо, коли мова йде про цивільний, кримінальний і адміністративний процеси) [8, 446-451].

Слід відзначити, що сьогодні в Україні комплексних досліджень юридичного процесу на загальнотеоретичному рівні недостатньо. Серед них можна виділити кандидатську дисертацію О.В. Фатхутдінової «Теоретико-правові проблеми юридичного процесу». Вона вважає, що до юридичного процесу належить будь-яка правова процедура, а тому до ознак, які характеризують юридичний процес,

відносить ієрархічність, структурованість правовими відносинами, наявність чітко визначених суб'єктів, націленість на досягнення правового результату, нормативну урегульованість, імперативність [9, 6-10].

О.М. Бандурка і М.М. Тищенко зазначають, що юридичний процес характеризують такі основні і додаткові ознаки [10, 9-10]: по-перше, це організаційна форма діяльності, яка завжди пов'язана з розглядом таких обставин і фактів, які базуються на праві (законі) і тягнуть певні юридичні наслідки; по-друге, являє собою сукупність правових форм діяльності виключно вповноважених на те суб'єктів; по-третє, це така галузь людської практики, яка являє собою органічну взаємозв'язану систему дій щодо вчинення операцій з нормами права; по-четверте, завжди розглядається як діяльність, результат якої закріплюється прийняттям відповідних правових (таких, що мають офіційний характер і встановлену законом форму) актів; по-п'яте, це така діяльність, яка об'єктивно потребує процесуальної регламентації; по-шосте, для юридичного процесу необхідне використання різних методів і засобів юридичної техніки, досягнень науково-технічного процесу.

О.В. Кузьменко серед ознак юридичного процесу називає наступні: а) це всі нормативно-регламентовані процесуальні форми правової діяльності; б) це система взаємопов'язаних, спеціально упорядкованих, розташованих у певному порядку дій та операцій, що підпорядковані певній меті, в) це система дій, яка приводить (за допомогою відповідних прийомів та засобів) до конкретного результату [11, 9].

Заперечуючи вище названим науковцям, В.П. Тимошук зазначає, що адміністративне право як галузь права і галузь правової науки не може не зважати на загальні ознаки «юридичного процесу» як правової категорії. Адже у класичних процесуальних галузях права — кримінальному та цивільному — ознаками процесу є, насамперед, наявність спору між сторонами, а також його вирішення судом. Іншими ознаками процесуальності, на думку В.П. Тимошука, є наявність у сторін процесуальних прав та обов'язків, а також проведення «слухань» [12].

А.Т. Комзюк, В.М. Бевзенко та Р.С. Мельник на відміну від, наприклад, В.М. Горшенєва

і В.М. Протасова, які намагалися або ототожнювати, або співвідносити як загальне та часткове поняття «юридична процедура» та «юридичний процес», зазначили, що кожен вид процесу має своїм джерелом відповідну гілку державної влади. Тому, на їх думку, не можна ототожнювати так званій «управлінський процес» (адміністративну процедуру) з «адміністративним процесом», тобто діяльністю адміністративних судів щодо розгляду адміністративних публічних спорів [13, 41-42]. Серед основних ознак юридичного процесу ці вчені запропонували виділяти наступні: 1) це розгляд певної юридичної справи (зазвичай спору про право чи правопорушення); 2) це діяльність щодо здійснення операцій із нормами права; 3) правова природа юридичного процесу проявляється, перш за все, у його результатах; 4) це юридична форма діяльності відповідної гілки влади.

Всі запропоновані вище точки зору збігаються в тому, що юридичний процес це: а) діяльність, яка в повному обсязі (чи в основному) регулюється процесуальними нормами; б) діяльність, пов'язана з вирішенням юридичних справ; в) діяльність цільова, свідомо і спрямована на досягнення певного юридичного результату.

Більшість вчених характеризують юридичний процес як діяльність, пов'язану виключно з реалізацією державно-владних повноважень. Цьому заперечує, наприклад, О.В. Фахутдінова. Вона вважає, що існує приватний юридичний процес в приватному праві [9].

Переважає більшість вчених серед ознак юридичного процесу називає таку ознаку як офіційне оформлення заключними та проміжними документами. Наприклад, В.Д. Сорокін таку ознаку юридичного процесу не називає, вважаючи її не суттєвою [14, 77-184].

Всі інші ознаки юридичного процесу, що пропонуються вченими в юридичній літературі, носять суперечливий, а разом з тим, дискусійний характер.

На різноманітність ознак юридичного процесу, які називаються вченими в наукових працях, передусім впливають їх погляди на зміст юридичного процесу. І ці погляди не можна звести лише до двох концепцій (юридичний процес у широкому та вузькому розумінні), як це надається в навчальній літературі [13, 50; 15, 257-258]. В юридичній

літературі представлені різні думки щодо змісту юридичного процесу: а) це юрисдикційна і правоохоронна діяльність органів правосуддя; б) це юрисдикційна і правоохоронна діяльність уповноважених органів держави і інших суб'єктів; в) це вся правозастосовна і правотворча діяльність компетентних органів; г) це процес реалізації матеріально-правових норм незалежно від форм такої реалізації; д) це вся юридична діяльність державних органів (правотворча, правозастосовна, засновна, контрольна, розпорядча) [16, 41-42].

Висновок. Як бачимо, дослідження такого правового явища як юридичний процес є доволі проблематичним. Таке дослідження не може відбуватись без впливу суб'єктивних факторів (вибір вченим методів наукового пізнання, рівня наукового пізнання, опорних координат, з яких було розпочате дослідження тощо), а тому «юридичний процес», як категорія юридичної науки, не набув свого однозначного змісту та визначається кожним вченим в залежності від тих суб'єктивних критеріїв і ознак, які на думку вченого повинні його характеризувати.

Література:

1. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 6 квітня 2004 р. №1667-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2004. — № 30-31. — Ст. 382.
2. Про Центральну виборчу комісію : Закон України від 30 червня 2004 р. №1932-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2004. — №36. — Ст. 448.
3. Сучасний тлумачний словник української мови: 65 000 слів / уклад. Н. Д. Кусайкіна, Ю. С. Цибульник ; за заг. ред. проф. В. В. Дубічинського. — Х. : ШКОЛА, 2006. — 1008 с.
4. Теория юридического процесса : монография / В. М. Горшенев, В. Г. Крупин, Ю. И. Мельников, И. М. Погребной [и др.] ; под общ. ред. проф. В. М. Горшенева. — Х. : Вища школа, 1985. — 192 с.
5. Махина С. Н. Административный процесс: проблемы теории, перспективы правового регулирования / С. Н. Махина. — Воронеж : Изд-во Воронежского государственного университета, 1999. — 232 с.
6. Протасов В. Н. Основы общеправовой процессуальной теории / В. Н. Протасов. — М. : Юридическая литература, 1991. — 144 с.
7. Бахрах Д. Н. Административное право : учебник для вузов / Д. Н. Бахрах. — М. : БЕК, 1996. — 368 с.
8. Сорокин В. Д. Избранные труды / В. Д. Сорокин. — СПб : Юридический центр Пресс, 2005. — 1086 с.
9. Фатхутдінова О. В. Теоретико-правові проблеми юридичного процесу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Фатхутдінова. — Київ, 2000. — 16 с.
10. Бандурка О. М. Адміністративний процес : підручник для вищих навч. закл. / О. М. Бандурка, М. М. Тищенко. — К. : Літера ЛТД, 2002. — 286 с.

11. Кузьменко О. В. Адміністративний процес у парадигмі права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктор. юрид. наук : спец. 12.00.07 — адміністративне право и процес; фінансове право, інформаційне право / О. В. Кузьменко ; Київський національний університет внутрішніх справ. — Київ, 2006. — 32 с.

12. Тимошук В. П. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / автор-упорядник В. П. Тимошук. — К. : Факт, 2003. — 496 с.

13. Комзюк А. Т. Адміністративний процес України : навчальний посібник / А. Т. Комзюк, В. М. Бевзенко, Р. С. Мельник. — К. : Прецедент, 2007. — 531 с.

14. Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право : учебник / В. Д. Сорокин. — СПб : Юридический центр Пресс, 2004. — 540 с.

15. Стеценко С. Г. Адміністративне право України : навчальний посібник / С. Г. Стеценко. — К. : Атіка, 2007. — 624 с.

16. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / Е. Г. Лукьянова. — М. : Инфра-М, 2003. — 240 с.

Миколенко А.И. Использование дефиниции «юридический процесс» в юридической науке и законодательстве Украины.

Аннотация. Статья посвящена современным тенденциям по использованию понятия «юридический процесс» в юридической науке и законодательстве Украины.

Ключевые слова: юридический процесс, юридическая наука, законодательство Украины, юридическая процедура.

Mikolenko A.I. Using the definition of «legal process» in the jurisprudence and legislation of Ukraine.

Summary. The article discusses modern trends on the use of the term «legal process» in the jurisprudence and legislation of Ukraine.

Keywords: legal process jurisprudence, the law of Ukraine legal procedure.

Крумаленко М.В.,

*к. ю. н., доцент кафедри теорії та історії держави і права,
Міжнародний гуманітарний університет*

ЕТНОРЕЛІГІЙНІ ГРУПИ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО В СУЧАСНІЙ ІСТОРІОГРАФІЇ: ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО ВИМІРУ

Анотація. У статті розглядається проблема висвітлення правового становища етнорелігійних груп Великого князівства Литовського в сучасній історіографії. Проаналізовані праці литовських, білоруських, українських, російських, польських вчених та дослідників інших країн, в яких піднімається проблематика правового становища руської, татарської, іудейської і циганської етнорелігійних спільнот.

Ключові слова: правове становище, етнорелігійна група, Велике князівство Литовське, православна релігія, католицька релігія.

Постановка проблеми. Сучасна історіографія проблеми правового становища етнорелігійних груп Великого князівства Литовського (далі ВКЛ), яка розпочалася у пострадянські часи, є надзвичайно різноманітною за своїми напрямками, що відчувається, передусім, в узагальнюючих працях з історії ВКЛ. Питання щодо етнічного ядра, навколо якого утворилося ВКЛ, є одним з предметів спору в сучасній історіографії.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Так, литовська історіографія категорично виступає проти «слов'янських» коренів ВКЛ, про що свідчать, наприклад, праці Е. Гудавічюса [1], який вважав слов'янський, зокрема білоруський елемент, другорядною складовою ВКЛ не тільки в політичному, але й демографічному відношенні.

Разом з тим, литовська історіографія має певний доробок у вивченні історії правового становища етнорелігійних груп у ВКЛ. Перш за все, слід назвати дисертаційне дослідження Ю. Вербіцкене «Євреї у Великому князівстві Литовському: аспекти співіснування». В дисертації розглядається історичний період від першої письмової згадки про євреїв у Литві до третього поділу Польщі. Принципово новим у цій науковій праці є те, що єврейська громада розглядається не як національна

меншина Польщі (як це було прийнято в історіографії минулого), а як частина литовського суспільства, що дає можливість по-новому осмислити відносини єврейської діаспори з корінним населенням.

Викладення основного матеріалу. У Литві існує міцна традиція вивчення нормативно-правових пам'яток ВКЛ, зокрема — його Статутів, а також судової та адміністративної практики, документи якої зосереджені в Литовській Метриці — архіві державної канцелярії ВКЛ. Сьогодні у цій царині активно працюють С. Лазутка, І. Валіконіте, А. Дубоніс та інші історики, які, не досліджуючи становище етнорелігійних груп окремо, разом з тим зробили істотний внесок у розробку цієї теми, надавши вичерпні коментарі до статей Статуту ВКЛ 1529 р., присвячених етнорелігійним групам.

Всупереч литовським історикам, білоруська історіографія шукає етнічні та політичні корені ВКЛ виключно на території Білорусі. У другій половині 80-х рр. минулого століття з новою етнічною характеристикою ВКЛ виступив М. Єрмолевич, який представив князівство як виключно білоруську державу [2], відповідно відносячи назву «литвин» до предків сучасних білорусів. Більш обережну позицію займає О. Кравцевич, який вважає, що ВКЛ з самого початку було «біетнічною балтосхіднослов'янською державою з домінуванням східнослов'янського елемента» [3, 201].

У названих працях ВКЛ постає як держава з дихотомною національною структурою, репрезентованою лише двома етносами: литовці та східні слов'яни. Правовий статус населення ВКЛ у цих працях є лише другорядним сюжетом, оскільки основна доказова база спрямована на доведення литовського або білоруського «первородства» у державотворенні.

Правовий статус населення ВКЛ знайшов своє висвітлення на сторінках загальних

праць: з історії держави і права Литви, України, Білорусі, Росії; з історії права ВКЛ; із загальної історії та етнології.

Так, білоруський вчений Г. Саганович висвітлює правове становище основних верств населення ВКЛ в загальному курсі історії Білорусі, а також присвятив окреме дослідження ревнителю православної віри князю К. Острозькому. Особливе місце у працях автора займає питання релігійної толеранції у ВКЛ в XIV – першій половині XVI ст. [4].

Важливе місце в білоруській історіографії займають праці С.Ф. Сокола, який досліджує розвиток політико-правової думки в Білорусі. Він зробив висновок про значний вплив протестантських ідей на формування правової системи ВКЛ та, відповідно, на правовий статус етнорелігійних груп [5]. Питання історії етнічних меншин ВКЛ із загальноісторичних позицій досліджує С. Захаркевич [6].

Сучасна українська історіографія представлена, перш за все, працями Н.М. Яковенко та її наукової школи вивчення українського шляхетства. Представники цієї школи зробили суттєвий внесок у дослідження правового становища православної шляхти [7]. Серед безперечних чеснот праць Н.М. Яковенко – намагання відійти від радянських стереотипів (наприклад, щодо невпинного погіршення становища православних у ВКЛ, конфронтаційних відносин між етносами у ВКЛ).

Особливе місце в сучасній українській історіографії досліджуваної проблеми займають праці С.М. Плохого, який у контексті загальноєвропейських процесів – контрреформації та конфесіалізації громадського й політичного життя, розглядає релігійний фактор як засадничий для формування української ідентичності [8]. Серед праць українських істориків останніх часів особливо слід назвати низку праць О.В. Русиної [9], одна з яких безпосередньо присвячена міжконфесійним відносинам у ВКЛ. Дослідниця ретельно проаналізувала міжконфесійні відносини між православними і католиками та суспільно-політичні рухи на зламі XV – XVI ст.ст. (так звану «змову князів» 1481 р.), роблячи при цьому висновок про відсутність прямого зв'язку між ними. На її думку, реальних переслідувань православних, які попередниками (у тому числі школою В.Б. Антоновича) висувались як можливий мотив антидержавних виступів, на той момент

у ВКЛ не існувало [9, 5-14]. З нових позицій О.В. Русина висвітлила і конфлікт між великим князем Олександром та правителями Московської держави щодо будівництва та функціонування православних церков у ВКЛ. Вона доводить, що претензії, які висувалися московськими правителями, були лише приводом для розв'язання війни проти сусіда, який вважався загарбником частини «спадщини» Рюриковичів. В узагальнюючій монографії «Україна під татарами та Литвою» О.В. Русина присвятила міжконфесійним відносинам окрему главу, хоча слід відзначити, що мова там йде не тільки про відносини між представниками християнських конфесій, але й про відносини між християнами та іншими етнорелігійними групами.

Сюжети, пов'язані з судівництвом у межах етнорелігійних груп, досліджувались І.І. Бойком [10].

Одеська історико-правова школа професора П.П. Музиченка досліджує різноманітні аспекти правового життя ВКЛ.

Серед чисельних праць П.П. Музиченка, присвячених правовій системі ВКЛ, декілька безпосередньо торкаються досліджуваної теми, а саме – присвячені питанням впливу церковного права на розвиток правової культури ВКЛ та правового статусу православної шляхти [11]. Слід відзначити також праці С.Г. Ковальнової, яка дослідила створення та компетенцію судів, що мали яскраво виражений етнорелігійний характер, а саме церковних православних судів, судів для вірмен, євреїв, татар [12].

В останні роки до тематики ВКЛ звертається російська історична та історико-правова наука. С.В. Думін багато зробив для спростування стереотипів «західнорусизму». Зокрема, він обґрунтовано поставив під сумнів тезу про споконвічне прагнення українців та білорусів до Росії, відкинув і тезу про експансію католицизму на українські та білоруські землі ВКЛ у XV ст. С.В. Думін трактує ВКЛ як багатонаціональну, досить ефективну у внутрішніх та зовнішніх справах державу [13]. До переваг досліджень С.В. Думіна слід віднести чітко витриманий принцип історизму в аналізі правового становища татарських мешканців ВКЛ. Він простежив еволюцію правового статусу різних груп мусульманського населення протягом XVI ст., зазначаючи поступове

наростання масиву правових норм та розширення їх приписів. Досліджені С.В. Думіним актовий матеріал та судова практика навели його на висновки про принципову подібність правового становища татарських служилих людей та християнської шляхти.

Становище руських земель у складі ВКЛ, їхнього населення, проблема геополітичного вибору між Сходом та Заходом, між Москвою та Вільно розглядається у монографічних дослідженнях А.Ю. Дворниченка і М.М. Крома [14; 15]. М.М. Кром висуває та переконливо доводить тезу про етноконфесійний мир у ВКЛ. Непрості російсько-литовські відносини, їхній релігійний компонент знайшли своє висвітлення у ґрунтовній праці Д.М. Александрова та Д.М. Володіхіна [16].

Російська історіографія переживає «ренесанс» інтересу до церковної історії та різних аспектів релігійного життя, у тому числі правових. Серед численних робіт російських дослідників, присвячених питанням Брестської церковної унії, слід особливо вказати на ґрунтовне дослідження Л.М. Кириллової, в якому аналізуються поліетнічний і поліконфесійний склад населення Київської митрополії у другій половині XVI ст., особливості формування і функціонування парафій та парафіяльних храмів [17]. На жаль, її дослідження обмежене лише другою половиною XVI ст.

Правове становище мусульмансько-татарської етнорелігійної спільноти у наш час стало предметом дослідження російського вченого С.В. Думіна [101] та білоруського вченого І.В. Канапацького [18].

До переваг досліджень С.В. Думіна слід віднести чітко витриманий принцип історизму в аналізі правового становища татарських мешканців ВКЛ. Він простежив еволюцію правового статусу різних груп мусульманського населення протягом XVI ст., зазначаючи поступове наростання масиву правових норм та розширення їх приписів. Досліджені С.В. Думіним актовий матеріал та судова практика навели його на висновки про принципову подібність правового становища татарських служилих людей та християнської шляхти.

І.В. Канапацький у своїх дослідженнях в основному торкався культурно-релігійних питань історичного минулого литовських татар. Разом із тим, він, на відміну від С.В. Думіна, у своїх працях розглядає питання

правового регулювання відносин всередині татарської громади ВКЛ, зокрема, звертає увагу на правові джерела, які при цьому використовувалися.

Актуалізація проблеми соціальної адаптації ромського (циганського) народу до сучасних суспільних реалій, яка є характерною для всіх європейських країн, зумовила появу ромознавчих студій в Україні, серед яких слід зазначити роботи Н.О. Зіневич [19] та О.В. Белікова [20]. Будучи загальноісторичними дослідженнями, вони все ж таки містять цікавий історико-правовий матеріал, який дає можливість принаймні якось позначити напрям історико-правових досліджень етно-релігійної групи, яка практично завжди перебувала на узбіччі історико-правової науки.

Етнорелігійна історія ВКЛ та пов'язані з нею правові питання нині активно вивчаються за кордоном. Низка праць, присвячених релігійно-церковній історії ВКЛ та Речі Посполитій, правовому становищу різних груп віруючих, належить Т. Трайдосу [21].

Польський історик Я. Собчак першим поставив питання про те, що військовий обов'язок, який несли татари у ВКЛ, свідчить про належність їх до шляхетського стану [22]. А. Дубинському належить фундаментальна праця, присвячена караїмській спільноті ВКЛ та Речі Посполитої [23].

Етнорелігійним сюжетам присвятив один із розділів («Етнічна свідомість») своєї ґрунтовної праці канадський історик Деніел Стоун [24]. Він вважає, що православний руський шляхетський елемент відіграв важливу, але другорядну роль демографічного, економічного та культурного чинника ВКЛ. Цю роль він вбачає в тому, що: ВКЛ адаптувало руське право; чиновники користувалися руською мовою; були сприйняті руські традиції будівництва оборонних споруд; великі князі, будучи католиками, фондували православні церкви; православні магнати фактично керували руськими землями і засідали у сеймі поряд із католиками-литовцями. Підлеглість православних Д. Стоун вбачає в тому, що православна церква була під контролем уряду, а католицька релігія мала державний статус [24, pp. 11-16].

Побіжно торкнувся правового статусу ромів (циган) ВКЛ американський дослідник Девід Кроу [25].

Висновок. Проблема правового становища етнорелігійних груп Великого князівства Литовського залишається у полі зору сучасних дослідників — юристів та істориків.

Література:

1. Гудавичюс Э. История Литвы с древнейших времен до 1569 года / Э. Гудавичюс. — М. : Фонд им. И.Д. Сытина, 2005. — 680 с.
2. Єрмаловіч М.І. По слядах аднаго міфа / М.І. Єрмаловіч. — Мінск, 1991. — 77 с.
3. Краўцэвіч А.К. Стварэнне Вялікага Княства Літоўскага / А.К. Краўцэвіч. — Мінск : Беларуская навука, 1998. — 208 с.
4. Сагановіч Г. Нарыс гісторыі Беларусі ад старажытнасці да канца XVIII стагоддзя / Г. Сагановіч. — Мінск : Энцыклапедыкс, 2001 — 412 с.
5. Сокол С.Ф. Политическая и правовая мысль в Белоруссии XVI — первой половине XVII вв. / С.Ф. Сокол — Мн. : Наука и техника, 1984. — 188 с.
6. Захаркевич С.А. Основные тенденции отношений между этническими меньшинствами и этническим большинством Беларуси в XIV — XVIII вв. / С.А. Захаркевич // Вестник БГУ. — Сер. 3. Гісторыя, філасофія, псіхалогія, сацыялогія, паліталогія, эканоміка, права. — 2005. — № 1. — С. 7-11.
7. Яковенко Н. Нарис історії України: З найдавніших часів до кінця XVIII ст. / Н. Яковенко. — К. : Генеза, 1997. — 311 с.
8. Плохий С. Наливайкова віра: Козаки та релігія в ранньомодерній Україні / С. Плохий. — К. : Критика, 2005. — 496 с.
9. Русина О.В. Міжконфесійні відносини й суспільно-політичні рухи XV — початку XVI ст. на теренах України / О.В. Русина // Укр. іст. журн. — 2006. — № 3. — С. 4-16.
10. Бойко І. Здійснення правосуддя у вірменських поселеннях на території Поділля (XIV — XVIII ст.) / І. Бойко // Право України. — 2003. — № 3. — С. 141-145.
11. Музиченко П. Вплив церкви і церковного права на розвиток правової культури на українських землях у XIV — XVI ст.ст. / П. Музиченко // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О. : Юрид. літ., 2002. — Т. 1. — С. 80-90.
12. Ковальова С.Г. Еволюція судової системи і судочинства на українських землях Великого князівства Литовського: Дис... канд. юрид. наук : 12.00.01 / С.Г. Ковальова. — Одеса, 2004. — 201 с.
13. Думин С.В. Другая Русь (Великое княжество Литовское и Русское) / С.В. Думин // История Отечества: люди, идеи, решения. — М., 1991. — С. 76-126.
14. Кром М.М. Меж Русью и Литвой: Западнорусские земли в системе русско-литовских отношений конца XV — первой трети XVI в. / М.М. Кром. — М. : Изд-во Археологический центр, 1995. — 304 с.
15. Дворниченко А.Ю. Русские земли Великого княжества Литовського (до начала XVI в.) / А.Ю. Дворниченко. — СПб, 1993. — 289 с.
16. Александров Д.Н. Борьба за Полоцк между Литвой и Русью в XII — XVI веках / Д.Н. Александров, Д.М. Володихин ; отв. ред. В.Л. Янин. — М. : Аванта+, 1994. — 134 с.
17. Кириллова Л.А. Православный приход Киевской митрополии во второй половине XVI века : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. ист. наук : 07.00.02 / Л. А. Кириллова ; Саратов. гос. ун-т. — Саратов, 2006. — 22 с.
18. Канапацкі І. Рэлігійныя ідэалы беларускіх татар (Да канферэнцыі «Грамадскія ідэалы ў Беларусі») / І. Канапацкі // Грамадскія ідэалы: нацыянальныя традыцыі, сучасні стан, погляд у будычыню: М-лы навук. канф., Мінськ, 26-27 лістапада 1998г. — Мінск, 2000. — С. 201-204.

19. Зіневич Н.О. Цыганський етнос в Україні (історіографія та джерела) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. іст. наук : 07.00.06 / Н.О. Зіневич ; НАН України. Ін-т укр. археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського. — К., 2005. — 18 с.

20. Беліков О.В. Цыганське населення України (XVI — XX ст.) : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. іст. наук : 07.00.01 / О.В. Беліков ; Донецьк. держ. ун-т. — Донецьк, 2003. — 20 с.

21. Traidosz T. Parafie katolickie na sredniowiecznym Podole / T. Traidosz // Україна в Центральній-Східній Європі. — К. : Ін-т історії НАН України, 2003. — Вип. 3. — С. 101-116.

22. Sobczak J. Czy tatarska ludność Litwy należała do stanu szlacheckiego? / J. Sobczak // Przegląd Historyczny. — 1986. — Т. LXXVII. — З. 3. — С. 467-479.

23. Dubiński A. Caraimica: prace karaimoznawcze / A. Dubiński. — Warszawa : Dialog, 1994. — 288 s.

24. Stone D. The Polish-Lithuanian state, 1386-1795. — Seattle: University of Washington Press, 2001. — 374 p.

25. Кроу Девід М. Історія циган Східної Європи та Росії / М. Девід Кроу ; Пер. з англ. В.П. Канаша, С.М. Рябчук. — К. : Мегатайл, 2003. — 376 с.

Крумаленко М.В. Этнорелигиозные группы Великого княжества Литовского в современной историографии: проблема правового измерения.

Аннотация. В статье рассматривается проблема освещения правового положения этно-религиозных групп населения Великого княжества Литовского в современной историографии. Проанализированы статьи литовских, белорусских, украинских, российских и польских ученых и исследователей других стран, в которых поднимается проблематика правового положения русской, татарской, иудейской и цыганской групп населения.

Ключевые слова: правовое положение, этно-религиозная группа, Великое княжество Литовское, православная религия, католическая религия.

Krumalenko M.V. Ethnic-religious groups of the Grand Duchy of Lithuania in modern historiography: problem of legal position.

Summary. The problem of illumination of legal position of ethnic-religious groups of the Grand Duchy of Lithuania in modern historiography is examined in the article. The study of the Lithuanian, Belorussian, Ukrainian, Russian, Polish scientists and researchers of other countries wich examine problems of legal position of the russian, tatar, judaic and gipsy ethnic-religious groups has analysed.

Keywords: legal position, ethnic-religious group, the Grand Duchy of Lithuania, orthodox religion, catholic religion.

Манько Д. Г.,

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

ВІРТУАЛЬНЕ БУТТЯ ЕЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТУ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Анотація. В статті аналізується сутність та роль електронного документу з позиції особливостей його створення та існування у правовій реальності. Обґрунтовується, що юридична сила електронного документу здійснюється лише у інформаційному просторі електронних ресурсів. Фактично, існування електронного документу, виконання ним функції правового акту, пов'язано лише із віртуальною реальністю.

Ключові слова: правовий акт; письмовий юридичний документ; електронний документообіг; електронний документ; електронний цифровий підпис; сертифікат ключа; посилений сертифікат ключа; суб'єкт створення електронного документу.

Постановка проблеми. Суспільство постійно розвивається. Нові відношення потребують особливого інструментарію щодо їх визначення та впорядкування. Сучасний стан розвитку соціальних відносин характеризується високим значенням вміння оперувати інформаційними потоками. При чому, робота з ними має бути доступною для більшості суб'єктів права, більш того, їх фактичне використання теж має бути елементарним і доволі спрощеним. Поряд із цим, значна частина людства, бажає користуватися сучасними девайсами та розуміти, що витрачені на їх придбання кошти не були марнотратством. І ось ми маємо специфічну ситуацію, коли ключовими стимуляторами розвитку технології створення правових актів є не стільки об'єктивні потреби соціуму (як це характерно для традиційного порядку), а зазначені потреби у сукупності із сугубо матеріалістичними факторами (вкладений капітал у річ та бажання ефективного використання такої інвестиції).

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Як вказує А. Ф. Крижановський, «зовсім інші перспективи відкриваються на шляху пошуків нової

парадигми правового розвитку, якщо виходити з того, що сучасна ситуація — це криза не самого права, а криза нинішньої моделі використання можливостей права, криза не-реалізованих суспільних очікувань відносно потенціалу права» [1, 3].

Поряд із цим І. Л. Бачило вважає, «що право тільки тоді буде виконувати свою роль і соціальне призначення в суспільстві, коли будуть ефективно реалізовуватися разом із регулятивною і охоронною функціями права інформативна функція» [2].

Викладення основного матеріалу. Простота та ефективність, зручність та модернізм, інформативність та реальність впливу — ось основні вимоги, що виставляє сучасне суспільство для юридичних документів, їх створенню та використуванню. Зазначеним вимогам по суті і в більшій мірі відповідають електронні документи.

Нормативно-правова регламентація таких понять, як «електронний документ», «електронний цифровий підпис», «електронний документообіг» та ін., закріплена у наступних правових актах: Конституція України, Цивільний кодекс України, Закони України «Про інформацію», «Про доступ до публічної інформації», «Про захист інформації в автоматизованих системах», «Про державну таємницю», «Про Національний архівний фонд та архівні установи», «Про Національну програму інформатизації» від 4 лютого 1998 року, «Про обов'язковий примірник документів» від 9 квітня 1999 року, «Про Національну систему конфіденційного зв'язку» від 10 січня 2002 року, «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року, «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 року, «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 року.

Також у низці підзаконних актів: Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку акредитації центру

сертифікації ключів» від 13 липня 2004 року, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типового порядку здійснення електронного документообігу в органах виконавчої влади» від 28 жовтня 2004 року, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності» від 28 жовтня 2004 року, Постанова Верховної Ради України «Про затвердження Завдань Національної програми інформатизації на 2006-2008 роки» від 4 листопада 2005 року.

Згідно із сформульованими в названих актах (ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 р.) положеннями, під електронним документом слід розуміти документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа [3].

Обов'язковим елементом електронного документу є електронний цифровий підпис — це вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору чи логічно з ним поєднується й дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати особу, яка підписує документ. Електронний цифровий підпис накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа (ст. 1 Закону України «Про електронний цифровий підпис») [4].

Аналіз зазначених положень дозволяє розглядати електронний документ як певну сукупність даних, зафіксованих на матеріальному електронному носії або переданих по електронних каналах зв'язку з реквізитами, що дозволяють ідентифікувати цю інформацію та її автора. Електронний документ може створюватися на основі документа на паперовому носії, на основі іншого електронного документа чи породжуватися в процесі інформаційної взаємодії сторін без будь-яких прообразів.

Юридична сила електронного документа пов'язана з трьома аспектами: по-перше, наявність у ньому обов'язкових реквізитів і дотримання правил відображення цих реквізитів.

По-друге, компетентність джерела, тобто право автора створювати й підписувати документи такого роду. По-третє, гарантія цілісності й справжності.

У чинному законодавстві України сформульовані не тільки поняття електронного документа та електронного цифрового підпису, а й визначені основні принципи, на підставі яких має здійснюватися електронний документообіг та використання електронних документів:

1. Електронний документ і ідентичний «паперовий» документ визнаються оригіналами та мають рівну юридичну силу.

2. Юридична сила електронного документа та його допустимість як доказу не може бути опротестовано виключно на тій підставі, що документ має електронну форму.

3. Закон може обмежувати випадки застосування електронного документа.

4. Для надання електронному документу юридичної сили в ньому повинні бути присутніми всі передбачені законом обов'язкові реквізити.

5. Обов'язковим заключним реквізитом електронного документа є електронний цифровий підпис.

6. Якщо підпис, згідно із законодавством, повинний засвідчуватися також печаткою, на електронний документ накладається ще один електронний цифровий підпис юридичної особи, спеціально призначений для таких цілей.

Згідно із Законом «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 року, цифровий підпис має однакову силу з власноручним підписом особи лише в тому разі, якщо:

1) електронний цифровий підпис підтверджено використанням посиленого сертифіката відкритого ключа за допомогою надійних засобів цифрового підпису;

2) під час перевірки використовувався посилений сертифікат відкритого ключа, чинний на момент накладення електронного цифрового підпису;

3) особистий ключ особи, котра підписує, відповідає відкритому ключу, зазначеному в сертифікаті.

Електронний цифровий підпис використовують фізичні особи як аналог власноручного підпису, та юридичні особи як аналог печатки, для надання електронному документу юридичної сили, рівної юридичній силі документа на паперовому носії, підписаного власноручним

підписом правомочної особи й скріпленого печаткою.

Електронний цифровий підпис це ключовий реквізит електронного документа, що дозволяє встановити відсутність спотворення інформації в електронному документі з моменту формування електронного цифрового підпису та перевіряє належність підпису власникові сертифіката ключа. Значення реквізиту виходить у результаті криптографічного перетворення інформації з використанням закритого ключа електронного цифрового підпису.

Сертифікат ключа — документ, виданий центром сертифікації ключів, який засвідчує чинність і належність відкритого ключа особі, котра підписує документ. Сертифікати ключів можуть поширюватися в електронній формі чи у формі документа на папері та використовуватися для ідентифікації особи, яка підписувала цей документ. Посилений сертифікат ключа — сертифікат ключа, виданий акредитованим центром сертифікації ключів, засвідчувальним центром, центральним засвідчувальним органом.

Цифровий підпис призначений для аутентифікації особи, яка підписала електронний документ. Крім цього, використання цифрового підпису дозволяє здійснити: контроль цілісності переданого документа; захист від змін (підроблення) документа; неможливість відмови від авторства; доказове підтвердження авторства документа.

Оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним цифровим підписом автора.

У разі надсилання електронного документа кільком адресатам або його зберігання на кількох електронних носіях інформації, кожний із електронних примірників вважається оригіналом електронного документа.

Якщо автор створює ідентичні за документарною інформацією та реквізитами електронний документ та документ на папері, кожний із документів є оригіналом і має однакову юридичну силу.

Оригінал електронного документа повинний давати змогу довести його цілісність та справжність у порядку, визначеному законодавством; у визначених законодавством випадках може бути пред'явлений у візуальній формі відображення, у тому числі в паперовій копії.

Електронна копія електронного документа засвідчується в порядку, встановленому законом.

Копією документа на папері для електронного документа є візуальне подання електронного документа на папері, яке засвідчене в порядку, встановленому законодавством.

Електронний документ не може бути застосовано як оригінал, коли це: 1) свідоцтво про право на спадщину; 2) документ, який відповідно до законодавства може бути створений лише в одному оригінальному примірнику, крім випадків існування централізованого сховища оригіналів електронних документів; 3) в інших випадках, передбачених законом. Нотаріальне посвідчення цивільно-правової угоди, укладеної шляхом створення електронного документа, здійснюється в порядку, встановленому законом.

Згідно зі ст. 5 Закону України, юридична сила електронного документа не може бути заперечена тільки через те, що він має електронну форму. Допустимість електронного документа як доказу не може заперечуватися виключно на підставі того, що він має електронну форму.

Проте, ст. 8 Закону встановлює певні обмеження на застосування електронного документа як оригіналу. В електронній формі не може бути створено оригінал свідоцтва про право на спадщину; документ, який відповідно до законодавства може бути створений лише в одному примірнику, крім випадків існування централізованого сховища оригіналів електронних документів [5].

Суб'єктами електронного документообігу є: автор, підписувач, адресат і посередник, які набувають передбачених законом або договором прав і обов'язків у процесі електронного документообігу.

Адресат — фізична чи юридична особа, якій адресується електронний документ.

Посередник — фізична чи юридична особа, яка в установленому законодавством порядку здійснює приймання, передавання (доставку), зберігання, перевірку цілісності електронних документів для задоволення власних потреб або надає відповідні послуги за дорученням інших суб'єктів електронного документообігу.

Автор електронного документа — фізична або юридична особа, яка створила електронний документ.

Підписувач — фізична чи юридична особа, яка має право підписати електронний документ у рамках компетенції автора електронного документа.

Висновок. Але існуюче нормативне закріплення поняття електронного документа не розкриває його сутності. Так, коли мова йде про юридичний документ, ми маємо на увазі письмовий правовий акт, який має чітке і відповідне чинним вимогам права вираження у формі певних символів на паперовому носії. Але, якщо ми роздрукуємо електронний документ, то отримаємо декілька листів, на яких будуть символи «1» та «0». Треба зауважити, що роздрукований текст електронного документа, так званий «принт з вікна», не буде мати юридичної сили. Юридична сила електронного документа здійснюється лише у інформаційному просторі електронних ресурсів.

Відповідно, існування електронного документа пов'язано лише із віртуальною реальністю, із електронними процесами обміну інформацією. Поза ними, електронний документ не існує. При чому, це не є припущенням, це цілком реальний факт, що фіксується в тому числі і у нормативних актах.

Така прив'язка до інформаційних технологій зумовлює визначення нового аспекту у створенні правових актів — наявність фахівців неюридичного профілю (ІТ та РС технологій), як необхідних учасників процесу створення окремих правових актів. Юристи лише використовують створений для них алгоритм, електронні механізми. Безумовно, саме юристи вказують, якими мають бути такі акти, але таїнство їх створення (мається на увазі модуль, формула, у яку лише вносяться певні дані) у руках програмістів.

Відповідно, треба розрізняти суб'єкта створення електронного юридичного документа та суб'єкта видання електронного юридичного документа. Де перший виконує функцію технічного працівника, а другий здійснює діяльність, результати якої є системоутворюючими для першого.

Враховуючи існуючі тенденції розвитку суспільних відносин, стає дость вирогідним припущення, що саме розвиток електронного документообігу є перспективою існування більшості правових актів. Так, приміром, якщо громадяни втратили віру у виборчий

процес, а явка електорату нижча за очікувану, то застосування електронної системи голосування, он-лайн виправлення даних у списках виборців, є очікуваною перспективою і, можливо, необхідною умовою, розвитку сучасної держави.

Питання щодо застосування електронного документа та його обов'язкових реквізитів, є більш ніж дискусійними, але достатньо актуальними у сучасній загальнотеоретичній юриспруденції. Зазначені у цій статті проблемні аспекти, орієнтують лише на деякі з ключових, конструктивних питань, що виникають у зв'язку із встановленням сутності та ролі у правовій реальності електронного документа.

Література:

1. Крижановський А. Ф. Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія / А. Ф. Крижановський // Одеська націон. юрид. акад. — О. : Фенікс, 2006. — 196 с.
2. Бачило И. Л. Глобальная информатизация и право / И. Л. Бачило // Факт. Информационно-аналитический журнал.— 2000. — № 5. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.fact.ru/www/arhiv5s81.htm>
3. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 р. // Верховна Рада України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/851-15>
4. Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 р. // Верховна Рада України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/852-15>
5. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 р. // Верховна Рада України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/851-15>

Манько Д. Г. Виртуальное бытие электронного документа: вопросы теории и практики.

Аннотация. В статье анализируется сущность и роль электронного документа с позиций особенностей его создания и существования в правовой реальности. Обосновывается, что юридическая сила электронного документа осуществляется только в информационном пространстве электронных ресурсов. Фактически, существование электронного документа, выполнение им функции правового акта, связано только с виртуальной реальностью.

Ключевые слова: правовой акт; письменный юридический документ; электронный документооборот; электронный документ; электронная цифровая подпись; сертификат ключа; усиленный сертификат ключа; субъект создания электронного документа.

Manko D.G. Virtual existence of the electronic document: Theory and practice.

Summary. The article analyzes the nature and role of the electronic document from the point of characteristics of its creation and existence of a legal reality. It is found that the validity of an electronic document is only in the information space of electronic resources. In fact, the existence of an electronic document, acting as the legal act is only associated with virtual reality.

Keywords: legal act; a written legal document; electronic documents management; electronic document; electronic signature; key certificate; substantial key certificate; the subject of the creation of electronic documents.

Юрочкин М.А.,

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

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО: ЭВОЛЮЦИЯ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ ИДЕЙ И КОНЦЕПЦИЙ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

Аннотация. Статья представляет собой анализ эволюции взглядов русских и зарубежных мыслителей на правовое государство и современное состояние проблем.

Ключевые слова: правовая доктрина, политико-правовая идея, правовое государство.

Постановка проблемы. Представление о правовом государстве как определенной теоретической концепции и соответствующей юридической действительности имеет давнюю западную традицию. Сам термин «правовое государство» утвердился в немецкой литературе в первой трети XIX века (К.Т. Вельнера, Р. фон Моля и др.), а в дальнейшем получил распространение, и в России, где среди выдающихся сторонников теории правового государства были Б.Н. Чичерин, Б.Ф. Кистяковский, П.И. Новгородцев и другие исследователи права.

Изложение основного материала. Исследования концепции зарождения политико-правовых идей, которые выражали идею и понятие правовой государственности, сформировались гораздо раньше. Уже в древности начинаются поиски политико-правовых принципов, форм и конструкций для установления надлежащих взаимосвязей, взаимозависимостей и согласованного взаимодействия права и власти. В процессе углублявшихся представлений о праве и государстве довольно рано сформировалась идея о разумности и справедливости такой политической формы общественной жизни людей. Символическим выражением подобных представлений стал образ древнегреческой Богини Правосудия Фемиды с повязкой на глазах, с мечом и весами правосудия, олицетворяющей единение силы и права: охраняемый богиней порядок в равной мере обязателен для всех. По представлениям древних этот образ правосудия

(остающийся, кстати говоря, и сегодня наиболее подходящим символом для правового государства) выражает смысл и идею не только справедливого суда как специального органа, но и идею справедливой государственности вообще (справедливой организации власти в человеческом обществе).

Целый ряд политико-правовых идей, значимых для последующих представлений о правовом государстве, был разработан уже античными авторами. В их числе политико-правовые положения о власти закона как сочетании силы и права (Аристотель и другие); о различении правильных и неправильных форм правления, о смешанном правлении и о роли права в типологии государственных форм (Сократ, Платон, Аристотель, Полибий, Цицерон); о соотношении естественного и волеустановленного права (Демокрит, софисты и др.); о равенстве людей по естественному праву (некоторые софисты, римские юристы); о праве как мере справедливости и регулирующей нормы политического общения (Аристотель); о государстве (республике) (Платон), как «деле народа», как правовом общении и «общем правопорядке» (Цицерон); о сферах частного и публичного права; о свободном индивиде как юридическом лице, субъекте права (римские юристы).

В эпоху перехода от феодализма к капитализму решающее значение приобретают проблемы политическом власти и её формально равной для всех правовой организации в виде упорядоченной системы разделенных государственных властей, соответствующей новому отношению социально-классовых и политических сил. Юридическое мировоззрение нового восходящего класса требовало утверждения новых представлений о свободе человека посредством режима господства права и в частных, и в публично-политических отношениях.

В этот исторический период политико-правовые идеи развивали Н. Макиавелли и Ж. Боден. В своей политико-правовой теории Макиавелли на основе многовекового опыта существования государств прошлого и настоящего предпринял попытку объяснить принцип политики, осмыслить движущие развития политической жизни с тем, чтобы изобразить контуры идеального государства, наилучшим образом отвечающего потребностям его времени. Цель государства он видел в возможности свободного пользования имуществом и обеспечения безопасности для каждого. При рассмотрении вопроса о государственных формах предпочтение отдавалось республике, так как именно республика в большей мере отвечает требованиям равенства и свободы.

Боден определяет государство как правовое управление многими семействами и тем, что им принадлежит. Задача государства, по его мнению, состоит в том, чтобы обеспечить права и свободы.

В период ранних буржуазных революций в разработку концепции правового государства значительный вклад внесли политико-правовые идеи таких философов-мыслителей, как Г. Гроций, Б. Спиноза, Т. Гоббс, Ш. Монтескье, Д. Дидро, П. Гольбах, Т. Джефферсон и др. Из этих политико-правовых учений мы выделим наиболее важные положения в правовом государстве. Гроций был первым выдающимся теоретиком школы естественного права. Правовые институты феодализма Гроций считал противоречащими природе человека, поэтому он выдвинул требования нового права, «отвечающего законам разума». Целью государства он считал охрану частной собственности, посредством таких правоустановлений, которые обеспечивали бы каждому человеку свободное пользование своим достоянием с согласия всех. Источником любой формы государства по учению Гроция является общественный договор, поэтому при создании государства народ может избрать любую форму правления, но, избрав её, народ обязан повиноваться правителям.

Так же как и у Гроция, у Дидро государственная власть возникает как продукт общественного договора, который придает обществу организованную политическую форму. Люди лишь частично передают государству свою естественную независимость, с целью

обеспечения интересов и объединения воли и силы всех. Государственная власть, следовательно, основана на воле народа, который является сувереном. «Лишь нация есть истинный суверен; истинным законодателем может быть лишь народ, лишь воля народа является источником политической власти.» Главная цель государства, по Дидро, есть обеспечение неотъемлемых прав граждан и их счастья.

Среди первых, кто дал теоретическое обоснование правового государства, был Спиноза. Будучи связано законами, государство обеспечивает действительные права и свободы человека. Он утверждал, что государство могущественное только тогда, когда оно гарантирует каждому гражданину не только сохранение жизни, но и удовлетворение его интересов, и предостерегал правителей от посягательств на собственность, безопасность, честь, свободу и иные блага подданных.

Т. Гоббс был защитником абсолютной монархии в Англии, но тем не менее он разработал ряд прогрессивных политико-правовых идей о господстве права в общественной жизни, которые впоследствии были развиты революционными буржуазными мыслителями. К их числу относится обоснование формального равенства перед законом, незыблемость договоров. Свободу человека Гоббс рассматривал как право делать все то, что не запрещено законом, и тем самым закончил теоретические основы наиболее эффективного принципа правового регулирования общественных отношений.

В политико-правовой трактовке Д. Локка, который, по словам К. Маркса, был «классическим выразителем правовых представлений буржуазного общества в противоположность феодальному». Идея господства права воплощается в государстве, где верховенствует закон, соответствующий естественному праву и признающий неотчуждаемые естественные права и свободы индивида, и осуществлено разделение властей. Такое государство с господством права он противопоставляет деспотизму. «Свобода людей, находящихся под властью правительства, — отмечал он, — заключается в том, чтобы иметь постоянное правило для жизни, общее для каждого в этом обществе и установленное законодательной властью, созданной в нем; это — свобода

следовать моему собственному желанию во всех случаях, когда этого не защищает закон, и не быть зависимым от постоянной, неопределенной, неизвестной, самовластной воли другого человека.» Обоснованный здесь Локком правовой принцип, как и у Гоббса, индивидуальной свободы лишь словесно несколько расходится с последующей, ставшей актуальной и для нас, формулой: «разрешено все, что не запрещено законом».

Политико-правовые идеи о разделении властей получили систематическую разработку в творчестве Монтескье. Различая в каждом государстве три рода власти — законодательную, исполнительную, судебную, он отмечает, что для предотвращения злоупотреблений властью необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг друга. Разделение и взаимное сдерживание властей являются, согласно Монтескье, главным условием для обеспечения политической свободы в её отношениях к государственному устройству. Политико-правовые идеи Монтескье оказали заметное влияние не только на последующие теоретические представления о правовой государственности, но и на раннебуржуазное конституционное законодательство и государственную практику. Это влияние отчетливо проявилось, например, в Конституции США 1787 года. Она практически воплощает идею правового государства на американском континенте. Автор Декларации Джефферсон подвергает критике монархическую форму правления с позиции теории общественного договора и естественных неотчуждаемых прав человека, и отстаивает принцип народного суверенитета. Декларация Независимости провозглашает, что все люди равны от рождения и наделены создателем неотчуждаемыми правами человека, для обеспечения которых создается государство.

С политико-правовым обоснованием теории правового государства выступил И. Кант. Центральное место в ней занимает человек, личность. Важнейшим принципом публичного права философ считал прерогативу народа требовать своего участия в установлении правопорядка путем принятия конституции, выражающей его волю. Верховенство народа обуславливает свободу, равенство и независимость всех граждан в государстве, которое

выступает как «объединение множества людей, подчиненных правовым законам». Там, где государство действует на основе конституционного права, отвечает общей воле народа, там государство правовое, там не может быть ограничения прав граждан в области личной свободы, совести, мысли, хозяйственной деятельности. В правовом государстве гражданин должен обладать той же возможностью принуждения властвующих к точному исполнению закона, какой обладает властвующий в его отношении к гражданину. Правовую организацию Кант так же как и Локк связывает с разделением властей на законодательную, принадлежащую парламенту, исполнительную — правительству, и судебную, осуществляемую судом присяжных, избранных народом. Философская концепция Канта оказала значительное влияние на дальнейшее развитие политико-правовой мысли и практику государственно-правового строительства цивилизованного общества.

Согласно политико-правовым взглядам Гегеля, государство — это тоже право, а именно конкретное право, так как оно включает в себя признание «всех остальных прав личности, семьи и общества». Возводя государство в абсолют, стоящий над личностью и обществом, Гегель доказывает, что такие государства предшествуют развитию гражданского общества. В этом утверждении Маркс видел главный порок гегелевской концепции государства, поскольку в реальной жизни общество возникает раньше государства, а последнее является его продуктом и результатом развития общества. «Государство, по Гегелю, это наиболее совершенная организация общественной жизни, в которой все строится на правовой основе, представляющей царство реальной жизни.»

Ценность гегелевских политико-правовых идей о правовом государстве состоит в том, что принудительная, насильственная функция в нем играет не столь важную роль. В целом вся гегелевская концепция правового государства прямо и однозначно направлена против произвола, бесправия и вообще всех неправовых форм применения силы со стороны частных лиц, политических объединений и государственной власти.

Маркс и Энгельс развили дальше политико-правовые идеи Гегеля о разграничении

гражданского общества и государства (у философов 17-18 веков гражданское общество и государство нередко выступали как нечто единое). Маркс и Энгельс показали, что именно гражданское общество составляет первооснову здания человеческого общежития, а жизнедеятельность гражданского общества есть главная движущая сила исторического прогресса, или дословно «истинный очаг и арена всей истории». Маркс рассматривал государство и право исходя из открытой или классово-теории общественного развития. Согласно данной теории государство и право исчезнут вместе с исчезновением классов в результате установления диктатуры пролетариата в процессе перехода к обществу без классов. Примечательным является утверждение Маркса, в котором он выразил идею правового государства: «Свобода состоит, чтобы превратить государство, стоящее над обществом, в орган, всецело этому обществу подчиненный».

Прогрессивная политико-правовая мысль Западной Европы в лице Ирвинга, Пауэлла, Еллинека и др. оттачивали элементы теории правового государства с позиции своего времени и опыта прошлого. Большинство ученых-юристов сходилось во мнении, что правовым можно считать лишь такое государство, где законодатель так же подзаконен, как и гражданин. В концепции Еллинека государство определяется как представитель общих интересов своего народа, удовлетворяющий индивидуальным и общечеловеческим солидарным интересам в направлении прогрессивного развития общества.

Политико-правовые идеи правового государства были отражены и в трудах русских мыслителей, таких как Писарев, Герцен, Чернышевский, Радищев, Муравьев и др., где они подвергали критике беззаконие феодализма. Правоведы и философы предоктябрьского периода: Котляровский, Новгородцев, Чичерин, Бердяев и др. в своих произведениях теоретически завершили русскую концепцию правового государства. Рассмотрим в качестве примера основные идеи и принципы правового государства с точки зрения Г.Ф. Шершеневича. Он отмечает следующие пути формирования и основные параметры правового государства:

1) Для устранения произвола необходимо установление норм объективного права,

которые определяют пределы свободы каждого и ограничивают одни интересы и другие, в том числе и государственной организации, отсюда идея господства права в управлении.

2) Если личная инициатива требует простора, то государству достаточно ограничиться охраной субъективных прав.

3) Чтобы новый порядок не нарушался самими органами власти, необходимо строго определить полномочия последних, отделив от исполнительной власти законодательную, утвердить самостоятельность судебной власти, и допустив к соучастию в законодательстве выборные общественные элементы.

Реальные гарантии правовой государственности Шершеневич видит в том, что в разное время выдвигались различные гарантии правового порядка против произвола: «...а) неотъемлемое ограничение власти; б) принцип разделения властей; в) правовое самоограничение власти; г) подчиненность государства стоящему над ним праву. В действительности такой гарантией является только сдерживающая сила общественного мнения».

В послеоктябрьский период в России идеи правового государства были полностью исключены из реальной жизни. Советская государственно-правовая наука в период тоталитаризма не воспринимала идею правового государства, считая её буржуазной, диаметрально противоположной классовой концепции государства.

В последние годы в русле реформаторских процессов в России произошли серьезные изменения в научных взглядах на государство и право. Концептуальные положения и пути формирования правового государства излагаются в трудах современных исследователей права и государства: С.С. Алексеева, В.Н. Хропанюка, В.Н. Кудрявцева и др. Так, по В.Н. Хропанюку правовое государство — «это такая форма организации и деятельности государственной власти, которая строится на взаимоотношениях с индивидами и различными объединениями на основе норм права». В.Н. Хропанюк различает экономическую, социальную и нравственную основу правового государства. «Экономической основой правового государства являются производственные отношения, базирующиеся на многоукладности, на различных формах собственности (государственной, коллективной, арендной,

частной, акционерной, кооперативной и др.) как равноправных и в одинаковой мере защищенных юридически.» В правовом государстве собственником должен быть производитель и потребитель материальных благ. Правовое начало же государственности реализуется только при наличии свободы и самостоятельности собственности, которые обеспечивает право.

Социальную основу правового государства составляет саморегулирующееся гражданское общество, которое объединяет свободных граждан... В центре внимания... находится человек, его права, свободы и интересы. Правовое государство это и социальное государство.

Нравственная основа правового государства заключается в общечеловеческих принципах гуманизма, справедливости, равенства и свободы личности, её чести и достоинства. Правовое государство отличается от неправового качеством законов: они должны быть гуманными, закреплять неотъемлемые права каждого человека, справедливыми. «Правовое государство — это суверенное государство, которое концентрирует в себе суверенитет народа, наций и народностей, населяющих его территорию.»

Политическая природа государства наиболее четко проявляется в его суверенитете. Суверенность государства выражается в том, что ему принадлежит право официально представлять все общество в целом, издавать законы и другие нормативные акты, обязательные к выполнению всеми членами этого общества, и, наконец, осуществлять правосудие. Понятие правовое государство воплощают следующие политико-правовые идеи:

Верховенство закона во всех сферах общественной жизни. Высшей формой выражения и защиты прав и свобод людей в системе правовых ценностей является закон. Если вдуматься в словосочетание «правовое государство», то можно понять, что на первом месте в таком государстве — право. Это и означает верховенство права в обществе, во всех его сферах. Нерушимость его закрепляется в Конституции (основном законе) страны и распространяется на прочие законы и нормативные акты. На страже неукоснительного соблюдения конституционных предписаний стоит Конституционный Суд и вся система судов правового государства, поэтому

правовое государство это и конституционное государство. Верховенство права (закона) в обществе как главный принцип правового государства предопределяет и прочие его принципы, в частности подчинение закону и самого государства, и его органов, и должностных лиц.

Реальность прав личности, обеспечение её свободного развития. В социально-политической жизни свобода человека выступает как его право. В правах человека выражаются возможности его действий в различных сферах жизнедеятельности: экономической, политической, социально-культурной, личной. Чем шире эти права, чем больше они гарантированы, тем свободнее личность. Если же естественные права человека ущемлены, то он чувствует себя неуверенно, униженно, теряет способность к творчеству, ограничивая таким образом собственное развитие и развитие общества. Например, когда в США была распространена практика подслушивания правительственными агентами телефонных разговоров, вследствие чего нарушались права гражданина. Многие американцы, зная о подслушивании, стали замкнутыми, раздражительными, постоянно испытывали страх. «А жить с глазами, полными страха, — справедливо заметил бывший министр юстиции в администрации президента Джонсона, — значит жить в несчастливой стране.» Правовое государство провозглашает и конституционно закрепляет свободу людей и их равенство в правах как природные качества каждого человека.

Взаимная ответственность государства и личности. Самоограничение государства правом, закрепляющим свободу личности, не является односторонней привилегией личности. Последняя, в свою очередь тоже соглашается не определенные ограничения и обязуется подчиняться общим установлениям государства. Правовой характер взаимной ответственности государства и личности — это важная составная часть объективно складывающегося в обществе права, а не продукт волеизъявления государства. Следовательно, в правовом государстве устанавливается принцип взаимной ответственности государства и личности.

Основной идеей организации и деятельности правового государства является разделение властей между законодательными, исполнительными и судебными органами

государства. Данный принцип означает, что ни одному из государственных органов не принадлежит вся государственная власть в полном объеме. Каждый из них осуществляет только свою, присущую ему функцию и не имеет права подменять деятельность другого органа. Такое разграничение направлено на то, чтобы удержать власть от возможных злоупотреблений и не допустить возникновения тоталитарного управления государством, не связанного правом — вместе с тем, если одна из трех ветвей (отраслей государственной власти) не выйдет на первое место, то государственный механизм будет поражен постоянной борьбой между ними за фактическое верховенство и превратится в силу не движения и развития, а торможения. Поэтому верховное положение занимает законодательная власть, поскольку именно она облакает в закон основные направления внутренней и внешней политики, обеспечивает верховенство закона в обществе. Исполнительная власть в лице своих органов занимается непосредственной реализацией правовых норм, принятых законодателем. Судебная же власть призвана охранять право, правовые устои государственной и общественной жизни от любых нарушений, кто бы их не совершал. Правосудие в правовом государстве осуществляется только судебными органами.

Вывод. Таковы основополагающие политико-правовые идеи правового государства. В них концентрируются общечеловеческие ценности, сформированные в процессе длительного развития государственно-организованного общества. Естественный прогресс человеческой жизни вносит и будет вносить новые элементы в теорию и практику строительства правового государства.

Литература:

1. Weber M. *Soziologie, weitgeschichtliche Analysen, Politik* / M. Weber. — Stuttgart, 1956.
2. Тойби. Постигание истории / Тойби. — М., 1991. — С. 304.
3. Кистьяковский Б. Государство правовое и социалистическое / Б. Кистьяковский // Вопросы философии. — 1990. — № 6. — С. 143.
4. Кистьяковский Б. Социальные науки и право / Б. Кистьяковский. — М., 1916. — С. 490.
5. Формация или цивилизация? : материалы «круглого стола» // Вопросы философии. — 1989. — № 10. — С. 47.
6. Нерсесянц В.С. Гегелевская философия права / В.С. Нерсесянц. — М., 1974. — С. 88.
7. Локк Д. Избранные философские произведения / Д. Локк. — Т. II. — М., 1960. — С. 66.
8. Монтескье Ш. Избранные произведения / Ш. Монтескье. — М., 1955. — С. 169.

9. Кант И. Соч. в 6 т. / И. Кант. — Т. 4. — С. 139.; Кант И. Указ. соч. — Т. 4. — С. 147.; см. там же. — С. 233.
10. Гегель. Соч. / Гегель. — М.-Л., 1935. — С. 444.
11. Гегель. Философия права / Гегель. — М., 1934. — С. 236.
12. Гроций Г. О праве войны и мира / Г. Гроций. — М., 1956. — С. 74.
13. Бергер А. К. Политическая мысль древнегреческой демократии / А.К. Бергер. — М., 1966. — С. 337-338.
14. Нерсесянц В. С. Политические учения Древней Греции / В.С. Нерсесянц. — М., 1999. — С. 78.
15. Нерсесянц В. С. История идей правовой государственности / В.С. Нерсесянц // Академический правовой институт РАН. — М., 2001. — С. 3.
16. Утченко С.Л. Политические учения Древнего Рима / С.Л. Утченко. — М., 1977. — С. 41.
17. Гуревич А. Я. Категории средневековой культуры / А.Я. Гуревич. — М., 1972. — С. 176.
18. Государственное право Германии. — Т. 1. — С. 67.
19. Новгородцев П. Указ. соч. — С. 340.
20. Дюги Л. Указ. соч. — С. 72.; Там же. — С. 75.
21. Новгородцев П. Указ. соч. — С. 373.
22. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / К. Хессе. — М., 1995. — С. 111.
23. Ленин В. И. Полн. собр. соч. / В.И. Ленин. — Т. 34. — С. 33.
24. Мальцев Г. В. Буржуазный эгалитаризм / Г.В. Мальцев. — М., 1984. — С. 186.
25. Вольман Г. Чем объяснить стабильность экономического и политического развития федеративной Республики Германии / Г. Вольман // Государство и право. — 1992. — №11. — С. 134.
26. Хайек Ф. Дорога к рабству / Ф. Хайек // Новый мир. — 1991. — №7. — С. 183.
27. Маркс К. Соч. / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Изд. 2-е. — Т. 21. — С. 491-498.
28. Хропанюк В.И. Теория государства и права / В.И. Хропанюк. — М., 1993.
29. Нерсесянц В.С. История политических учений / В.С. Нерсесянц. — Ч. 1. — М. : Норма, 2002.
30. Кудрявцев В.Н. Правовое государство / В.Н. Кудрявцев. — М. : Вопросы философии, 1998. — Т. 3, № 6. — С. 43-54
31. Нерсесянц В.С. Гражданское общество и правовое государство / В.С. Нерсесянц // журнал «Государство и право», 1996. — Т. 2. — № 12. — С. 98-105.

Юрочкін М.А. Правова держава: еволюція політико-правових ідей і концепцій правової держави.

Анотація. Стаття є аналізом еволюції поглядів російських і зарубіжних мислителів на правову державу і сучасний стан проблем.

Ключові слова: правова доктрина, політико-правова ідея, правова держава.

Yurochkin M.A. The Legal state: evolution of political law ideas and conceptions of the legal state.

Summary. The article represents the analysis of evolution of Russian and foreign thinkers views concerning a constitutional state and the modern condition of the problem.

Keywords: legal doctrine, political law idea, legal state.

*Арабаджи Н.Б.,
викладач кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

«ІЄРАРХІЯ ЦІННОСТЕЙ ПРАВА – АКТУАЛЬНІСТЬ», ЯК ДРУГИЙ РІВЕНЬ ЦІННІСНОЇ СТРУКТУРИ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ

Анотація. Правовий порядок, розглянутий як структура правових цінностей, утворює декілька рівнів свого існування: рівень «ієрархія правових цінностей – легітимність», рівень «ієрархія цінностей права – актуальність» та рівень «ієрархія потреб – гнучкість правового порядку». Ієрархія цінностей права виявляє себе на функціональному рівні в актуальності, тобто потенційності правового порядку та його реальності в правовому житті.

Ключові слова: правовий порядок, структура правових цінностей, «ієрархія цінностей права – актуальність».

Постановка проблеми. Ієрархічність побудови сучасного суспільства вимагає дослідження тих її структурних основ, які б, з одного боку, виводили на досягнення універсальності права, а з іншого – його локалізації в рамках тієї чи іншої правової системи. Правовий порядок, будучи інституціональною основою права, його життєвою формою, виявляє себе не лише як самостійна правова цінність, що розкривається у вимірах суспільної та особистісної значимості, але й як певна задана суспільна структура, що в концентрованому вигляді містить у собі усі інші правові цінності того чи іншого суспільства.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Слід зауважити, що специфіка соціальних структур полягає у тому, що часто вони існують як впорядковані елементи різного роду, кожен з яких потребує своєї специфікації та подальшого розгортання. Іншими словами, суспільна матриця у знятому вигляді включає в себе усі цінності, що сформовані суспільством, відстоюються та визнаються його членами та інституціалізуються у вигляді економічного, політичного, правового та інших порядків [1, 73-98].

Традиційний погляд на структури як на деякі ідеальні утворення, що функціонують

як цілості, сплетені воєдино невидимими нитками соціальних відношень сьогодні все в більшій мірі дискредитується як польовими, так і теоретичними дослідженнями. Сьогодні неможливо уявити структуру як дещо абстрактно-нереальне, щось таке, що живе своїм життям, виносячи суб'єкта за дужки свого існування, перетворюючи його на пасивну споглядаючу матерію, фігурку на шахівниці, будівельний матеріал, якому структури надають необхідної форми. Дійсно, як констатують правові дослідження, суб'єкт сьогодні виходить не просто в центр правового розвитку, а стає його ціллю, ідеологією та визначальною міфологією. Традиційне уявлення про суб'єкта як підвладну прийнятим у соціумі конвенціям, стереотипам, стандартним моделям поведінки субстанцію сьогодні не можуть сприйматися за відправну точку у сприйнятті правового порядку. Правова соціалізація не може розглядатися як єдино можливий тип відносин між людиною та правовим порядком, оскільки він передбачає пасивні, односпрямовані дії, що визначає підкорення людини, всіх аспектів її життя праву, правовій регламентації тощо.

Саме з цих позицій підтверджується висловлена у сучасній юриспруденції думка про те, що право не слід розглядати виключно як причину правового порядку, оскільки це змушує його значення та, за великим рахунком, не відповідає дійсності. Правовий порядок, у першу чергу, сам по собі творить право, оскільки саме в ньому зароджуються та розвиваються правові цінності, формуються нові правовідносини, концентруються механізми правореалізації тощо. Правовий порядок постійно надає праву потужний життєвий імпульс, що спрямовує його розвиток в необхідному напрямку [2, 12-18].

Слід підкреслити, що проблематика структурного бачення правового порядку в його

ціннісному контексті поки ще не знайшла свого належного відображення в науковій літературі, хоча й мали місце спроби дослідити внутрішню будову правового порядку як особливого суспільного інституту. І якщо структурному виміру права присвячено не так багато робіт загальнотеоретичного характеру [3, 45], особливо на теренах вітчизняної юриспруденції, то структура правового порядку взагалі залишається своєрідною *terra incognita* юридичної науки, хоча, поза сумнівів, ця проблематика є однією з ключових в контексті осягнення його природи та специфіки розвитку.

Саме тому необхідно чітко визначити ті методологічні засади, на основі яких слід досліджувати структурний вимір правового порядку.

Викладення основного матеріалу. Один з найнадійніших шляхів визначення структури правового порядку — це, звісно, емпіричний шлях. Утім, у цьому зв'язку слід чітко визначити, що саме ми включаємо в інституційну структуру правового порядку на ціннісному рівні його сприйняття.

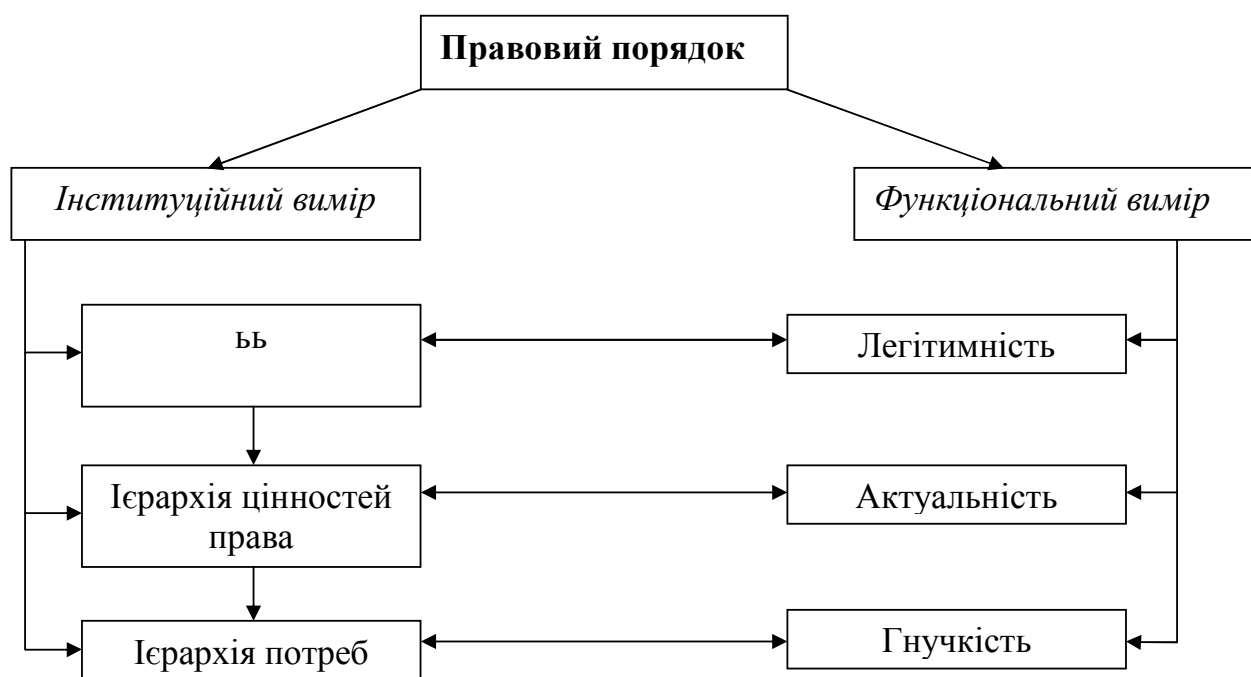
На нашу думку, правовий порядок у контексті його розгляду як структури правової цінності можна схематично зобразити таким чином:

Логіка такої схеми полягає у тому, що між інституційною та функціональною сторонами правового порядку існує ціннісна взаємодія. Якщо ієрархія правових цінностей, що визначає тип аксіологеми правового порядку, отримає своє функціональне втілення, то вона безпосереднім чином продемонструє модель легітимності правового порядку. Ієрархія цінностей права виявляє себе на функціональному рівні в актуальності, себто потенційності правового порядку та його реальності в правовому житті. Нарешті, потребовий рівень правового життя, який пов'язується, як справедливо зазначає П. М. Рабінович, із соціальною сутністю права та має безпосередній вихід на суб'єкта права, виражається у тому, наскільки правовий порядок є гнучким та здатним, таким чином, задовольняти потреби людей, організацій та соціальних груп у процесі соціальної взаємодії, тобто тут виявляється його комунікативна спроможність [4, 167].

Розглянемо другий рівень структурного буття цінностей в правовому порядку більш детально.

Рівень «ієрархія цінностей права – актуальність». На відміну від найвищого інституційно-функціонального рівня структури правового порядку, де його буття визначається

Схема 1. Правовий порядок як структура правових цінностей



глибинними концептами легітимації та правових цінностей, на рівні ієрархії цінностей права виявляється актуальність правового порядку, тобто — динамічний аспект його ціннісної структури.

Найскладніша проблема, яка постає у контексті дослідження саме цього рівня структурності правового порядку полягає у тому, яку методологію слід обрати для її розкриття. На нашу думку, тут можливо застосування двох принципово різних шляхів. З точки зору першого шляху, виявлення ієрархії цінностей права та актуальності правового порядку має будуватися на дедуктивному методі. Зауважимо, що дедукція у даному випадку постає не у традиційному її розумінні як сходження від загального до конкретного [5, 183], але як такого способу отримання висновку, за якого правомірність висновку зумовлена виключно логічною структурою мислення та не вимагає емпіричного обґрунтування [6, 178]. Іншими словами, при дедуктивному методі визначення ієрархії цінностей права ми маємо виходити з деяких умоглядних конструкцій, які не вимагають перевірки у правовій реальності.

Очевидно, що дедуктивний метод більш успішно можна застосовувати при визначенні ієрархії правових цінностей, оскільки їх буття в правовій сфері не є очевидним та наглядним. Неможливо однозначно констатувати існування свободи чи справедливості у структурі правових цінностей, що є основою для того чи іншого правового порядку. Однак для цінностей права звернення до емпірики є необхідною умовою правильності побудови конструкції.

Однак у цьому контексті постає інша проблема: якщо визначення ієрархії цінностей права вимагає від нас застосування індуктивного (тобто, емпіричного) методу, то на що саме слід спиратися для отримання достовірного знання про таку ієрархію? Найбільш логічним тут є звернення до статистичних даних, особливо з урахуванням того, що структуру правового порядку часто пов'язують зі структурою правоохорони.

У цьому зв'язку можна погодитися з В. С. Ковальським у тому, що існує п'ять основних закономірностей, які зумовлюють специфіку охоронної функції права. По-перше, охоронна функція є безпосередньо і опосередковано зумовленою (детермінованою) умовами

суспільного життя, політичною ситуацією в державі, зміна яких ретранслюється у меті та ефективності її реалізації. По-друге, інструментальні та інституціональні складові охоронної функції спрямовані на досягнення оптимальних суспільних пріоритетів, захист правових цінностей, які визначають конкретні напрями та завдання її реалізації. По-третє, склад та ознаки охоронної функції є продуктом цілеспрямованої діяльності публічних інституцій, які мають матеріальні та процесуальні (процедурні) складові. По-четверте, вивчення якісних ознак охоронної функції можливо лише в контексті її соціальної цінності, при розкритті глибоких закономірностей і зв'язків між галузями, правовими інститутами, правовими нормами. По-п'яте, встановлення кількісних ознак охоронної функції можливо за наявності відповідної методики вивчення юридичних подій, фактів, що є основою для експертної оцінки [7, 121].

У структурі функцій відбуваються зміни, які свідчать про збільшення або зменшення ролі тієї чи іншої функції, хоча їх склад визначається історично і закріплюється в чинній Конституції. Треба зазначити, що сьогодні спостерігається диференціація правового життя, причому не тільки в Україні, а й у всьому світі. У цьому процесі різні соціально-правові організації, явища і системи, зокрема й функції як такі, набувають дедалі більшої автономії і значення. Реформування у різних сферах соціального і правового життя, формування нової системи відносин між різними гілками влади не зменшують, а навпаки, підкреслюють роль охоронної функції права. Вона трансформується у певну правову реальність, у системну організацію, яка має як внутрішню, так і зовнішню конструкцію, фіксується у правоохоронній діяльності держави, що має власну динаміку, механізм і ефективність.

Водночас, існує взаємозалежність цієї функції від ефективності політики держави, в тому числі щодо охорони суспільних відносин, відбувається перехід до нової правової регуляції даних відносин, завдяки чому посилюється взаємодія держави і суспільства. Охоронна функція визначає спрямованість держави до наближення (або віддалення) до людини, спільнот, до забезпечення загально соціальних і приватних інтересів, до певних державних пріоритетів, які з'являються у перехідний

період і потребують не тільки впорядкування, а й усунення конфліктів, колізій, локалізації соціальних і правових суперечностей. Вона втілюється, у тому числі, у політичних і правових документах, національних програмах боротьби із злочинністю, корупцією, запобігання правопорушенням, а також у концепції судово-правових перетворень в українській державі; багато положень, що безпосередньо пов'язані з охоронною функцією, містяться в законах про діяльність прокуратури, міліції, служби безпеки, оперативно-розшукову діяльність, контррозвідувальну діяльність тощо.

У зв'язку з цим видається за можливе виявлення ієрархії цінностей права шляхом використання статистичних даних МВС із тим, аби виявити ті цінності права, які мають найвищий рівень криміногенності. Вважається, що найвищу значимість мають ті соціальні цінності, які мають найвищий рівень правопорушуваності. Проаналізувавши детально структуру злочинності в Україні за розділами Особливої частини Кримінального кодексу України, досить очевидним стає той факт, який демонструє «відрив» за показниками порушуваності, злочинів проти власності. Такий висновок красномовно вказує на те, що саме відносини власності та власність як економічний феномен є найбільш значущим криміногенним фактором у сучасному українському суспільстві. Складно заперечувати той факт, що саме власність є однією з ключових цінностей ліберального суспільства, проте її криміногенність наводить на думку про те, структура правового порядку є у значній мірі економічно детермінованою. Криміногенність — це така кримінологічно значуща властивість об'єкта запобігання злочинності, яка показує конкретну взаємозалежність об'єкта і конкретного злочину, злочинності взагалі [8, 117]. А тому ціннісна структура правового порядку безпосереднім чином детермінована структурою злочинності, оскільки саме у цьому співвідношенні виявляють себе ключові цінності суспільства: лише зіставлення правопорушної та правоохоронної діяльності дозволяють стверджувати існування тих чи інших цінностей права та встановлювати їх ієрархію.

Висновок. З урахування специфіки побудови особливої частини Кримінального Кодексу України, можна стверджувати, що ієрархія

цінностей права, які найчастіше стають об'єктами злочинних посягань, тобто мають найвищу криміногенність, виглядає таким чином:

- власність;
- життя та здоров'я людини;
- громадський порядок;
- державно-владні відносини;
- правосуддя;
- довкілля.

Література:

1. Васильева Л. Структурная устойчивость социально-политических систем / Л. Васильева // Социально-гуманитарные знания. — 2011. — № 3. — 136 с.
2. Крижановський А. Ф. Право і правопорядок: грані співвідношення / А. Ф. Крижанівський // Актуальні проблеми держави і права : Зб. наук. праць. — Вип. 29. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 210с.
3. Азми Д. М. Историко-теоретический и методологический анализ структуры права : автореф. дисс. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук ; спец. 12.00.01 — Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве / Д. М. Азми. — М., 2011. — 21 с.
4. Рабінович П. М. Наука філософії права: до характеристики предмета й методології / П. М. Рабінович // Проблеми філософії права. — 2003. — Т. 1. — С. 346.
5. Ивакин А. А. Диалектическая философия : монография / А. А. Ивакин. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — О. : Фенікс ; Суми : Університетська книга ; М. : ТрансЛит, 2007. — 240 с.
6. Цофнас А. Ю. Гносеология / А. Ю. Цофнас. — 193 с.
7. Ковальський В. С. Охоронна функція права : монографія / В. С. Ковальський. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 162 с.
8. Кримінологія: Загальна та Особлива частини : підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, М. Ю. Валуйська та ін. ; за заг. ред. В. В. Голіни. — 2-ге вид. перероб. і доп. — Х. : Право, 2009. — 340 с.

Арабаджи Н.Б. Иерархия ценностей права — актуальность, как второй уровень ценностной структуры правового порядка.

Аннотация. Правовой порядок, рассмотренный как структура правовых ценностей образует несколько уровней своего существования: уровень «иерархия правовых ценностей — легитимность», уровень «иерархия ценностей права — актуальность» и уровень «иерархия потребностей — гибкость правового порядка». Иерархия ценностей права проявляется на функциональном уровне в актуальности, то есть потенциальности правового порядка и его реальности в правовой жизни.

Ключевые слова: правовой порядок, структура правовых ценностей, «иерархия ценностей права — актуальность».

Arabadji N.B. Hierarchy of values of law — urgency as the second level of the value structure of law and order.

Summary. Law and order being considered as a structure of legal values forms several levels of its existence: the level 'hierarchy of legal values — legitimacy', the level 'hierarchy of values of law — urgency', and the level 'hierarchy of needs — flexibility of law and order'. Hierarchy of values of law reveals itself at the functional level in urgency, i.e. in the potentiality of law and order and its reality in the legal life.

Keywords: law and order, structure of legal values, 'hierarchy of values of law — urgency'.

Круглов В.А.,

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

О ФОРМЕ И ВИДАХ ВИНЫ В АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

Аннотация. Проведя исследования форм и видов вины в административных правонарушениях по законодательству Беларуси, автор приходит к выводу, что в КоАП Республики Беларусь целесообразно дополнить статью 3.4. Вина в совершенном административном правонарушении, не связанном с наступлением последствий, еще двумя частями и предлагает их содержание, а также в ч. 1 ст. 2.1 КоАП после слов «административным правонарушением признается» добавить слова «общественно опасное» и далее по тексту, а также в ст. 3.2 и 3.3 КоАП слова «противоправное» и «вредные последствия» заменить на «общественно опасное» в соответствующих падежах, что позволит правильно оперировать понятием вины при квалификации административных правонарушений с формальным составом и положит конец дискуссии об общественной опасности или вредности административных проступков.

Ключевые слова: форма вины, виды вины, административное правонарушение

Постановка проблемы. Исследованию проблем форм и видов вины в административных правонарушениях посвящено достаточно много научных публикаций. Однако до настоящего времени по данной проблематике продолжают дискуссии.

Изложение основного материала. По конструкции объективной стороны, т.е. по способу ее законодательного описания, составы административных правонарушений подразделяются на:

- материальные;
- формальные.

Материальными называются такие составы административных правонарушений, в объективную сторону которых включены в качестве обязательных признаков не только деяния, но и их вредные последствия. Последствия могут быть прямо указаны в диспозиции статьи.

Объективная сторона административного правонарушения, имеющего материальный состав, характеризуется тремя обязательными признаками:

- 1) противоправное деяние (действие или бездействие);
- 2) вредные последствия;
- 3) причинная связь между противоправным деянием и наступившими вредными последствиями.

В соответствии с ч. 1 ст. 2.1 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее — КоАП), «административным правонарушением признается противоправное виновное, а также характеризующееся иными признаками, предусмотренными настоящим Кодексом, деяние (действие или бездействие), за которое установлена административная ответственность» [3]. Согласно ч. 1 ст. 1.1 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее УК), «преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), характеризующееся признаками, предусмотренными настоящим Кодексом, и запрещенное им под угрозой наказания» [8].

В отличие от понятия преступления такой признак, как общественная опасность, в понятие административного правонарушения законодателем не включен. В связи с чем ряд ученых пытается навязать дискуссию о том, является ли административное правонарушение общественно опасным или же оно общественно вредное.

Так, например А.Н. Крамник утверждает, что: «Правильнее использовать термин «общественно вредное», поскольку общественная опасность характеризует уголовное преступление». Им вносится предложение: «правильнее было бы в ч. 2 ст. 2.1 сделать примерно следующую запись: «Настоящим Кодексом запрещаются общественно вредные деяния, то есть такие, которые причиняют существенный

вред правам и законным интересам». Нынешнюю вторую часть рассматривать частью третьей» [4, 19–20].

Б.Е. Абдрахманов предлагает следующее определение административного проступка: «Административным правонарушением (проступком) признается противоправное, виновное (умышленное или по неосторожности), общественно вредное деяние (действие или бездействие) физического или юридического лица, совершение которого предусматривает наложение взысканий, установленных в административном законодательстве, уполномоченными государственными органами и судами» [1, 117].

С данной позицией авторов нельзя согласиться. Давно пора отказаться от этого спора. Наша точка зрения в этом вопросе поддерживается российскими учеными. Так, Ю.П. Соловей констатирует: «Представляется, что давно обозначенная и всерьез обсуждавшаяся в литературе дилемма — общественно опасное или общественно вредное административное правонарушение — полностью надумана» [5, 6].

Все деяния, нарушающие нормы права, общественно опасны (вредны) и нет необходимости для преступлений применять термин «общественная опасность, а для административных правонарушений «общественная вредность». Права Т.В. Телятицкая, утверждая, что «общественная опасность заключается в том, что лицо, совершившее административное правонарушение, посягает на правопорядок, интересы общества, права и свободы граждан. Именно общественная опасность проступка обуславливает ответственность за его совершение» [6, 37]. Тем более, что законодатель, относя то или иное деяние к преступлениям или административным правонарушениям, учитывает степень их общественной опасности (вредности).

Для того чтобы уяснить содержание понятий «общественная опасность» и «общественная вредность» обратимся к их дефинициям, изложенным в словаре русского языка.

Опасный согласно С.И. Ожегову, — «способный вызвать, причинить какой-н. вред, несчастье» [7, с. 441].

Слово «вредный» означает «причиняющий вред, опасный» [8, 101].

«Иными словами, общественная вредность есть материализовавшаяся общественная

опасность деяния, и бессмысленно искать на этом пути какие-либо различия между преступлением и административным правонарушением. Другое дело, что степень общественной опасности среднестатистического административного правонарушения, в общем, ниже степени общественной опасности преступления» [5, 6–7].

Чтобы положить конец таким дискуссиям, предлагаем в ч. 1 ст. 2.1 КоАП, после слов «административным правонарушением признается», добавить слова «общественно опасное» и далее по тексту, а также в ст. 3.2 и 3.3 КоАП слова «противоправное» и «вредные» заменить на «общественно опасное» в соответствующих падежах.

Все административные правонарушения, имеющие материальный состав, признаются оконченными с момента наступления последствий.

Согласно ч. 2 ст. 3.1 КоАП виновным в совершении административного правонарушения может быть признано лишь вменяемое физическое лицо, совершившее противоправное деяние умышленно или по неосторожности [3].

Две формы вины образуются путем различного рода сочетаний элементов сознания и воли лица, совершающего противоправное деяние и характеризуют его отношение к деянию и наступившим вредным последствиям.

Умысел наиболее распространенная форма вины. В ч. 1 ст. 3.2 КоАП указано, что административным правонарушением, совершенным умышленно, признается противоправное деяние, совершенное с прямым или косвенным умыслом.

Тем самым, умысел подразделяется на прямой и косвенный.

Согласно ч. 2 ст. 3.2 КоАП административное правонарушение признается совершенным с прямым умыслом, если физическое лицо, его совершившее,

- сознавало противоправность своего деяния,
- предвидело его вредные последствия и
- желало их наступления.

Согласно ч. 3 ст. 3.2 КоАП административное правонарушение признается совершенным с косвенным умыслом, если физическое лицо, его совершившее,

- сознавало противоправность своего деяния,

— предвидело его вредные последствия,
— не желало, но сознательно допускало наступление этих последствий либо относилось к ним безразлично.

Осознание противоправного характера совершенного деяния означает понимание лицом его фактического содержания и социального общественного значения.

Предвидение вредных последствий своих действий является общим элементом для обоих видов умысла. Предвидение — это представление виновного о том вреде, который может причинить его противоправное деяние общественным отношениям, охраняемым административно-деликтным законом.

Волевой элемент прямого умысла определен в КоАП как желание наступления вредных последствий.

Волевой элемент косвенного умысла определен в законе как нежелание наступления вредных последствий, но сознательное их допущение или безразличное отношение к их наступлению.

Сознательное допущение означает, что виновный своими действиями осознанно допускает развитие причинно-следственной связи, приводящей к наступлению вредных последствий.

При безразличном отношении лица к наступлению вредных последствий лицо, причиняя вред общественным отношениям, как правило, не задумывается над конечным результатом своего деяния, хотя возможность их причинения представляется ему реальной.

Формальными называются такие составы административных правонарушений, объективная сторона которых характеризуется с помощью только одного обязательного признака — деяния (действия или бездействия). А таких административных правонарушений в КоАП большинство. Данные административные правонарушения считаются оконченными с момента совершения деяния и наступление вредных последствий для их квалификации не требуется. Хотя последствия, если они наступили, учитываются при назначении взыскания.

Вместе с тем, многие авторы указывают, что ряд таких преступлений совершается с прямым умыслом. Например, комментируя ст. 23.29 КоАП (Незаконное пересечение Государственной границы Республики Беларусь), Б.В. Асаенок и Д.С. Миронов указывают,

что «субъективная сторона правонарушения: умышленное незаконное пересечение Государственной границы Республики Беларусь как с территории сопредельного государства, так и умышленное незаконное пересечение Государственной границы из Республики Беларусь характеризуется умышленной формой вины и осуществляется только с прямым умыслом» [2, 106] (выделено мною — В.К.).

Однако, административное правонарушение, предусмотренные ст. 23.29 КоАП с формальным составом и наступления последствий не требуется, умыслом охватывается только деяние. Поэтому говорить о прямом или косвенном умысле, исследуя административные правонарушения с формальным составом, будет неправильно, так как в данных составах наступление вредных последствий не предусмотрено, поэтому и предвидение их наступления, а также желание или сознательный их допуск или безразличное к ним отношение вообще абсурдно.

Аналогичное положение и с неосторожной формой вины в виде легкомыслия или небрежности.

В ч. 1 ст. 3.3 КоАП указано, что административным правонарушением, совершенным по неосторожности, признается противоправное деяние, совершенное по легкомыслию или небрежности. Тем самым законодателем неосторожная форма вины подразделяется на

— легкомыслие;

— небрежность.

Согласно ч. 2 ст. 3.3 КоАП, административное правонарушение признается совершенным по легкомыслию, если физическое лицо, его совершившее,

— предвидело возможность наступления вредных последствий своего деяния,

— но без достаточных оснований рассчитывало на их предотвращение.

Согласно ч. 3 ст. 3.3 КоАП административное правонарушение признается совершенным по небрежности, если физическое лицо, его совершившее,

— не предвидело возможности наступления вредных последствий своего деяния,

— хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло их предвидеть.

Предвидение возможности наступления вредных последствий своего деяния составляет

интеллектуальный элемент легкомыслия, а расчет на их предотвращение — его волевой элемент.

Непредвидение вредных последствий при небрежности свидетельствует о пренебрежении лица к требованиям закона, правилам, интересам других лиц. В ст. 3.3 КоАП для определения неосторожной формы вины законодатель учитывает только отношение виновного к наступившим последствиям.

Таким образом, в административных правонарушениях с формальным составом вина может быть только умышленной и неосторожной без подразделения их на виды (прямой умысел и косвенный умысел, легкомыслие и небрежность).

Белорусский законодатель в ст. 3.4 КоАП закрепил, что форма вины при совершении административного правонарушения, не связанного с наступлением вредных последствий, устанавливается по отношению физического лица к противоправному деянию. И на такой констатации остановился.

Вместе с тем, белорусский законодатель, по нашему мнению, пошел по прогрессивному пути и в УК Республики Беларусь ст. 24. Вина в преступлении, не связанном с наступлением последствий, закрепил, какие формальные преступления признаются совершенными умышленно, а какие по неосторожности [9].

Вывод. Исследования показывают, что ст. 3.4 КоАП, по аналогии со ст. 24 УК, необходимо дополнить еще двумя частями, и мы приводим их содержание:

«2. Административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия или бездействия и желало его совершить.

3. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, не сознавало противоправный характер своего действия или бездействия, хотя должно было и могло это сознавать».

Такое дополнение ст. 3.4 КоАП и внесение соответствующих изменений в ч. 1 ст. 2.1, в ст. 3.2 и 3.3 КоАП позволит правильно оперировать понятием вины при квалификации административных правонарушений с формальным составом и положит конец дискуссии об общественной опасности или вредности административных проступков.

Литература:

1. Абдрахманов Б.Е. Концептуальные проблемы соотношения и отграничения административного правонарушения и преступления / Б.Е. Абдрахманов // Актуальные вопросы административно-деликтного права: материалы Междунар. науч.-практ. конф. — М. : ВНИИ МВД России, 2005. — С. 109—117.

2. Асаенок Б.М. Административно-деликтное право и административно-деликтный процесс в деятельности органов пограничной службы : учеб. пособие / Б.М. Асаенок, Д.С. Миронов. — Минск : Амалфея, 2012. — 288 с.

3. Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 21 апреля 2003 г. № 194-З (ред. от 13 июля 2012 г. № 409-З) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 2003. — № 63. — 2/946; Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — 2012. — 2/1961.

4. Крамник А.Н. Новый Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях / А.Н. Крамник // Судовы веснік. — 2004. — № 1(49). — С. 19—23.

5. Соловей Ю.П. К критике некоторых концептуальных положений Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях / Ю.П. Соловей // Актуальные проблемы применения Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях; материалы всероссийской науч.-практ. конф., Омск, 1 июня 2004 г. / под общ. ред. Ю.П. Соловья. — Омск : Омский юридический институт, 2004. — С. 3—9.

6. Телятицкая Т.В. Административная ответственность и некоторые проблемы соблюдения прав человека в Республике Беларусь / Т.В. Телятицкая // Экономика. Управление. Право. — 2002. — № 3. — С. 36—39.

7. Ожегов С.И. Словарь русского языка: ок. 53000 слов / С.И. Ожегов ; под общ. ред. проф. А.И. Скворцова. — 24-е изд. испр. — М. : Изд. дом «ОНИКС-21 век» ; Мир и образование, 2003. — 896 с.

8. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. д-ра филолог. наук проф. Н.Ю. Шведовой. — М. : Русский язык, 1984. — 797 с.

9. Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 275-З (ред. от 13 июля 2012 г. № 409-З) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. — 1999. — № 76. — 2/50; Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — 2012. — 2/1961.

Круглов В.О. Про форму і види провини в адміністративних правопорушеннях

Анотація. Провівши дослідження форм і видів провини в адміністративних правопорушеннях за законодавством Білорусі автор приходить до висновку, що в КОАП Республіки Білорусь доцільно доповнити статтю 3.4. Вина в досконалому адміністративному правопорушенні, не пов'язаному з настанням наслідків, ще двома частинами і пропонує їх зміст, а також в ч. 1 ст. 2.1 КОАП після слів «адміністративним правопорушенням визнається» додати слова «суспільно небезпечне» і далі по тексту, а також в ст. 3.2 і 3.3 КпАП слова «протиправне» і «шкідливі наслідки» замінити на «суспільно небезпечне» у відповідних відмінках, що дозволить правильно оперувати поняттям провини при кваліфікації адміністративних правопорушень з формальним складом і покладе край дискусії про суспільну небезпеку або шкідливість адміністративної провини.

Ключові слова: форма провини, види провини, адміністративне правопорушення

Kruglov V.A. A form and types of guilt in administrative offences

Summary. After researching forms and types of fault in administrative offences under the laws of Belarus, the author concludes that the administrative code of the Republic of Belarus to supplement article 3.4. Wine in perfect administrative violation, not associated with the onset of effects, even the two parts and invites them, as well as in am 1 St. 2.1 administrative code, after the words «an administrative offence is recognized», add the words «socially dangerous» and hereinafter, as well as in art. 3.2., and 3. 3 of the administrative code for «wrongful» and «harmful effects», replace «socially dangerous» in appropriate cases to properly operate with the notion of fault in the classification of administrative offences with a formal structure and put an end to discussion about danger or harmfulness of administrative offences.

Keywords: form of guilt, types of guilt, administrative offence

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

НАУКОВІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена сучасним тенденціям щодо використання поняття «юридичний процес» в юридичній науці та законодавстві України.

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

Постановка проблеми. Бурхливий та іноді хаотичний розвиток в Україні галузей законодавства, відсутність узгоджених планів законопроектних робіт та інші обставини вимагають від науковців розробки концепцій розвитку галузей законодавства, в тому числі і адміністративного законодавства. Розробка таких концепцій є суттєвим теоретичним і практичним завданням юридичної науки.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Тенденціям розвитку адміністративного законодавства присвячено наукові праці вітчизняних учених юристів Авер'янова В.Б., Зайця А.П., Ківалова С.В., Копиленка О.Л., Луць Л.А., Мамутова В.К., Оборотова Ю.М., Опришка В.Ф., Петрової Л.В., Селіванова В.М., Шемчушенка Ю.С. та ін. Але національне адміністративне законодавство функціонує сьогодні скоріше як «масив» ніж як система нормативно-правових актів. Тому побудова єдиної, цілісної, внутрішньо і зовнішньо узгодженої системи адміністративного законодавства є одним з актуальних і важливих завдань юридичної науки в сучасний період.

Метою написання статті є аналіз передумов розвитку адміністративного законодавства, які склалися сьогодні в Україні.

Викладення основного матеріалу. Слід виділити три передумови розвитку сьогодні адміністративного законодавства: 1) формування концепції матеріального адміністративного та адміністративно-процедурного законодавства; 2) розвиток адміністративно-процедурних

норм та їх поступова систематизація; 3) активізація наукових досліджень адміністративного законодавства. Розглянемо кожну з названих передумов більш детально.

Концепція розвитку матеріального адміністративного і адміністративно-процедурного законодавства як доктринальна база для визначення його розвитку і співвідношення інститутів ще остаточно не склалась, хоча науковці працюють над її створенням [1, 34].

Теорія адміністративного права лише прицілюється на окремі питання, які хоча і є основоположними, але в цілому не створюють чіткого понятійного апарату і теоретичної системи конкретних напрямків розвитку адміністративного законодавства і не підвищують ролі адміністративно правових заходів в регулюванні суспільних відносин. Теоретичний підхід щодо дослідження проблем адміністративного законодавства повинен базуватися на єдиній теорії адміністративного права.

Наприклад, О.І. Миколенко зазначає, що в Україні відсутня єдина теорія адміністративного права, яка б пропонувала єдиний категоріальний апарат та єдину методологію. Вчені, користуючись своїм особистим набором наукових категорій та своїм набором наукових методів (як правило надаючи перевагу в дослідженні лише одному з них), пропонують свої наукові концепції, які не тільки суперечать одна одній, а й виключають одна одну [2, 136-142]. Тому погоджуємося з тими науковцями, які вважають, що слід, передусім, розібратися з термінологією, яка використовується у цій сфері наукового пізнання та чинному законодавстві.

В Класифікаторі галузей законодавства України адміністративне законодавство названо разом з адміністративним процесом [3]. Це додатково свідчить про необхідність інтегрованого підходу до дослідження матеріального адміністративного законодавства

і процедурного адміністративного законодавства, бо воно сьогодні «розпорошене» по другим галузям і сферам державного життя, а окремі його структурні одиниці виділені в якості самостійних галузей законодавства.

В такій ситуації вбачається важливим дослідження адміністративного законодавства як єдиної і важливої галузі українського законодавства. Адміністративне право можна розглядати як базову галузь публічного права, яка за допомогою імперативного потенціалу виконавчої влади забезпечує публічні інтереси у всіх сферах державного і суспільного життя.

Тому головним в дослідженні адміністративного законодавства є наступне: обґрунтування необхідності розвитку адміністративного законодавства як системного цілого, а також його інститутів (складових частин), які мають загальний предмет регулювання — владні відносини, що виникають в діяльності органів виконавчої влади; поєднання цих інститутів в певній закономірній послідовності та розробка принципу їх взаємозв'язку; обґрунтування необхідності створення законопроектів для включення в систему адміністративного законодавства і забезпечення їх зв'язку за рівнями державного управління.

Наукове бачення перспектив розвитку адміністративного законодавства повинно стати основою розробки належних заходів державної адміністративної політики, що слід також вважати важливою функцією науки адміністративного права: визначення цілей, завдань, напрямків і принципів розвитку адміністративного законодавства; заходів соціально-політичного, організаційного, фінансового, інформаційного забезпечення розвитку адміністративного законодавства, прогнозування соціально-економічних та інших наслідків реалізації адміністративного законодавства.

Друга передумова розвитку адміністративного законодавства — прискорений розвиток адміністративно-процедурних норм, спрямованих на регламентування взаємовідносин органів державної виконавчої влади й пересічних громадян.

За функціональним призначенням і матеріальні, і процедурні норми збігаються, але ці норми мають суттєві між собою відмінності. Спробуємо визначити ті особливості матеріальних і процедурних норм, що їх об'єднують та розрізняють.

По-перше, і матеріальні, і процедурні норми мають всі ті ознаки, що властиві будь-яким правовим нормам (загальнообов'язкові, формально визначені, встановлені державою, їх реалізація забезпечується державним примусом та ін.).

По-друге, матеріальні і процедурні норми різняться між собою за змістом, який проявляється в своєрідності їх приписів. Всі приписи процедурних норм мають організаційний характер, тобто визначають найбільш доцільний порядок здійснення правотворчої, правозастосовної, правоохоронної, управлінської, установчої, контрольно-наглядової та будь-якої іншої діяльності чи порядок виникнення та зміни суб'єктивних прав і юридичних обов'язків між суб'єктами диспозитивних відносин. Це означає, що процедурними слід вважати не тільки норми, що встановлюють порядок розгляду юридичної справи в судах чи органах виконавчої влади, а і норми, які регулюють порядок документального забезпечення управління (діловодство), встановлюють порядок реалізації певних суб'єктивних прав та юридичних обов'язків (реєстрація автомобіля, реєстрація особи за місцем постійного проживання та ін.), встановлюють порядок укладання адміністративних договорів тощо [4, 152-166]. Матеріальні норми позбавлені організаційного характеру, вони лише констатують існування певних фактів.

Третя передумова розвитку адміністративного законодавства — активізація наукових досліджень адміністративного законодавства.

Сьогодні виникла необхідність підвищення ролі адміністративного законодавства в загальній системі правового регулювання. Необхідно вдосконалювати адміністративно-правове регулювання в інтересах як суспільства і держави, так і громадян. Адміністративне законодавство буде соціально корисним і ефективним, якщо вдосконалити дві головних його властивості: воно повинно бути в повній мірі підзаконним і функціонально орієнтованим на забезпечення публічних інтересів. Наука адміністративного права покликана реально орієнтувати виконавчу владу на виконання головного завдання — організація діяльності для забезпечення виконання законів, що повинно служити важливим показником ефективності цієї влади.

Сама природа предмета дослідження науки адміністративного права обумовлює наявність у ній великої частки описового підходу. Але наука адміністративного права не повинна зводитися тільки до опису виконавчо-розпорядчої діяльності в державі. На основі описового підходу і застосування інших наукових методів вона повинна формулювати нормативні начала для виконавчої влади. Тільки в цьому випадку її можна буде характеризувати як суспільну науку про правовий режим організації та функціонування виконавчої влади в повній відповідності з її конституційним призначенням і про правові засоби, форми і методи забезпечення нею публічного порядку. Зараз необхідно орієнтуватися на практичні цілі науки адміністративного права, тобто сприяти підвищенню ефективності роботи органів виконавчої влади та мінімізації витрат сил і засобів. Наука адміністративного права повинна не просто вивчати, описувати, а й ретельно аналізувати і розкривати фактичний прояв основоположних функцій державного управління та організаційної структури виконавчої влади. Необхідно досліджувати реальну виконавчу діяльність, класифікувати її, формулювати взаємозв'язки і закономірності в сфері, яка досліджується цією наукою.

Адміністративне законодавство не вичерпується встановленням норм, які регулюють виключно управлінські відношення. Для нього характерним є введення різних правових режимів з метою гарантування належного розвитку управлінських правовідносин, законного порядку їх реалізації. До них відносяться режими територій, видів і сфер діяльності, об'єктів, процесів і станів. Тенденція, яка чітко простежується в розвитку адміністративно-правових режимів — це модифікація їх юридичних параметрів, підстав і процедур щодо сучасних умов. Важливо, щоб різні режимні правила встановлювались законами, а не підзаконними актами.

Адміністративно-правовий режим можна визначити сьогодні як особливий порядок правового регулювання, який поєднує в собі цілі, принципи, предмет і методи адміністративно-правового регулювання, статус суб'єктів, встановлений адміністративним правом, адміністративні матеріальні і процедурні гарантії та адміністративний правовий стан [4, 276-277].

Специфіка адміністративно-правового режиму проявляється через аналіз елементів, що входять до його структури. Так, цілі адміністративно-правового регулювання орієнтують законодавця у виборі правових засобів для регулювання суспільних відносин. Для того, щоб правові засоби не перетворилися в знаряддя насилля, є необхідність у формуванні принципів права, що своїми настановами пронизують всю систему права та визначають нормотворчу і правозастосовчу діяльність компетентних органів. Цілі та принципи адміністративно-правового регулювання допомагають визначитись з колом тих суспільних відносин, що потребують відповідного правового регулювання. Лише після цього суб'єкти адміністративно-правового регулювання наділяються відповідним статусом, а для того щоб досягалися цілі правового регулювання, дотримувались принципи права та реалізовувались права і обов'язки суб'єктів права, необхідне існування системи правових гарантій. Кінцевим же результатом адміністративно-правового регулювання є встановлення адміністративного правового стану.

Потребує також вдосконалення законодавство про контроль та нагляд державних органів. Сьогодні організація державного контролю викликає суттєві нарікання. Завдання полягає в тому, щоб уникнути чисельності і поверховості перевірок, знаходити оптимальні можливості розподілу контрольних функцій між різними органами [1, 37-38].

Висновок. Наука адміністративного права покликана досліджувати погляди, ідеї, уявлення про розвиток системи державного управління, а також тенденції розвитку адміністративного законодавства. Сьогодні відбувається бурхливий розвиток адміністративного законодавства, який охоплює собою всі сфери державного життя, особливо освіту, соціальний захист населення, економічні перетворення в суспільстві, публічну службу тощо. Модернізація адміністративного законодавства повинна відбуватись, опираючись на теоретичні дослідження представників науки адміністративного права.

Література:

1. Ноздрачев А. Ф. Некоторые теоретические подходы и тенденции исследования административного законодательства / А. Ф. Ноздрачев // Административное и информационное право (состояние и перспективы развития). — М. : Академический правовой университет, 2003. — С. 33-38.
2. Миколенко О. І. Теорія адміністративного права: минуле, сучасність і майбутнє / О. І. Миколенко // Публічне право. — 2011. — № 1. — С. 136-142.
3. Класифікатор галузей законодавства України, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 02.06.2004 за № 43/5. [Електронний ресурс]. — Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v43_5323-04.
4. Миколенко О. І. Теорія адміністративного процедурного права : монографія / О. І. Миколенко. — Харків : Бурун Книга, 2010. — 336 с.

Голоядова Т.А. Научные предпосылки развития административного законодательства Украины.

Аннотация. В статье освещаются научные предпосылки развития административного законодательства Украины. Обращается внимание на основные пути его совершенствования.

Ключевые слова: административное законодательство, материальные административные нормы, процедурные административные нормы, административно-правовые режимы.

Holoyadova T. Scientific background of administrative legislation of Ukraine.

Summary. The article highlights the scientific background of administrative legislation of Ukraine. Attention is drawn to the main ways to improve it.

Keywords: administrative law, financial administrative regulations, procedural administrative regulations, administrative and legal regimes.

Миколенко О.М.,

к.ю.н., доцент,

*доцент кафедри кримінального права,
кримінального процесу та криміналістики*

Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

ФУНКЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Анотація. Стаття присвячена проблематиці використання в юридичній літературі поняття «функції адміністративного права». Пропонується авторське визначення функцій адміністративного права.

Ключові слова: функція, функції адміністративного права, функції науки адміністративного права, регулятивна функція, охоронна функція.

Постановка проблеми. Теорію функцій адміністративного права не можна віднести до числа розроблених і цьому факту є логічне пояснення. Існує ціла низка невирішених теоретичних проблем, які перешкоджають розвитку знань про функції адміністративного права.

По-перше, в науковій і навчальній літературі функція адміністративного права як самостійна наукова категорія не розглядається. Перевага в основному віддається функціям виконавчої влади, точніше кажучи, основним напрямкам державно-управлінської діяльності, змістом якої є практична реалізація цієї гілки державної влади [1, 262-264]. Деякі автори взагалі ототожнюють функції адміністративного права і функції виконавчої влади [2, 46-47].

По-друге, у науці поняття «функція» вживається в різних значеннях. Функції розглядаються в математиці, біології, кібернетичі, соціології, фізиці тощо. У юридичній науці термін «функція» теж вживається в різних значеннях. Так розглядаються «функції права», «функції державних органів», «функції юридичної відповідальності», «функції правових договорів», «функції юридичного процесу», «функції юридичної практики» і ін. Існуюча тенденція до розширення сфери використання поняття «функція» може призвести до того, що з'являться наукові праці, в яких будуть розглядатися «функції правовідносин», «функції статті закону», «функції адміністративного проступку» та ін. Виникає враження, що поняття «функція», втративши

своє постійне значення, кожен раз наділяється новими властивостями, в залежності від сфери свого застосування.

По-третє, визначити та класифікувати функції адміністративного права можна лише в тому випадку, коли уточнено поняття «адміністративне право». Адже адміністративне право можна характеризувати як галузь права, як науку та як навчальну дисципліну. Таким чином, поняття «функція» кожного разу буде набувати свого специфічного змісту, в залежності від того, в якому значенні використовується поняття «адміністративне право».

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Функції адміністративного права фрагментарно висвітлені в навчально-методичній літературі у працях В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяка, І.П. Голосніченка, Р.А. Калюжного, С.В. Ківалова, Ю.М. Козлова, Ю.М. Старілова та інших видатних вчених України і Росії. Комплексні ж дослідження з цього питання відсутні в юридичній літературі.

Метою написання статті є визначення функцій адміністративного права як галузі права та функцій науки адміністративного права.

Викладення основного матеріалу. В юридичній літературі можна зустріти різні визначення функцій права чи функцій адміністративного права.

Наприклад, функції права іноді визначають як найбільш істотні напрями і сторони його впливу на суспільні відносини, у яких розкривається загальнолюдська і класова природа та соціальне призначення права [3]. Ю.М. Старілов під функціями адміністративного права розуміє основні напрями правового галузевого впливу на суспільні відносини [4, 390]. Ю.М. Козлов визначає функції адміністративного права як основні напрями адміністративно-правового регулювання управлінських суспільних відносин [5, 68].

Загальне визначення поняття «функція» пропонує В. М. Протасов. На його думку, функція — це та діяльність, той вплив, які повинна здійснювати та чи інша система (держава, право, державний орган, наука, теорія і ін.), щоб вирішити поставлені перед нею завдання, досягти своїх цілей [6, 27].

Цікавою з цього приводу є точка зору І.С. Кантафарової, яка зазначає, що вважається доцільним (і в цьому суть запропонованого підходу) просто замінити категорію «функція» на три взаємопов'язані категорії — цілі, засоби і результат. Пояснює І.С. Кантафарова такий підхід до поняття «функція» тим, що воно використовується у більшості сфер знань як інтуїтивно ясний, але формально невизначений термін, що дає можливість вкладати в його зміст різне смислове навантаження. Такі ж категорії як «цілі», «засоби» і «результат» набули за декілька останніх тисячоліть велику онтологічну і логічну розробку (в працях Сократа і Платона, Аристотеля, Августина, Лейбніца, Вольфа, Канта, Фіхте, Гегеля та ін.) [6, 25]. Саме тому І.С. Кантафарова пояснює недоцільність виділення в межах юридичних знань таких самостійних правових категорій як «функція галузі права» чи «функція юридичної відповідальності».

Вважаємо, що від поняття «функція» не слід повністю відмовлятися в юридичній науці. Пропонуємо його розглядати як єдність трьох самостійних понять — «цілі», «засоби досягнення цих цілей» та «результат, який був отриманий і який повинен відповідати поставленим цілям». Якщо результат не відповідає поставленим цілям, то функція вважається не реалізованою.

Таким чином під функцією слід розуміти не «основні напрямки впливу», як це пропонується в юридичній літературі, а «відповідність отриманого результату поставленим цілям та використаним засобам». Тоді функції адміністративного права як галузі права — це відповідність правового стану, який склався у суспільстві в результаті адміністративно-правового регулювання, цілям та засобам адміністративно-правового регулювання. А функції адміністративного права як науки — це відповідність отриманих наукових результатів цілям наукової діяльності та засобам, які були при цьому використані.

Серед науковців відсутня єдність і стосовно класифікації функцій адміністративного права як галузі права. В юридичній літературі виділяють регулятивну та охоронну функції [4, 391], організаційно-структурну і конфліктно-охоронну функції [5, 68], організаційну, регулятивну, захисну функції і функцію самореалізації прав [8, 77-78]. Перша із запропонованих класифікацій є найбільш розповсюдженою в юридичній літературі.

Регулятивна функція адміністративного права набуває свого прояву у впливі на суспільні відносини шляхом встановлення прав, обов'язків, заборон, обмежень, повноважень суб'єктів адміністративного права. Ця функція набуває свого прояву також і в сфері процедурного регулювання відносин, тобто шляхом закріплення в законодавстві правових процедур.

Охоронна функція адміністративного права набуває свого прояву у впливі на суб'єктів суспільних відносин з метою дотримання встановлених чинним законодавством норм. При реалізації охоронної функції може бути використані заходи адміністративної відповідальності, певні адміністративні санкції та інші заходи адміністративного примусу.

При характеристиці певної юридичної науки завжди виникає питання про визначення її функцій [9, 25-31; 10, 12-13].

З цих позицій можна говорити про наступні функції науки адміністративного права: 1) теоретико-пізнавальна; 2) евристична; 3) прогностична; 4) навчально-виховна; 5) практично-прикладна.

Теоретико-пізнавальна функція науки адміністративного права полягає: у вивченні таких правових явищ як «виконавча влада», «адміністративно-правове регулювання», «адміністративна процедура», «адміністративна відповідальність» тощо; у засвоєнні отриманих знань щодо закономірностей виникнення, розвитку і функціонування адміністративного права; у формуванні загальних уявлень про окремі правові явища, обумовлених предметом науки; у констатації існуючого стану адміністративно-правової дійсності.

Евристична функція науки адміністративного права, на відміну від теоретико-пізнавальної функції, означає не засвоєння та систематизацію отриманих знань, а здобуття нових раніше невідомих знань про адміністративне

право. Евристика (зід грецької «heurisko» — відшукую, відкриваю) — мистецтво винаходу; керівництво стосовно того, як методичним шляхом знаходити нове [11, 530].

Прогностична функція науки адміністративного права полягає в передбаченні розвитку державно-правових процесів. На підставі виявлення певних закономірностей та тенденцій наука адміністративного права формулює перспективи на майбутнє шляхом висунення гіпотез та прогнозів. Наприклад, В.М. Сирих зазначає, що прогностична функція юридичної науки яскраво проявляється при визначенні шляхів подальшого розвитку законодавства і практики його застосування. На його думку, можна достатньо точно передбачити успіх нормативно-правових рішень, що проектуються, чи, навпаки, спрогнозувати негативні наслідки їхньої дії. Це залежить від того, наскільки прийняте нормативно-правове рішення враховує та відповідає теоретичним положенням юридичної науки і вимогам законодавчої техніки, а також чи відповідає воно існуючому рівню економічних та культурних відносин у суспільстві [9, 27].

Навчально-виховна функція адміністративного права проявляється у трьох формах.

По-перше, наука адміністративного права повинна стати науковою базою для відповідних навчальних дисциплін та підґрунтям наукового розвитку молодих вчених. Наприклад, В.В. Сорокін, констатуючи плачевний стан юридичної освіти в Російській Федерації, зазначає, що молодий юрист повинен винести з університету не тільки знання, а й правові ідеали. Освічений юрист, на його думку, відрізняється від законознавця, який освоїв лише зміст законодавства шляхом механічного завчання, не кількістю, а якістю знання. Вивчення права комплексно (як систему) дає таке ясне уявлення про нього, яке особа, що вивчила кодекс напам'ять, ніколи не зможе набути. Отже, перед юридичною освітою стоять два завдання: а) прищеплювання студентів систематичного знання про право; б) формування в нього юридичного мислення. Поряд з догматичним знайомством з позитивним правом і технікою його реалізації студентам повинні приживлюватися навички юридичного мислення, осмислення історичного генезису правопорядку і його соціокультурних основ, філософського розуміння права [12].

По-друге, наука адміністративного права сприяє підвищенню рівня правової культури населення, оскільки надає знання щодо їхніх прав та обов'язків в публічних правовідносинах, аргументовано обґрунтовує необхідність та доцільність суворого дотримання і виконання чинних адміністративних норм, озброює прийомами, що дозволяють зрозуміти та тлумачити адміністративні норми.

По-третє, ґрунтуючись на висновках науки адміністративного права, державні органи, засоби масової інформації та громадськість поступово витісняють застарілі погляди на природу і соціальне значення державного службовця, державного управління та адміністративного права в сучасному демократичному суспільстві. Наприклад, все частіше державний службовець сприймається суспільством не як посадова особа, яка наділена владними повноваженнями, а як найманець суспільства задля задоволення його нагальних потреб. Все частіше зустрічаємося з тим, що державний службовець не видає розпорядження, а надає адміністративні послуги населенню тощо.

Практично-прикладна функція науки адміністративного права полягає:

1. В накопиченні теоретичного матеріалу та досвіду практики для формування в законодавстві відповідних адміністративно-правових положень. Цілі правового регулювання, які поставила перед собою держава, можуть бути реалізовані лише за умови підготовки та прийняття досконалих законів і інших нормативно-правових актів, які регламентують взаємовідносини органів виконавчої влади з громадянами та організаціями.

2. В тому, щоб за допомогою загальних уявлень про адміністративно-правові явища надавались певні орієнтири суб'єктам правозастосовної діяльності, а також пояснення, тлумачення та рекомендації учасникам адміністративних правовідносин відносин.

Наприклад, О.О. Івін, характеризуючи практичну значимість науки, зазначає, що наука існує не за ради самої себе, а заради тої користі, яку вона здатна принести суспільству [12, 211]. Але при цьому він підкреслює, що прив'язувати науку до практики і вимагати від неї негайних позитивних результатів небезпечно. Не стільки теоретична та пізнавальна зацікавленість вченого, оскільки потреби

суспільства стимулюють постійний розвиток науки. Тому наука існує в першу чергу для того, щоб забезпечити ефективність практики людей.

Висновок. Отже, всі функції науки адміністративного процедурного права забезпечують її перетворення в надійну теоретичну базу для вирішення актуальних проблем як в сфері самої науки, так і в правотворчій, і правозастосовній сферах.

Дослідження функцій адміністративного права як галузі права та функцій науки адміністративного права не повинно зводитись лише до визначення та класифікації цього правового явища, а показувати причини чому та чи інша функція так не була в достатній мірі реалізована на практиці і що необхідно в подальшому зробити для забезпечення її реалізації.

Література:

1. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник у 2 т. / В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, І. П. Голосниченко, Р. А. Калюжний [та ін.] ; відповід. ред. В. Б. Авер'янов. — Т. 1: Загальна частина — К. : Юридична думка, 2004. — 584 с.
2. Агапов А. Б. Административное право : учебник / А. Б. Агапов. — М. : Дашков и Ко, 2004. — 932 с.
3. Судові та правоохоронні органи України : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів / А. П. Гель, Г. С. Семаков, С. П. Кондракова [та ін.]. — К. : МАУП, 2004. — 272 с.
4. Стариков Ю. Н. Курс общего административного права : в 3 т. / Ю. Н. Стариков. — Т. 1. — М. : НОРМА-ИНФА — М, 2002. — 728 с.
5. Козлов Ю. М. Административное право : учебник / Ю. М. Козлов. — М. : Юристъ, 2005. — 554 с.
6. Канзафарова І. С. Теорія цивільно-правової відповідальності / І. С. Канзафарова. — Одеса : Астропринт, 2006.— 264 с.
7. Протасов В. Н. Основы общеправовой процессуальной теории / В. Н. Протасов. — М. : Юридическая литература, 1991. — 144 с.
8. Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. — М. : Юринформцентр, 1998. — 798 с.
9. Общая теория права : учебник для юридических вузов / Ю. А. Дмитриев, И. Ф. Казьмин, В. В. Лазарев [и др.] ; под общ. ред. А. С. Пиголкина. — 2-е изд. — М. : Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1996. — 384 с.
10. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. — Харьков : Консум, 2000. — 704 с.
11. Философский словарь / [А. В. Адо, Н. Д. Александровская, И. И. Андреев, Э. М. Андреев, Л. Б. Баженов, Э. А. Батищев и др.] ; под ред. И. Т. Фролова. — 6-е изд. — М. : Политиздат, 1991. — 560 с.
12. Сорокин В. В. Теория государства и права — фундамент юридического образования / В. В. Сорокин // Сибирский Юридический Вестник. — 2003. — №4. [Электронный ресурс] — Режим доступа : <http://www.lawinstitut.ru/ru/science/vestnik/20034/sorokin.html>. — Назва з екрану.
13. Ивин А. А. Современная философия науки / А. А. Ивин. — М. : Высшая школа, 2005. — 592 с.

Миколенко А.Н. Функции административного права.

Аннотация. Статья посвящена проблематике использования в юридической литературе понятия «функции административного права». Предлагается авторское определение функций административного права.

Ключевые слова: функция, функции административного права, функции науки административного права, регулятивная функция, охранительная функция.

Mikolenko A.N. The functions of administrative law.

Summary. This article is devoted to the problems in the legal literature use the term «function of administrative law». A copyright determine the functions of administrative law.

Keywords: function, the function of administrative law, administrative law function of science, regulatory function, security function.

Серих О.В.,

к.ю.н., доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

ДЕЛІКТОЛОГІЧНІ ОЗНАКИ ПОРУШЕНЬ МИТНИХ ПРАВИЛ (СТАН, СТРУКТУРА, ДИНАМІКА, ГЕОГРАФІЯ)

Анотація. У статті досліджено деліктологічні характеристики порушень митних правил – стан, структура, динаміка, географія та ін. Визначено поняття «митна деліктність», «деліктологія порушень митних правил», «стан митної деліктності», «структура митної деліктності», «динаміка митної деліктності», «географія митної деліктності». Доведено, що дослідження деліктологічних характеристик порушень митних правил сприятиме профілактиці порушень митних правил.

Ключові слова: митна деліктність, деліктологія порушень митних правил, профілактика порушень митних правил, порушення митних правил, стан, структура, динаміка, географія.

Постановка проблеми. Боротьба з контрабандою і порушеннями митних правил є одним із пріоритетних завдань, поставлених перед митною службою України Президентом України Віктором Януковичем. Про актуальність дослідження окремих деліктологічних характеристик сукупності порушень митних правил (стану, структури, динаміки, географії) свідчать матеріали статистики. Так, протягом 8 місяців 2012 року митними органами порушено 16 811 справ про порушення митних правил на суму 1,7 млрд. грн. З них 11 383 – справи, в яких реально вилучено предмети правопорушень на суму 614,91 млн. грн. Митними органами розглянуто 2 768 справ про порушення митних правил та застосовано адміністративне стягнення у вигляді штрафу на суму 6,28 млн. грн. [1]. Для практичної діяльності митних органів вельми важливо визначити тенденції у русі порушень митних правил, тобто їх динаміку, виявити у структурі порушень митних правил домінуючі делікти, дослідити поширення порушень митних правил та їх окремих видів у різних територіальних одиницях.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Дослідженням адміністративних правопорушень з позицій

адміністративної деліктології займалися такі вчені як Д.М. Бахрах, Е.Є. Гензюк, Є.В. Додін, М.П. Мишляєв, М.І. Нікулін, О.І. Остапенко, С.Д. Подлінев та ін. Внесок у розробку окремих питань порушень митних правил зробили фахівці з митної справи Ю.М. Дьомін, О.Б. Єгоров, С.В. Ківалов, Б.А. Кормич, О.О. Зотенко, П.В. Пашко, В.В. Прокопенко, Д.В. Приймаченко, В.І. Ремньов, О.В. Тодошак, О.П. Федотов та інші. Останнім часом спостерігається підвищений інтерес до проблем деліктології порушень митних правил як з боку науковців, так і з боку практичних працівників. Окремі деліктологічні питання (зокрема, профілактики порушень митних правил, детермінант, що обумовлюють їх вчинення) вивчали С.О. Баранов, С.Ю. Дьоміна, О.В. Константа, І.М. Романенко, А.А. Мудров та інші.

Однак, незважаючи на достатню розробленість питань, пов'язаних з порушеннями митних правил, у науці митного права недостатньо уваги приділяється сучасному стану митної деліктності в Україні з урахуванням останніх перетворень, які відбуваються у митній сфері. На жаль, наукові дослідження з питань змін у структурі, динаміці порушень митних правил розвинені ще не на належному рівні, що обумовлено, по-перше, високою латентністю порушень митних правил, по-друге, складністю тих соціальних, економічних та інших явищ, що є детермінантами, і що впливають на структуру, динаміку, географію митної деліктності в Україні. Отже, з огляду на потреби адміністративно-правової науки, митного права та необхідності удосконалення діяльності митних органів щодо організації боротьби з порушеннями митних правил, тема дослідження є беззаперечно актуальною.

Метою цієї статті є розкриття деліктологічних характеристик сукупності порушень митних правил – стану, структури, динаміки, географії, топографії, часу.

Викладення основного матеріалу. Наявність певних ознак, які характеризують всю сукупність адміністративно-караних порушень митних правил як цілісне соціально-правове явище, специфічність причин і умов їх вчинення та заходів протидії цим порушенням дає підстави застосовувати термін «митна деліктність» при вивченні деліктологічних аспектів порушень митних правил.

Митна деліктність — це сукупність порушень митних правил, вчинених у певний період часу, в певному регіоні або в державі в цілому, що є самостійним системно-структурним утворенням, в якому окремі проступки є первинними елементами. Митна деліктність фіксує не окреме порушення митних правил, а їхню сукупність, масовість, структуру, динаміку та географію.

Як зазначав Ю.М. Дьомін, митне право, що розвивається і удосконалюється, потребує збагачення свого категоріального апарату і розширення світоглядного кругозору. З цією метою воно включає до свого складу такі поняття, як, наприклад, «деліктність», «девіантність», «дискреція» тощо, які дозволяють ясніше усвідомити складні проблеми, що стоять перед Держмитслужбою України [2, 483].

Митна деліктність має свою власну систему, тобто складається з поодиноких порушень митних правил, які можна згрупувати за різними ознаками, але в той же час є підсистемою — частиною адміністративної деліктності.

У дисертаційному дослідженні на тему «Деліктологія порушень митних правил» у 2007 році нами вже було обґрунтовано існування нового наукового напрямку — деліктології порушень митних правил, під якою розуміється науковий напрям, в рамках якого вивчаються сукупність порушень митних правил; її деліктологічні характеристики; причини та умови, що сприяють вчиненню порушень митних правил; профілактика таких порушень [3].

Сукупність порушень митних правил характеризуються певними ознаками, які властиві їй саме як цілісному явищу, на відміну від властивостей і ознак окремого правопорушення. Тобто митна деліктність характеризується станом, структурою, динамікою і географією.

Стан митної деліктності — це кількість порушень митних правил проступків в абсолютних цифрах або відносних показниках. Митна деліктність може характеризуватися

як кількістю осіб, яких притягують до відповідальності за порушення митних правил, так і кількістю виявлених порушень митних правил.

Показниками поширеності митної деліктності є її рівень (абсолютні числа правопорушень, правопорушників) та інтенсивність (коефіцієнти).

Наприклад, в абсолютних цифрах визначено, що за 10 місяців 2011 р. за фактами порушень митного законодавства митними органами заведено 23 780 справ про порушення митних правил [1].

У відносних показниках (коефіцієнтах) розраховується кількість осіб, яких було притягнуто до адміністративної відповідальності за порушення митних правил у певному періоді із розрахунку на певну кількість жителів (1 000, 10 000 і т.д.).

Але слід враховувати те, що стан адміністративної деліктності визначає офіційна статистика. Однак офіційною статистикою до стану деліктності не включаються латентні проступки. Латентна митна деліктність — це сукупність порушень митних правил на митній території України, які через ті або інші причини залишилися не виявленими або не зареєстрованими уповноваженими на те органами.

На стан митної деліктності впливають такі зміни в чинному законодавстві як, наприклад, виключення деяких товарів з переліку предмету митного правопорушення, збільшення або зменшення мінімального розміру предмета правопорушення, з якого встановлюється кримінальна відповідальність.

Як свідчить статистика, протягом 8 місяців 2012 року митними органами України порушено 140 кримінальних справ про контрабанду на суму 28,17 млн. грн. [1]. Зменшення кількості кримінальних справ про контрабанду відбулося у зв'язку з набранням чинності Закону України від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» [4], яким скасовано кримінальну відповідальність за вчинення «товарної» контрабанди та посилено адміністративну відповідальність за вчинення незаконного переміщення товарів через митний кордон України.

Структурою митної деліктності є якісний показник, який визначає питому вагу,

співвідношення усередині даного масиву різних видів порушень митних правил і залежить від вибору критерію побудови.

При характеристиці системи митної деліктності можна виокремити такий показник структури як склад порушення митних правил (безпосередній об'єкт посягання; ознаки об'єктивної сторони; суб'єкт; форма вини діяння (зокрема, співвідношення умисних і необережних порушень митних правил); спосіб вчинення порушення митних правил тощо).

Що стосується об'єкту посягання, то загальним об'єктом порушень митних правил є встановлений порядок управління. Порушення митних правил об'єднує родовий об'єкт — митна справа. Безпосередніми об'єктами порушень митних правил є: митний контроль; митні режими; митне оформлення; порядок сплати митних платежів [5, 217].

Якщо характеризувати порушення митних правил за ознакою об'єктивної сторони, то слід зазначити, що більшість порушень митних правил вчиняються у формі активної дії. Проте, такі порушення митних правил як неподання митному органу звітності щодо товарів, які перебувають під митним контролем (ст. 475 Митного кодексу України (далі — МКУ) [6]), недекларування товарів, транспортних засобів комерційного призначення (ст. 472 МКУ) та деякі інші можуть вчинюватися у формі бездіяльності.

Способами вчинення порушень митних правил можуть бути: використання спеціально виготовлених сховищ (тайників) та інших засобів або способів, що утруднюють виявлення таких товарів, або шляхом надання одним товарам вигляду інших; подання митному органу як підстави для переміщення товарів підроблених документів чи документів, одержаних незаконним шляхом, або таких, що містять неправдиві відомості щодо найменування товарів, їх ваги (з урахуванням допустимих втрат за належних умов зберігання і транспортування) або кількості, країни походження, відправника та/або одержувача, кількості вантажних місць, їх маркування та номерів, неправдиві відомості, необхідні для визначення коду товару згідно з УКТ ЗЕД та його митної вартості.

Суб'єктами адміністративної відповідальності за порушення митних правил відповідно до ст. 459 МКУ [6] можуть бути громадяни,

які на момент вчинення такого правопорушення досягли 16-річного віку, а при вчиненні порушень митних правил підприємствами — посадові особи цих підприємств. Під терміном «громадяни» згідно з п. 7 ст. 4 МКУ [6] розуміють фізичних осіб: громадян України, іноземців, осіб без громадянства.

Якщо вести мову про суб'єктивну сторону порушення митних правил, то склади цих порушень передбачають як умисну форму вини, так і необережність.

У структурі митної деліктності можна також виокремити повторну деліктність, деліктність різних соціальних груп населення (підприємців, громадян України, іноземців, чоловіків, жінок), деліктність спеціальних суб'єктів (професійну деліктність) тощо.

Наступною ознакою митної деліктності є динаміка митної деліктності. Динаміка митної деліктності — це зміна (збільшення, зменшення) кількісних та якісних показників порушень митних правил в цілому за певний період часу (тиждень, місяць, рік, п'ять років і т.д.) на тій або іншій території. При цьому в структурі митної деліктності можна прослідкувати динаміку поширення окремих видів порушень митних правил.

Дослідження динаміки порушень митних правил надасть можливість спостерігати дві найбільш важливі зміни цього явища у просторі та часі:

1) зміну стану порушень митних правил (зростання рівня порушень митних правил, кількості осіб, яких притягнуто до відповідальності);

2) зміну структури порушень митних правил, причому така зміна може відбуватися як на фоні підйому або спаду їх числа, так і при збереженні його стабільності (зростання кількості порушень митних правил, вчинених жінками, іноземними громадянами тощо).

Чинниками, що впливають на динаміку порушень митних правил, є такі: невчасне виявлення або невиявлення фактів вчинення порушень митних правил; зміни в чинному законодавстві; зміна демографічної структури (загальне збільшення чисельності населення країни, зміна статевої та вікової структури населення) та інші соціальні чинники.

Поширення порушень митних правил та їх окремих видів не є однаковим у різних регіонах, районах, територіальних одиницях.

Такий розподіл кількісних та якісних характеристик порушень митних правил та їх видів в територіальному аспекті називається географією. Географія митної деліктності — це її просторово-часовий розподіл.

Виходячи із специфіки митної деліктності, більшість порушень митних правил вчинюється у прикордонних областях, але для окремих видів порушень митних правил такий географічний розподіл не є характерним. Наприклад, таке порушення митних правил як порушення порядку зберігання товарів на митних складах та здійснення операцій із цими товарами (ст. 478 МКУ) [6] вчинюється на митному складі і пов'язане з порушенням порядку проведення операцій з товарами, що зберігаються в режимі митного складу на митних складах. Порушення порядку або строків розпорядження товарами, розміщеними у магазині безмитної торгівлі, відповідальність за яке встановлена ст. 479 МКУ [6], обмежується територією магазину безмитної торгівлі.

Результати дослідження статистичних даних про порушення митних правил дозволяють виявити закономірності стосовно того, які види правопорушень є характерними для того чи іншого регіону. Так, на західному кордоні (Чопська митниця) основними видами товарів, що переміщуються через державний кордон України з порушенням митних правил, є промислові товари, побутова техніка, автозапчастини, одяг, взуття, продукти харчування, алкогольні та безалкогольні напої, мобільні телефони. Тютюнові вироби залишаються одним із основних товарів, який незаконно переміщують через кордон у цьому регіоні [7]. Отже, можна констатувати, що територіальний аспект поширення порушень митних правил є надзвичайно важливим у практичній роботі для оптимізації діяльності митних органів по боротьбі з митними правопорушеннями і організації їх попередження.

До інших деліктологічних ознак відноситься часова ознака, тобто час вчинення порушення митних правил. Як правило, переміщення через митний кордон товарів, транспортних засобів поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю вчинюється, як правило, вночі або присмерком, а при перетині кордону автотранспортним засобом — у світлий час доби. Часто таке правопорушення

скоюється у вихідні, передсвяткові, святкові дні, а також у погану погоду.

І, нарешті, митна деліктність характеризується топографічною ознакою — конкретним місцем вчинення правопорушення, тобто на транспорті (наприклад, в купе пасажирського потягу), на прикордонних залізничних станціях, міжнародних морських, річкових та авіаційних портах, у приміщенні митниці та ін.

Важливим є також дослідження місць, які утруднюють виявлення товарів та інших предметів, що переміщуються незаконним шляхом через митний кордон. Крім традиційно використовуваних чемоданів з подвійним дном для приховування від митного контролю валюти, наркотиків, правопорушники застосовують пляшки для дитячого харчування, посуд, дитячі іграшки, ручки парасольок, портмоне, продукти харчування та інші предмети, що утруднюють їх безпосереднє виявлення.

Нерідко громадяни провозять предмети (валюту, цінності) в одязі (потайних кишенях, поясах, підкладках, нижній білизні), у взутті (у каблуках, потовщених підошвах взуття), в головних уборах, у прикрасах (сережках, кулонах), у зачісці, іноді в органах тіла. Тому під час застосування уповноваженою особою митного органу особистого огляду, як виняткової форми митного контролю, оглядаються всі дрібні предмети, що є у громадянина, який підлягає огляду (палиці, парасолі, запальнички, самописки, цигарниці тощо), а також головні убори, зачіска, кисті рук, ступні ніг; верхній одяг і взуття, білизна, зняті таким громадянином та ін.; крізь білизну на дотик перевіряється наявність сторонніх предметів на тілі. Під час огляду митники беруть до уваги демаскуючі ознаки (сліди ремонту одягу і взуття, бинти або пов'язки на окремих частинах тіла та ін.), використовуючи знання характерних засобів приховування тих чи інших предметів та цінностей.

Висновок. Досліджуючи стан, структуру, динаміку та інші ознаки митної деліктності, можна прослідкувати деякі стійкі зв'язки (наприклад, розподіл видів порушень митних правил), що пояснюється відносною стабільністю причин і умов, які сприяють їх вчиненню. На статистичні показники сукупності порушень митних правил впливають супутні умови — такі чинники, як час доби, місце вчинення правопорушення. Динаміка митної деліктності

надасть можливість розкрити тенденції у русі порушень митних правил, що надзвичайно важливо для наукових рекомендацій щодо попередження правопорушень у митній сфері. Вивчення географії митної деліктності сприятиме профілактиці певних видів порушень митних правил.

Література:

1. Офіційний веб-сайт Державної митної служби України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.customs.gov.ua>.
2. Демин Ю. М. Таможенный контроль в Украине (Bibliotheca Studiorum) : монографія / Ю. М. Демин. — К. : Преса України, 2004. — 542 с.
3. Серых О. В. Деліктологія порушень митних правил : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. В. Серых ; Одеська нац. юрид. академія. — О., 2007. — 192 с.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 25. — Ст. 263.
5. Ківалов С. В. Митна політика та митне право в Україні / С. В. Ківалов. — Одеса : Юрид. л-ра, 2006. — 360 с.
6. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. // Офіційний вісник України. — 2012. — № 32. — Ст. 1175.
7. Закарпатський інформаційний тижневик «Р.І.О.» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://rionews.com.ua/news/all/now/n1225671417>.

Серых Е.В. Деліктологіческие признаки нарушений таможенных правил (состояние, структура, динамика, география).

Аннотація. В статті досліджені деліктологічні характеристики порушень таможених правил — состояние, структура, динамика, география и др. Определены понятия «таможенная деликтность», «деликтология нарушений таможенных правил», «состояние таможенной деликтности», «структура таможенной деликтности», «динамика таможенной деликтности», «география таможенной деликтности». Доказано, что исследование деликтологических характеристик нарушений таможенных правил будет способствовать профилактике нарушений таможенных правил.

Ключевые слова: таможенная деликтность, деликтология нарушений таможенных правил, профилактика нарушений таможенных правил, нарушения таможенных правил, состояние, структура, динамика, география.

Serykh E.V. The delictual characteristics of customs violations (conditions, structure, dynamics, and geography).

Summary. The delictual characteristics of customs violations such as the conditions, structure, dynamics, and geography are thoroughly considered in the article. The research defines a new notion such as «customs tort», «Tort Science of Customs Rules Violations», conditions, structure, dynamics, geography of customs rules violations. Research of delictual characteristics of customs violations such will be instrumental in the prevention of customs rules violations it is proved.

Keywords: customs tort, Tort Science of Customs Rules Violations, prevention of customs rules violations, customs rules violations, conditions, structure, dynamics, geography.

*Москальчук К.М.,
ст. викладач кафедри конституційного права
та державного управління Міжнародного гуманітарного університету*

ПОЛІТИЧНІ ТА АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСАДИ В ОРГАНАХ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Анотація. Стаття присвячена авторській пропозиції виокремлювати в органах місцевого самоврядування політичні та адміністративні посади, за аналогією з державною службою, та аргументації цієї тези. Обґрунтування висунутої пропозиції з конституційно-правової точки зору здійснюється вперше в українській юридичній науці.

Ключові слова: служба в органах місцевого самоврядування, політична посада, адміністративна посада.

Постановка проблеми. З 1 січня 2013 р. набуває чинності нова редакція Закону України «Про державну службу». Однак, аналогічного оновлення Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування» поки що не відбулося. Наявні законопроекти передбачають істотну уніфікацію норм законодавства про службу в органах місцевого самоврядування з нормами про державну службу. У зв'язку з цим, важливим науковим завданням є висунення та обґрунтування відповідних пропозицій, які доцільно включити до оновленої редакції Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування».

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Політичні і адміністративні посади в органах державної влади досліджували такі вчені як Ю. П. Битяк, І. Е. Данильєва, С. О. Казаков, В. В. Коцюба, ін. Проте пропозиція про виокремлення цих видів посад в органах місцевого самоврядування висувалась лише на нормативному рівні (у Стратегії реформування системи державної служби в Україні 2000 р. [1]), але не в доктринальній літературі. Отже, пропозиція обґрунтовується автором вперше у вітчизняній науці конституційного і муніципального права.

Метою статті є аргументація необхідності поділу посад в органах місцевого самоврядування на політичні та адміністративні, та

формулювання пропозицій з нормативного закріплення такого поділу.

Викладення основного матеріалу. У Концепції адміністративної реформи України було зазначено: «за допомогою поняття «політичний діяч (політик)» в цій Концепції визначається правовий статус окремих керівних посад у сфері виконавчої влади (зокрема, членів уряду), який відмежовується від статусу державного службовця, встановленого Законом України «Про державну службу». Політичний характер зазначеної посади зводиться не до факту обов'язкової належності особи, що обіймає дану посаду, до певної політичної партії ... Особливості статусу посади «політичного діяча (політика)» виявляються у трьох ключових моментах: по-перше, в особливому порядку призначення на посаду; по-друге, в особливому порядку звільнення з посади; і, по-третє, в особливих рисах відповідальності, яка має ознаку публічної (тобто перед главою держави, парламентом, а також в певних формах — перед населенням) відповідальності за наслідки діяльності» [2].

Стосовно служби в органах місцевого самоврядування з точки зору наведеного переліку логічніше вести мову не про призначення на посаду в особливому порядку, а про зайняття посади — адже особу обирає територіальна громада чи місцева рада (такої ж думки дотримуються В. П. Тимошук, А. М. Школик та ін. [3, 15]).

Відповідно, стосовно другого ключового моменту, передбаченого Концепцією адміністративної реформи, — мова буде йти не про «особливий порядок звільнення з посади» — а про «припинення повноважень», у т.ч. дострокове припинення повноважень.

Таким чином, на підставі положень Концепції адміністративної реформи про виокремлення політичних та адміністративних посад у державній службі, перелік критеріїв для виокремлення політичних посад, коли йдеться

про службу в органах місцевого самоврядування, виглядатиме так: осіб, що займають політичні посади, обирає територіальна громада чи місцева рада; для осіб, що займають політичні посади, законодавство передбачає особливий порядок припинення повноважень; особи, що займають політичні посади, за наслідками своєї діяльності несуть як юридичну, так і політичну відповідальність. Остання виникає перед територіальною громадою.

У Концепції адміністративної реформи згадувався ще й політичний характер таких посад, — саме він і дав їм назву. Погоджуємося із тим, що не існує обов'язковості належності особи, що обіймає політичну посаду, до певної політичної партії.

Водночас, вимога політичної нейтральності, на нашу думку, має бути обов'язковою для осіб, що займають адміністративні посади в органах місцевого самоврядування. Проаналізувавши законодавство бачимо, що Закон «Про службу в органах місцевого самоврядування» не закріплює такого принципу служби в органах місцевого самоврядування, як політична нейтральність, неупередженість. А ось урядовий Проект Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування» (далі — Законопроект) передбачав одним із принципів служби в органах місцевого самоврядування «політичну неупередженість» (п. 10 ч. 1 ст. 3).

Але навряд чи особи, що займають політичні посади, можуть бути політично неупередженими. Цей факт дослідники відмічають і по відношенню до державної служби (див., наприклад, [1; 2]). С. О. Казаков з цього приводу зазначає: «представницькі органи місцевого самоврядування, на відміну від виконавчих органів, свою зовнішню діяльність здійснюють скоріше не на «професійній» основі, а за принципом представництва (політичній основі). Депутати заміщують посади виборним шляхом і не мають основою своєї діяльності її постійний характер, оскільки у своїй більшості можуть суміщати виконання депутатських повноважень з іншою трудовою діяльністю, за виключенням, наприклад, державної служби і муніципальної служби. З цієї причини депутати, являючись службовцями в силу специфіки своєї трудової діяльності, відповідно з чинним законодавством не можуть відноситися до категорії муніципальних (адміністративних) службовців.

Діяльність виборних посадових осіб носить публічний і політичний відтінок, представляє інтереси усіх верств певного муніципального утворення. Ця діяльність виконує зв'язуючу роль між населенням і виконавчо-розпорядчими органами місцевого самоврядування» [4, 74]. Це ж саме можна зауважити і про осіб, яких обирає територіальна громада чи місцева рада.

І. В. Данильєва пояснює нерозробленість чітких вимог до публічних службовців, коли йдеться про політичну нейтральність, відносно новизною цієї проблеми, — адже протягом десятиріч багатопартійності в Україні не існувало. Вона вбачає сутність вимоги політичної нейтральності у певних обмеженнях політичної активності державних службовців, що «мають на меті заблокування можливості зловживання службовим становищем у партійних або особистих інтересах, максимально обмежити можливість впливати на голоси виборців через урядові канали, узяти під контроль корупцію. Державна служба повинна бути надійно захищена від свавілля політичних партій, урядів і міністрів, що нерідко змінюються, а народ — від свавілля чиновників і всевладдя апарату» [5, 12-13]. Ці міркування є актуальними і коли йдеться про службу в органах місцевого самоврядування.

Чинне законодавство (Закон України від 17 травня 2012 р. «Про правила етичної поведінки») передбачає, що «особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування, виконують свої службові повноваження політично неупереджено, уникають демонстрації у будь-якому вигляді власних політичних переконань або поглядів, не використовують службові повноваження в інтересах політичних партій чи їх осередків або окремих політиків», а також, що ця вимога «не поширюється на осіб, які обіймають політичні або виборні посади» [6].

У зв'язку із цим вважаємо за доцільне внести до переліку критеріїв для виокремлення політичних посад, коли йдеться про службу в органах місцевого самоврядування, ще один пункт: «на осіб, що займають політичні посади, не розповсюджується вимога про політичну нейтральність». Таким чином, перелік критеріїв для виокремлення політичних посад, коли йдеться про службу в органах місцевого

самоврядування, матиме такий вигляд: осіб, що займають політичні посади, обирає територіальна громада чи місцева рада; на осіб, що займають політичні посади, не розповсюджується вимога про політичну нейтральність (цей критерій дав назву групі посад — «політичні»); для осіб, що займають політичні посади, законодавство передбачає особливий порядок припинення повноважень; особи, що займають політичні посади, за наслідками своєї діяльності несуть як юридичну, так і політичну відповідальність. Остання виникає перед територіальною громадою.

У випадку, коли наявні усі чотири критерії, посада належатиме до політичних. У випадку, коли один чи кілька критеріїв відсутні, посада належатиме до адміністративних.

У літературі відносно нещодавно терміни «політична посада» і «адміністративна посада» детально вивчалися Ю. П. Битяком, а результати було оприлюднені у докторській дисертації «Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування» (2006 р.). Ось його пропозиції щодо дефініцій: «політична посада — це визнана Конституцією та законами України посада в органах державної влади, яка обіймається внаслідок обрання на неї українським народом або призначення всенародно обраними носіями державної влади на визначений законом термін чи з метою реалізації політичної програми. На політичні посади особи можуть обиратися або призначатися лише на певний термін [7, 163; 8, 27]; адміністративні посади — це посади (професійна діяльність осіб) в органах виконавчої влади (державної влади, якщо законодавство про державну службу буде поширюватись і на працівників апаратів судів, прокуратури та інших органів...) щодо практичного виконання їх функцій і завдань та які отримують заробітну плату за рахунок коштів Державного бюджету України» [9, 164; 10, 27-28].

Як бачимо, із критеріїв, не зазначених у Концепції адміністративної реформи, Ю. П. Битяк додав у свою дефініцію вказівку на те, що згадка про політичні посади міститься у Конституції та/або у законах України.

При наданні визначення політичних посад використовувалися такі критерії, що відрізняють їх від адміністративних посад, як: наявність згадки про політичні посади у Конституції

та/або у законах України; обмеженість обіймання цих посад певним терміном; особливий порядок зайняття посади.

Аналізуючи запропоноване Ю. П. Битяком визначення адміністративних посад, доходимо висновку, що жоден з наведених вище критеріїв у ньому не використано. Натомість виокремлюються такі критерії віднесення посад до адміністративних: професійна діяльність; адміністративні посади — це посади здебільшого в органах виконавчої влади; особи, що займають адміністративні посади, виконують функції та завдання органів виконавчої влади; заробітна плата сплачується за рахунок коштів Державного бюджету України.

Стосовно визначення терміну «адміністративна посада» звернемо увагу на те, що, на нашу думку, визначення політичних та адміністративних посад мають бути парними, тобто підкреслювати відмінності кожного виду посад від іншого, а для цього вважаємо за необхідне використовувати для цього одні й ті самі підстави порівняння. Це можна зробити двома шляхами: 1) обрати одні й ті самі критерії (наприклад, критерії, запропоновані у Концепції адміністративної реформи) та використати їх у кожному з визначень; 2) випрацювати одне визначення — наприклад, політичної посади — та зазначити, що усі посади, що йому не відповідають, відносяться до посад адміністративних.

На законодавчому рівні були спроби впровадити адміністративні посади в органах місцевого самоврядування — у Законопроекті. Що ж до політичних посад, то вони не знайшли відображення у Законопроекті. Замість них він виокремлює «виборні посади в органах місцевого самоврядування».

Стосовно термінів «адміністративна посада» і «виборна посада в органах місцевого самоврядування» зазначимо таке.

У ст. 3 Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування» «Посади в органах місцевого самоврядування» зазначено, що посадами в органах місцевого самоврядування є: виборні посади, на які особи обираються територіальною громадою; виборні посади, на які особи обираються або затверджуються відповідною радою; посади, на які особи призначаються сільським, селищним, міським головою, головою районної, районної у місті, обласної ради на конкурсній основі чи за

іншою процедурою, передбаченою законодавством України.

Перші дві групи посад у Законопроекті об'єднано у термін «виборна посада в органах місцевого самоврядування». Що ж до терміну Законопроекту «адміністративна посада», то його введено на заміну п. 3 ст. 3 Закону, який передбачає наявність в органах місцевого самоврядування «посад, на які особи призначаються сільським, селищним, міським головою, головою районної, районної у місті, обласної ради на конкурсній основі чи за іншою процедурою, передбаченою законодавством України».

Хоча доцільніше було б впровадити політичні посади, до яких відносилися б службовці першої та другої груп, а до адміністративних посад віднести осіб, що наразі охоплюється третьою групою.

Ст. 1 Законопроекту починають визначення термінів «адміністративна посада в органі місцевого самоврядування» та «виборна посада в органі місцевого самоврядування» [11].

По-перше, не зовсім зрозумілим є порядок розташування термінів у Законопроекті — адже особи, що займають політичні посади, здебільшого є більш впливовими, ніж особи, що займають адміністративні посади. Тому доцільніше було б почати саме з них, тим більше, що до цієї групи належать переважно ті, хто реалізував своє право бути обраним до органів місцевого самоврядування, а отже — має представницький мандат (на відміну від тих, хто такого мандата не має та реалізував своє конституційне право доступу до служби в органах місцевого самоврядування, займаючи одну з адміністративних посад).

По-друге, викликає зауваження і використання фрази «посада в органі місцевого самоврядування» — адже йдеться про посаду на службі в органах місцевого самоврядування.

Повертаючись до дефініції адміністративної посади, наданої у Законопроекті, зазначимо, що вона є детальною, однак водночас дуже громіздкою. Більш вдалим видається запропонований вище варіант — розробити визначення політичної посади в органах місцевого самоврядування, а після цього зауважити, що усі посади, що не належать до політичних, є адміністративними посадами в органах місцевого самоврядування.

Що ж до поняття «виборна посада», то його варто було б замінити на «політична посада». Стосовно дефініції виборної посади в органі місцевого самоврядування, яка запропонована у Законопроекті, зазначимо, що:

— навряд чи доцільно визначати словосполучення, у якому є слово «посада», через термін «посада»: «виборна посада в органі місцевого самоврядування — визначена законом посада в органі місцевого самоврядування...»;

— сам термін «виборна посада в органі місцевого самоврядування» не охоплює сільських, селищних, міських голів. Вони обираються територіальною громадою, але при цьому не займають посаду в органах місцевого самоврядування! Таку саму думку, що правда, щодо чинного, а не перспективного законодавства, висловив і С. В. Болдирев: «владні повноваження у системі місцевого самоврядування здійснюються як органами, так і посадовими особами (наприклад, сільським, селищним, міським головою). Згідно з ст. 12 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» сільський, селищний, міський голова є головною посадовою особою територіальної громади. Таким чином, він має особливий правовий статус, він не працює в органах місцевого самоврядування, а є самостійним суб'єктом системи місцевого самоврядування (ст. 5). Отже, поняття посадової особи, закріплене в ст. 2 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» не охоплює сільських, селищних, міських голів, хоча в інших статтях цього Закону вони неодноразово згадуються» [12, 356].

Із введенням терміну «адміністративна посада» у Законопроекті фактично проведено концептуальну уніфікацію із Законом України від 17 листопада 2011 р. «Про державну службу», який набуде чинності з 1 січня 2013 р. Щоправда ст. 1 нової редакції Закону «Про державну службу» не передбачає терміну «адміністративна посада», і в тексті закону він не використовується. Але у ст. 1 йдеться про «посаду державної служби» як про «визначену структурою і штатним розписом первинну структурну одиницю державного органу...». Адміністративна посада у Законопроекті визначається за аналогією — як первинна структурна одиниця апарату певних органів місцевого самоврядування.

Причина, за якої нова редакція Закону «Про державну службу» не розрізняє виборні і адміністративні посади, полягає у тому, що цей Закон не поширюється на Президента України, членів Кабінету Міністрів України, народних депутатів України та інших осіб, які обираються на свої посади громадянами України.

Висновок. Таким чином, дефініція політичної посади в органах місцевого самоврядування матиме такий вигляд: «політична посада в органах місцевого самоврядування — це первинна структурна одиниця органу місцевого самоврядування, яка обіймається внаслідок обрання на неї територіальною громадою чи місцевою радою, має терміновий характер та передбачає можливість збереження членства у політичній партії, а також особливий характер припинення повноважень та політичну відповідальність за результати діяльності». Усі інші посади в органах місцевого самоврядування пропонуємо вважати адміністративними посадами. *Перспективи подальших розвідок у даному напрямку* вбачаються у необхідності розробки більш детальних нормотворчих пропозицій з розглянутого питання.

Література:

1. Стратегія реформування системи державної служби в Україні : затверджена Указом Президента України від 14 квітня 2000 р. № 599/2000 // Урядовий кур'єр. — 2000. — 19 квітня.
2. Про затвердження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22 липня 1998 р. // Голос України. — 1998. — 28 лип.
3. Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / за заг. ред. Тимощука В.П., Школика А. М. — К. : Конус-Ю, 2007. — 735 с.
4. Казаков С. А. Организационно-правовые аспекты муниципальной службы в субъектах Российской Федерации : дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.02 / Казаков Сергей Александрович. — Саратов, 2004. — 212 с.
5. Данильєва І. Е. Принципи організації та функціонування державної служби в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право та процес; фінансове право; інформаційне право» / І. Е. Данильєва. — К., 2005. — 21 с.
6. Про правила етичної поведінки : Закон України від 17 травня 2012 р. // Офіційний вісник України. — 2012. — № 45. — Ст. 1739.
7. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні : проблеми становлення, розвитку та функціонування : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.07 / Битяк Юрій Прокопович. — Х., 2006. — 420 с.
8. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право та процес; фінансове право; інформаційне право» / Ю. П. Битяк. — Х., 2006. — 38 с.

9. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні : проблеми становлення, розвитку та функціонування : дис. ... доктора юрид. наук: 12. 00. 07 / Битяк Юрій Прокопович. — Х., 2006. — 420 с.

10. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук: спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право та процес; фінансове право; інформаційне право» / Ю. П. Битяк. — Х., 2006. — 38 с.

11. Про службу в органах місцевого самоврядування: проект Закону України від 21 грудня 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/0/38414>

12. Болдирев С. В. Проблеми правового регулювання муніципальної служби / С. В. Болдирев // Проблеми функціонування місцевих рад та їх виконавчих органів : монографія / за ред. Ю. М. Тодики. — Х. : Право, 2009. — С. 352-365.

Москальчук К.М. Политические и административные должности в органах местного самоуправления в Украине.

Аннотация. Стаття посвящена авторському пропозиції виділяти в органах місцевого самоуправління політичні та адміністративні посади, по аналогії з державною службою, і аргументації цього тезису. Обоснование этого предложения с конституционно-правовой точки зрения осуществляется впервые в украинской юридической науке.

Ключевые слова: служба в органах местного самоуправления, политическая должность, административная должность.

Moskalchuk K.M. The political and administrative positions in local government in Ukraine.

Summary. Article is dedicated to the author's thesis to distinguish political and administrative positions at the municipal service (as it is already done at the civil service), and to the argumentation of this proposal. Justification of the thesis from the constitutional and legal points of view is offered first in the Ukrainian legal science.

Keywords: service in local government, political office, administrative office.

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО
І ПРОЦЕС

*Кізлова О. С.,
д.ю.н., професор
кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ДОГОВІР ЗАСТАВИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ. ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Анотація. Дана стаття присвячена розгляду питань правового регулювання договірних відносин застави за цивільним законодавством України. Аналізується законодавчі положення щодо основних положень договору застави.

Ключові слова: договір, застава, цивільне законодавство, умови договору застави.

Постановка проблеми. Звертаючись до дослідження інституту застави, незалежно від того, чи йде мова про римське право, чи дореволюційне цивільне право, або ж про сучасні роботи українських цивілістів, ми обов'язково стикаємося з однією дуже важливою проблемою — визначення поняття застави, оскільки дуже складно дотримуватись одного якого-небудь поняття, характеризуючи це явище. В результаті виникає величезна кількість «побічних» понять, які інколи досить складно віднести до застави, хоча на перший погляд в них є характерні межі.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Регламентация застави здійснюється згідно з главою 49 ЦК України, Законами України «Про заставу», «Про іпотеку», «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» тощо.

Згідно зі статтею 572 ЦК, як і в законі України «Про заставу», «в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника», однак тепер у ЦК чітко вказано, що таке переважне право може бути обмежено законом.

Традиційними підставами виникнення застави є договір або закон.

У ЦК України під договором розуміється «домовленість двох або більше сторін, направ-

лена на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків» (ч. 1 ст. 626 ЦКУ).

Коректування даної статті в роботі В. Г. Олюха має певне значення для договору застави, зокрема, мається на увазі, що «визначення договору у новому ЦК України безпідставно звужує його зміст і зводить тільки до консенсуальних договорів, оскільки термін «домовленість» визнати конклюдентними діями¹, або діями з передачі майна у реальних договорах неможливо. Тому пропонується визначення поняття договору як юридичного факту — це правочин двох чи більше осіб у визначеній законодавством формі, що спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків» [1, 4].

Викладення основного матеріалу. Заставна операція, як правило, оформляється письмовими договорами, існують два різновиди письмової форми договору — проста письмова і нотаріальна, а інколи необхідна і його державна реєстрація.

Стаття 577 ЦКУ передбачає нотаріальне посвідчення договору застави і його реєстрацію. Якщо предметом застави є нерухоме майно, а також в інших випадках, встановлених законом, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню. Застава нерухомого майна підлягає державній реєстрації у випадках і в порядку, встановлених законом, застава рухомого майна може бути зареєстрована на підставі заяви заставодержателя або заставодателя із внесенням запису до державного реєстру обтяжень рухомого майна.

У договорі застави визначаються суть, розмір і термін виконання зобов'язання,

¹ Конклюдентні дії — дії особи, що виражають її волевиявлення на встановлення правовідносин, зокрема на укладання, висловлені не у формі усної чи письмової пропозиції, а безпосередньо через поведінку, з якої можна зробити висновки про такий намір, наприклад, умовчання особи, яке розглядається як спосіб вираження волі цієї особи, спрямованої на виникнення прав, чи взяття на себе зобов'язань. Див.: Великий енциклопедичний словник. — С. 377.

забезпеченого заставою, дається опис предмету застави, а також визначаються інші умови, погоджені сторонами договору (ч. 1 ст. 584 ЦКУ).

Право застави виникає з моменту укладення договору застави, а тоді, коли договір підлягає нотаріальному посвідченню — з моменту його нотаріального посвідчення. Якщо предмет застави відповідно до договору або закону повинен знаходитися у володінні заставодержателя, право застави виникає у момент передачі йому предмета застави.

Реальні можливості для підвищення забезпечувальної функції застави на основі договору містяться в подальшому вдосконаленні договірної практики суб'єктів підприємницької діяльності. Окрім Цивільного Кодексу України, регулювання заставних стосунків здійснюється Законом України «Про заставу», в якій договору застави присвячені статті з 11 по 14, що регулюють питання щодо сторін договору застави, його зміст, форму, наслідки недотримання вимог щодо форми договору застави та його нотаріального посвідчення.

Будь-яка із стадій договору застави має значення для подальшого розвитку заставних правовідносин, однак саме звернення стягнення на предмет застави і реалізація предмета застави є найбільш важливими, оскільки саме на них відбувається виконання з вартості предмета застави всіх втрат і витрат кредитора, пов'язаних з порушенням боржником свого зобов'язання.

Підставами для звернення стягнення на предмет застави можуть служити невиконання або неналежні виконання забезпечуваного заставою зобов'язання, у зв'язку з обставинами за яких відповідає боржник.

Як справедливо помічає В. В. Шпаків, оскільки підстава для звернення стягнення на предмет застави не містить порушення договору застави, то доцільно включати в договір застави такі умови: 1) положення, яке передбачає, що факт порушення зобов'язання за договором про заставу означає одночасно і порушення основного зобов'язання. У міжнародній договірній практиці дане положення іменується як «cross default provisions» положення про перехресне невиконання; 2) положення, що передбачає право кредитора вимагати дострокового виконання забезпечуваного заставою зобов'язання при порушенні боржником своїх зобов'язань. Таке положення

особливо ефективно за наявності кредитного договору, надання або виплата кредиту по якому здійснюється в траншах.

Дані положення мають досить сильну охоронно-виховну функцію, оскільки боржник знає, що якщо він допустить порушення одного зобов'язання, це автоматично спричинить порушення інших його зобов'язань, що буде підставою вимагати дострокового погашення основного зобов'язання. Необхідно також враховувати, що під змістом забезпечуваної заставою вимоги розуміються істотні умови договору, який послужив підставою виникнення основного зобов'язання, забезпеченого заставою.

Для заставних правовідносин початкова точка відліку дії договору має практичну цінність, оскільки йдеться про час укладення договору.

У теоретичному плані цікаве питання про класифікацію договору застави в рамках ділення цивільно-правових договорів на реальні і консенсуальні.

О. Еркович пропонує як класифікаційний критерій встановити момент укладення договору, який визначається залежно від правової характеристики договору (договір реальний або консенсуальний). Він зазначає, що початок дії договору — це і є момент вступу договору в дію — «початок дії договору» і «момент укладення договору» є синонімами. Якщо договір не набрав чинності, то юридично договору немає, відповідно зобов'язати ні одну із сторін, передбачених текстом даного договору, не можна. Неможливо за договором, який не набрав чинності, визначити його виконання [2, 24].

Договір застави це заставна операція, а отже визначальним моментом є воля сторін. Для встановлення зобов'язання за допомогою операції, а також для зміни змісту зобов'язання необхідне укладення договору. Починаючи з римського права, коли завдяки економічному розвитку зростала кількість цивільних операцій «необхідно було поряд з формальними контрактами (договорами), допускати й інші, сила яких опиралася на їх суть і вірність або сумлінність контрактів. З часом проявлялася двояка підстава операцій: передача речі з відомою метою і взаємна угода, тому на перший план виступили договори реальні і консенсусні» [3, 226].

В основі розмежування договорів на реальні і консенсуальні лежить визнання правомірним фактом або самої угоди (консенсуальний договір) або підстав на угоді передачі речі або іншого майна (реальний договір). Обидва ці моменти мають певне значення при укладенні заставної угоди або договору застави, при цьому необхідно мати на увазі, що при виконанні такого договору йдеться також про захист прав та інтересів сторін.

Досить часто предметом суперечки між контрагентами є питання про виконання зобов'язання, пов'язане з вибором предмета застави, наприклад, коли одна із сторін не може або не хоче повернути предмет застави в дійсності, і наполягає на оплаті його вартості.

У даному разі мається на увазі альтернативне зобов'язання, але питання — чи можливе воно при договорі про заставу?

К. Бернштейн зазначав, що деякі з договорів просто не можуть мати альтернативного змісту «зобов'язатися альтернативно до тієї чи іншої дії, до доставлення тієї або іншої дії, до доставлення того чи іншого предмета можливо, але отримувати і видавати можна лише що-небудь точно визначене ... у реальних договорах боржник зобов'язався повернути кредиторів те, що він отримав від нього. Тому за своєю природою реальні договори не можуть мати альтернативного змісту» [4, 14]. При цьому він вважав, що неформальні консенсуальні договори всі могли мати альтернативний зміст.

При заставній операції заява про вибір конкретного предмета виконання є одностороннім волевиявленням, яке направлено іншій стороні і не підпадає відміні.

У цьому плані слід погодитися з поглядом Е. Богданової, яка вважає, що заява боржника про вибір предмета виконання є односторонньою операцією, направленою на зміну альтернативного зобов'язання, і при реалізації стороною свого права вибору альтернативне зобов'язання трансформується в просте зобов'язання з певним предметом виконання. Якщо ж право вибору належить кредиторів, а здійснення виконання одним з предметом стає неможливим через його загибель, кредитор повинен прийняти від боржника предмет, що залишився, якщо немає провини останнього в загибелі предмета зобов'язання [5, 59–60].

Таким чином, для виникнення між сторонами правового (договірного) зв'язку в реальному договорі, а саме до таких ми відносимо договір застави, окрім наявності факту угоди необхідна наявність такого правотвірного юридичного факту, як передача майна, сам факт передачі майна остаточно визначає обопільний намір сторін реального договору вступити в договір, виражене в їх угоді. Для реальних договорів важливе початкове досягнення угоди відносно істотних умов договору, пов'язаних з передачею майна.

З моменту виникнення договору застави першочерговим завданням є «належне виконання зобов'язання».

М. В. Боднар правильно акцентує увагу на тому, що «проблеми виконання зобов'язання, в тому числі зміст, загальні умови, принципи виконання не були предметом комплексного теоретичного дослідження в українській цивільно-правовій науці ні за часів дії ЦК УРСР 1963 р., ні зараз — стосовно нового ЦК України» [6, 169].

У теорії цивільного права і на практиці велика увага традиційно приділяється формальним аспектам договірних відносин сторін, сьогодні ми, безумовно, далекі від формалізму, властивого римському праву, але інколи і, перш за все це стосується понятійного апарату, такий формалізм просто необхідний.

У вітчизняній літературі питанню про використання в законодавчих текстах правових дефініцій приділяється мало уваги і здебільшого в джерелах він розглядається лише в контексті правил юридичної техніки. На наш погляд, дану проблему необхідно розглядати набагато ширше, беручи на озброєння нові досягнення герменевтики і синергетики, оскільки «окрім суто технічних правил конструювання дефініції, є ще і проблема доцільності та необхідності законодавчих дефініцій, значення таких дефініцій для ефективної реалізації правових приписів, ролі нормативних дефініцій у забезпеченні реалізації принципів правової визначеності, стабільності правової системи та одночасно гнучкості права та інші питання».

Договір застави починається «з моменту укладання», а що саме ми розуміємо під цим терміном, який використовується в різних статтях ЦК України: «про загальні умови визнання договору укладеним» йдеться в ч. 1 ст. 638; «про момент укладання договору»

в ст. 640; «правові наслідки укладення договору» передбачені в ч. 1 ст. 585 і ч. 2 ст. 631 і т. д. Даний термін вживають в Господарському і Господарсько-процесуальному кодексах. На думку Т.В. Боднар законодавець під терміном «укладання» позначає порядок, процедуру укладення господарських договорів, тобто сукупність і послідовність визначених законом дій учасників господарських відносин щодо узгодження змісту договору та дотримання інших процедур (передання майна, нотаріального посвідчення, державної реєстрації), результатом (наслідком) вчинення яких і є власне укладання договору, тобто з одного боку, досягнення сторонами в належній формі згоди з усіх істотних умов договору, а з іншого — надання йому характеру юридичного факту, що є підставою виникнення договірних зобов'язань [6, 87].

За ГК України договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди за всіма існуючими умовами договору, під якими розуміються умови про предмет договору, умови визначені законом як істотні або такі, що є необхідними для договорів даного виду, а також умови, відносно яких за заявою хоч би одна із сторін повинна укласти угоду, договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферта) і прийняття пропозиції (акцепт) іншою стороною (ст. 638 ГКУ).

Відносно форми договору, то він може бути укладений в будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

На підставі аналізу теоретичних позицій, що існують в сучасному цивільному праві, судової практики, положень ЦК України він наголошує на існуючій непослідовності наслідків у разі недотримання сторонами встановленої законом форми. З одного боку, договір вважається неукладеним, а з іншого — його можна визнати недійсним. Але визнати недійсним те, чого взагалі не існує з юридичної точки зору неможливо, оскільки конструкція ст. 153 ЦК однозначна: договір вважається укладеним з дотримання двох умов: 1) істотні умови; 2) необхідна форма для двосторонньої угоди.

Таким чином, «якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася» [7, с. 90].

Договір застави, як правило, укладається у письмовій формі. Законодавство, як видно, із вищесказаного передбачає випадки, коли договір застави має бути завірений нотаріально, але перш за все це стосується випадків, в яких виявляється акцесорність форми договору, яка є однією з властивостей забезпечувальних зобов'язань.

Крім встановлення кола суб'єктів заставних правовідносин, в договорі застави повинні бути чітко перераховані істотні умови договору, хоча при його укладенні сторони можуть і не звернути увагу на це, зупиняючись, як правило, на звичайних умовах договору.

Цікаво, що в судовій практиці і з даного питання виникали певні труднощі, тому Вищий господарський суд України у своїй постанові зазначив, що звичайними умовами є такі умови, які не потребують спеціального включення до тексту договору, оскільки вважається, що вони є обов'язковими для сторін через факт укладення договору. Так само звичайні умови договору визначає і юридична наука, тобто як умови, що передбачені у законі чи іншому нормативно правовому акті і тому стають обов'язковими для сторін через факт укладення договору [7, 30].

У той же час закон докладно визначає істотні умови договору (ст. 638 ЦКУ), але в даній статті істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, визначені законом як істотні або такі, що є необхідними для договорів даного виду, а також ті умови, відносно яких за заявою хоч би однієї із сторін має бути досягнута угода.

Інші істотні умови є ніби «індивідуальними» для кожного з договірних видів, і навіть щодо кожного з договорів...

Складність визначення «істотних умов» договору застави, безумовно, перш за все пов'язана з величезною кількістю можливих для застави предметів, оскільки у кожному окремому випадку є свої «істотні умови». У той же час А. В. Луць вказує на те, що визначення в законі переліку умов, які є істотними або необхідними для договорів даного виду, відображає специфіку конкретного виду договору і сприяє відмежуванню його від інших, близьких (споріднених) за юридичною природою видів договорів [8, 8].

Стосовно істотних і звичайних умов договору застави, то існує точка зору, що звичайні

умови відрізняються від істотних умов тим, що вони не потребують окремого погодження і про них не обов'язково застерігати у тексті договору.

Зміст договору застави визначений ст. 584 ЦКУ, згідно з якою, в договорі застави визначається сутність, розмір і термін виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, дається опис предмета застави (який може бути представлений в загальній формі), а також визначаються інші умови, погоджені сторонами договору. Іншими словами, договір вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто угоду за всіма істотними умовами договору, під якими розуміються і ті, які названі в законі або інших правових актах як істотні або необхідні для договору застави.

Згідно із законом «Про заставу» ст. 12 передбачає зміст договору застави: у договорі застави повинно бути зазначено найменування (прізвище, ім'я та по батькові), місце проживання (місце проживання) сторін, суть забезпеченої заставою вимоги, її розмір і строк виконання зобов'язання, опис предмета застави, а також будь-які інші умови, відносно яких за заявою однієї із сторін повинна бути досягнута угода (частина перша ст. 12 в редакції Закону № 583/97 — ВР від 21.10.97).

При укладенні договору застави за згодою сторін або на вимогу однієї із сторін може бути проведена аудиторська перевірка достовірності та повноти балансу або фінансового стану відповідної сторони договору застави (ст. 12 доповнена частиною другою згідно із Законом № 90-95-ВР від 14.09.95).

Загалом істотними умовами договору є предмет застави і його оцінка; сутність, розмір і термін виконання зобов'язання; умови про те, в якій із сторін, заставодавця або заставодержателя знаходиться закладене майно.

А. А. Вишневський акцентує увагу на тому, що перелік істотних умов договору застави (а це стосується і ГКРФ) не має абсолютно-го характеру, відносно деяких видів застави встановлюється додатковий перелік умов, які повинні бути в договорі, це може відноситися, наприклад, до договору про заставу товарів в обороті, який повинен містити відомості про вид закладеного товару, інші його родові ознаки, загальну вартість предмета застави, місце в якому він знаходиться тощо [9, 40].

У теоретичному плані не ясно чи можна ці додаткові умови віднести до «інших умов».

Так, наприклад, Е. О. Мічурін поряд з істотними умовами визначив «інші умови» договору, що прямо не впливають на факт укладення договору, але також можуть складати його зміст [10, 11].

На наш погляд, термін «інші умови» для додаткових умов договору застави не є можливим, оскільки доповнює якусь невизначеність, якої і так достатньо в терміні «додаткові умови».

Висновок. Правила ЦКУ про заставу через договір відповідно застосовуються до застави, що виникає на підставі закону, якщо законом не встановлене інше (ч. 2 ст. 574 ЦКУ). На практиці, застава досить рідко виникає на підставі закону, у відповідному законі мають бути вказані: юридичні факти, за наявності яких автоматично через закон виникає право застави, предмет застави; забезпечуване заставою зобов'язання.

Література:

1. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. Г. Олюха. — К., 2003. — 17 с.
2. Еркович О. Практическая ценность классификации гражданско-правовых договоров на реальные и консенсуальные / О. Еркович // Право и экономика. — 2009. — № 6. — С. 24-28.
3. Ефимов В. В. Лекции по истории римского права / В. В. Ефимов. — СПб. : Типография В. Банашева, 1898. — 491 с.
4. Бернштейн К. Учение о разделительных обязательствах по римскому праву и новейшим законодательствам / К. Бернштейн. — СПб : Типография тов. «Общественная польза», 1871. — 328 с.
5. Богданова Е. Защита прав и интересов сторон при исполнении альтернативных и факультативных обязательств / Е. Богданова // Хозяйство и право. — 2004. — № 6. — С. 56-60.
6. Боднар М. В. Загальні засади виконання цивільно-правових зобов'язань / М. В. Боднар // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 4. — С. 169-174.
7. Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2005. — № 3, 8-9; 2006. — № 11.
8. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. В. Луць. — К., 2001. — 20 с.
9. Вишневский А. А. Залоговое право : учеб. и практ. пособ. / А. А. Вишневский. — М. : БЕК, 1995. — 179 с.
10. Мічурін Е. О. Цивільний договір як один із засобів реалізації права на житло : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес сімейне міжнародне приватне право» / Е. О. Мічурін. — Х., 2000. — 20 с.

Кизлова Е.С. Договор залога в гражданском законодательстве Украины. Основные положения и правовое регулирование.

Аннотация. Данная статья посвящена рассмотрению вопросов правового регулирования договорных отношений залога в гражданском законодательстве Украины. Проанализированы законодательные положения основных положений договора залога.

Ключевые слова: договор, залог, гражданское законодательство, условия договора залога.

Kizlova E.S. Pledge agreement in the civil legislation of Ukraine. Fundamentals and legal regulation.

Summary. This article deals with the issues of legal regulation of contractual relations collateral civil legislation of Ukraine. Analyzed legislation guidelines pledge agreement.

Keywords: contract, pledge, civil law, the terms of the mortgage contract.

*Берназ-Лукавецька О.М.,
к.ю.н., доцент кафедри цивільного права
Національного Університету «Одеська юридична академія»*

ПРО ОБМІН ЖИЛИХ ПРИМІЩЕНЬ У БУДИНКАХ ЖИТЛОВИХ КООПЕРАТИВІВ

Анотація. У даній статті розглядаються особливості регулювання обміну житла (жилих приміщень), які знаходяться в будинку житлово-будівельного (житлового) кооперативу. У статті приділена увага обміну жилих приміщень в будинках житлово-будівельного (житлового) кооперативу, член якого ще не виплатив повністю паєнагромадження, розглянуто особливості такого обміну.

Ключові слова: житлово-будівельний кооператив, обмін житла, Примірний статут, член кооперативу, паєнагромадження.

Постановка проблеми. Дослідження відносин, які виникали при обміні житловими приміщеннями за часи існування Радянського Союзу було вельми актуальним, оскільки пріоритетними способами задоволення житлових проблем громадян було надання безоплатно у користування житла, яке знаходилося у державній власності. Традиційним для правової термінології було виділення двох видів договорів — договору міни приватного житла та договору обміну наймачами державного та громадського житла. Але зміна соціально-економічних відносин в нашій державі стало підставою для проведення наукових досліджень такого інституту, як обмін житла. На перший погляд в умовах зміни змісту конституційного права на житло та визнання пріоритетним задоволення житлових потреб саме у приватному житловому фондї, інститут обміну житлом у державному та комунальному житлових фондах не має такої актуальності. Але це тільки на перший погляд. Складність ситуації, яка існує в житлових відносинах, пов'язана з тим, що на сьогодні не існує законодавчого закріплення концепції видів житлових фондів, щодо визначення права на обмін житла особами, які не є його власниками, зокрема наймачами, які відмовляються приватизувати житло, членами кооперативу, які не повністю

внесли пай, наймачами приватного житла, яке знаходиться у власності громадських організацій, споживчої кооперації, творчих спілок тощо.

Тому звернення до дослідження проблем правового регулювання обміну житла є досить актуальним.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Слід звернути увагу на той факт, що деякі вітчизняні правознавці зверталися до розгляду окремих проблем, пов'язаних з обміном жилими приміщеннями: Є.В. Богданов, В.Я. Бондар, Л.В. Васильченко, М.К. Галянтич, Ю.О. Заїка, І.М. Кучеренко, С.О. Сліпченко, Т.Р. Федосєєва, Є.О. Харитонов, однак саме обміну житла (жилих приміщень), які знаходяться в будинках кооперативів, не приділялось достатньої уваги.

Викладення основного матеріалу. Починаючи розгляд особливостей обміну житла (жилих приміщень), які знаходяться в будинках кооперативів [1, 163-174], на наш погляд, здається доцільним враховувати обставину, щодо права користувачів зазначеного житла, яке може ґрунтуватися на різних підставах: на їх праві приватної власності на житло або на договорі найму (оренди) житла, чи на корпоративних правах членів житлового кооперативу.

В залежності від того чи виплатив член кооперативу повністю паєнагромадження чи ні, існують свої особливості. Хотілось би детальніше зупинитись саме на обміні жилих приміщень в будинках житлово-будівельного (житлового) кооперативу, член якого ще не виплатив повністю паєнагромадження. Тут існує низка особливостей, яка зумовлена наявністю членських відносин між таким кооперативом і членом кооперативу.

Обмін житла (жилих приміщень), які знаходяться в будинках житлово-будівельних кооперативів, діючим Житловим кодексом

спеціально не регулюється. Натомість, у кодексі містяться лише вказівки про можливість такого обміну. Так у ст. 79 ЖК «Право на обмін жилого приміщення» зазначається, що наймач жилого приміщення має право за письмовою згодою членів сім'ї, які проживають разом з ним, включаючи тимчасово відсутніх, здійснити обмін займаного приміщення з іншим наймачем або членом житлово-будівельного кооперативу, також з проживаючими в іншому населеному пункті. Ще одна вказівка щодо такого обміну, міститься в ст. 86 ЖК, де пунктом другим частини першої цієї статті передбачається, що обмін жилих приміщень не допускається, якщо один з учасників обміну є членом житлово-будівельного кооперативу, щодо якого розглядається питання про виключення з кооперативу. Тобто у Житловому кодексі містяться лише непрямі вказівки на можливість такого обміну.

Більш детально відносини обміну жилих приміщень, які знаходяться в будинку житлово-будівельного (житлового) кооперативу, регулюються Правилами обміну жилих приміщень від 31 січня 1986 р., якими не тільки визначається порядок обміну жилих приміщень у будинках не лише державного й громадського житлового фонду, а й прямо регламентуються відносини обміну жилих приміщень, які знаходяться в будинку житлово-будівельного (житлового) кооперативу.

Так пунктом третім названих правил передбачається, що член житлово-будівельного кооперативу має право за письмовою згодою членів сім'ї, які проживають разом з ним, включаючи тимчасово відсутніх, здійснити обмін займаного жилого приміщення з наймачем жилого приміщення в будинку державного або громадського житлового фонду чи з іншим членом житлово-будівельного кооперативу, за умови прийому до членів кооперативу особи, яка вселяється у зв'язку з обміном у будинок житлово-будівельного кооперативу. Ця ж норма встановлює, що обмін жилих приміщень між членами одного й того ж житлово-будівельного кооперативу здійснюється за рішенням загальних зборів членів кооперативу. У випадку заперечення кооперативу проти обміну спір вирішується в судовому порядку.

При подальшому аналізі Правил обміну жилих приміщень ми бачимо, що член

житлово-будівельного кооперативу або член його сім'ї має право в установленому цими правилами порядку здійснити обмін частини жилої площі, що припадає на його долю, з наймачем іншого жилого приміщення або з членом житлово-будівельного кооперативу за умови, що в'їжджаючий у порядку обміну вселяється як член сім'ї тих, хто залишилися проживати в цьому приміщенні. Як члени сім'ї можуть вселятися: дружина, діти, батьки, дід, баба, онуки, рідні брати й сестри. Необхідно відмітити, що і становище членів сім'ї члена кооперативу може бути різним. Це можуть бути подружжя, які є учасниками спільної сумісної власності [2, 83-84]; член сім'ї члена кооперативу, який має право на паєнагромодження; член сім'ї члена кооперативу, який такого права не має, але користується жилим приміщенням на безоплатній основі; член сім'ї члена кооперативу, який користується займаним ним жилим приміщенням, сплачуючи за користування плату члену кооперативу тощо.

Істотне значення має той факт, що ані ЖК, ані Правила обміну жилих приміщень 1986 р. не розрізняють випадки обміну таких приміщень тоді, коли член кооперативу ще не виплатив вартість квартири, і тоді, коли він вже виплатив вартість помешкання в кооперативі. Тому при розгляді таким справ, необхідно звертатись до роз'яснень Пленуму Верховного Суду УРСР від 18 вересня 1987 р. № 9 (зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 13 та від 25 травня 1998 р. № 15) [3].

Зокрема, відповідно до п. 10 зазначеної постанови пленуму, розглядаючи справи у справах про обмін жилого приміщення в будинку ЖБК, суди повинні мати на увазі, що:

а) вимагати проведення примусового обміну жилого приміщення має право член ЖБК, який не набув права власності на квартиру, його дружина чи члени сім'ї, яким належить право власності на частину паєнагромодження, якщо між ними не досягнуто згоди про обмін. При вирішенні такого позову повинні враховуватись інтереси, що заслуговують на увагу, членів сім'ї, які проживають у жилому приміщенні, оскільки вони мають однакове право користуватись ним;

б) на підставі правил пунктів 36, 40 Примірнього статуту ЖБК член сім'ї пайовика має право здійснити обмін жилої площі,

що припадає на нього, також суміжної кімнати або частини кімнати, й у випадках, коли він не має права на частку в паї (коли пайовий внесок ще не сплачено повністю). Обмін частини жилої площі у квартирі ЖБК допускається лише за умови, якщо особа, з якою здійснюється її обмін, є близьким родичем члена кооперативу або членами його сім'ї, які залишилися проживати у квартирі (батьки, діти, дід, бабка, рідні брати й сестри), до них вселяється як член сім'ї й у порядку обміну передає жиле приміщення, яким вона користується як наймач або член ЖБК (також того ж самого). Примусовий обмін у таких випадках чинне законодавство не передбачає;

в) загальні збори членів ЖБК (до повної сплати пайового внеску) можуть відмовити в обміні жилих приміщень у будинку того ж кооперативу або у прийомі до членів ЖБК особи, яка вступає до кооперативу у зв'язку з обміном жилого приміщення, а виконком місцевої Ради — у видачі ордера учасникам обміну лише за наявності передбачених ст. 86 ЖК підстав. Відмова у видачі ордера є також обґрунтованою, якщо учасниками обміну не подані необхідні документи (довідки установи банку) про внесення особою, яка вступила до кооперативу, пайового внеску, правління кооперативу про передачу членом кооперативу, який вибув, паєнагромадження особі, яка є його близьким родичем (п. 40 Примірного статуту ЖБК);

г) надання відповідачу в порядку примусового обміну жилого приміщення в будинку ЖБК можливе лише у випадку, коли загальні збори членів кооперативу дали згоду прийняти його членом ЖБК і він не заперечує стати членом даного кооперативу.

Отже, здається доцільним, по-перше, зробити висновок відносно особливостей визначення кола потенційних учасників відносин такого обміну. Так згідно з частиною першою пункту третього вищевказаних Правил право на обмін має член житлово-будівельного кооперативу. Разом із тим, зі змісту частини третьої цього ж пункту зазначених Правил впливає, що ініціатором обміну житла може бути не лише член кооперативу, а також і той з подружжя, якому належить право на частину паєнагромадження. Що стосується інших членів сім'ї члена кооперативу, то щодо їх права на обмін ані Житловий кодекс,

ані Правила обміну жилих приміщень 1986 р. конкретних вказівок не містять. У пункті шостому зазначених правил міститься лише досить розпливчата вказівка про те, що «наймач (член житлово-будівельного кооперативу) або член його сім'ї має право в установленому цими правилами порядку здійснити обмін частини жилої площі, що припадає на його долю, з наймачем іншого жилого приміщення або із членом житлово-будівельного кооперативу за умови, що в'їжджаючий у порядку обміну вселяється як член сім'ї тих, хто залишилися проживати в цьому приміщенні».

Наступний висновок впливає з положень частини першої пункту третього Правил обміну жилих приміщень 1986 р, особливістю обміну жилих приміщень у будинках житлово-будівельного (житлового) кооперативу є те, що він можливий за умови прийому до членів кооперативу особи, яка вселяється у зв'язку з обміном у будинок житлово-будівельного (житлового) кооперативу. Отже, одного лише бажання члена кооперативу, який не набув права власності на квартиру, недостатньо, оскільки таке бажання має бути «санкціоноване» бажанням інших членів кооперативу прийняти контрагента з обміну до ЖБК. Значений підхід до вирішення цього питання знаходить підтвердження й у змісті частини другої пункту третього вказаних правил, де встановлено, що обмін жилих приміщень між членами одного й того ж житлово-будівельного кооперативу здійснюється за рішенням загальних зборів членів кооперативу, але тут варто підкреслити, що рішення загальних зборів про відмову в прийнятті до членів ЖБК не може бути свавільним.

Як роз'яснюється в пункті 10 «в» Постанови Пленуму Верховного Суду від 18 вересня 1987 р. № 9 (зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 13 та від 25 травня 1998 р. № 13 [3]), загальні збори членів ЖБК (до повної сплати пайового внеску) можуть відмовити в обміні жилих приміщень у будинку того ж кооперативу або у прийомі до членів ЖБК особи, яка вступає до кооперативу у зв'язку з обміном жилого приміщення, лише за наявності передбачених ст. 86 ЖК підстав. Крім того, відмова у видачі ордера вважається обґрунтованою, якщо учасниками обміну не подані необхідні документи (довідки установи банку) про внесення

особою, яка вступила до кооперативу, пайового внеску, правління кооперативу про передачу членом кооперативу, який вибув, паенагромадження особі, яка є його близьким родичем.

Висновок. Останній висновок стосовно обміну жилих приміщень, які знаходяться в будинку житлово-будівельного (житлового) кооперативу впливає з обмеження примусового обміну. Зокрема, примусовий обмін не передбачений законодавством для випадків, коли на підставі правил пунктів 36, 40 Примірної статуту ЖБК член сім'ї пайовика, який є близьким родичем з членом кооперативу або членами його сім'ї, які залишилися проживати у квартирі (батьки, діти, дід, бабка, рідні брати й сестри), бажає здійснити обмін жилої площі, що припадає на нього, також суміжної кімнати або частини кімнати, якщо він не має права на частку в паї (коли пайовий внесок ще не сплачено повністю) [3].

Крім того, навіть у тих випадках, коли примусовий обмін допускається законодавством, надання відповідачу в порядку примусового обміну жилого приміщення в будинку ЖБК можливе лише у випадку, коли загальні збори членів кооперативу дали згоду прийняти його членом ЖБК й він не заперечує стати членом даного кооперативу.

Література:

1. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : моногр. / І. М. Кучеренко. — К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. — 328 с.
2. Лыкова Э. Б. Правовое регулирование отношений в жилищно-строительных кооперативах / Э. Б. Лыкова. — Воронеж : Изд-во Воронежского университета, 1978. — 104 с.
3. Про практику застосування судами законодавства про житлово-будівельні кооперативи : Постанова Пленуму Верховного Суду від 18 вересня 1987 р. № 9 (зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 13 та від 25 травня 1998 р. № 15). // Постанови Пленуму Верховного Суду України. — Офіц. вид. — 1972 — 2002. / за заг. ред. В. Т. Маляренка. — К. : А.С.К., 2003. — С. 153—160.

Берназ-Лукавецкая Е.М. Об обмене жилых помещений в домах жилищных кооперативов.

Аннотация. В данной статье рассматриваются особенности регулирования обмена жилья (жилых помещений), которые находятся в домах жилищно-строительного (жилищного) кооператива. В данной статье уделено внимание обмена жилых помещений в домах жилищно-строительного (жилищного) кооператива, член которого еще не выплатил пай полностью, рассмотрены особенности такого обмена.

Ключевые слова: жилищно-строительный кооператива, обмен жилья, Примерный устав, член кооператива, пай.

Bernaz-Lukavetska O.M. Sharing housing in homes housing cooperatives.

Summary. In this article it is considered the features of sharing housing (dwelling), that are in houses built (housing) of the cooperative. In this article attention is paid to the sharing living quarters in houses built of the cooperative where head of this cooperative is not paid the share fully yet. Features of this exchange will be considered next.

Keywords: houses built (housing) of the cooperative, sharing housing, the head of the cooperative, share, Model rules.

Вабищевич С.С.,

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри гражданского права и процесса филиала
Российского государственного социального университета в г. Минске*

К ВОПРОСУ О СОВРЕМЕННОЙ ТЕОРИИ ОБЪЕКТА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

Аннотация. В статье на основе анализа учебных и научных изданий последних лет дается характеристика современных подходов к определению объекта гражданских прав и его места в структуре гражданского правоотношения, особое внимание уделяется вопросу о теоретической и (или) практической целесообразности установления сущности, свойств гражданско-правового объекта и его места в правоотношении.

Ключевые слова: правовое отношение, объект, материальные блага, нематериальные блага.

Постановка проблемы. Субъект и объект — активное и пассивное начала в праве, базовые категории всей цивилистики. «Субъект-объектный континуум — это мир, в котором существует и развивается право, измерения правового мира; их значение подобно значению пространственно-временного континуума для существования и развития человеческого общества» [1, 12]. Вероятно, в силу такого значения эти категории с момента введения в научный и практический оборот находятся в режиме «вечной» юридической проблемы. Но если целесообразность научного внимания, уделяемого понятию, сущности и кругу субъектов гражданского права, ни у кого из представителей цивилистической науки сомнения не вызывает (наоборот, вопрос о понятии юридического лица, например, до сих пор относят к фундаментальным проблемам мировой цивилистики), то спор об объекте права как дореволюционные, так и современные исследователи, характеризуют, во-первых, как спор, который в течение длительного времени имел черты спора схластического [2, 225; 1, 239], во-вторых, как спор, которому «уделяется гораздо больше внимания, чем он того заслуживает» [3, 121]. Такая характеристика становится вполне понятной, если обратить

внимание на количество публикаций, посвященных проблеме объекта, с одной стороны, и отсутствие совпадения во взглядах не то, что в ее решении, но и в самой постановке, с другой. Особенно яркой иллюстрацией применительно ко второму аспекту является содержание современных учебников по гражданскому праву. Так, одни авторы соответствующую главу именуют «объекты гражданских правоотношений», другие — «объекты гражданских прав» (при этом в некоторых изданиях раздел, в который включена глава, все же имеет название «гражданское правоотношение»), третьи ведут речь об объектах гражданского права. К сожалению, не в каждом случае авторы находят необходимым объяснить соотношение перечисленных понятий, что, впрочем, не удивительно — материал общего характера, в котором рассматривалась бы проблема объекта, в большинстве изданий отсутствует, а отправной точкой изучения становится перечень объектов, закрепленный в ст. 128 ГК. Можно сказать, традиционным местом относительно подробного изучения объектов выступают темы, посвященные гражданскому правоотношению и, в частности, его элементам, в число которых в абсолютном большинстве случаев включают объект. Едва ли не единственным исключением является авторский учебник В.А. Белова, включающий раздел об объектах, который наряду с главами об объектах отдельных видов содержит самостоятельную главу об объектах гражданского права в целом, т.е. общую теоретическую часть [1].

Является ли такой подход к изложению учебного материала закономерным в силу: 1) отсутствия значимых результатов научных разработок, в том числе последних лет, проблемы объекта, подробный критический обзор которых сделан в рамках специальной работы В.А. Белова [4, 9–42]; 2) несовпадения

философских и методологических предпосылок, избираемых различными исследователями; 3) отсутствия фактического смысла в наделении объекта самостоятельным правовым значением, иными словами, вполне уместным ввиду вышеизложенного является вопрос о теоретической и (или) практической целесообразности установления сущности, свойств гражданско-правового объекта и его места в правоотношении. Возможно ли, чтобы факт ценности категории «объект» для любой научной дисциплины в случае с цивилистикой себя не оправдал?

Анализ последних исследований. Коротко характеризуя первое обстоятельство, отметим, что в современной учебной юридической литературе на основе дореволюционных и советских работ в качестве объекта гражданских прав (гражданского правоотношения) рассматриваются:

а) «материальные и духовные блага, способные удовлетворять потребности субъектов гражданского права» [5, 102]; этот традиционный подход (объект — это «... все блага, которыми удовлетворяются жизненные человеческие потребности» [6, 64]) используется чаще всего;

б) поведение участников гражданского правоотношения, предметом которого выступают все те же материальные и нематериальные блага, а «поскольку вокруг этих благ строится поведение участников гражданских правоотношений, их и принято считать объектами гражданских правоотношений» [3, 121]; в основу данного суждения положена концепция объекта-действия, основанная немецким ученым Й. Унгером [2, 202] и получившая дальнейшее развитие в работах О.С. Иоффе, по мнению которого «существует единый и единственный объект правомочия и обязанности, а стало быть, и объект правоотношения — человеческое поведение, деятельность или действия людей» [7, 589];

в) правовой режим разнообразных благ, в установлении которого и заключается смысл категории объектов гражданских правоотношений, однако «... по сложившейся традиции и при известном упрощении к числу таких объектов относят именно материальные и нематериальные блага либо деятельность по их созданию» [8, 294–295]; в дальнейшем данная точка зрения стала выглядеть следующим образом:

г) материальные и идеальные блага либо процесс их создания, составляющие предмет деятельности субъектов гражданского права [9, 297]; интересно отметить, что одни сторонники данной позиции, как и предыдущей, основываются на концепции объекта-действия, с той лишь разницей, что отдельным предметом последнего назван процесс создания различных благ, другие же, наоборот, полагают, что «поведение обязанного субъекта как средство достижения цели деятельности лица не рассматривается как объект правоотношения» [10, 63].

Таким образом, характеризуя объект, исследователи во всех случаях ведут речь о благах либо как о непосредственном объекте правоотношения, либо как об опосредованной субстанции, вокруг которой строится поведение участников гражданских правоотношений.

Изложение основного материала. Философские расхождения во взглядах (совпадающих, кстати, в том, что субъекту всегда должен противостоять объект) на проблему объекта основываются на характеристике объекта как:

1) того, на что воздействует или может оказать воздействие правоотношение. При этом в качестве объекта воздействия одни авторы называют поведение субъектов, другие — материальные блага (вещи) [7, 119];

2) того, на что направлены права и обязанности субъектов гражданских правоотношений [11, 94];

3) того, по поводу чего возникают права и обязанности, реализуемые через поведение участников правоотношения [12, 67].

Указанные смысловые различия часто игнорируются в современной юридической литературе, в результате чего при характеристике объекта используются одновременно все перечисленные приемы [5, 102–103]. Отдельные авторы строят таким образом дефиницию: «под объектом гражданского правоотношения понимается то, на что оно направлено, по поводу чего существует» [13, 329].

Следовательно, каким бы началом не руководствовался тот или иной автор, как и в предыдущем случае, в конечном итоге различного рода блага называются и, соответственно, изучаются в качестве непосредственного или опосредованного объекта.

Не влияет на определение предмета изучения и используемая теория гражданского

правоотношения. При понимании правоотношения и как общественного отношения, регулируемого нормами права, и как юридической (идеологической) формы общественного отношения, возникающей в результате его правового регулирования и существующей параллельно с ним, и как одной из юридических (правовых) форм общественных отношений в качестве его объекта называются все те же материальные и нематериальные блага (процесс их создания) либо поведение, направленное на эти блага, т.е. явления реальной действительности.

Объединяет современные источники (преимущественно, учебного характера) и то обстоятельство, что при любом понимании правоотношения и объекта (то, на что направлено ..., то, по поводу чего возникает правоотношение и т.д.), т.е. при фактическом расхождении в вопросах методологического и философского порядка, объект относят к обязательному элементу правоотношения, фактически основываясь на суждениях о бессмысленности правоотношения без объекта [7, 586], о безжизненности, нереальности безобъектного права [14, 38–46].

Идея о возможности существования безобъектных правоотношений была высказана М.М. Агарковым на примере обязательств, содержанием которых являются действия должника, не направленные ни непосредственно, ни посредственно на какой-либо внешний по отношению к лицу объект [15, 29]. Она была поддержана Д.М. Генкиным, который в учебнике по гражданскому праву 1944 г. писал: «Какая вещь служит объектом правоотношения в договоре леспромхоза с лесным сторожем, приглашенным для охраны леса? Что является объектом в договоре с полотером о натирке пола? В чем заключается объект правоотношения в договоре с певицей об ее выступлении на концерте или в договоре с преподавателем о преподавании предмета? Что служит объектом личных правоотношений между родителями и детьми? Нам представляется, что ни лес, ни пол, ни артистка, ни преподаватель, ни дети. Иной ответ был бы по меньшей мере надуманным, а в отношении артистки, преподавателя и детей просто недопустимым». В результате ученый приходит к выводу о том, что «... объект — это не элемент правоотношения, а лишь возможная (но не

необходимая) его предпосылка» [16, 71]. Ни в советской, ни, как отмечалось выше, в современной учебной литературе данная точка зрения распространения почти не получила.

На первый взгляд, отсутствие единого подхода к установлению понятия и сущности гражданско-правового объекта, его места в правоотношении, не оказывающее какого-либо существенного влияния на определение состава объектов гражданских правоотношений (так или иначе, но в итоге предметом изучения становится совокупность объектов гражданских прав, закрепленная в ст. 128 ГК), дает достаточные основания усомниться в онтологической ценности решения проблемы гражданско-правового объекта и согласиться с тем, что «категория объекта гражданских прав для практического гражданского законодательства вообще не нужна» [18, 10]. Достаточно заметить, что в гражданском законодательстве далеко не всех государств используется понятие «объект». Например, второй раздел первой книги (§ 90–103) Германского гражданского уложения называется «Вещи»; книга вторая Французского гражданского кодекса именуется «Об имуществах и о различных видоизменениях собственности». В нормах гражданских кодексов стран СНГ, основой которых выступил Модельный гражданский кодекс для государств — участников СНГ (принят Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ 29 октября 1994 г.), по разному решается вопрос об объектах гражданских прав. Соответствующие положения ГК Республики Беларусь (ст. 128), Российской Федерации (ст. 128), Армении (ст. 132), Узбекистана (ст. 81), Украины (ст. 177) почти полностью совпадают. В ГК Туркмении (ст. 166) используется понятие «имущество», которое включает и нематериальные блага, в ГК Азербайджана (ст. 135) — понятие «имущество» объединяет вещи и «нематериальные имущественные ценности».

Сделанный выше вывод становится возможным во многом благодаря «увлечению» философским подходом к решению проблемы объекта, с одной стороны, и игнорированием такого обстоятельства, как соответствие между используемой концепцией правоотношения и природой той его части, которую называют объектом, — с другой. Кроме того, рассмотрение объекта с общеправовых

позицій практично повністю витеснило практичний аспект даної категорії навіть при наявності давно запропонованого М.М. Агарковим функціонального розуміння громадянсько-правового об'єкта, в відповідності з яким функція об'єкта в правоотношенні складається в визначенні змісту суб'єктивних прав і обов'язків. В сучасній літературі функціональна теорія об'єкта отримала подальше розв'язання в раніше згаданих роботах російського ученого В.А. Белова, згідно з думкою якого «кінцева функція об'єкта правоотношенія — це описання і індивідуалізація правоотношенія». Зміст дій, які реально можна виконати з об'єктом, обумовлено властивостями останнього. Ці ж властивості визначають природу, виникнення, зміну і закінчення суб'єктивного права [1, 67].

Висновок. Проблема об'єкта, таким чином, стосується області юридическої техніки і технології — предмети і явища зовнішнього світу як носії юридически значимих властивостей, відрізняються від значення юридических станів і фактів, стали називати встановленим терміном «об'єкт» [4, 60–62]. Умовність даного терміна застосовується до правової сфери підтверджується також тим, що, як зазначалося вище, він не завжди використовується в нормах зарубіжного громадянського права. Насправді, при конструюванні правових передписаній права і обов'язків не протиставляються об'єкту, розмова йде лише про дії, які складають зміст можливого або повинного поведіння суб'єкта, яке, безумовно, буде залежати від якостей об'єкта.

Аналогічно тому, як «суб'єкти права», «суб'єкти правоотношеній», «суб'єкти прав і обов'язків» є учасниками реальних відносин, «об'єкти права», «об'єкти правоотношеній», «об'єкти прав і обов'язків» стосуються до сфери реальної дійсності. В правовій сфері немає власного суб'єкта або об'єкта, є їх правова характеристика — правове положення або, відповідно, правовий режим.

Функціональне розуміння об'єкта дозволяє уникнути внутрішніх суперечностей, обумовлених зміщенням матеріальної і ідеальної сфер, при якому за явищами

правової дійсності (юридическим поняттями), наприклад суб'єктивним правом і юридическою обов'язковістю, визнається здатність впливати на предмети і явища реальної дійсності.

Враховуючи односторонню взаємозв'язок суб'єктивного права і юридическою обов'язковості, з однієї сторони, і можливість їх реалізації в складі правоотношенія, з іншої, приходимо до висновку про збіг об'єкта суб'єктивного права, юридическою обов'язковості і правоотношенія. Підтримуючи запропоноване М.М. Агаркова про раціоналізацію термінології, В.А. Белов пропонує використовувати замість перерахованих один термін — «правовий об'єкт або юридический об'єкт», який до того ж подібно терміну «громадянсько-правовий (юридический) факт» відображає природу об'єкта як субстанції, стосуючої до області реальної дійсності [1, 251]. Дане запропоноване виглядає ще більш переконливо, якщо звернути увагу на той факт, що деякі нематеріальні блага, наприклад, такі природні властивості людини, як життя, здоров'я, об'єктами правоотношеній не стають і захищаються нормами права безпосередньо. Відзначені обставини в сукупності підтверджують доцільність використання терміна «блага» як основного поряд з традиційним терміном «об'єкти громадянського права».

Література:

1. Белов В.А. Громадянське право. Загальна частина : підручник / В.А. Белов. — Т. 2. Лица, блага, факти. — М. : Юрайт, 2011. — 1093 с.
2. Гримм Д.Д. К розумінню об'єктів прав / Д.Д. Гримм // Вісник громадянського права. — 2007. — № 1. — Т. 7. — С. 197–240.
3. Громадянське право : підручник : в 3 т. / Е.Н. Абрамова [і др.] ; під ред. А.П. Сергеева. — М. : ТК Велбі, 2008. — Т. 1. — 1008 с.
4. Белов В.А. Об'єкт суб'єктивного громадянського права, об'єкт громадянського правоотношенія і об'єкт громадянського оборота: зміст і співвідношення понять / В.А. Белов // Об'єкти громадянського оборота : зб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. — М. : Статут, 2007. — С. 9–42.
5. Громадянське право : підручник : в 3 т. / В.В. Байбак [і др.] ; під ред. Ю.К. Толстого. — 7-е изд. перероб. і доп. — М. : Проспект, 2009. — Т. 1. — 784 с.
6. Чижов Н.Е. Введення до вивчення права (Енциклопедія права) / Н.Е. Чижов. — Одеса, 1908. — С. 210.
7. Иоффе О.С. Правоотношеніє по радянському громадянському праву. Критика теорії «хозяйственного права» / О.С. Иоффе // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. — М. : Статут, 2000. — 777 с.

8. Гражданское право : учебник : в 2 т. / В.С. Ем [и др.] ; отв. ред. Е.А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : БЕК, 2002. — Т. 1. — 816 с.

9. Гражданское право : учебник : в 2 т. / В.С. Ем [и др.] ; отв. ред. Е.А. Суханов. — М. : Статут, 2010. — Т. 1. — 958 с.

10. Гражданское право : учебник : в 3 ч. / А.В. Барков [и др.] ; под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. — М. : Эксмо, 2010. — Ч. 1. — 704 с.

11. Гражданское право : учебник : в 2 ч. / Н.Н. Агафонова [и др.] ; под ред. В.П. Мозолина, А. И. Масляева. — М. : Юристъ, 2003. — 719 с.

12. Гражданское право. Часть первая : учебник / М.В. Антокольская [и др.] ; под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2002. — 536 с.

13. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 3 т. / Т.Е. Абова [и др.] ; под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина // Ин-т государства и права РАН. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт-Издат, 2007. — Т. 1. — 1060 с.

14. Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве / И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц. — М. : Юрид. лит., 1950. — 412 с.

15. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков. — М. : Тип. «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. — 192 с.

16. Гражданское право : учебник : в 2 т. / С.Н. Братусь, В.И. Серебровский [и др.] ; под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. — М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. — Т. 1. — 419 с.

17. Шенникова Л.В. Значение категории «объект гражданских прав» для практического гражданского законодательства / Л.В. Шенникова // Законодательство. — 2004. — № 11. — С. 10—16.

Вабищевич С.С. До питання про сучасну теорію об'єкта цивільних правовідносин.

Анотація. У статті на основі аналізу навчальних і наукових видань останніх років дається характеристика сучасних підходів до визначення об'єкта цивільних прав та його місця в структурі громадянського правовідношення, особлива увага приділяється питанню про теоретичну та (або) практичну доцільність встановлення сутності, властивостей цивільно-правового об'єкту і його місця у правовідношенні.

Ключові слова: правове відношення, об'єкт, матеріальні блага, нематеріальні блага.

Vabishchevich S.S. The subject of the modern theory of civil legal.

Summary: in article on the basis of the analysis educational and scientific editions of last years the characteristic of modern approaches to definition of object of the civil rights and its places in civil legal relations is given, the special attention is given to a question about theoretical and (or) practical expediency of an establishment of essence, properties of civil-law object and its place in legal relations.

Keywords: a legal relations, object, material benefits, the non-material blessings.

*Діденко Л.В.,
к.ю.н., доцент кафедри
цивільного та господарського права та процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ДОГОВІРНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Анотація. У роботі на основі аналізу законодавства України та точок зору науковців, зроблено висновок про те, що представництво у суді є самостійним процесуальним інститутом, а не різновидом загально цивільного.

Ключові слова: представник, довірене представництво.

Постановка проблеми. Актуальність договірною представництвом у цивільному процесі зумовлена тим, що зміни в суспільних відносинах, які набули поширення в Україні, а також конституційне закріплення правових основ нової демократичної країни, реформування законодавства зумовили необхідність докорінного перегляду правового статусу осіб, які можуть здійснювати представництво інтересів осіб та держави та їхніх представницьких функцій.

Конституцією України особі гарантується право на захист в суді, при цьому юрисдикція суду поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі. Одночасно Цивільним процесуальним кодексом України громадянам надане право вести свої справи в суді особисто або через своїх представників. Справи ж юридичних осіб у суді мають вести їх органи, що діють в межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням. Але на цьому всі аспекти представництва для юридичних осіб не вичерпуються, оскільки повноважні представники юридичних осіб можуть передоручити ведення справи в суді іншим представникам.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питанням представництва у цивільному процесі присвятили свої праці такі вчені як Ю.С.Червоний, А.Ф. Клейман, А.Ф. Козлов, І.А. Павлунік, І.В. Решетнікова, С.Н. Абрамов, В.В. Комаров, В.І. Тертишников, М.С. Шакарян, К.І. Малишев та інші.

У юридичній літературі немає єдиної точки зору щодо поняття представництва. Одні автори вважають, що процесуальне представництво — це правовідношення, в силу якого одна особа (представник) здійснює в суді в межах наданих їй повноважень процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи (яку представляє) з метою надання юридичної допомоги при розгляді цивільних справ та здійснення захисту суб'єктивних прав та інтересів, що охороняються законом [1, 73]. Інші автори вважають, що представництво в цивільному процесі — це процесуальна діяльність особи (представника), спрямована на захист суб'єктивних прав та інтересів, що охороняються законом, іншої особи (яку представляють), що бере участь у справі, а також сприяння суду в повному й об'єктивному з'ясуванні обставин справи та в ухваленні законного й обґрунтованого рішення [2, 148].

У теорії цивільного права також немає єдиної точки зору щодо поняття представництва. Одні автори вважають, що представництво — це правовідношення, в силу якого правочини та інші юридичні дії представника, вчинені ним на підставі й у межах наявних у нього повноважень від імені іншої особи (яку він представляє), породжують, змінюють або припиняють права та обов'язки безпосередньо у особи, яку він представляє [3, 138]. Інші автори розглядають представництво як діяльність однієї особи (представника) від імені іншої особи (яку він представляє) на підставі наявних повноважень, що створює, змінює й припиняє права й обов'язки безпосередньо у особи, яку представляють [4, 184].

Автори, які стверджують, що представництво в цивільному процесі — це правовідношення, не дають відповіді на питання, яке ж це правовідношення — процесуальне чи матеріальне. Якщо вважати, що це процесуальне правовідношення, то треба зробити

висновок, що цивільні процесуальні відносини можуть виникати поза судом, що суперечить загальновизначеній у теорії цивільного процесуального права точці зору, згідно з якою суд є обов'язковим суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин [5, 64, 74]. Якщо ж вважати, що представництво в цивільному процесі — це матеріальне правовідношення, то доходимо висновку, що інститут представництва в цивільному процесі — це інститут цивільного права, а не цивільного процесуального права, що суперечить визнаній більшістю авторів точці зору щодо суті представництва в цивільному процесі.

Червоний Ю.С. вважає, що представництво в цивільному процесі — це процесуальна діяльність особи (представника) на підставі наявних у неї повноважень, що породжує цивільні процесуальні правовідносини між представником і судом, спрямована на охорону, захист суб'єктивних прав та інтересів особи, яку представляють, сприяє суду в повному та об'єктивному з'ясуванні обставин справи, у винесенні законного та обґрунтованого рішення [6, 110].

Викладення основного матеріалу. Цивільне процесуальне представництво — це такі юридичні відносини, за якими одна особа — представник виконує на підставі повноваження, наданого йому законом, статутом, положенням або договором, процесуальні дії в цивільному судочинстві на захист прав і охоронюваних законом інтересів іншої особи, державних і громадських інтересів.

Цивільний процесуальний представник — це особа, яка здійснює процесуальні дії від імені та в інтересах довірителя.

Згідно з чинним законодавством України представник віднесений до осіб, які є учасниками у справі, і, відповідно, наділений юридичною підготовкою. Він є самостійною процесуальною особою, хоча і представляє інтереси сторін та третіх осіб.

Зрозуміло, не всі громадяни мають достатню юридичну підготовку та володіють достатніми знаннями у галузі права для того, щоб кваліфіковано вести свої справи в судах та інших органах. Саме для цього й існує інститут представництва.

Існує два окремих види представництва — представництво в цивільному праві і процесуальне представництво, які суттєво

відрізняються одне від одного і мають різну мету. Правове становище представника в цивільному праві цілком залежить від сторони у договорі доручення, тобто відносини між повіреним і довірителем, як правило, матеріального характеру.

Цивільний договір застосовується у випадках, коли громадяни, що беруть участь у цивільних правовідносинах, не мають можливості діяти самостійно або ці дії бажано було б довірити іншим особам, які мають кращі можливості. Так, громадяни доручають один одному здійснення купівлі, продажу, отримання чи передачу грошей або речей, отримання заробітної платні тощо. У підприємстві за допомогою такого виду договору оформлюються відносини за участю брокерських організацій чи інших посередницьких структур.

З юридичної точки зору договір доручення можна вважати договором про представництво, оскільки повірений зобов'язаний діяти від імені довірителя. В цьому сенсі можна виділити окремі відносини, які впливають із договору, що притаманні як цивільному представництву, так і цивільному процесуальному (судовому) представництву. Наприклад, норма про сумлінне виконання представником своїх обов'язків.

Разом із тим, і процесуальному представнику можуть надаватися довірителем деякі повноваження на вчинення процесуальних дій щодо розпорядження об'єктом матеріального спору. Так, процесуальний представник може користуватися правом на одержання присутного майна або грошей за наявності у нього повноважень, які чітко вказані в його довіреності.

Правове ж становище процесуального представника як самостійного суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин визначається нормами Цивільного процесуального кодексу України. Мета процесуального представника допомогти особі, яку представляють, у здійсненні її процесуальних прав, попередити їх порушення у цивільному процесі, домогтися для неї найбільш сприятливого рішення і надати суду допомогу у здійсненні правосуддя у цивільних справах.

Засоби досягнення цієї мети також різні. Процесуальний представник для досягнення своєї мети може користуватися лише засобами, вказаними у законі (наприклад позов, зустрічний

позов, заперечення, клопотання та ін.). В цивільному ж праві ці засоби визначає особа, яку представляють, або, за розсудом представника, у певних випадках і він сам.

Необхідно звернути увагу і на те, що норми інституту представництва у цивільному праві не встановлюють, хто конкретно може бути представником, а хто ні. В цивільному процесі до вирішення цього питання інший підхід. Тут чітко і повно встановлено, хто може виступати в суді представником (ст. 39, 40 ЦПК України), а також кому і за яких обставин це заборонено (ст. 41 ЦПКУ). Доречно також звернути увагу на те, що підготовка документації, вся технічна робота забирають у юриста певну кількість зусиль та часу, що відволікає його від основної діяльності — роботи над законодавством, яке, до речі, в Україні дуже швидко змінюється.

Останнім часом непоодинокі випадки участі у справі двох, трьох і більше представників. Але це можуть собі дозволити або достатньо заможні громадяни, або потужні фірми чи організації.

Процесуальне представництво в судах в більшості випадків здійснюється саме адвокатами.

Адвокатура є добровільним громадським об'єднанням, покликаним сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян і юридичних осіб, надавати їм юридичну допомогу.

Головним завданням адвокатури є служіння інтересам всього суспільства, боротьба в судах та інших органах за вірне розуміння та застосування права. Разом з тим, в сучасних умовах, коли адвокатура втратила державну підтримку, адвокат вимушений вибирати між служінням державним інтересам та приватним інтересам свого клієнта. Адвокатура має переважно подвійний характер, коли жоден з цих інтересів належним чином не захищається, або ж один з них доводиться принести в жертву (як правило, від цього залежить матеріальне благополуччя самого адвоката).

В цьому контексті слід відмітити демократичність законодавства України, яке має мінімум обмежень у виборі громадянами свого представника. Згідно з цивільним процесуальним законодавством представниками може бути досить широке коло дієздатних громадян відповідно до ст. 40 ЦПК.

Тобто, представником у цивільному процесі дійсно може бути будь-яка особа (обов'язкова наявність юридичної освіти у цивільного процесуального представника чинним законодавством України не передбачена) за виключеннями, вказаними у ст. 41 ЦПК.

Висновок. Виходячи із вищевикладеного, можна стверджувати, що:

- Представництво у суді є самостійним процесуальним інститутом, а не різновидом загальноцивільного, як іноді вважається у літературі;

- До договірних представників висуваються наступні вимоги: вони повинні бути повнолітніми, мати цивільну процесуальну дієздатність, мати належно посвідчені повноваження на здійснення представництва, не належати до кола осіб, які не можуть бути представниками в суді;

- За ознаками осіб, які здійснюють договірне представництво і за підставами виникнення можна виокремити три підвиди договірного представництва:

- ✓ Перший підвид — представництво інтересів сторін і третіх осіб адвокатами. Підстави — договір доручення; довіреність; ордер, виданий відповідним адвокатським об'єднанням; усна заява фізичної особи, яка заноситься до журналу судового засідання.

- ✓ Другий підвид — юрисконсульт представляє у суді інтереси підприємства, організації, установи в силу трудового договору. Підстави — довіреність (документ про повноваження). Наявність доручення у юрисконсульта є не підставою і свідченням договору доручення, а документом, що визначає обсяг повноважень.

- ✓ Третій підвид — окремі громадяни представляють у суді інтереси сторін і третіх осіб у суді. Підстави — договір доручення, статут, положення з прикладенням печатки підприємства, установи, організації. До таких осіб належать: працівники підприємств, установ, організацій — по справах цих юридичних осіб; один зі співучасників за дорученням інших співучасників; інші особи, які допущені судом, який розглядає справу, як представники по справі.

Література:

1. Гражданский процесс : учебник / Под ред. В.В. Комарова. — Харьков, 2001. — С. 136; Тертышников В.И. Гражданский процесс / В.И. Тертышников.— Харьков, 2001. — с.73.
2. Штефан М.Й. Цивільний процес / М.Й. Штефан. — К., 2001. — С. 148.
3. Иоффе О.С. Советское гражданское право / О.С. Иоффе. — Т. 1. — Л., 1958. — С. 158.
4. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права / С.Н. Братусь. — М., 1963. — С. 184.
5. Тертышников В.И. Гражданский процесс : учебник / Под ред. В.В. Комарова. — Харьков, 2001. — С. 64, 74.
6. Червоний Ю.С. Гражданский процесс Украины. — Киев : Истина, 2006. — С. 110.

Диденко Л.В. Некоторые вопросы договорного представительства в гражданском процессе.

Аннотация. В работе на основе анализа законодательства Украины и точек зрения ученых, сделан вывод о том, что представительство в суде является самостоятельным процессуальным институтом, а не разновидностью общегражданского.

Ключевые слова: представитель, доверенное представительство.

Didenko L.V. Some of the contractual representation in civil proceedings.

Summary. On the basis of analysis of Ukrainian legislation and points of view of scientists, concluded that legal representation is an independent legal institution, not a kind of general civil.

Keywords: representative, authorized representative.

*Згама А.О.,**к.ю.н., ст. викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету*

АПЕЛЯЦІЙНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВІДНОСИНИ: ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ

Анотація. У статті досліджуються питання, пов'язані з апеляційними процесуальними відносинами. Проаналізовано думки вчених щодо процесуальних відносин. Запропоновано поняття апеляційних процесуальних відносин та виявлено специфічні ознаки останніх.

Ключові слова: господарський процес, господарське процесуальне законодавство, господарські процесуальні відносини, апеляційні процесуальні відносини, процесуальні відносини, апеляційний господарський суд, суб'єкти правовідносин.

Постановка проблеми. У теорії цивільного процесуального права питання цивільних процесуальних відносин постійно перебуває в центрі дослідження. Продовжується аналіз поняття, змісту цих відносин і сучасними науковцями. Не може залишити поза увагою дане питання й наука господарського процесуального права. Адже досягнення результату процесуальної діяльності учасника господарського процесу, що її здійснює, забезпечується певною системою процесуальних відносин.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблема цивільних процесуальних відносин переважно вивчалася на рівні вирішення спорів у суді першої інстанції. Зокрема, цьому питанню присвятили свої роботи такі вчені, як М.А. Гурвич, Д.Р. Джалілов, Н.Б. Зейдер, І.Д. Мозолін, Н.А. Фондамінський, В.П. Чечина та ін. Разом з тим, за межами досліджень залишилась тема визначення процесуальних відносин, які виникають при апеляційному перегляді судових рішень та ухвал, в системі господарських процесуальних відносин в цілому.

Тому метою цієї статті є розгляд та аналіз апеляційних процесуальних відносин, зокрема у питанні їх визначення та окреслення особливостей.

Викладення основного матеріалу. У теорії цивільного процесу не склалося єдиної думки щодо поняття процесуальних відносин. Ще у другій половині XIX століття О. Бюлов визначив цивільне процесуальне відношення як звичайне зобов'язальне відношення цивільно-правового характеру, де сторони і суд мають права та обов'язки [1, 54]. При цьому автор висловлювався про рівність суду і сторін у процесі, про право сторін на правосуддя і кореспондуючий такому праву обов'язок суду розглянути справу. Були як прихильники [2, 17; 3, 72-74], так і критики теорії О. Бюлова. Підтримуємо позицію останніх, які стверджували, що процесуальні відносини характеризуються владними повноваженнями, якими наділяється суд [4, 204-207; 5, 149-160], оскільки суд є органом державної влади, а отже, про рівність у цьому випадку говорити недоречно.

За радянських часів погляди на визначення процесуальних відносин полягали переважно у тому, що одні вчені говорили про суспільні відносини, які стають правовими в результаті впливу норм права [6, 78; 7, 52; 8, 8]. Зокрема, К. С. Юдельсон зазначав, що це «врегульовані нормами права відносини між судовими органами радянської держави й іншими органами та особами, що складаються в процесі здійснення судом захисту прав і інтересів громадян і соціалістичних організацій» [9, 58].

Представники іншого напряму наголошували, що правовідношення слід розглядати як існуюче поряд з тим суспільним відношенням, котре лежить в його основі, і яке регулює при цьому це суспільне відношення, так само як і норма права. Так, Д. Р. Джалілов вважав, що правові відносини становлять основну форму правового регулювання суспільних відносин, вони виступають в якості інструмента, під впливом якого норми права впливають на суспільні відносини [10, 16]. Цю точку зору поділяв і В. П. Мозолін [11, 55].

У процесуальній літературі сформувався положення, відповідно до якого процесуальні відносини можуть існувати тільки в правовій формі, тобто такі правовідносини належать до тієї групи суспільних відносин, існування яких зумовлено тим, що вони виникають у формі правових. Господарський процес не є виключенням. І все ж таки у всіх запропонованих вченими-процесуалістами визначеннях процесуальних правовідносин категорія «суспільні відносини» виступає як базове, більш загальне поняття. Така позиція лежить в основі твердження, що суспільні відносини і процесуальні відносини виникають одночасно, як це робить А. А. Мельников, котрий стверджував, що «утворення суспільного відношення є невід'ємним від надання йому правової форми» [12, 202]. Якщо враховувати, що суспільні відносини поділяються на дві групи, а саме правові та неправові, то логічним є твердження, що процесуальні відносини належать до першої з цих груп. Маємо переконання, що процесуальні відносини не можуть бути фактичними, не передбаченими процесуальним законом, вони завжди існують лише в правовій формі.

Отже, господарські процесуальні відносини — це зв'язок, що виникає між господарським судом як органом влади й іншими учасниками процесу, і є єдино можливим варіантом реалізації прав і здійснення обов'язків, пов'язаних із захистом прав або законних інтересів у судовому порядку. Цілі захисту суб'єктивних прав можуть бути досягнуті особами, що беруть участь у справі, тільки за допомогою вступу у процесуальні відносини, в межах яких реалізуються надані таким особам процесуальні права.

На цей час більшість вчених поділяє точку зору, згідно з якою суд розглядається в якості обов'язкового суб'єкта процесуальних відносин. Як відомо, всі господарські процесуальні відносини складаються в ході діяльності саме суду, який здійснює правозастосовну діяльність від імені держави. Тільки суд, діючи в межах своєї компетенції, може надати захист порушеному чи оспорюваному праву і законному інтересу. Наголошуючи на наявності правового зв'язку кожного учасника процесу тільки з судом, В. П. Мозолін зазначає, що «необхідність звернення до суду за захистом свого порушеного або оспорюваного

матеріального права виникає лише тоді, коли немає можливості зробити це іншим шляхом. Тому зацікавлені особи і органи держави в цивільному процесі вступають у правовий зв'язок лише з судом, який один тільки і може задовольнити їх законні інтереси» [11, 55]. Ця думка є досить переконливою, оскільки правовий спір вирішується у судовому порядку шляхом процесуальної співпраці суду та інших учасників процесу.

Характерною рисою будь-якого господарського процесуального відношення є нерівність суб'єктів за своїм юридичним статусом. Така нерівність притаманна всім правовідносинам, одним з учасників яких виступає державний орган, наділений владними повноваженнями. Тому основним методом регулювання господарських процесуальних відносин є імперативність. Слушно зазначає В. В. Ярков, що саме через взаємодію держави в особі суду і осіб, які звернулися за судовим захистом, і проявляється публічно-правовий характер процесуальних правовідносин [13, 45].

Разом з тим апеляційні процесуальні відносини мають певні особливості, що і відрізняє їх від процесуальних відносин, які виникають при вирішенні справи у суді першої інстанції.

Апеляційне провадження являє собою як діяльність суду, так і дій різних учасників процесу, інтереси яких порушені судовим рішенням. При розгляді скарг суди другої інстанції є пов'язаними правами і обов'язками з особами, що беруть участь у справі. Правові зв'язки, що виникають при цьому між ними, свідчать про існування особливих, відмінних від провадження у суді першої інстанції господарських процесуальних відносин [14, 23-24].

Зміст правовідносин, що розглядаються, визначається метою судочинства і повноваженнями судів щодо перевірки в установленому порядку рішень та ухвал господарських судів. Зміст перегляду полягає у процесуальній діяльності судів з перевірки законності і обґрунтованості оскаржуваних судових актів, зі створення умов для правомірної роботи судів першої інстанції в подальшому.

Процесуальні відносини в апеляційній інстанції є вторинними у системі правовідносин по господарській справі, їх специфіка зумовлена самостійністю завдань суду апеляційної інстанції з перевірки законності й обґрунтованості актів правосуддя та відображують

автономію функцій перегляду судових рішень. Такі процесуальні відносини за участю апеляційного господарського суду обмежені за колом, за яким вони виникають. Так, правом апеляційного оскарження наділяються сторони зі справи, прокурор, треті особи та особи, які не брали участь у справі, якщо господарський суд вирішив питання про їх права та обов'язки (ч. 1 ст. 91 ГПК України). Цей перелік є вичерпним. По суті ці права слугують передумовою функціонування суду апеляційної інстанції у господарському процесі.

Розрізняють загальний і спеціальний об'єкт процесуальних відносин. Зокрема, загальним об'єктом для всіх господарських процесуальних відносин, що виникають в господарському процесі, є певна господарська справа. Для судів першої інстанції характерним є те, що загальний об'єкт виступає і спеціальним, оскільки для суду такого рівня головне завдання полягає у розгляді справи по суті. Апеляційні процесуальні відносини мають власний спеціальний об'єкт, яким виступають судові рішення суду першої інстанції, що не набрали законної сили, та ухвали.

Саме з приводу вказаних судових актів виникають процесуальні зв'язки між апеляційним судом й іншими учасниками процесу, інтереси яких порушені судом. Як учасник правовідносин, що складаються у процесі перевірки законності і обґрунтованості рішень та ухвал, суд другої інстанції неминує має бути визнаним самостійним суб'єктом господарського процесуального права [14, 24].

Дискусійним залишається питання про стадійність розвитку процесуальних відносин. Одні автори говорять про одне, багатосуб'єктне комплексне правовідношення, яке має складну структуру [11, 56; 15, 9]; інші дотримуються точки зору, що у процесі розгляду справи виникає система самостійних відносин [16, 8; 17, 11; 8, 8-9]. Існує ще й третя група вчених, позиція яких ґрунтується на перших двох, оскільки вони характеризують процес як єдине процесуальне правовідношення і як систему процесуальних відносин [18, 34; 19, 29-46].

Найбільш привабливою видається думка про те, що суд апеляційної інстанції є самостійним суб'єктом господарського процесу, тому не можна погодитися з теорією єдиного комплексного правовідношення, яка в свою

чергу ґрунтується на положенні про єдиного суб'єкта — суду на всіх стадіях господарського процесу. Адже між судом першої інстанції і кожним з учасників процесу виникають окремі господарські процесуальні відносини, які розвиваються в процесі провадження по розгляду і вирішенню справи й припиняються з постановленням судом рішення. У випадку апеляційного оскарження, господарський процес переходить у нову стадію — стадію перегляду судових актів у апеляційному порядку, а отже, виникають нові процесуальні відносини між апелянтом і судом апеляційної інстанції.

Варто погодитися з М. Й. Штефаном, який підкреслює, що тут не відбувається зміна судових органів, дії по оскарженню не викликають переходу процесуальних прав і обов'язків від одного суду до другого. Кожний виконує покладені на нього функції. Якщо вважати, що в наступних стадіях не виникають нові процесуальні правовідносини, а триває розвиток правовідносин попередніх стадій, то не зрозуміло, як особа, що не брала участі в провадженні суду першої інстанції, стане суб'єктом процесуальних правовідносин у суді апеляційної інстанції, без визначення того, що внаслідок її процесуальних дій по оскарженню судового рішення між нею і судом апеляційної інстанції виникнуть цивільні процесуальні правовідносини [20, 67-68].

Разом з тим не можна говорити лише про правовий зв'язок «суд-позивач», «суд-відповідач», «суд-прокурор» тощо. Відповідно до ст. 91 ГПК України апеляційна скарга подається через місцевий господарський суд, який розглянув справу. Місцевий господарський суд у триденний строк надсилає одержану апеляційну скаргу разом зі справою відповідному апеляційному господарському суду. Тому можна стверджувати, що апеляційні процесуальні відносини складаються початково між судом першої інстанції і особами, що беруть участь у справі, потім між самими судами першої і другої інстанції, і нарешті між судом другої інстанції і особами, що беруть участь в апеляційному провадженні.

Таким чином, можемо виділити специфічні ознаки апеляційних процесуальних відносин, до яких слід віднести такі: 1) мають виключно правовий характер; 2) основним методом їх регулювання є імперативність; 3) обов'язковим суб'єктом цих відносин є апеляційний

господарський суд; 4) передумовою їх виникнення є наявність судового акту господарського суду першої інстанції; 5) визначене коло суб'єктів, що мають право на апеляційне оскарження; 6) специфічний об'єкт апеляційних процесуальних відносин.

Виходячи з вищенаведеного можемо дійти **висновку**, що визначити під апеляційними процесуальними відносинами слід розуміти самостійну динамічну систему господарських процесуальних відносин, що виникають на основі фактичного складу між господарським судом апеляційної інстанції і особами, що беруть участь у справі, а також особами, які не брали участі у справі, але господарський суд вирішив питання про їх права та обов'язки, з приводу перевірки законності і обґрунтованості рішень і ухвал суду першої інстанції шляхом повторного розгляду справи по суті.

Література:

1. Гражданский процесс : учебник / под ред. В. А. Мусина, Н. Н. Чечиной, Д. М. Чечот. — М., 1997. — 472 с.
2. Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства / А.Х. Гольмстен. — СПб, 1885. — 484 с.
3. Малышев К. Курс гражданского судопроизводства / К. Малышев. — СПб, 1876. — Т. 1. — 448 с.
4. Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права / Н. А. Гредескул. — Харьков, 1900. — 248 с.
5. Нефедьев Е. А. К учению о сущности гражданского процесса. Соучастие в гражданском процессе. Соучастие по немецкому и французскому праву / Е. А. Нефедьев. — Казань : б.и., 1891. — 231 с.
6. Мельников А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе / А. А. Мельников. — М. : Наука, 1969. — 247 с.
7. Ринг М. П. К вопросу о гражданских процессуальных отношениях / М. П. Ринг // Ученые записки ВИЮН. — 1963. — Вып. 16. — С. 46-74.
8. Чечина Н. А. Гражданские процессуальные отношения / Н. А. Чечина. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1962. — 68 с.
9. Советское гражданское процессуальное право / под ред. К. С. Юдельсона. — М. : Юрид. лит., 1965. — 433 с.
10. Джалилов Д. Р. Гражданское процессуальное правоотношение и его субъекты / Д. Р. Джалилов. — Душанбе, 1962. — 39 с.
11. Мозолин В. П. О гражданском процессуальном правоотношении / В. П. Мозолин // Советское государство и право. — 1955. — № 6. — С. 50-57.
12. Курс советского гражданского процессуального права / под ред. А. А. Мельникова. — М. : Наука, 1981. — Т. 1. — 463 с.
13. Гражданский процесс : учебник для вузов / отв. ред. проф. К. И. Комиссаров. — М. : БЕК, 1996. — 505 с.
14. Калмацкий В. С. Суд второй инстанции в советском гражданском процессе / В. С. Калмацкий. — Уфа : б.и., 1978. — 83 с.
15. Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс / К. С. Юдельсон. — М. : Госюриздат, 1956. — 439 с.
16. Абрамов С. Н. Советский гражданский процесс / С. Н. Абрамов. — М. : Госюриздат, 1952. — 420 с.
17. Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. Б. Зейдер. — Саратов : Изд-во Саратовск. ун-та, 1965. — 74 с.
18. Гурвич М. А. Право на иск / М. А. Гурвич. — М. : Изд-во АН СССР, 1949. — 216 с.
19. Щеглов В. Н. Гражданские процессуальные правоотношения / В. Н. Щеглов. — М. : Юрид. лит., 1966. — 168 с.
20. Штефан М. Й. Цивільний процес / М. Й. Штефан. — К. : Ін Юре, 2001. — 608 с.

Згама А.А. Апелляционные процессуальные отношения: понятие и особенности.

Аннотация. В статье исследуются вопросы, связанные с апелляционными процессуальными отношениями. Проанализированы мнения ученых относительно процессуальных отношений. Предложено понятие апелляционных процессуальных отношений и выявлено специфические признаки последних.

Ключевые слова: хозяйственный процесс, хозяйственное процессуальное законодательство, хозяйственные процессуальные отношения, апелляционные процессуальные отношения, процессуальные отношения, апелляционный хозяйственный суд, субъекты правоотношений.

Zgama A.A. Appeal procedure relations: the meaning and peculiarities.

Summary. The questions, which are connected with appeal procedure relations, are investigated in this article. Scientist's opinions on procedure relations have been investigated. The meaning of appeal procedure relations was proposed and specific signs were defined.

Keywords: commercial proceeding, economic procedure legislation, economic procedure relations, appeal procedure relations, procedure relations, Commercial Court of Appeal, subjects of legal authority.

*V. Ganna Ozernuk
candidate of law degree,
associate professor of civil and
economic law and process department,
International Humanitarian University*

THE HISTORY DEVELOPMENT PERIODS OF MEDICAL INSURANCE IN THE USA

Summary. The investigation is devoted to health insurance in the USA. The reasons of health insurance appearance are searched. Periodic classification of medical insurance history in the USA is done.

Keywords: medical insurance, history, USA, periods.

Raising of problem. One of society prosperity signs is the state ability to provide citizens health with medicine care. A state health protection supposes identical, but not always sufficient medical services for all social groups. Opposite to free state medicine are voluntarily, obligatory medical insurance and paying medicine. In spite of the fact that Constitution of Ukraine declares free medicine for the Ukrainian citizens, the tendencies of requiring payment medicine have more and more predominating character. Therefore experience of development of medicine insurance institute abroad has the special actuality for Ukrainian legislators. This way the answers may also be found from looking behind through the history of the U.S. medical insurance system.

Analysis of the last researches and selection of unsolved problems. The problem of medicine insurance was reflected in works of E.Filimonova, M. Golovina, L. Lebedeva, N. Shvedova, V. Sherbakov etc. It also was researched abroad in US: Kala Swartz Ladenheim, Katherine Scofea, Laura A. Reed, Louis S. Thomasson, Melissa Murray and many others. But the selection of historical periods and reasons of medicine insurance foundation in USA are still remain unresearched.

Exposition of basic material. The American life insurance system was established in the mid-1700s. The earliest forms of health insurance, however, did not emerge until 1850, when the Franklin Health Assurance Company

of Massachusetts began providing accident insurance, to cover injuries related to railroad and steamboat travel. From this, sickness insurance covering all kinds of illnesses and injuries soon evolved, but the first modern health insurance plans were not formed until 1930 [1].

The first of what could be called individual "health" insurance plans became available in the United States during the Civil War. The plans were accident insurance providing coverage for injury related to travel by railroad or steamboat. Massachusetts Health Insurance of Boston offered early group policies with a relatively comprehensive list of benefits as early as 1847. Individual accident insurance proved a successful venture, so these kinds of early plans began to evolve into more expansive programs that covered a broader range of illness and injury, including early versions of disability coverage by the end of the nineteenth century. In the early years of the twentieth century, groups began developing relationships with health care providers to develop what would become the predecessors to modern health insurance plans, or fee-based contracts [2].

Health insurance is a term that relates to a contract wherein the individual contributes a regular premium with the expectation that should something happen, the insurer will provide for the individual in question. The term dates to the Progressive Era in the United States, where the debate was already well underway regarding the role of the government in health care. Though health insurance in America has its origins in a related system called "sickness insurance," it was really when the British passed their National Insurance Act in 1911 using the term "health insurance" that the term fell into favor. [3].

By the early twentieth century, the American Medical Association (AMA), which has its

roots in the nineteenth century, began creating licensing standards and better standards for medical training in higher education en route to developing medical specializations—advancements that without question have prolonged life spans and increased life expectancy, but at ever-increasing costs. Medical expense insurance, in other words, supplemented what patients previously had to pay up front entirely out of their available income [4].

Sickness insurance tended to provide supplementary income on par with modern disability insurance, and was more favorable through the 1910s since at the time wages lost from missing work were far in excess of the cost of health care, which was still scattered and much less relied upon than today. Instead, the reasonably clear concept of a “sickness fund” — a kind of health insurance that stepped in to dampen the effects of financial shock suffered as a result of missing work — was often “sufficiently competent and fair in their delivery of financial and...medical assistance [5].

In the first quarter of the twentieth century, then, health insurance was little used and, for that matter, remained little needed. To put it bluntly, “the state of medical technology generally meant that very little could be done for many patients, and that most patients were treated in their homes” [6]. As medicine became more advanced with respect to scientific discoveries of the era, treatment gradually moved out of the home and into health centers, particularly with respect to increased understanding of germs and procedural antisepsis. Though surgery continued to be conducted in private homes into the 1920s, the identification of infection-causing bacteria and communicable disease combined with a better understanding of the body’s immune system to drive down surgery fatality rates [6].

As the demand for hospital care increased in the 1920s, a new payment innovation developed at the end of the decade that would revolutionize the market for health insurance. The precursor to Blue Cross was founded in 1929 by a group of Dallas teachers who contracted with Baylor University Hospital to provide 21 days of hospitalization for a fixed \$6.00 payment [6].

Pre-paid hospital service plans grew over the course of the Great Depression. Pre-paid

hospital care was mutually advantageous to both subscribers and hospitals during the early 1930s, when consumers and hospitals suffered from falling incomes. While the pre-paid plans allowed consumers to affordably pay for hospital care, they also benefited hospitals by providing them with a way to earn income during a time of falling hospital revenue. Only 62 percent of beds in private hospitals were occupied on average, compared to 89 percent of beds in public hospitals that accepted charity care [7, 5].

The American Hospital Association (AHA) encouraged hospitals in such endeavors ostensibly as a means of relieving “... from financial embarrassment and even from disaster in the emergency of sickness those who are in receipt of limited incomes” [8, 14].

Thus, to protect themselves from competition with Blue Cross, as well as to provide an alternative to compulsory insurance, physicians began to organize a framework for pre-paid plans that covered physician services. In this regard, the American Medical Association (AMA) adopted a set of ten principles in 1934 “... which were apparently promulgated for the primary purposes of preventing hospital service plans from underwriting physician services and providing an answer to the proponents of compulsory medical insurance”. Within these rules were provisions that ensured that voluntary health insurance would remain under physician supervision and not be subject to the control of non-physicians. In addition, physicians wanted to retain their ability to price discriminate (to charge different rates to different customers, based on their ability to pay) [9, 82].

Within these rules were provisions that ensured that voluntary health insurance would remain under physician supervision and not be subject to the control of non-physicians. In addition, physicians wanted to retain their ability to price discriminate (to charge different rates to different customers, based on their ability to pay) [6].

These principles were reflected in the actions of physicians as they established enabling legislation similar to that which allowed Blue Cross plans to operate as non-profits. Like the Blue Cross enabling legislation, these laws allowed Blue Shield plans to be tax-exempt and free from the provisions of insurance statutes.

Physicians lobbied to ensure that they would be represented on the boards of all such plans, and acted to ensure that all plans required free choice of physician. In 1939, the California Physicians' Service (CPS) began to operate as the first prepayment plan designed to cover physicians' services. Open to employees earning less than \$3,000 annually, the CPS provided physicians' services to employee groups for the fee of \$1.70 per month for employees [10, 5].

Further defeats of nationalized health insurance in the Fifties and Sixties culminated in 1965, when Congress enacted Medicare and Medicaid. Medicare provided compulsory hospital insurance for people over the age of 65, as well as subsidized medical insurance, while Medicaid provided care for low-income people, though the federal-state program varied across state lines according to each state's relative per-capita income. Both programs have grown immensely, though critics of Medicare show that physicians were still able to price discriminate and, since doctors were permitted to bill patients directly, patients were reimbursed only what the program would pay and had to make up the difference. Medicaid expanded eligibility in the 1990s, but still had significant limitations in coverage [6].

By the 1970s, the United States federal government took an interest in learning more about uninsured Americans. They found that the majority of the uninsured lived in poverty or near the poverty line, and many of those were children. The decision to create child-specific health programs and expand Medicaid has enjoyed some success, and yet the number of uninsured Americans still rose, including at a greater rate in the middle class [11].

In 1996, Congress passed two bills that demonstrated the federal government's recommitment to regulate the health insurance industry. The Mental Health Parity Act was a boost to psychiatric benefits, while the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) brought about important medical legislation, including helping employees maintain insurance between jobs, if they became self-employed, or were otherwise separated from the employer-packaged managed health care plan. Though the HIPAA is by no means a major health reform, it has "far-reaching implications...because it creates a statutory framework for the federal

government to use in collaborating with state governments to regulate insurance markets, setting the stage for future mandates" [12].

The bill came three years after Congress rejected President Bill Clinton's plan that would have provided health insurance for all Americans, and was modest compared to Congressional proposals in 1994 to reach a compromise in reforming health care. Nevertheless, the HIPAA allowed the federal government to join states in oversight and regulation, a role some lawmakers continue to reject and others are still pursuing.

Today, the Children's Health Insurance Program (CHIP), which dates to 1997, helps provide insurance to low-income children, and new measures to provide greater quality and comprehensiveness in consumer-directed health care have emerged. But the debate challenges further evolution or reform as partisan politics confront the health insurance question, from what should be covered to whom should be covered [6].

Conclusion. So, the analyzed history of USA health insurance gives the right to say that it has five main history periods:

1. The establishment of life insurance system;
2. providin accident insurance;
3. sickness and pre-paid insurance;
4. ten principles of AMA;
5. enactment of Medicare and Medicaid.

Literature:

1. The History of Medical Insurance in the United States//Yale Journal of Medicine & Law: An Undergraduate Publication. — Vol. VI, Issue 1 — [Internet resource]. — Access regime : <http://www.yalemedlaw.com/2009/11/the-history-of-medical-insurance-in-the-united-states/>
2. "The History of Health Insurance in the United States." Neurosurgical.com. 2007. — [Internet resource]. — Access regime : http://www.neurosurgical.com/medical_history_and_ethics/history/history_of_health_insurance.htm
3. In Sickness and in Health. The History of Health Insurance // Random History. — [Internet resource]. — Access regime: http://www.randomhistory.com/2009/03/31_health-insurance.html
4. "Chronology of AMA history." Ama-assn.org. Accessed: October 28, 2008. — [Internet resource]. — Access regime : <http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-history/timelines-ama-history/race-ama-a-chronology.page>
5. Murray, John E. 2007. Origins of American Health Insurance: A History of Industrial Sickness Funds. New Haven, CT: Yale University Press. — [Internet resource]. — Access regime : http://www.randomhistory.com/2009/03/31_health-insurance.html
6. Thomasson, Melissa. "Health Insurance in the United States." EH.Net Encyclopedia. Robert Whaples,

ed. April 18, 2003. Accessed: October 18, 2008. Thomasson, Melissa. "Health Insurance in the United States." EH.Net Encyclopedia. Robert Whaples, ed. April 18, 2003. Accessed: October 18, 2008. — [Internet resource]. — Access regime : <http://eh.net/encyclopedia/article/thomasson.insurance.health.us>

7. Davis, Michael M. and C. Rufus Rorem. The Crisis in Hospital Finance and Other Studies in Hospital Economics. Chicago: University of Chicago Press, 1932. — [Internet resource]. — Access regime : <http://eh.net/encyclopedia/article/thomasson.insurance.health.us>

8. Reed, Louis S. Blue Cross and Medical Service Plans. Washington, D.C.: U.S. Public Health Service, 1947. — [Internet resource]. — Access regime : <http://eh.net/encyclopedia/article/thomasson.insurance.health.us>

9. Hedinger, Fredric R. The Social Role of Blue Cross as a Device for Financing the Costs of Hospital Care: An Evaluation. Iowa City: University of Iowa, 1966. — [Internet resource]. — Access regime : <http://eh.net/encyclopedia/article/thomasson.insurance.health.us>

10. Scofea, Laura A. "The Development and Growth of Employer-Provided Health Insurance." Monthly Labor Review (March 1994). — [Internet resource]. — Access regime : <http://eh.net/encyclopedia/article/thomasson.insurance.health.us>

11. Swartz, Katherine. 2006. Reinsuring Health: Why More Middle-Class People Are Uninsured and What Government Can Do. New York, NY: Russell Sage Foundation. — [Internet resource]. — Access regime : http://www.randomhistory.com/2009/03/31_health-insurance.html

12. Ladenheim, Kala. "Health Insurance in Transition: The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996." Publius. Vol 27, No. 2. The State of American Federalism, 1996-1997. (Spring, 1997): 33-51. — [Internet resource]. — Access regime : http://www.randomhistory.com/2009/03/31_health-insurance.html

Озернюк Г.В. Історичні періоди розвитку медичного страхування в США.

Анотація. Дослідження присвячено медичному страхуванню в США. Досліджені причини виникнення медичного страхування. Проведена класифікація історичних періодів розвитку медичного страхування в США.

Ключові слова: медичне страхування, історія, США, періоди.

Озернюк А.В. Исторические периоды развития медицинского страхования в США.

Аннотация. Исследование посвящено медицинскому страхованию в США. Исследованы причины появления медицинского страхования. Проведена классификация исторических периодов развития медицинского страхования в США.

Ключевые слова: медицинское страхование, история, США, периоды.

*Кужко О.С.,
к.ю.н., доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

Анотація. Стаття присвячена визначенню сучасного стану наукових розробок теоретичних та практичних проблем, що виникають під час визначення змісту договору транспортно-експедитування, погодження істотних або необхідних умов, регламентованих сучасним законодавством України, а також визначення правових наслідків та можливості застосування цивільного законодавства щодо визнання договірних зобов'язань недійсним. На підставі проведеного аналізу сформульовані загальні висновки щодо необхідності детального визначення істотних умов договору транспортно-експедитування та порядку їх застосування.

Ключові слова: договір транспортно-експедитування, договір перевезення вантажу, зміст зобов'язання, зміст договору, визнання договору недійсним, істотні умови договору.

Постановка проблеми. Сьогодні будь-якого учасника договірних правовідносин, а втім й правове становища учасника договірних відносин у будь-який історичний період розвитку цивільного права як такого, залежить перш за все від обсягу тих прав та обов'язків, що входять до змісту договірних зобов'язань укладеного між ними. Постійний розвиток приватноправових відносин між учасниками цивільного обігу потребує безперервної трансформації діючого законодавства України у відповідності до сучасного стану ринкової економіки країни. Діюче законодавство України за сферами його застосування містить різні підходи та визначення змісту договору — діючий Цивільний кодекс України (далі за текстом статі — ЦК України) як кодекс приватного права, визначає більш диспозитивну доктрину щодо змісту договору в співвідношенні з таким ж визначенням наданим Господарським кодексом України (далі за текстом статі — ГК України),

що при застосуванні до договору транспортно-експедитування створює відповідні питання та складність у практичному застосуванні.

Діловий обіг у країні, безперечно залежить від ефективності роботи договірних стосунків між сторонами. Спираючись на правову природу договору, що досліджується, визначаючи що об'єм послуг, що може надавати транспортний експедитор не лімітований та може і повинний визначатися сторонами у договорі, найбільш гостре питання постає щодо імперативного правила погодження істотних умов, перелік яких наданий у спеціальному нормативно-правовому акті Законі України «Про транспортно-експедиторську діяльність».

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питанням змісту договору в юридичній літературі приділена певна увага. Його досліджували Є.В. Богданов, О.С. Іоффе, О.О. Красавчиков, В.В. Луць, В.П. Мозолін, Є.А. Фарнспорт та деякі інші. Але проблема саме визначення змісту договору транспортно-експедитування ще на знайшла свого належного вирішення, зокрема, неправильно визначені істотні умови договору транспортно-експедитування, що призводить до неправильного судового застосування існуючих норм права.

Викладення основного матеріалу. Класичне визначення змісту договору зводиться до системи тих умов, на яких він укладений [1, 65]. Ця точка зору знайшла своє відображення у багатьох підручниках з цивільного права часів СРСР, де проводилась думка, що зміст договору — це сукупність його умов [2, 217; 3, 146; 4, 173]. У наш час це визначення також підтримується. Наприклад, Є. В. Богданов вказує, що зміст договору складають його умови, де сторони визначають зміст своїх дій, порядок їх здійснення, контроль та фіксацію виконання, порядок розрахунків та інше

[5, 109]. Найбільш розроблена ця позиція О.О. Красавчиковим. Обґрунтовуючи її, він пише, що договірні умови фіксують у своєму змісті згоду, що досягли сторони, їх взаємне рішення з усіх важливих на їх думку питань становлення визначеного правового зв'язку. Інакше кажучи, у самому договорі немає ніяких прав і обов'язків. У ньому лише міститься конкретна правова модель того правовідношення, яке виникає відповідно до закону на основі договору [1, 34].

Іноді під змістом договірного зобов'язання розуміють сукупність умов договору, а змістом договору називають сукупність суб'єктивних прав та обов'язків, які з нього випливають. Проте, як писав О. С. Іоффе, такі спроби є помилковими і пояснюються підміною поняття договору як юридичного факту із самим договірним зобов'язанням [6, 76].

Найбільш широкого поширення у сучасній літературі набули три групи умов: істотні, звичайні і випадкові. З них сам законодавець використовує і відповідно розкриває сенс тільки названих першими, тобто істотних умов.

З аналізу діючого Цивільного кодексу України (ст. 628 ЦК України), можна зробити висновок, що поділ умов договору запроваджується ними на істотні та неістотні, при цьому практично єдиною істотною умовою визнають лише умову про предмет договору. Господарський кодекс України теж виділяючи істотні умови господарського договору, відповідно до ч. 3 ст. 180 ГК України передбачає істотними умови про предмет, ціну та строк дії договору.

Ознака, яка об'єднує істотні умови в одну групу, не викликає особливих суперечок. Йдеться про умови, що формують договори в цілому і їх окремі типи (види) зокрема. Виходячи з цього істотними, за загальним визначенням, є умови, необхідні і достатні для того, щоб договір вважався укладеним і тим самим здатним породити права і обов'язки у його сторін [7, 342].

На відміну від «істотних» виділення умов «звичайних» і «випадкових» проводиться тільки в літературі. Виключно доктринальний характер цього останнього поділу з'явився однією з причин відсутності єдності в уявленні про те, в чому полягають класифікаційні ознаки звичайних і відповідно випадкових умов і які саме наслідки з цього витікають.

Низка авторів, досліджуючи поняття змісту договору, виділяють лише істотні умови і більше ніяких інших умов договору за цією класифікаційною ознакою не проводять [8, 283]. З цього можна зробити висновок, що вбачають вони тільки істотні умови договору. Проте детального обґрунтування своєї теорії вони не навели. М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський зробили наукове обґрунтування зазначеної позиції і дійшли висновку, що підстав для виділення як звичайних, так і випадкових умов не залишається, існують тільки істотні умови договору [7, 344].

При розгляді сутності істотних умов договору всі вчені мають єдиний погляд на їх природу як основу договору. Ця група умов договору може бути, практично, безмежною і залежить від розсуду сторін. Якщо одна сторона вимагає включення якої-небудь умови у договір, а інша не погоджується, то договір не буде укладено. В.В. Вітрянський вважає, що навіть якщо при укладенні договорів між сторонами виникають розбіжності щодо умов договору, то істотними слід вважати такі умови, відносно яких однією зі сторін було прямо заявлено про необхідність досягнення згоди під загрозою відмови від укладення договору [9, 683]. Очевидно, що це звучить зміст норми права, яка передбачає просту заяву про необхідність досягнення згоди про умови договору на вимогу однієї зі сторін. Заява про необхідність досягнення згоди за певними умовами може знайти відображення, наприклад, в оферті у вигляді проекту договору, листі-пропозиції. Якщо друга сторона не погодиться досягти згоди за такими умовами, вона має змогу не акцептувати цю пропозицію і договір укладено не буде.

Так, О. С. Іоффе приходив до висновку, що звичайними є умови, наявність або відсутність яких на факт укладення договору ніякого впливу не робить — більш того, практично немає необхідності включати звичайні умови в договір, оскільки вони сформульовані в законі або інших нормативних актах і, оскільки контрагенти погодилися укласти даний договір, вони тим самим визнаються такими, що виразили згоду підкорятися тим умовам, які згідно із законом розповсюджуються на договірні відносини відповідного виду або на всі договори взагалі. Нарешті, як випадкові повинні розглядатися умови,

які теж не мають значення для укладення договору. Але якщо звичайні умови передбачаються законом і тому вступають в дію через один тільки факт укладення договору, то випадкові умови можуть виникнути і набути юридичну дію тільки в тому разі, якщо вони будуть включені в самий договір [10, 387-388].

В.В. Луць до звичайних умов відносить ті, які передбачаються у законі чи іншому нормативному акті й стають обов'язковими для сторін внаслідок самого факту укладення договору [11, 164]. Але на поняття змісту звичайних умов у цивільно-правовій науці існує й інша точка зору, за якою окрім диспозитивних норм до їх складу входять і імперативні. Супротивником такого положення виступили В.І. Кофман, який зазначив, що імперативні норми відносяться до істотних умов договору, та Р. О. Халфіна, яка зовсім виключала імперативні норми з кола договірних умов [12, 34]. О.С. Їоффе, не погоджуючись з ними, зазначив, що для істотних умов, зазвичай, характерна обов'язковість їх погодження сторонами і безпосередність відображення у договорі, а до звичайних умов таких вимог не пред'являється [10, 387-388], звичайні умови сторони не погоджують, приймаючи правила, встановлені законом, сам факт укладення договору, при відсутності можливості зміни імперативних норм, свідчить про те, що вони погодились підпорядкувати його і цим умовам [10, 390]. Погоджуючись з О.С. Їоффе, додамо лише те, що хоч перелік істотних умов міститься у законі, але конкретного змісту вони набувають тільки у договорі, коли сторони погодять їх. Для звичайних же умов характерною ознакою є те, що сторони їх можуть навіть не передбачати у договорі, і це не буде породжувати негативних наслідків у вигляді недійсності або неукладення договору.

Українська цивільно-правова доктрина виходить з того, що договірні умови поділяються на істотні та інші (неістотні). Але хотілося би навести точку зору В.В. Вітрянського та М.І. Брагинського, згідно з якою ніяких інших умов, крім істотних, в договорі не може бути. Вся справа в тому, що одні умови стають істотними в силу зобов'язальною для сторін імперативної норми, інші — в силу того, що сторона скористалась наданою диспозитивною нормою можливістю, треті —

в силу самого характеру відповідної договірної моделі, а четверті — завдяки визнаній однією із сторін необхідності включення їх у договір [8, 302]. Це теоретичне припущення підтверджене ч. 1 ст. 638 ЦК України і гарно ілюструється нормою статті 9 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність», у якій перелічені істотні умови договору транспортно-експедитування та міститься положення, згідно з яким істотними є «всі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди».

У статті 9 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» дається перелік істотних умов договору транспортно-експедитування. Відповідно до наведеної статті істотними умовами договору транспортно-експедитування є відомості про сторони договору; вид послуги експедитора; вид та найменування вантажу; права, обов'язки сторін; відповідальність сторін, у тому числі в разі завдання шкоди внаслідок дії непереборної сили; розмір плати експедитору; порядок розрахунків; пункти відправлення та призначення вантажу; порядок погодження змін маршруту, виду транспорту, вказівок клієнта; строк (терміни) виконання договору; а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Можна зробити висновок, що законодавець сплутав поняття «істотні умови договору» із «структурними елементами договору». Така кількість істотних умов вступає у суперечність з існуючим правовим вченням щодо істотних умов договору та не відповідає дійсності. Існуюча редакція статті 9 Закону «Про транспортно-експедиторську діяльність» закріпила на законодавчому рівні структуру договору транспортно-експедитування. При нагальній необхідності, яка на наш погляд не відповідає практиці, що склалася на ринку транспортно-експедиторських відносин, законодавець має можливість закріпити типовий договір транспортно-експедитування, а не займатися переліком структурних елементів договору у законі.

Природа цивільного права полягає у дозвільному методі регулювання суспільних відносин. Будуючи економіку на засадах рівноправ'я суб'єктів господарювання, ринкових методів управління, держава повинна надавати можливість учасникам договірних

відносин самостійно визначити взаємне коло прав та обов'язків за договором. Тому доцільно у нормативно-правових актах передбачати обмежене коло істотних умов, дійсно необхідних для укладення певного виду договорів. При визначенні істотних умов будь-якого договору, в тому числі і договору транспортного експедирування необхідно враховувати існуючі правові вчення та вимоги діючих нормативно-правових актів. Відсутність будь-якої істотної умови договору може призвести до визнання такого договору неукладеним, відповідно до положень статті 638 ЦК України.

Згідно з діючим Цивільним кодексом України одним із засобів визнання істотними умовами є визначення самими сторонами істотних умов договору, щодо яких вони мають дійти згоди. Насамперед необхідно визначити які саме умови є істотними для договору транспортного експедирування.

Вчені-правознавці, при розгляді істотних умов за ознакою необхідності для договору даного виду, без заперечень відносять до них умови про предмет договору, для оплатних договорів — ціну, для строкових договорів також і строк договору [11, 273].

Умова про предмет — єдина, абсолютним чином віднесена в ЦК України до істотних, договірних умов, покликана дати відповідь на перших два питання. У широкому сенсі слова предмет охоплює весь набір показників того, з приводу чого укладений договір. Сюди входять дані про предмет як такий, включаючи кількість, якість і ціну товарів, що передаються, робіт, що виконуються і послуг, що надаються [7, 358]. Проте стосовно складу істотних умов поняття предмету договору значно звужується. Предметом договору транспортного експедирування є надання послуг у сфері перевезення або організації перевезення вантажу, які трансформуються в укладення з третіми особами правочинів або залишаються у якості фактичних дій.

Ціна — це грошова сума, яку одна сторона сплачує іншій за надану річ, товари, послуги, роботи. Умова про ціну визнається більшістю вчених необхідною для будь-якого оплатного договору, а тому, істотною за ознакою необхідності для даного виду договору. Але єдиної думки серед вчених з цього приводу не існує. Так, Н.Д. Єгоров умову про ціну в оплатних договорах відносить не до

істотних, а до звичайних умов договору [13, 164]. В.А. Томсінов зазначає, що ціна товару у міжнародних договорах є істотною умовою договору купівлі-продажу, але далі пише, що якщо умова про ціну договору відсутня, то він не втрачає юридичної сили, бо в цьому разі сторони мають на увазі ціну, яка в момент його укладення звичайно збиралась за аналогічними товарами [14, 159]. Для того, щоб визначитися в цьому питанні необхідно ще раз нагадати, що істотні умови, це такі умови, відсутність яких у договорі веде до його визнання неукладеним. Якщо сторони мають змогу відповідно до чинного законодавства самостійно визначити ціну в разі її відсутності у договорі, то вона не може бути істотною умовою, оскільки її відсутність у договорі не веде до його неукладення. Аналізуючи позицію діючого ЦК України, робимо висновок, що ціна не є істотною умовою за ознакою необхідності для даного виду договору. Згідно з ч. 4 ст. 632 діючого ЦК України, у разі, якщо у договорі ціна не встановлена і не може бути визначена, виходячи з його умов, вона визначається, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Оскільки запроваджується механізм, за допомогою якого можливо визначити ціну у разі відсутності її у договорі, то оплатний договір повинен вважатися укладеним, навіть якщо у ньому відсутня умова про ціну.

Законодавство про транспортне експедирування будується на принципі виконання експедиторських послуг за рахунок клієнта, але порядок авансування чи фінансування клієнтом експедитора не регламентується. Що ж стосується самої ціни договору, вона не є обов'язковою, відповідно до ЦК України, але приймає вид суттєвої умови договору за Законом України «Про транспортно-експедиторську діяльність».

Ст. 931 ЦК України містить положення про те, що якщо ціна не була встановлена в договорі, клієнт може заплатити так звану «розумну ціну».

На практиці у кожній транспортно-експедиторській компанії є своя сітка ставок за ті чи інші види послуг. Вибираючи ту чи іншу компанію, яка надає транспортно-експедиторські послуги, клієнт співвідносить ціну та спектр послуг, які надаються. На початковому

етапі становлення ринку транспортно-експедиторських послуг України більшість молодих транспортно-експедиторських компаній працювали навіть у невеликий збиток для себе, щоб напрацювати відповідне коло клієнтів. В ставку, окрім послуг самого експедитора, можуть входити послуги порту, залізничної дороги, зберігання, перевезення та ряд інших необхідних дій. Подібне співвідношення обумовлюється при укладенні договору транспортного експедирування. Ставка буде єдиною і в тому випадку, якщо затрати експедитора перевищують початкову ціну. Враховуючи, що в послуги транспортного експедирування може входити і необхідність перевезення вантажу, зі своєю особливою ціною ставкою, буде дуже важко в подальшому з'ясувати розумну плату за виконаний договір. В даному випадку сам експедитор грає на різниці ставки та затрат, які зроблені за цим договором.

Висновок. Таким чином, на наш погляд необхідно змінити редакцію ст. 9 Закону України «Про транспортно-експедиторське обслуговування» в частині визначення істотних умов договору транспортного експедирування відповідно до цивільно-правової доктрини та діючого законодавства. Пропонується викласти вищевказану норму у наступній редакції: «При укладанні договору транспортного експедирування сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та у випадку, коли договір транспортного експедирування набуває строкового характеру — строк договору».

Література:

1. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. — М. : Госюриздат, 1958. — С. 65.
2. Советское гражданское право / Под ред. В. Г. Смирнова, Ю. К. Толстого. — Л. : ЛГУ, — 1982. — С. 217.
3. Советское гражданское право / Под ред. Рясенцева В. А. — Т. 1. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 146.
4. Советское гражданское право / Под ред. Пушкіна А. А. — Т. 1. — М. : Юрид. лит., 1979. — С. 173.
5. Богданов Е. В. Договор в сфере предпринимательства / Е. В. Богданов — Харьков : Консум, — 1997. — С. 109.
6. Иоффе О. С. Избранные труды / О. С. Иоффе. — Т. 3. — СПб : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 76.
7. Брагинский М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — Книга 1: Общие положения — М. : Статут, 2001. — С. 342.
8. Советское гражданское право / Под ред. Грибанова В. Л., Корнеева С. М. — М. : Юрид. лит, 1979. — С. 283.
9. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая / Под ред. Козырь О. М., Маковского А. Л., Хохлова С. А. — С. 683.
10. Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. — Т. 1. — Л. : Изд. ЛГУ, 1961. — С. 387 — 388.
11. Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності / В. В. Луць. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — С. 164.

12. Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве / Р. О. Халфина. — М. : Изд-во АН СССР, 1954. — С. 34.
13. Гражданское право : учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Т. 1. — М. : Проспект, — 1998. — С. 164.
14. Томсинов В. А. Внешнеторговые сделки: практические рекомендации по составлению контрактов / В. А. Томсинов. — М., 1994. — С. 159.

Кужко А. С. Относительно определения содержания договора транспортного экспедирувания.

Аннотация. Статья посвящена определению современного состояния научных разработок теоретических и практических проблем, возникающих при определении содержания договора транспортного экспедирувания, согласования существенных или необходимых условий, регламентированных современным законодательством Украины, а также определение правовых последствий и возможности применения гражданского законодательства о признании договорного обязательства недействительным.

На основании проведенного анализа сформулированы выводы о необходимости детального определения существенных условий договора транспортного экспедирувания и порядка их применения.

Ключевые слова: договор транспортного экспедирувания, договор перевозки груза, содержание обязательства, содержание договора, признание договора недействительным, существенные условия договора.

Kuzhko A.S. Regarding the determination of the content of the contract of freight forwarding.

Summary. Article is devoted to the current state of scientific research of theoretical and practical problems in determining the content of the contract of freight forwarding, coordination essential or necessary conditions, regulated current legislation of Ukraine, as well as the determination of the legal consequences and the possibility of civil law on the recognition of a contractual obligation void.

Based on the analysis of the findings by the need for a detailed definition of the essential terms of the contract of freight forwarding and their application.

Keywords: contract of freight forwarding, contract of carriage, the content of the obligations, the content of the contract, that the contract null and void, the essential terms of the contract.

Костова Н.І.,

*к.ю.н., асистент кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ФУНКЦІОНУВАННЯ СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню функціонування статутного капіталу акціонерних товариств за законодавством України. Наведено класифікації функцій статутного капіталу, а також законодавчі вимоги до статутного капіталу акціонерних товариств.

Ключові слова: статутний капітал, функції статутного капіталу, мінімальний розмір статутного капіталу, акціонерні товариства, основні й похідні функції статутного капіталу акціонерного товариства.

Постановка проблеми. Формування статутного капіталу є важливою умовою створення та функціонування господарського товариства. В умовах сьогодення для окремих господарських товариств скасовано законодавчі вимоги щодо мінімального розміру статутного капіталу та необхідності його формування до державної реєстрації юридичної особи. Однак, для акціонерних товариств формування статутного капіталу є обов'язковою умовою, без дотримання якої товариство не зможе бути зареєстровано. У зв'язку з цим дослідження законодавчих вимог до статутного капіталу акціонерних товариств, визначення функцій статутного капіталу, має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Проблемні питання визначення функцій статутного капіталу господарського товариства, в тому числі й акціонерного товариства, були предметом наукових досліджень різних науковців, зокрема: С.В. Глібо, М.Г. Іонцева, Т.В. Кашаніна, Ю.О. Тарасенко, В.М. Кравчука, О.Р. Кібенко, О.М. Кірсанова. Однак, єдиного підходу до визначення поняття статутного капіталу, його функцій у наукових дослідженнях не сформульовано. Разом з тим, визначення функцій статутного капіталу має важливе значення, так як дозволяє обґрунтувати необхідність встановлення вимог до його мінімального

розміру, визначити порядок та умови формування статутного капіталу тощо.

Викладення основного матеріалу. Статутний капітал акціонерного товариства — це не реальне майно, а абстрактна величина, яка незмінно фіксується в статуті, у цьому розумінні — уявна величина. Величина статутного капіталу, вказана в статуті, залишається не змінною при всіх змінах у складі, формі й ціні майна, дійсного капіталу. Однак він не є недоторканим фондом коштів, який забороняється використовувати для поточних потреб товариства [1, 90].

Специфічною ознакою статутного капіталу є його поділ на частки певного розміру, права на які засвідчуються цінними паперами — акціями, що мають номінальну вартість.

Дещо по іншому визначається поняття статутного капіталу в американському законодавстві. Це пов'язано з існуванням акцій без номінальної вартості, які надають можливість передавати до статутного капіталу не всю, а лише частину коштів, сплачених за них. Таким чином, статутний капітал являє собою сукупну вартість відшкодування отриманого за такі акції, за винятком тієї частини, що розміщується на спеціальному рахунку, що отримало назву оплаченого надлишку.

Сучасні закони визнають, що цей рахунок виконує корисну функцію, однак адекватність статутного капіталу є завданням першочергової важливості. Саме тому розподілення оплаченого надлишку може здійснюватися лише для специфічних цілей (наприклад, щодо акцій з переважними правами на отримання дивідендів) та повинно обов'язково супроводжуватися гласністю [2, 48].

Розмір статутного капіталу дозволяє оцінити обсяг ризику учасників та кожного з них, зокрема, розподіл голосів між ними і вплив на діяльність товариства.

Статутний капітал товариства визначає мінімальний розмір майна у товариства, який

гарантує інтереси його кредиторів. Як зазначає Ю.В. Хорт, у чинному законодавстві України пріоритет надається закріпленню функції гарантії інтересів кредиторів, що на сьогодні не є виправданим. Що ж стосується таких функцій статутного капіталу, як інвестиційна та гарантування інтересів акціонерів, вони не набули належного правового закріплення. А це, в свою чергу, негативним чином позначається на забезпеченості інтересів акціонерів та самого товариства [3, 326].

Незважаючи на те, що інших видів господарських товариств відсутні обмеження щодо визначення розміру статутного капіталу, для акціонерних товариств, враховуючи особливості його створення та діяльності, встановлення мінімального розміру має важливе практичне значення. Разом з тим, забезпечення гарантійних функцій, які покладаються на статут, повинно узгоджуватись з інтересами засновників товариства. Вважається, що обраний підхід до визначення мінімального розміру статутного капіталу залежно від кількості мінімальних заробітних плат не є вдалим. Дотримання вимоги щодо мінімального розміру статутного капіталу є обов'язковою умовою діяльності товариства. невідповідність розміру статутного капіталу встановленим у законодавстві вимогам, може стати підставою для примусової ліквідації акціонерного товариства.

Однак слід враховувати, що мінімальна заробітна плата не є постійною, а її розмір може змінюватись декілька раз на рік. У зв'язку з цим, товариство повинно постійно відстежувати розмір мінімальної заробітної плати та відповідність розміру статуту встановленим вимогам. У зв'язку з чим вважається доцільним мінімальний розмір статутного капіталу визначити у фіксованій сумі.

Враховуючи, що для приватних акціонерних товариств встановлено обмеження кількості засновників (акціонерів), слід встановити різні мінімальні розміри статутного капіталу для приватних та публічних товариств.

Як вже зазначалось, за законодавством зарубіжних країн передбачається часткова оплата акцій на момент реєстрації акціонерних товариств. Збережено порядок часткової оплати акцій і у проекті Закону РФ про внесення змін до Книги І ЦК РФ.

Так, відповідно до проекту передбачається, що до державної реєстрації товариства

засновники повинні внести не менше \neq статутного капіталу господарського товариства. Інша частина статутного капіталу підлягає внесенню його учасниками протягом першого року діяльності товариства.

Мінімальний розмір статутного капіталу є диференційованим та залежить від виду товариства. Так для акціонерних товариств мінімальний статутний капітал не може бути менше, ніж п'ять мільйонів рублів, а акціонерного товариства, які використовують публічну підписку на акції має визначатись спеціальними законами.

Акціонери, які не повністю оплатили акції, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями товариства в межах неоплаченої частини вартості належним їм акцій.

Відповідно до ст. 9 Другої Директиви 77/91/ЄЕР від 13 грудня 1976 г. про координацію гарантій, які вимагаються в державах-членах від господарських товариств у значенні другого абзацу Договору для захисту інтересів їх учасників та третіх осіб, з метою зробити ці гарантії еквівалентними стосовно заснування акціонерних товариств, а також підтримання та зміни їх капіталу, акції, які випущені в якості еквіваленту вкладів, повинні бути оплачені на момент заснування товариства або на момент отримання ним дозволу почати свою діяльність в пропорції не нижче 25% номінальної вартості або — при відсутності номінальної вартості — їх облікової вартості [4].

На необхідності часткової оплати акцій товариства під час його створення наголошує і О.Р. Кібенко, яка зазначає про необхідність зменшення частки, яка повинна бути оплачена до моменту державної реєстрації акціонерного товариства, до 25 %.

Слід звернути увагу, що дана пропозиція з вдосконалення правового режиму статутного капіталу була висловлена О.Р. Кібенко ще під час дії Закону України «Про господарські товариства», відповідно до якого на момент реєстрації товариства статутний капітал мав бути сформований на 50%. Це ще раз підкреслює проблемність питання покладання на засновників товариства обов'язків формування статутного капіталу до реєстрації товариства.

Сутність статутного капіталу акціонерного товариства як і будь — якого іншого явища правової реальності, знаходить своє відображення у його функціях.

Питання функцій статутного капіталу є одним з найбільш дискусійних та недостатньо мірою розкритих. В юридичній доктрині вони можуть класифікуватися.

В.В. Долинська виділяє такі функції статутного капіталу як:

матеріально-забезпечувальна — внесене в рахунок оплати вкладу майна складає матеріальну базу для діяльності господарського товариства та його подальшій діяльності;

гарантійну — господарське товариство несе відповідальність перед кредиторами в межах належного йому майна, а воно не може бути менше статутного капіталу;

розподільчу — через статутний капітал визначається доля участі кожного інвестора — учасника в господарському товаристві та його прибутки [5, 32-36].

На сучасному етапі розвитку корпоративного права переважна більшість правників виділяють три функції статутного капіталу акціонерного товариства: стартову (функцію джерела коштів для підприємницької діяльності), гарантійну й функцію визначення частки участі кожного акціонера в товаристві (функцію визначення обсягу корпоративних прав акціонера, регулятивну).

1. Стартова функція полягає в тому, що внесене до статутного капіталу майно складає матеріальну базу для ведення учасниками товариства власної підприємницької діяльності одразу після його створення. Однак В.М. Кравчук вважає її видом економічної функції [6, 504], а О.М. Кірсанов — суверенітетною [7, 68].

Більш вдало, на нашу думку, визначити цю функцію як інвестиційну, зважаючи на те, що у світі статутний капітал все частіше постає як основне джерело інвестицій для акціонерного товариства.

Вона має місце як при створенні останнього, так і при його подальшому функціонуванні. У першому випадку вона реалізується при проведенні первинної емісії акцій через розширення кола цінностей, які можуть виступати вкладками до статутного капіталу.

Таким чином, фактично створюються більш сприятливі умови для створення інноваційних високотехнологічних компаній.

У другому випадку вона реалізується шляхом: 1) спрощення та скорочення самої процедури збільшення статутного капіталу при

здійсненні додаткової емісії акцій, обмеження переважних прав акціонерів. Це надає можливість більш швидко отримувати кошти, необхідні для розвитку товариства, та спрощує порядок залучення конкретного стратегічного інвестора; 2) викуп власних акцій акціонерного товариства з метою їх наступного перепродажу; 3) надання фінансової допомоги на придбання акцій товариства.

Норми чинного законодавства України, спрямовані на виконання статутним капіталом інвестиційної функції, зводяться головним чином до вимоги обов'язкового його формування в мінімально встановленому законодавством розмірі як умови реєстрації товариства.

2. Найбільш дискусійною функцією статутного капіталу акціонерного товариства є гарантійна. Ідея про те, що статутний капітал повинен гарантувати інтереси кредиторів, які вступають у правовідносини з товариством, почало розвиватися ще у ХІХ ст., а сьогодні отримала своє закріплення в чинному законодавстві України.

Більшість вітчизняних учених з корпоративного права як раз і розглядають статутний капітал саме з позиції гарантії захисту інтересів кредиторів (В.А. Белов, Ю.О. Тарасенко, І.В. Спасибо-Фатєєва, О.С. Янкова) [8, 38]. Гарантійна функція статутного капіталу виявляється в тому, що акціонерне товариство повинно мати реальне майно, яке утворюється в результаті його господарської діяльності і, яке в подальшому становить собою чисті активи.

Це майно товариства, яке відповідає статутному капіталу, буде використано ліквідатором переважно для задоволення претензій кредиторів, і тільки після повної сплати боргів акціонерного товариства залишковий капітал буде розподілений між учасниками.

В українському законодавстві містяться й інші норми, спрямовані на підтримання статутного капіталу: неправомірність зменшення статутного капіталу товариства, якщо в результаті цього його розмір стане менше мінімального, передбаченого законодавством. У такому випадку воно підлягає ліквідації; обов'язок товариства повідомити кредиторів про зменшення статутного капіталу, які мають право вимагати дострокового припинення своїх забор'язань і відшкодування збитків; обмеження, що встановлюються на виплату дивідендів.

У літературі також виділяється облікова функція, яка застосовується для зручності ведення бухгалтерського обліку активів, пасивів, щоб відокремити прибутки від збитків товариства. Оскільки статутний капітал відображається у бухгалтерській звітності як стаття пасивів, таким чином, по суті, обмежується виплата акціонерами дивідендів із нього [9, 6-14]. При цьому облікова функція спрямована більшою мірою на захист інтересів акціонерів, а не кредиторів.

Отже, слід виділяти не просто гарантійну функцію, а окремо функцію гарантування інтересів кредиторів і функцію гарантування інтересів акціонерів.

3. Статутний капітал також використовується як інструмент для визначення частки кожного учасника. Увесь статутний капітал розподіляється на акції, кожна з яких має однакову номінальну вартість. Під участю в акціонерному товаристві розуміється діяльність акціонерів, спрямована на реалізацію передбачених законом та статутом прав та обов'язків, заснованих на членстві в ньому.

Право участі — це передбачена законом та статутом можливість бути акціонером і здійснювати на цій підставі відповідні права й виконувати обов'язки. Акція як частка участі в акціонерному товаристві — це відповідний їй виду обсяг прав та обов'язків акціонерів.

О.А. Воловик пропонує визначати частку учасника в статутному капіталі як обсяг корпоративних прав в ідеальному виразі відповідно номіналу вартості його внеску, коли за абсолютну величину корпоративних прав, пропорційну номінальному розміру статутного капіталу, береться одиниця або 100% [10, 10].

Розмір частки учасника в статутному капіталі відображає: 1) ступінь впливу акціонера на управління товариством; 2) розмір одержуваних ним дивідендів; 3) частку в майні товариства, що виділяється при поділі майна між учасниками при ліквідації акціонерного товариства.

Також можна класифікувати функції статутного капіталу акціонерного товариства на основні й похідні, де основними є інвестиційна функція, функція захисту інтересів кредиторів, функція захисту інтересів акціонерів, а похідними — функція визначення часток та облікова функція.

Висновок. З прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» запроваджено нові правила створення акціонерних товариств. Переважна більшість норм Закону спрямована на забезпечення прав та інтересів як засновників товариства, так і самого товариства.

Разом з тим, окремі норми Закону України «Про акціонерні товариства», які стосуються процедури функціонування статутного капіталу акціонерних товариств, потребують доповнень та змін.

У чинному законодавстві України пріоритет надається закріпленню функції гарантії інтересів кредиторів, що на сьогодні не є виправданим. Іноді вчені — юристи порівнюють гарантійну функцію статутного капіталу з функцією правил адекватності капіталу у банках та інших фінансових установах і пропонують поширити обмеження, які існують щодо них при формуванні статутного капіталу, на звичайні акціонерні товариства.

Що ж стосується таких функцій статутного капіталу як інвестиційна та гарантування інтересів акціонерів, то вони не набули належного правового закріплення. У свою чергу, це негативним чином позначається на ступені забезпеченості інтересів акціонерів та самого акціонерного товариства.

Література:

1. Задихайло Д.В. Корпоративне управління : навч. Посібник / Д.В. Задихайло, О.Р. Кібенко, Г.В. Назарова. — Х. : Еспада, 2003. — С. 90.
2. Hills G. Model Corporation Act / George S. Hills // Harvard Law Review. — 1935. — Vol. 48. — Issue 8. — P. 1335-1337.
3. Хорт Ю.В. Функції статутного капіталу за законодавством України / Ю. В. Хорт // Держава і право. Вип. 46. — С. 326-332.
4. Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu>
5. Долинская В.В. Унификация правового регулирования имущественных отношений в гражданском и корпоративном законодательстве / В.В. Долинская // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право». — 2010. — № 929. — С. 32-36.
6. Кравчук В.М. Корпоративне право : науково-практичний коментар законодавства і юридичної практики / В.М. Кравчук. — К. : Істина, 2005. — С. 504.
7. Кирсанов А.Н. Порядок формирования и изменения уставного капитала по российскому и английскому

праву: дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кирсанов Алексей Николаевич. — М., 2006. — С. 68.

8. Белов В.А. Хозяйственные общества / В.А. Белов, Е.В. Пестерева. — М. : ЮрИнформ, 2002. — С. 333; Тарасенко Ю.А. Уставной капитал акционерного общества. Анализ арбитражной практики / Ю.А. Тарасенко. — М. : Юркнига, 2005. — С. 82; Спасибо-Фатеева И.В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения / И.В. Спасибо-Фатеева. — Харьков : Право, 1998. — С. 234; Янкова О.С. Правове регулювання статутного фонду комерційних організацій : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / О.С. Янкова. — Донецьк, 2000. — С. 20.

9. Кібенко О.Р. Концепція розвитку корпоративного законодавства України / О.Р. Кібенко // Юридичний Радник. — 2007. — № 5 (19). — С. 6-14.

10. Воловик О.А. Господарсько-правове забезпечення корпоративних інтересів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / О.А. Воловик. — Донецьк, 2005. — С. 10.

Костова Н.И. Функционирование уставного капитала акционерных обществ.

Аннотация. Статья посвящена исследованию функционирования уставного капитала акционерных обществ по законодательству Украины. Приведены классификации функций уставного капитала, а также законодательные требования к уставному капиталу акционерных обществ.

Ключевые слова: уставный капитал, функции уставного капитала, минимальный размер уставного капитала, акционерные общества, основные и производные функции уставного капитала акционерного общества.

Kostova N.I. The functioning of the authorized capital of the Company.

Summary. The article deals with the functioning of the authorized capital of the Company under the laws of Ukraine. A classification of the functions of the authorized capital and the legal requirements for the company's authorized capital.

Keywords: share capital, features the authorized capital, the minimum authorized capital stock companies, and major derivatives of the share capital of the company.

Эннан Р.Е.,

к.ю.н., доцент кафедры права интеллектуальной собственности
Национального университета «Одесская юридическая академия»

ПРАВОВАЯ ОХРАНА ПРОМЫШЛЕННЫХ ОБРАЗЦОВ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Аннотация. В статье проводится научно-теоретический анализ правового режима промышленных образцов, особенностей приобретения (оформления) патентных прав на промышленные образцы, а также объем и содержание исключительных патентных прав, вытекающих из патента на промышленные образцы в зарубежных странах.

Ключевые слова: промышленный образец, исключительные права, патентное право, патентообладатель.

Постановка проблемы. Когда изобретатель решает, как будет устроено будущее изобретение, как взаимодействуют его части, каков предел прочности определенной детали, он решает конструкторские (инженерные) задачи, чаще всего не задумываясь о внешнем и эстетическом облике изобретения, поскольку это задача дизайнеров. Промышленные изделия характеризуются как техническими характеристиками (мощность, емкость), так и эстетическими характеристиками, т.е. выразительностью внешнего вида изделия, цветом и фактурой материала, упаковки и т.д. Это обстоятельство обусловило особый вид интеллектуальной, творческой деятельности — *дизайн*, под которым принято понимать различные виды проектирования по формированию эстетических и функциональных качеств предметной среды (различают архитектурный дизайн, ландшафтный дизайн, промышленный дизайн и пр.). Дизайн стал весьма заметной сферой деятельности, где существует ряд направлений и школ. Одной из сфер дизайна является так называемое *художественное конструирование* — художественно-конструкторское творчество по проектированию промышленных изделий, обладающих эстетическими свойствами. Результаты этой интеллектуальной, творческой деятельности получили правовую охрану в виде *промышленного образца*.

На международном уровне охрана промышленных образцов предусмотрена Парижской конвенцией по охране промышленной собственности 1883 г., Соглашением о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г., Гаагским соглашением о международной регистрации промышленных образцов 1925 г., Локарнским соглашением об учреждении Международной классификации промышленных образцов 1968 г.

В связи с тем, что технические характеристики однотипных изделий разных фирм в большинстве случаев совпадают либо близки (холодильники, автомобили, телевизоры и пр.), постольку конкурентоспособность изделий в ряде случаев обеспечивает именно их дизайн. Например, среди широкого круга спортивных автомобилей с мощными двигателями наибольшим спросом пользуются автомобили фирмы Ferrari, формы кузова, отделку салонов и цветовую палитру которых уже не одно десятилетие разрабатывает одна дизайнерская фирма, в результате чего создан фирменный стиль этих автомобилей, позволяющий сделать их узнаваемыми.

Анализ последних исследований. Вопросы правовой охраны объектов патентного права, и в частности охраны промышленных образцов в зарубежных странах и международном частном праве исследованы в научных работах отечественных и зарубежных ученых-юристов в сфере права интеллектуальной собственности: Г. Андрощука, Е. Богатых, М. Богуславского, В. Еременко, А. Жданова, Л. Кравец, Ю. Свядосц и др.

Цель исследования. Целью настоящей статьи является анализ механизма правовой охраны промышленных образцов в зарубежных странах с учетом унификации международного и европейского законодательства в сфере патентного права, а также раскрытие особенностей методов правовой охраны промышленных образцов.

Изложение основного материала. Правовая охрана *промышленных образцов* в зарубежных странах имеет свою специфику, которая обусловлена общим подходом к сфере художественно-конструкторского творчества, ответственного за внешний вид производимых изделий. В отличие от других объектов патентного права (изобретения, полезной модели) промышленный образец, будучи дизайнерским по своей природе решением, имеет «двойника» среди объектов авторского права — произведения декоративно-прикладного искусства. В связи с этим возникает вопрос о том, в какой мере не исключается правовая охрана промышленных образцов нормами законодательства об авторском праве. Законодательство различных стран отвечает на него по-разному [1].

Существуют два *метода охраны* промышленных образцов: авторско-правовой и патентно-правовой. *Авторско-правовой метод* исходит из того, что промышленный образец является продуктом художественного творчества и, следовательно, является оригинальным: это предполагает невозможность одновременного существования нескольких аналогичных промышленных образцов, созданных независимо друг от друга разными лицами, поскольку при этом хотя бы один из них может быть только объектом копирования. *Патентно-правовой метод* основан на изобретательском характере промышленного образца, и здесь решающее значение имеет вопрос новизны образца [2].

При этом функционируют две основные *системы охраны* промышленных образцов: 1) основанные на кумуляции законов; 2) на механизме сосуществования законов. *Механизм кумуляции* состоит в том, что промышленный образец охраняется одновременно и согласовано как нормами патентного права, так и авторско-правовыми нормами. Это означает, что автор промышленного образца может по своему усмотрению обращаться за защитой своих нарушенных или оспоренных прав как по правилам патентного законодательства, так и по правилам законодательства об авторском праве. Если, например, правовая охрана промышленного образца прекратилась вследствие неуплаты патентной пошлины, образец без соблюдения каких-либо формальностей становится объектом авторско-правовой охраны. Система охраны промышленных образцов с

использованием механизма кумуляции принята, например, в Германии и во Франции. *Механизм сосуществования* заключается в том, что автор вправе выбрать вариант правовой охраны созданного им промышленного образца по патентному закону либо по закону об авторском праве (например, Великобритания) [3].

Правовое регулирование отношений, складывающихся в связи с признанием и использованием промышленных образцов, в зарубежных странах осуществляется исходя из приверженности к той или иной системе охраны. Например, во Франции, Германии, Швейцарии, Нидерландах, Бельгии промышленные образцы рассматриваются через призму художественного творчества и подпадают под действие норм *авторского права*. При этом во Франции законодательство предусматривает, что промышленные образцы, обладающие оригинальностью, рассматриваются как объекты авторского права, однако одновременно возможна регистрация промышленного образца на основании норм патентного права [4].

В США, Великобритании, Китае, Японии правовая охрана промышленных образцов осуществляется исключительно на основании норм *патентного права*, т.е. промышленные образцы считаются продуктом научно-технического творчества и на них распространяется действие патентного законодательства или специальных законов.

Внешнее выражение норм, посвященных охране промышленных образцов в зарубежных странах, также имеет определенную специфику. Так, часть зарубежных государств (США, Китай) идет по пути имплементации соответствующих норм в патентные законы. В некоторых странах действуют специальные законы о промышленных образцах (Великобритания, Канада, Япония). Во Франции отношения по поводу промышленных образцов регулируются в рамках Кодекса интеллектуальной собственности. В Нидерландах и Бельгии правовая охрана промышленных образцов осуществляется по законодательству об авторском праве.

По законодательству зарубежных стран *промышленным образцом* признается художественно-конструкторское решение изделия, что означает его внешний вид, т.е. выразительные особенности пластической

(объемной) формы либо плоскостного изображения (рисунка). Выражение «решение изделия» применяется в специальных областях архитектуры и дизайна для обозначения созданного автором оригинального объекта, когда автор творчески подошел к разработке его внешнего вида [5].

Внешний вид изделия — это то, с чем человек сталкивается при обычном использовании изделия: его форма, расположение элементов, цвет («внешность» изделия). Например, понятие внешнего вида автомобиля или холодильника включает также вид этих агрегатов с открытыми дверцами, и напротив, расположение узлов и деталей внутри телевизора или радиоприемника (не обозреваемых в процессе эксплуатации) не охватывается понятием внешнего вида этих устройств [6].

Для признания внешнего вида изделия промышленным образцом требуется, чтобы художественно-конструкторское решение соответствовало установленным законодательством критериям патентоспособности. Такими критериями в зарубежных странах являются новизна, а также оригинальность. Законодательство некоторых зарубежных стран устанавливает оба названных критерия, однако не всегда им придается одинаковое значение [7]. Еще одним критерием патентоспособности является наличие художественных достоинств промышленного образца.

Дизайнерское решение должно обеспечить красоту и гармонию в технике, т.е. достигнуть качеств изделия, доставляющих наслаждение, удовольствие, удовлетворение человеку — т.е. вызывать положительные эмоциональные переживания. Наиболее красивые и гармоничные изделия одновременно целесообразны и функционально совершенны. На стыке декоративной и функциональной красоты находится сфера совместной деятельности конструктора и дизайнера, обеспечивающая появление промышленных образцов, патентоспособность которых обусловлена вышеуказанными критериями [8]. В соответствии с законодательством США, промышленный образец должен «служить для украшения», т.е. должен обладать эстетическими достоинствами.

Законодательство Японии промышленным образцом признает внешний вид изделия, а именно — форма, рисунок, раскраска, оставляющие чувство прекрасного при взгляде на них.

При этом в законодательстве Японии установлены четыре критерия патентоспособности промышленного образца: новизна, наличие эстетических черт, оригинальность, промышленная применимость. По законодательству Японии любое лицо, создавшее образец, который может быть использован промышленным путем, вправе зарегистрировать образец, за исключением случаев, когда: образец публично известен в Японии до подачи заявки на регистрацию; образец был описан в какой-либо публикации в Японии до подачи заявки на регистрацию; образец сходен с публично известными или описанными образцами [9]. В Китае промышленный образец должен отвечать единственному критерию — новизне.

По законодательству *Великобритании* образец означает черты формы, конфигурации, рисунка или орнамента, применимые к любому изделию посредством какого-либо промышленного способа или средства; причем эти черты в готовом изделии воспринимаются и оцениваются исключительно зрительно и не включают в себя методов или принципов построения, или черт формы, или конфигурации, которые диктуются исключительно той функцией, какую должно выполнять изделие, подлежащее изготовлению с использованием упомянутой формы или конфигурации [10]. Под изделием понимается любое промышленное изделие или любая часть изделия, если они изготавливаются или продаются отдельно.

Промышленный образец может быть зарегистрирован лишь в случае, если он является новым или оригинальным. При этом образец не регистрируется, если он идентичен образцу, который был зарегистрирован или опубликован до даты подачи заявки на регистрацию в *Великобритании* в отношении того же или любого другого изделия либо отличается от такого образца лишь несущественными деталями или чертами, которые являются вариантами, обычно используемыми в данной отрасли промышленности [11].

По законодательству *Франции* промышленным образцом признаются любые новые рисунки, новые трехмерные пространственные формы, промышленные изделия, которые отличаются от им подобных либо благодаря характерной и узнаваемой конфигурации, придающей им новизну, либо благодаря одной или нескольким внешним чертам, придающим

им особенный и новый вид. Критериями охраноспособности промышленных образцов являются новизна (абсолютная мировая) и промышленная применимость [12]. Особенность новизны заключается в допускаемой возможности раскрытия промышленного образца до подачи на него заявки. В соответствии с законодательством *Франции* известность, полученная образцом до подачи заявки на него в результате выставления на продажу либо любыми иными способами, не приводит к потере прав и специальной охраны, предусмотренной законодательством.

В большинстве зарубежных стран, в которых охрана промышленных образцов строится по типу патентного права, к промышленным образцам предъявляется требование *мировой новизны*, т.е. при экспертизе учитываются все источники, содержание, содержание информации о тождественных художественно-конструкторских решениях.

Оригинальность промышленного образца означает творческий подход к созданию образца, что предполагает отсутствие его сходства с известными образцами, исключающее предположение о заимствовании существенных черт образца. Законодательство исходит из того, что оригинальность образца позволяет потребителям отличать изделия, охраняемые с помощью промышленных образцов, от других однородных изделий [13]. Эстетические черты изделия означают наличие в образце художественных достоинств: например, в соответствии с японским законодательством образец должен «оставлять при его восприятии эстетическое впечатление». Эстетичность решения в ряде случаев определяется модой, т.е. симпатиями или антипатиями потребителей.

В ряде стран к промышленному образцу предъявляется требование промышленной применимости, что означает возможность его реализации в условиях нормального современного производства: имеется в виду пригодность образца к промышленному тиражированию, при экономически целесообразных затратах на производство данного вида изделий и при минимальном применении ручного труда. В некоторых странах в качестве промышленного образца признается оригинальное цветовое решение внешнего вида изделия (Великобритания, Япония) [14].

Законодательство зарубежных стран устанавливает виды промышленных образцов: это может быть *объемный* образец либо *плоский* образец. Например, в мексиканском законе объемный образец именуется промышленной моделью, под которой понимается всякая пластическая форма, придающая изделию особый внешний вид; под промышленным рисунком понимается любая комбинация форм, линий или цветов, которая используется в промышленном изделии с целью его украшения и которая придает ему особый внешний вид [15].

Объемный образец характеризуется тремя измерениями, т.е. особой формой (специальный монтажный кран, автомобиль, набор мебели). Плоский образец (промышленный рисунок) — это изображения, орнаменты, рисунки плоские или с незначительным рельефом: к ним относятся, например, рисунок протектора шины, рисунок ковра, рисунок декоративной ткани. Защищаются художественно-конструкторские решения, органично сочетающие рисунок и объемные формы (своеобразные комбинированные образцы): например, стол с орнаментом, облицовочный элемент и пр.

Промышленный образец может относиться к изделию *в целом*, например автомобиль, либо к *части изделия*, например рулевая колонка автомобиля. Охраняются также комплексные объекты, т.е. системы материальных объектов, художественно-конструкторское решение которых связано определенным единством — прежде всего едиными принципами формообразования: многообразие разновидностей комплекса выражается терминами «набор», «группа», «комплект», «унифицированный ряд» и пр. (например, стационарный ряд ванн для нанесения защитных покрытий, комплект емкостей для средств автокосметики) [16]. В ряде зарубежных стран охраняются варианты промышленного образца, т.е. художественно-конструкторские решения изделий одной функциональной группы, сходные в совокупности существенных признаков и имеющие визуально воспринимаемые отличия в несущественных признаках, причем эти отличия являются результатом творчества, а не механическим изменением признака.

Законодательство зарубежных стран содержит перечень *непатентоспособных объектов*, к которым относятся, в частности,

объекты, способные нанести ущерб публично-му порядку или морали, объекты, которые не могут быть использованы в промышленности, объекты, публично известные и пр. [17].

Оформление прав на промышленный образец в зарубежных странах, где применяется патентно-правовой метод охраны, осуществляется по правилам, сходным с правилами оформления прав на изобретение. В патентное ведомство страны подается заявка на выдачу патента, который выдается либо после экспертизы, либо по явочной системе.

По законодательству Италии, Великобритании, США и некоторых других стран заявитель вправе выбрать одну из форм охраны образца — либо по нормам авторского права как произведения искусства без какой-либо регистрации, либо как объекта патентного права путем получения патента: получить охрану одновременно в двух формах невозможно. По праву Франции, Германии, Швейцарии и Бельгии двойная охрана промышленного образца возможна: например, в соответствии с положениями Кодекса интеллектуальной собственности Франции объектами авторского права является продукция так называемого сезонного производства одежды и украшений, под которыми понимаются производства, в силу требований моды часто обновляющие форму своей продукции, а именно отделка кружев, обувь, перчатки, кожаная галантерея, ткани высокой новизны специально для высокой моды, обивочные ткани [18].

Сроки действия охраны промышленного образца зависят от формы его охраны. При авторско-правовой охране образец охраняется в течение сроков авторского права. При патентно-правовой охране эти сроки короче: в Германии — от 1 года до 3 лет с возможностью продления до 15 лет; в США — 3,5 года, 7 или 14 лет (по выбору заявителя); в Великобритании и во Франции — 5 лет с возможностью продления до 25 лет; в Швейцарии и Японии — 15 лет. Права и обязанности владельца охранного документа на промышленный образец в основном аналогичны правам и обязанностям, вытекающим из патента на изобретение [19].

Выводы. Наиболее мощным орудием конкурентной борьбы в рамках права промышленной собственности служит патентное право, в частности права на промышленные образцы.

Под промышленным образцом понимается внешний вид промышленного изделия, отличающийся художественно-эстетическими качествами, новизной и оригинальностью. Национальное законодательство зарубежных стран предусматривает возможность обладателей исключительных прав на использование охраняемых промышленных образцов по собственному усмотрению, а также их право запрещать использование третьими лицами и правовые формы подобного использования — путем уступки прав или продажи лицензий. Сфера действия исключительных прав на промышленные образцы обычно охватывается территорией государств, выдавших охраняемые документы (патенты, свидетельства), которые выдаются на несколько лет с правом продления в установленном порядке. Исключительные права на промышленные образцы оформляются путем подачи заявки в компетентное патентное ведомство. Действие национальных патентных законов в зарубежных странах дополняется применением норм международных соглашений в сфере патентного права, а также региональных европейских актов.

Литература:

1. Алексеева О. Объем правовой охраны промышленных образцов в ЕС / О. Алексеева // Патенты и лицензии. — 2006. — № 1. — С. 14-21.
2. Алексеева О. Понятие промышленного образца в ЕС / О. Алексеева // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2005. — № 3. — С. 19-25.
3. Богатых Е.А. Патентное право капиталистических и развивающихся государств / Е.А. Богатых, В.И. Шевченко. — М., 1978. — 200 с.
4. Богуславский М.М. Патентные вопросы в международных отношениях / М.М. Богуславский. — М., 1962. — 344 с.
5. Воронцов С. Гармонизация патентного права в области промышленных образцов / С. Воронцов // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2002. — № 2. — С. 23-29.
6. Еременко В.И. Развитие международного патентного права / В.И. Еременко // Законодательство и экономика. — 2002. — № 2. — С. 40-41.
7. Еременко В.И. Реформа европейской патентной системы / В.И. Еременко // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2001. — № 8. — С. 43-45.
8. Еременко В.И. Развитие международного патентного права / В.И. Еременко // Законодательство и экономика. — 2002. — № 2. — С. 40-41.
9. Жданов А.А. Тенденции к унификации патентного права в зарубежных странах / А.А. Жданов, Г.А. Матвеев. — М., 1974. — 200 с.
10. Капіца Ю.М. Охорона прав на промислові зразки в ЄС / Ю.М. Капіца, В.П. Воробйов // Університетські наукові записки. — 2005. — № 4 (16). — С. 73-77

11. Кравец Л. Развитие патентного законодательства в ЕС / Л. Кравец // Интеллектуальная собственность. — 2000. — № 11. — С. 45-48.
12. Кравец Л. Тенденции развития патентной системы / Л. Кравец // Интеллектуальная собственность. — 2002. — № 10. — С. 67-74.
13. Лакомкина Т. Мировые тенденции развития систем правовой охраны промышленных образцов / Т. Лакомкина. — М. : ИНИЦ Роспатента, 2004. — 110 с.
14. Мельников В. Промышленный образец ЕС / В. Мельников // Патенты и лицензии. — 2008. — № 5. — С. 56-61.
15. Панфилова Е.С. Гармонизация правовой охраны промышленных образцов во Франции с законодательством ЕС / Е.С. Панфилова // Современное право. — 2007. — № 11. — С. 85-87
16. Патентное законодательство зарубежных стран : в 2 т. — М. : Прогресс, 1987.
17. Свядосц Ю.И. Буржуазное патентное право : учебное пособие / Ю.И. Свядосц. — М., 1967. — 127 с.
18. Уемура П.І. Развитие международного патентного права / П.И. Уемура // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2001. — № 1. — С. 10-19.
19. Фелицына С.Б. О развитии системы правовой охраны промышленных образцов в Европе / С.Б. Фелицына, И.Г. Антипина // Изобретательство. — 2005. — Т. V. — № 1. — С. 10-17.

Ennan R.Є. Правова охорона промислових зразків у зарубіжних країнах.

Анотація. У статті проводиться науково-теоретичний аналіз правового режиму промислових зразків, особливостей набуття (оформлення) патентних прав на промислові зразки, а також об'єм та зміст виключних патентних прав, що впливають з патенту на промислові зразки у зарубіжних країнах.

Ключові слова: промисловий зразок, виключні права, патентне право, патентоволоділець.

Ennan R. Legal protection of industrial design in foreign countries.

Summary. The article presents the scientific and theoretical analysis of the legal regime of the industrial design, especially the acquisition of patent rights for industrial design, as well as the scope and content of exclusive patent rights for industrial design in foreign countries.

Keywords: industrial design, the exclusive rights, patent law, patent holder.

*Денисяк Н.М.,
викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

КОРОТКИЙ АНАЛІЗ ІСТОРІЇ ВИНИКНЕННЯ, РОЗВИТКУ ТА РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ

Анотація. Стаття присвячена короткому аналізу історії виникнення, розвитку і реформування інституту нотаріату в Україні. Аналізуються позитивні та негативні сторони нотаріату для української держави. У статті розглядаються проблеми, що виникають перед цим інститутом у сучасному громадському суспільстві. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення вітчизняного законодавства, щодо регулювання діяльності інституту нотаріату в Україні.

Ключові слова: нотаріат, відносини, правопорушення, розвиток, суспільство, реформування нотаріату, нотаріальна діяльність, законні інтереси, юридична вірогідність, правова система, механізм держави, публічна влада, повноваження нотаріальних органів, зміцнення законності та правопорядку, державні органи, модель нотаріату.

Постановка проблеми. Актуальність теми обумовлена тим, що фундаментальне реформування відносин власності та інших майнових відносин стало об'єктивним фактором сучасного виділення ролі та значимості інституту нотаріату в Україні.

Метою статті є спроба проаналізувати етапи розвитку інституту нотаріату, його роль і значимість у здійсненні правозахисної та правоохоронної функції в системі правоохоронних органів.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питаннями проблематики розвитку, вдосконалення та реформування нотаріату займалися такі видатні науковці та вчені, які Полтавська Н., Радзівська Л., Пасічник С., Черниш В., Кузнецов В., Ромоновська О., Фурса Є. І., Фурса С. Я., Аргунов В. та інші. Але проблема розвитку нотаріальної процедури, яка має забезпечити суспільні потреби та надати можливість нотаріусам задовольнити власні матеріальні

та соціальні потреби дотепер вітчизняним законодавством не врегульовано.

Викладення основного матеріалу. Українська держава на сучасному етапі перебуває у стані реформування політичних, економічних та правових відносин. У зв'язку з цим українська влада повинна ретельно розробити та забезпечити напрям якісного суспільного розвитку держави. Одним з напрямів формування правового громадянського суспільства у сучасній Україні має стати впровадження системи латинського або «вільного» нотаріату. Слід зазначити, що говорити про запровадження цієї системи в вітчизняних реаліях почали ще на початку 1990-х років [8, 88-90].

Латинський нотаріат — це нотаріат, який утворюється у формі вільної професії, і в той же час він здійснює привселюдну соціально-правову функцію, отримавши делеговані йому державою публічні повноваження. Тобто «нотаріальна функція є державною, але виконує її нотаріус незалежно, не будучи підпорядкованим службовій ієрархії державної адміністрації чи будь-яким іншим державним органам. Нотаріус — це юрист, який має повноваження надавати вірогідності угодам, укладати тексти документів, які надають діям і угодам сторін правильної і належної форми та давати поради особам, які звертаються до нього за юридичною допомогою» [7, 7].

Видатні науковці та вчені, які займалися дослідженнями щодо проблематики розвитку, вдосконалення та реформування нотаріату, найвідоміші з яких: Полтавська Н., Радзівська Л., Пасічник С., Черниш В., Кузнецов В., Ромоновська О., Фурса Є. І., Фурса С. Я., Аргунов В. та інші.

Головною метою реформування нотаріату в Україні має стати розвиток нотаріальної процедури, яка має забезпечити суспільні потреби та надати можливість нотаріусам задовольнити власні матеріальні та соціальні потреби.

Джерело виникнення нотаріату як різновиду адміністративної діяльності можна простежити з далекого минулого. Нотаріат виник як інститут цивільного права ще за часів республіки у Стародавньому Римі. Тоді в Римі існували писарі-канцеляристи, які періодично складали кадастр усіх земель в країні, переписували населення і його майно.

В Стародавньому Римі панував суворий формалізм, який вимагав дотримання формул всіма, хто звертався в судові установи, тому стали з'являтися особи, обов'язком яких було підведення правового випадку під ту чи іншу формулу. Дехто з них перебували на службі при посадових особах римського управління та суду. Окрім офіційних, існували також приватні писарі, які відігравали роль своєрідних власних юристконсулів у приватних осіб, які були, як правило, рабами останніх, надавали їм юридичну допомогу.

Подальший розвиток цивільного обороту викликав у Стародавньому Римі появу табеліонів, яких можна назвати родоначальниками сучасного нотаріату. Вони не перебували на державній службі, а займалися складанням юридичних актів і судових документів у вигляді вільного промислу та отримували за це винагороду, передбачену законом.

Разом із світським інститутом табеліонів, що з часом набував і отримував більшого застосування, у сфері християнської церкви виникає подібна йому установа — нотаріат. Який почав своє існування при єпископах, а потім при абатах і інших церковних урядниках, під час їх бесід із населенням були присутні спеціальні особи, тобто нотаріуси, які були зобов'язані записувати такі бесіди і складати відповідні документи. Пізніше церковна влада почала застосовувати таку процедуру ведення справ і у світському житті [9].

Вивчаючи історію розвитку інституту нотаріату в Європі можна зробити висновок, що нотаріальні установи, які склалися під час правління Карла Великого, пустили глибоке коріння, а досягли певного розвитку лише в Італії, де вони знайшли сприятливий для себе ґрунт на основі римського права. У Франції та Німеччині нотаріальні установи проіснували недовго і вже згодом, прийшли до повного занепаду. Таке становище нотаріату в цих країнах продовжувалось до того часу, поки в XII ст. Франція, а у XIV ст. — Німеччина провели

рецепцію нотаріального інституту у тому вигляді, в якому він існував на той час в Італії.

Реформа, яка вперше була проведена у французькому нотаріаті завдяки Людовіку IX Святому, яка передбачала запровадження 60 посад нотаріусів при Паризькій судовій палаті. У 1300 і 1302 роках Філіп IV Красивий, залишив за собою право призначати нотаріусів та розповсюдив цей інститут на всій території Франції. Королівським указом 1304 року був створений реєстр, в який кожен нотаріус повинен був вносити заповіти, договори, а також розміри зборів за виконані ним дії.

Наполеоном Бонапартом у 1803 році був законодавчо введений нотаріат як необхідна складова громадянського суспільства. Він вважав, що поряд із суддями, які примирюють і вирішують спори, мають діяти особи, надаючи угодам громадян достовірного характеру та сили остаточного рішення і запобіжно скасовують всяку надію на успіх несправедливого вирішення серед «жадібних людей» [9].

В Російській імперії у першій половині XIX ст. не передбачався поділ влади на судову і нотаріальну, поки не було реалізовано Положення про нотаріальну частину, затверджене 14 квітня 1866 року. В основу проекту були покладені нотаріальні положення трьох держав: Франції від 16 березня 1807 року, Австрії від 21 травня 1855 року і Баварії від 1861 року. Нотаріат виокремлювався з відання судів для здійснення актів та інших несудових дій. У містах вводилися посади нотаріусів, на які призначалися чиновники на конкурсних засадах головою судової палати. Нотаріус повинен був перед призначенням на посаду скласти присягу та внести страхову заставу на випадок заподіяння шкоди клієнтові своїми некваліфікованими діями.

Після Жовтневої революції нотаріат реформується та переходить у статус державного. Після цього в Україні було прийнято декілька законодавчих актів про нотаріат, які регулювали діяльність державного нотаріату. 25 грудня 1974 року Верховною Радою Української РСР вперше в історії України було прийнято вищий акт державної влади, який регулював діяльність нотаріальних органів — Закон УРСР «Про державний нотаріат» (введений у дію з 1 травня 1975 року). Цей Закон розширював коло нотаріальних дій більше ніж до 20 різноманітних видів.

В період відсталості і розрухи господарства пов'язаних з громадянською війною, коли правовідносини в сфері цивільного обороту були вкрай обмежені і потреби в нотаріаті практично не було, з'явилась тенденція до його повної ліквідації [11, 234].

Після проголошення незалежності Української держави настає і новий етап у розвитку інституту нотаріату, що обумовило потребу держави в утворенні міцної та стабільної системи захисту прав та законних інтересів своїх громадян. З переходом української незалежної держави до ринкових відносин, законодавчим визнанням рівноправності всіх форм власності, розвитком підприємницької діяльності і процесів приватизації виникла суспільна необхідність введення інституту приватного нотаріату і, відповідно, законодавчого закріплення положень, що давали б можливість вирішувати питання нотаріальної діяльності без допомоги державних органів.

Сучасне нормативне визначення нотаріату міститься в ст. 1 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 року, де встановлено, що нотаріат України — це система органів та посадових осіб, на яких покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчинять інші нотаріальні дії, передбачені законом з метою надання їм юридичної вірогідності [1].

Аналізуючи наведене нормативне визначення, українські дослідники нотаріату Л. Радзієвська та С. Пасічник вказують, що зазначене поняття містить в собі суб'єктивну (вказує на систему нотаріальних органів) та об'єктивну (вказує на повноваження нотаріальних органів та посадових осіб) сторону діяльності нотаріату, а також мету вчинення нотаріальних дій, та виділяють наступні основні завдання нотаріату: захист і охорона, прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб; зміцнення законності та правопорядку; запобігання можливим правопорушенням [4, 9-10].

Виходячи з вище зазначеного можна зробити висновок, що законодавче визначення нотаріату трактується як певна організаційна система, визначальною ознакою якої є єдність спеціальних суб'єктів, об'єднаних спільністю завдань.

На сьогоднішня вітчизняне українське законодавство поклато на нотаріусів посвідчення угод відчуження квартир, житлових будинків,

коштовного майна, автотранспорту всіх видів, розширивши правові підстави набувачів цього майна. Набули чинності угоди, пов'язані з придбанням права власності на землю, землекористуванням і землеволодінням. Також нотаріат здійснює превентивне правосуддя, захищаючи права і законні інтереси громадян від можливих порушень у майбутньому, гарантуючи набувачам прав захист від усіляких несподіваностей, забезпечуючи правову безпеку громадянам та юридичним особам, що дозволяє запобігти суперечкам між сторонами цивільних правовідносин про право цивільне та сприяє виникненню між ними стабільних і передбачуваних відносин.

Українська правова держава формується, розвивається, зміцнюється та вдосконалюється завдяки діяльності нотаріату.

Український нотаріат ще знаходиться на етапі розвитку та реформування, тому що це постійний і невпинний процес самовдосконалення. Український нотаріат розвивається та перетворюється в напрямку до професійності, стабільності та фінансової незалежності.

Нотаріат, як складова правової системи, повинен відображати всі реальні процеси, що відбуваються в суспільстві, тобто, залишаючись незмінною за своїм визначальним призначенням, нотаріальна діяльність може змінювати та розширяти свої функції, відповідаючи вимогам та потребам сучасної громадськості.

Висновок. В Україні потрібно створити модель нотаріату континентального типу, як це вчинено в країнах Європи, тому, що нотаріат — це один з найважливіших інститутів механізму держави, який забезпечує життєдіяльність суспільства. Саме запровадження в Україні вільного нотаріату наблизить країну до «вільного» латинського нотаріату як оптимального, з точки зору його дієздатності, компромісу між передачею нотаріату основоположних для правової системи завдань публічної влади та виконанням цих завдань вільним, висококваліфікованим і діючим під власну економічну відповідальність професійним станом [11, 237].

Література:

1. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.
2. Про внесення змін до ст. 45 Закону УРСР «Про державний нотаріат» : Закон України, прийнятий 28 січня 1993 р. № 2951-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 14. — Ст. 123; Голос України. — 1993. — 16 лют. (№ 29).
3. Володина Ю. Пристальний взгляд на украинский нотариат (интервью с Президентом Украинской нотариальной палаты) / Ю. Володина // Юридическая практика. — 2002. — № 37 (247). — С. 4.
4. Радзівська Л.К. Нотаріат в Україні : навч. пос. / Л.К. Радзівська, С. Г. Пасічник. — К. : Хрінком Інтер, 2001. — С. 9-10.
5. Фурса С. Я. Нотаріат в Україні. Загальна частина / С.Я. Фурса, Є.І. Фурса. — К. : Вентурі, 1999. — С. 54.
6. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи / С.Я. Фурса. — К. : Істина, 2002. — С. 188.
7. Фундаментальні принципи латинського нотаріату // Нотаріат для Вас. — 2001. — № 4. — С. 7.
8. Юридический советник семьи (нотариат и правовая помощь гражданину) Народный депутат. — 1990. — №14. — С. 88-93.
9. Ясінська Л.Е. Становлення та розвиток інституту нотаріату в Україні (історико-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук / Л.Е. Ясінська. — Львів : Львівський національний університет імені Івана Франка, 2005. — 18 с.
10. Ясінська Л.Е. Виникнення та розвиток інституту нотаріату / Л.Е. Ясінська // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції (13–14 лютого 2003 р.). — Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003. — С. 113–114.
11. Трофименко Є.В. Минуле та сучасність нотаріату в Україні / Є.В. Трофименко // Актуальні проблеми держави і права, 2001. — Вип. 10.
12. Нотаріальний процес в Україні : навчальний посібник / За ред. Ф.М. Медвідя. — К. : Атіка, 2006. — С. 3.

Денисяк Н.Н. Краткий анализ истории возникновения, развития и реформирования института нотариата в Украине.

Аннотация. Статья посвящена краткому анализу истории возникновения, развития и реформирования института нотариата в Украине. Анализируются положительные и отрицательные стороны нотариата для государства. В статье рассматриваются проблемы, возникающие перед этим институтом в современном гражданском обществе. Вносятся предложения по совершенствованию отечественного законодательства, регулирующего деятельность нотариата в Украине.

Ключевые слова: нотариат, отношения, правонарушение, развитие, общество, реформирование нотариата, нотариальная деятельность, законные интересы, юридическая вероятность, правовая система, механизм государства, публичная власть, полномочия нотариальных органов, укрепление законности и правопорядка, государственные органы, модель нотариата.

Denisyak N.N. Brief analysis of the history of the origin, development and reform of the institute of notaries in Ukraine.

Summary. Article is devoted to the definition of a brief analysis of the history, development and reform of the notary in Ukraine. Analyzuyutsya pozitivni that negativni parties notariatu for ukrainskoï powers. I articles rozglyadayutsya problems, scho vinikayut before cim institutom have suchasnomu gromadska suspilstvi. The propositions to improve the legislation regulating the activities of notaries in Ukraine.

Keywords: notary, relation, offense, development, society, reform notary, notarial activity, legitimate interests, law chance, legal system, mechanism of the state, public authority, powers of notaries, strengthening the rule of law, public bodies, model notary.

Ільїна Ю. П.,

*старший викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ОБСЯГУ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ НОТАРІУСА

Анотація. В даній статті досліджується питання, що пов'язано з визначенням обсягу цивільної відповідальності нотаріуса, в разі здійснення незаконних дій або недбалості приватного або державного нотаріуса.

Ключові слова: нотаріус, цивільна відповідальність, обсяг відповідальності, незаконні дії, недбалість.

Постановка проблеми. Питанню обсягу цивільної відповідальності нотаріуса у вітчизняній літературі приділяється обмаль уваги, це підтверджується кількістю існуючих праць з цього спірного та складного питання. Слід відзначити окремі публікації І.В. Спасибо-Фатєєвої, С.А. Хімченко, І.Ф. Сидорова та О.Б. Калінюка.

Викладення основного матеріалу. Перш за все, треба погодитись з думкою І.Ф. Сидорова, який зазначає, що законодавством не встановлений хоча б приблизний перелік незаконних дій нотаріуса [1, 32]. Натомість визначено перелік дій, що вчиняються державними і приватними нотаріусами. Хоча цей перелік не є вичерпним, але, з точки зору законності, саме ці дії є законними. Тобто, інакше кажучи, в аспекті ст.ст. 21, 27 Закону України «Про нотаріат» [2] (далі — Закон), які регламентують питання відповідальності нотаріуса, він може нести відповідальність виключно у тому випадку, якщо вчинить дії, не передбачені законодавством України, зокрема, відповідними статтями Закону, або не виконає обов'язків, закріплених статтею 5 Закону.

З інститутом цивільно-правової відповідальності нотаріуса тісно пов'язаний інститут страхування відповідальності нотаріуса, що також не має достатнього законодавчого регулювання. Серед основних питань, які потребують нагального врегулювання, можна навести такі: обов'язкові умови договору страхування, вимоги до страхової компанії,

відносини між нотаріусом, клієнтом та страховою компанією при здійсненні страхового відшкодування (виплати), питання часткової дії договору страхування протягом відповідного строку навіть після смерті нотаріуса, визначення порядку припинення страхового договору тощо.

Визначення у ст. 27 Закону повного розміру відшкодування шкоди, заподіяної особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса, дозволяє вказати на джерела відшкодування. Це, в першу чергу, кошти зі страхового фонду приватного нотаріуса як такі, що відповідно до ст. 28 Закону формуються спеціально для забезпечення відшкодування заподіяної внаслідок вчиненої нотаріальної дії шкоди приватним нотаріусом. Мінімальний розмір страхової суми становить сто п'ятдесят мінімальних розмірів заробітної плати. Це значна сума, однак, її може не вистачити для повної компенсації спричиненої нотаріусом шкоди.

Отже, як підкреслює С.А. Хімченко не виключено, що нотаріус нести відповідальність за спричинену шкоду іншим майном, на яке може бути накладене стягнення у встановленому законом порядку [3, 39].

Враховуючи персональну відповідальність нотаріуса за недбалість чи незаконні дії при вчиненні ним нотаріальних дій, варто підкреслити, що зводити відносини з відшкодування шкоди до стосунків з особою, постраждалою від дій нотаріуса, та страховою компанією не можна. Саме нотаріус відповідає перед постраждалою від його дій особою. Страховий фонд приватного нотаріуса лише забезпечує такі виплати і тут йдеться про окремі (страхові) відносини між нотаріусом та страховою компанією.

Визначення цивільної відповідальності приватного нотаріуса як цивільно-правової відбувається через те, що відносини між нотаріусом і особою, яка звернулася по вчинення

нотаріальних дій, є ініціативними на період свого виникнення. Більш того, існує свобода вибору нотаріуса особою, яка звертається по вчинення нотаріальних дій. На цивільно-правовий характер такої відповідальності вказує і її компенсаційний характер.

Таким чином, необхідно навести загальне поняття цивільної відповідальності, а потім проаналізувати його з урахуванням особливостей цивільної відповідальності приватного нотаріуса. Як визначила І.С. Канзафарова, поняття цивільної відповідальності як обумовлену особливостями предмета і методу цивільно-правового регулювання систему цивільно-правових засобів, за допомогою яких, з одного боку, забезпечується і гарантується захист цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільного права, з другого — здійснюється штрафний і виховний вплив на правопорушників. У випадку з цивільно-правовою відповідальністю нотаріуса виховний вплив вчиняється саме на нього [4, 86]. Нотаріус під загрозою цивільно-правової відповідальності стимулюється до виконання приписів законодавства при вчиненні нотаріальних дій. Крім виховної, очевидно, є компенсаційна функція для особи, яка через неправомірні дії нотаріуса зазнала шкоди.

Також І.С. Канзафарова наполягає на тому, що відповідальність є охоронним інститутом права, який природно виконує охоронну функцію права, що, в свою чергу, складається з двох елементів:

- 1) компенсаційного впливу;
- 2) штрафного (репресивного) впливу.

Звісно, компенсаційний вплив у випадку з цивільно-правовою відповідальністю нотаріуса спрямовуватиметься на громадянина, якому нанесено шкоду через неправомірні дії нотаріуса; «репресивний» вплив — на нотаріуса, діями якого завдана шкода.

Як вказував Г.К. Матвеев, що відшкодування делікатної шкоди має полягати у відновленні попереднього становища, а оскільки таке відновлення неможливе — у компенсації завданих збитків [5, 68]. Але за думкою В.Л. Слесарева стягнення збитків визначається, як найважливіша компенсаційно-відновлювальна санкція цивільного права та є важливою формою боротьби з правопорушеннями, що заподіють шкоду правам та законним інтересам фізичних осіб [6, 82].

В свою чергу, О.С. Іоффе наголошував на тому, що відповідальність у цивільному праві проявляється, здебільшого, у формі майнового відшкодування [7, 90]. Також заслуговує на підтримку точка зору Л.А. Лунца, який вказував, що термін «заподіяні збитки» є грошовим вираженням спричиненої шкоди. Так, С.О. Погрібний відзначив, що відшкодування збитків — найпоширеніший спосіб захисту, що застосовується при порушенні цивільних прав. Його використовують, як у договірних, так і у недоговірних відносинах, і полягає він у тому, що боржник відшкодує завдані кредитором майнові збитки. На відміну від компенсації в натурі, у даному випадку йдеться про грошову компенсацію на користь потерпілої особи [8, 208].

Але, слід зазначити, що дослідники, які безпосередньо присвятили праці обсягу цивільної відповідальності нотаріуса, не висловлюють своїх думок з приводу масштабу відшкодування шкоди так однозначно. Адже нотаріальна дія, вчинення якої може сполучатися із заподіянням її учасникові шкоди, є складним процесом, до якого залучається доводи багатьох осіб: інша сторона нотаріально посвідченого правочину; працівники нотаріуса; особи, які видають документи, на підставі яких вчиняються нотаріальні дії. Тому постає проблема співвідношення обсягу шкоди, спричиненої нотаріусом із заподіяними особі збитками.

І.Ф. Сидоров з цього приводу вказав, що стосовно визначення обсягу відповідальності нотаріуса необхідно наголосити, що вказана категорія не є тотожною категорії визначення розміру шкоди. Визначення обсягу відповідальності нотаріуса полягає в тому, що нотаріус може відповідати виключно за свою діяльність і не може відповідати за неправомірну поведінку інших осіб, навіть якби вона й мала місце під час вчинення нотаріальної дії. Напевно, вказаний автор намагався відмежувати відповідальність нотаріуса від відповідальності інших осіб. У даному випадку з ним можна погодитися частково. Так, нотаріус дійсно може відповідати виключно за свою діяльність. Втім, порушення ним обов'язків може бути пов'язано із неправомірною поведінкою інших осіб, наприклад, через невиконання обов'язків нотаріусом при вчиненні нотаріальної дії сторонній особі можуть стати відомими факти, що є нотаріальною таємницею,

їхне розголошення такою особою може зашкодити особам, щодо яких вчинялися нотаріальні дії. Це не означає відсутності порушень закону з боку нотаріуса. Отже, останній може бути притягнутий до відповідальності з відшкодування моральної шкоди, спричиненої порушенням таємниці вчинення нотаріальних дій. Однак, питання не є однозначним і має низку аспектів.

Якщо повна відповідальність нотаріуса за спричинену ним особі шкоду майже не піддається сумніву і ця теза впливає з загальних положень про цивільну відповідальність, багато проблемних питань стосується того, коли нотаріус має нести цивільну відповідальність особисто, а коли — поділяти її з іншими особами. Проблемними і не до кінця дослідженими аспектами є те, в яких пропорціях має відповідати особа, діями якої завдано шкоди особі, якщо правочин був нотаріально посвідченим. Адже нотаріус відповідає за законність вчинених правочинів. Проте, в окремих випадках можливі ситуації, коли інший учасник правочину діяв недобросовісно і намагався вчинити правочин за підробленими документами. Невизначеним в українському законодавстві залишається питання відповідальності інших посадових осіб, які видавали документи, що використовувалися при вчиненні нотаріальних дій, у разі вад цих документів, наприклад, якщо вони видані помилково.

Окремі вчені для визначення обсягу цивільної відповідальності особи, яка заподіє шкоду при виконанні своїх професійних повноважень, застосовують категорію «професійного ризику», яка також має бути досліджена в межах даної праці, адже в ній нотаріус розглядається як особа, що може бути притягнута до цивільної відповідальності через спричинення шкоди саме під час здійснення своїх професійних повноважень — вчинення нотаріальних дій. Як вказував В.А. Ойгензихт, категорія «професійного ризику» на підміну концепції провини дозволила ряду вчених наголошувати на тому, що при професійному ризику з'ясування провини начебто є зайвим [9, 5]. В основі професійної відповідальності, на думку прибічників теорії професійного ризику, лежить не принцип провини, а принцип ризику здійснення професійної діяльності. Ідея ризику виключає і наслідки, пов'язані з поняттям провини. — компенсацію збитків у

повному обсязі. Оскільки теорія професійного ризику окремими авторами протиставляється теорії провини у цивільному праві і ними висувається концепція обмеженої відповідальності за наявності професійного ризику, вона має бути ретельно проаналізована.

М.М. Агарков додатково вказував, що ідея ризику проходить крізь все цивільне право і в більшості випадків вона є основою цивільних відносин. Хоча зовнішньо і не виражається, але у ряді норм вона впливає за достатнього аналізу [10, 52]. Про ризик можливих наслідків у цивільному праві зазначає і Є. Годеме [11, 208]. Так, професійна відповідальність нотаріуса має бути проаналізована через чинні позиції професійного ризику, адже при здійсненні повноважень нотаріусом існує ризик настання цивільної відповідальності у випадках спричинення шкоди через цю діяльність.

Важливо з'ясувати, чи покладається на нотаріуса майновий ризик настання цивільної відповідальності відповідно до концепцій професійної відповідальності, адже, як з'ясовується при детальнішому дослідженні, категорія професійного ризику може застосовуватися лише до певних сфер професійної діяльності, тим більше, що суб'єктивний критерій професійного господарського ризику керівника полягає в тому, що він повинен вжити всіх необхідних заходів, аби запобігти шкідливим наслідкам [12, 128] — є важливим й для нотаріуса. Втім, нотаріус на виконання спеціальних повноважень з вчинення нотаріальних дій уповноважений державою, керівник — статутними документами, наказом про призначення тощо. Різняться за суттю й самі повноваження. Для нотаріуса — це вчинення нотаріальних дій для наданням фактам і документам властивості вірогідності, для керівника — оперативне управління господарською діяльністю.

Щодо нотаріуса ідея професійного ризику, з огляду на обмеження його цивільної відповідальності чи застосування конструкції відповідальності без провини, не є застосовною, що знаходить своє вираження у Законі. Звісно, порушення нотаріусом своїх обов'язків, що сполучається з спричиненням шкоди особі при вчиненні нотаріальних дій, є поведінкою, яка заслуговує докори, ніж дією невідконтрольних людині технічних засобів чи природних факторів. Отже, відповідальність

нотаріуса має бути повною та заснованою на засадах провини.

Для визначення обсягу відшкодування, що покладається на нотаріуса при завданні ним особі шкоди при вчиненні нотаріальних дій, важливо визначити й інші джерела відшкодування, аніж його власне майно. Таким є страховий фонд приватного нотаріуса, зазначений вище, що згідно зі ст. 28 Закону має бути сформовано для компенсації ризиків настання шкоди через дії нотаріуса. Втім, наявність страхового фонду нотаріуса лише допомагає посилити компенсаційну функцію цієї відповідальності та не вичерпує її повністю, іншими словами, кошти зі страхового фонду нотаріуса лише допомагають оплатити суму, що має бути стягнута з нотаріуса, втім, якщо розмір матеріальної компенсації особи, постраждалої від дій нотаріуса, значно більший, останній доплачує нестачу за власний кошт.

Заслужують на увагу види відшкодування, що підлягають компенсації нотаріусом за вчинене ним правопорушення, яким завдано шкоду. Дискусії точаться навколо того, що саме підлягає відшкодуванню: лише реальні збитки чи до того ж втрачена вигода особи, постраждалої від дій нотаріуса під час здійснення ним професійної діяльності.

Зі ст. 22 Цивільного кодексу України [13] (далі — ЦК) випливає, що майнова шкода може визначатися у вигляді відшкодування збитків та упущеної вигоди. Ст. 23 ЦК також передбачає відшкодування моральної шкоди. Отже, під шкодою українське законодавство передбачає реальні збитки, упущену вигоду, моральну шкоду. Тому з урахуванням підходу про повне відшкодування шкоди, що цілком чітко випливає зі ст. 27 Закону, нотаріусом мають відшкодуватися реальні збитки, упущена вигода та моральна шкода за наявності кожної з них. Такої ж позиції дотримується ряд дослідників.

Так, Г.Б. Романовський та О.В. Романовська вказують, що шкода, яка має відшкодуватися приватним нотаріусом, складається не лише з реальних збитків, але і з втраченої вигоди. При цьому під втраченою вигодою пропонується розуміти недоотримані доходи, які особа могла б отримати за звичайних умов цивільного обігу, якщо її право не було б порушене [14, 89]. Розмежування між реальними збитками та втраченою вигодою вдало

продемонстрував Г.К. Матвеев. Він вказував, що важливим є характер тих майнових витрат потерпілого, які стали наслідком протиправних дій. Якщо втрачено майно — то це шкода: якщо порушена можливість отримати певні майнові вигоди — то це втрачена вигода. Отже, якщо особа обґрунтовано розраховувала отримання вигоди від майна, яке придбала за нотаріально посвідченим правочином, втім, таке посвідчення не відбулося через необґрунтовану відмову нотаріуса, особа вправі розраховувати на відповідні компенсації з боку нотаріуса.

Слід зазначити, що існує позиція окремих російських дослідників, наприклад, Р.І. Вергасової, яка вказала, що нотаріус має відшкодувати лише реальні збитки, а не втрачену вигоду [15, 56]. Але з цим не варто погоджуватися, адже українське законодавство, відповідно до ч. 3 ст. 22 ЦК встановлює, що збитки (під якими маються на увазі як реальні збитки, так і упущена вигода) відшкодовуються у повному обсязі. Чинне застереження, що відшкодування у меншому або більшому розмірах може бути передбачено законом чи договором. Втім, у ст. 27 Закону, вказано, що шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса, відшкодовується в повному розмірі. Отже, повний обсяг відшкодування шкоди, заподіяною нотаріусом, прямо визначений імперативною нормою Закону.

Висновок. Проблема обсягу цивільно-правової відповідальності нотаріуса в контексті здійснення реформи нотаріату та його законодавчого регулювання є складною і потребує досконалого дослідження. Чому, зокрема, законодавець в аспекті регулювання відповідальності нотаріуса виокремив лише питання відшкодування шкоди — звичайно, залишається дискусійним. Але така законодавча невизначеність інституту відповідальності нотаріуса, зазвичай, на практиці свідчить про можливість зловживання своїми правами суб'єктів, які звернулися до нотаріуса і отримали нотаріальну послугу, а також про можливість зловживання своїми повноваженнями посадових осіб органів прокуратури та міліції. Недбале законодавче регулювання інституту відповідальності нотаріуса свідчить і про відсутність гарантій нотаріальної діяльності, що призводить до порушення прав нотаріуса,

а в кінцевому результаті опосередкованим чином впливає на права громадян та юридичних осіб, у більшості випадків, негативним чином (тобто відбувається порушення прав), задля охорони яких, зокрема, і запроваджено нотаріат.

Література:

1. Сидоров І.Ф. Цивільно-правова відповідальність нотаріуса. Страхування професійних ризиків. Обсяг відповідальності нотаріуса. Відповідальність нотаріуса після припинення його діяльності / І.Ф. Сидоров // Нотаріат для вас. — 2009. — № 6, С. 31-32.
2. Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 р. — № 3425-ХІІ // Відомості Верховної Ради України — 1993, № 39, ст. 383.
3. Хімченко С.І. Характеристика цивільної відповідальності нотаріуса / С.І. Хімченко // Нотаріат для вас. — 2009. — № 12. — С. 38-40.
4. Канзафарова І.С. Теорія цивільно-правової відповідальності / І.С. Канзафарова. — Одеса : Астропринт, 2006. — 264 с.
5. Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве / Г.К. Матвеев. — К. : Изд-во КГУ им. Т.Г Шевченко, 1955. — 308 с.
6. Слесарев В.Л. Экономические санкции в советском гражданском праве / В.Л. Слесарев. — Красноярск : Изд-во КГУ, 1989. — 192 с.
7. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1955. — 312 с.
8. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія / С.О. Погрібний. — К. : Правова єдність, 2009. — 304 с.
9. Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве (часть общая) / В.А. Ойгензихт. — Душанбе : Инфон, 1972. — 224 с.
10. Очерки кредитного права / Агарков М.М. [и др.] ; под ред. А. Э. Вормса. — М. : Финансовое изд-во НКФ СССР, 1926. — 167 с.
11. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ. — М. : Госюриздат, 1948. — 512 с.
12. Аномалії в цивільному праві України / Відп. ред. Р.А. Майданик. — К. : Юстініан, 2007. — 912 с.
13. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44, ст. 356.
14. Романовский Г.Б. Актуальные проблемы правового закрепления ответственности нотариуса / Г.Б. Романовский, О.В. Романовская О.В. // Нотариус. — 2000. — № 1. — С. 68-74.
15. Вергасова Р.И. Проблемы взыскания ущерба с нотариусов / Р.И. Вергасова // Нотариус. — 1998. — № 4. — С. 54-58.

Ильина Ю.П. Некоторые вопросы, возникающие при определении объема гражданской ответственности нотариуса.

Аннотация. В данной статье исследуется вопрос, связанный с определением объема гражданской ответственности нотариуса, в случае осуществления незаконных действий или неосторожности частного или государственного нотариуса.

Ключевые слова: нотариус, гражданская ответственность, объем ответственности, незаконные действия, неосторожность.

Iliyna Y.P. Some questions arising up at decision of volume of civil responsibility of notary.

Summary. The question related to the decision of volume of civil responsibility of notary is investigated in this article, in case of realization of illegal actions or carelessness of private or state notary.

Keywords: notary, civil responsibility, volume of responsibility, illegal actions, carelessness.

Клім С.І.,

*здобувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

КЛАСИФІКАЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОГАЛИН У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Анотація. В статті розглядаються доктринальні підходи до визначення видів прогалин у цивільному праві України. Розкривається залежність процесу застосування аналогії закону від конкретного виду прогалин.

Ключові слова: аналогія закону, аналогія права, види прогалин, кваліфіковані дефекти.

Постановка проблеми. Під час наукового пізнання сутності будь-якого правового явища виникає необхідність систематизації існуючих теоретичних надбань, внаслідок якої виникає можливість прогнозування їх розвитку та надання рекомендацій щодо подальшого вдосконалення. Механізм застосування аналогії закону являє собою складний процес, ефективність реалізації якого залежить від правильного розуміння юридичної природи кожної умови її здійснення, зокрема й прогалини у законі. Отож, для того, щоб усвідомити специфіку прогалин у цивільному праві, необхідно провести їх класифікацію та визначити види.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Численні монографічні дослідження, що присвячені висвітленню проблематики прогалин у праві, в більшості випадків носять загальнотеоретичний характер та не враховують специфіки правового регулювання цивільних правовідносин (наприклад, роботи Акімова В. І., Ашихміної А. В., Безіна А. К., Боннера А. Т., Вільнянського С. І., Вопленко М. М., Дюрягіна І. Я., Забігайло В. К., Карташова В. М., Лазарева В. В. та ін.), у зв'язку з чим виникає необхідність розробки розгалуженої класифікаційної системи прогалин, що складає мету даної статті.

Викладення основного матеріалу. В залежності від критерію повної або часткової відсутності правових норм виділяють прогалини повні та неповні. Так, В. І. Леушин вказує на те, що при повних прогалинах

виникнення певних факторів відразу тягне за собою появу правовідносин, які виступають свідченням правового характеру [1, 9-11]. Виходячи з цього, можна зробити висновок, що автор виокремлює повні та неповні прогалини, але необхідно зазначити, що саме виникнення певних факторів ще не означає, що відносини, які виникли внаслідок їхньої дії обов'язково матимуть правовий характер. Для цього необхідні певні умови, зокрема вони повинні охоплюватись сферою правового регулювання.

С. І. Вільнянський вказує на те, що прогалини в праві не зводяться до повної відсутності нормативного регулювання певних відносин, також вони можуть бути і там, де діючі норми є неповними, тобто не враховують повністю необхідних особливостей даного випадку, і там, де є кілька норм, що знаходяться між собою у протиріччі [2, 54]. Отже, науковець виділив три види прогалин, які пов'язані з: неповнотою правових норм; суперечливістю існуючих правових норм одна одній; повною відсутністю норми. С. С. Алексєєв зазначає, що прогалини в праві — це повна або часткова відсутність в діючих законах необхідних юридичних норм [3, 118], чим виділяє їх різновиди: повні та неповні прогалини.

В. В. Лазарєв також зауважує, що прогалини існують у випадку повної відсутності нормативних вказівок та у випадку неповноти діючих актів. Про повну відсутність нормативних актів можна говорити тоді, коли нормодавець не врегулював певну сукупність суспільних відносин, що потребують закріплення правом. Відсутність нормативних актів є у той же час неповнотою діючого законодавства, але неповнота може виражатися й у неповноті діючих актів [4, 81, 86].

Повністю погоджуємось із думкою О. М. Тарнопольської, яка відмічає наступне: при неповних прогалинах фактичні суспільні відносини вже увійшли в сферу правового регулювання і опосередковано ним урегульовані,

в той час як повні прогалини фактично увійшли у сферу правового регулювання і потребують законодавчого закріплення [5, 12]. Прикладом повної прогалини у цивільному законодавстві може послужити відсутність закріплення у Законі України «Про авторське право та суміжні права» серед об'єктів авторського права журналістського твору, в результаті чого визначення наявності в ньому ознак творчості та оригінальності судами здійснюється на власний суб'єктивний розсуд. Крім того, в більшій мірі дане питання загострює положення закону про те, що «повідомлення про новини дня або поточні події, що мають характер звичайної прес-інформації» не є об'єктами авторського права. Отож, нагальною проблемою є закріплення меж та критеріїв, за якими той чи інший журналістський матеріал можна було б віднести до літературного твору або ж до звичайної прес-інформації. Зазначимо неповні прогалини цивільно-правового регулювання. Так, спадкодавець визначив у заповіті декількох спадкоємців, один з яких помер до відкриття спадщини. Книга VI ЦК не містить відповіді на питання, як здійснюється спадкування в такій ситуації [6, 80-81]. Суди при розгляді зазначених справ, за відсутності спадкоємців померлого можуть за аналогією застосовувати ст. 1275 ЦК, яка визначає, що частка у спадщині переходить до інших спадкоємців за заповітом лише тоді, коли спадкоємець відмовився від її прийняття або не прийняв спадщину (п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»).

В. І. Акімов поділяє прогалини на законодавчі, тобто такі, що можна заповнити лише шляхом прийняття нового закону та технічні, які передбачають, що певна життєва ситуація у цілому регулюється нормами права, але суду не надані всі необхідні вказівки, як саме її треба вирішити [7, 111]. Вищевказаним автор поділив прогалини в залежності від способу їх усунення на такі, що поповнюються за рахунок діяльності законодавця, та такі, що долаються шляхом застосування аналогії правозастосовцем. Наприклад, законодавчою прогалиною у Цивільному кодексі України можна визначити неврегульованість укладення договору купівлі-продажу нерухомості,

що обумовлене загальною передбаченістю даного договору законодавцем, але не врахування ним специфіки такого предмету купівлі-продажу як нерухомість, внаслідок чого суди при розгляді спорів, що виникають з таких договірних відносин, вимушені тлумачити окремі положення кодексу, замість того, щоб чітко керуватись конкретною статтею, яка б враховувала особливості предмету, ціни, моменту переходу права власності за цим договором. В літературі вже зверталась увага на зазначену прогалину та були запропоновані відповідні доповнення у статтю 656 ЦК України в такій редакції: «Предметом договору купівлі-продажу можуть бути об'єкти нерухомості (земельні ділянки, будівлі, споруди, майнові комплекси підприємств та інші) відповідно до техніко-юридичних характеристик, що містяться в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно» [8, 190]. Судова практика із застосуванням аналогії закону виявляє всю багатоманітність технічних прогалин Цивільного кодексу України, наприклад, Селидівський міський суд Донецької області 17.01.2008 року, розглядаючи справу №2-312-2008 про визнання права власності на спадок, виявив прогалину у правовому регулюванні порядку спадкування спадкоємця, який не мав на то поважних причин та пропустив строк для прийняття спадщини, якщо майно ще не перейшло як відумерле до територіальної громади. За аналогією суд застосував ст. 1280 ЦК України, яка підтверджує можливість спадкування спадкоємцем, що пропустив строк для прийняття спадщини, навіть після її переходу до територіальної громади як відумерлої [9].

Можна помітити, що С. І. Вільнянський, крім повних та неповних прогалин, виділяє ще прогалини внаслідок суперечки правових норм, їх ще називають колізійними прогалинами. Суть даного різновиду прогалин зводиться до того, що у зв'язку із абсолютною суперечливістю між нормами одного нормативного акту або вимогами різних актів їх дія знищується і створюється прогалина у праві. В. В. Лазарев з цього приводу пояснює, що є підстави говорити про прогалини у випадку, якщо дія суб'єкта одночасно регулюється зобов'язальною та забороняючою нормами, але якщо мова йде про регулювання одного й того питання зобов'язальною

та уповноважуючою нормами, то в даній ситуації є суперечливість норм, а не прогалина у власному її розумінні [10, 26, 27]. Видається, що прогалини у випадку наявності колізії як такої не існує, оскільки застосуванню підлягає той нормативно-правовий акт, що має вищу юридичну силу або прийнятий у більш пізніший строк, тобто з'ясуванню підлягає дія закону, а не його неповнота чи відсутність.

Засновником ідеї поділення прогалин на «справжні» та «несправжні» є Е. Цительман, який вважав, що у «несправжніх» прогалинах відсутні особливі, відхилені від загальних правил, трактовки у законі, при тому, що «справжні» прогалини мають місце у тому випадку, коли закон взагалі не надає відповіді і можливості винести рішення, тоді як рішення повинно бути винесено, коли воля закону ясна, але в її рамках є декілька можливостей і закон замовчує, яку саме необхідно обрати [4, 40]. У подальшому дослідження науковців зводились до опротестування або до підтримки «справжніх» та «несправжніх» прогалин Цительмана.

У юридичній літературі виокремлюють також «прогалини у законі» та «прогалини поза законом», вказуючи на те, що прогалини у законі означають наявність неврегульованості у оформленому праві, а прогалини поза законом мають місце при недоліку метасистеми, що виходить за рамки існуючих нормативно-правових актів [11, 58-59]. Такий самий зміст мають внутрішні та зовнішні прогалини, прогалини *de lege lata* та *de lege ferenda*. Так, у зв'язку з тим, що В. К. Забігайло відмежував прогалини в праві від необхідного правового регулювання, автор визначає прогалини в праві як формальну неповноту законодавства, прогалини у фактичному правовому регулюванні, та прогалини у необхідному правовому регулюванні як матеріальну неповноту діючого права, недостатність з точки зору *de lege ferenda*, що визначається досягнутим рівнем розвитку соціально-економічних відносин [11, 62]. Необхідно зазначити, якщо так звана «метасистема» виступає у якості джерела існуючого законодавства, то мови про наявність прогалин в цій системі не може бути, оскільки вона є невичерпною з огляду на безмежну можливість розвитку того, що її створює: правосвідомість, рівень захисту прав людей, відносини, що виникають у

суспільстві та державі. «Справжні» та «несправжні» прогалини Цительмана, «прогалини у законі» й «прогалини поза законом», внутрішні та зовнішні прогалини зводяться до одного: наявності або відсутності нормативного матеріалу, яким би правозастосовець міг керуватись у випадку наявності прогалини. З цього приводу доречно згадати і роз'яснення Міністерства юстиції України, в яких зазначено, що прогалина у праві — це повна або часткова відсутність в діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм, та виокремленні прогалини в законі як повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у даному законі [12]. Було вже зазначено про некоректність дефініції прогалини у праві, тому використовуючи термін прогалини поза законом, вважаємо, що оскільки будь-які вказівки законодавця у випадку їх наявності відсутні, в дію вступатиме аналогія права, а не аналогія закону, що матиме місце лише за наявності прогалин у законі («несправжні» прогалини за Цительманом). Судова практика подолання прогалин у законі та поза законом засвідчує, що аналогія закону в більшості випадків застосовується відповідно до принципу законності, в той час застосування принципів цивільного законодавства, по-перше, є одиничними випадками, по-друге, суди, застосовуючи термін «принципи цивільного законодавства» не посилаються на жодний з них. Наприклад, Кам'янсько-Дніпровський районний суд Запорізької області 15 травня 2008 року, розглядаючи справу № 2-483/2008, виявив прогалину у цивільному законодавстві щодо визначення порядку проведення індексації відшкодування потерпілому матеріального збитку, який був спричинений внаслідок скоєння злочину. У своєму рішенні суд застосував аналогію вказавши просто, що «вважає можливим застосувати аналогію права» та стягнув відповідну заявлену суму в якості індексу інфляції без вказівки на принцип, яким він керувався [13].

Л. С. Явич виділяє прогалини, наявність яких у законі призводить до його бездіяльності, неможливості застосування. Такі прогалини автор називає «кваліфіковані дефекти» [14, 24]. Виникає питання: якщо існує прогалина у праві (позитивному), чи можливо взагалі говорити про застосування закону? Видається, що так, незважаючи на те, що деякі вчені

говорять про атипичне застосування у випадку подолання прогалин шляхом застосування аналогії закону або аналогії права, але з огляду на те, що законодавець передбачив аналогію як елемент механізму правового регулювання, необхідно говорити про типичне, а не атипичне застосування норм.

В залежності від часу виникнення прогалин В. В. Лазарев зробив поділ прогалин на первинні та вторинні. Первинні прогалини виникають внаслідок того, що законодавець або не знав про існування обставин, що потребують регламентації, або не усвідомлював такої необхідності, або знав, усвідомлював потребу регулювання, але упустив дане питання при виданні акту. Також, в залежності від знання законодавця про необхідність правового регулювання прогалини поділяються на ті, що можна пробачити (нормодавець не знав про їх існування) та ті, що не підлягають прощенью (існує усвідомлення потреби врегулювання) [10, 34-35]. Наприклад, первинні прогалини виявили себе майже одразу після прийняття Цивільного кодексу України, зокрема у тому ж році Верховна рада України затвердила Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», яким у зв'язку з прийняттям Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» внесла зміни у статті 249 (Особа, яка видала довіреність, за винятком безвідкличної довіреності, може в будь-який час скасувати довіреність або здійснити передоручення. Відмова від цього права є нікчемною), 316 (Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном), 1029 (Договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно. Законом чи договором управління майном можуть бути передбачені обмеження права довірчої власності управителя) та ін. [15]. Вторинні ж прогалини мають місце у випадку виникнення та розвитку цивільних відносин після прийняття відповідного нормативно-правового акту. Так, в Україні немає спеціального нормативно-правового акта, який регулював би відносини використання

міжнародної мережі Інтернет у діловій практиці фізичних та юридичних осіб у сфері надання інтернет-послуг, а також у діяльності правозастосовних органів, що розглядають справи з приводу надання цього виду послуг, у зв'язку з чим виникає багато проблемних питань цивільно-правового характеру, які так і не мають правового розв'язання [16, 83]. Цивільні відносини, що виникають з використання інтернет-послуг отримали розповсюдження вже після прийняття Цивільного кодексу України, що обумовлює їх вторинний характер. Зазначимо, що В. В. Лазарев у своєму дослідженні запропонував найбільш просту та складену систему класифікації прогалин.

Насамкінець, деякі вчені виділяють «дійсні» та «уявні» прогалини в праві. Уявна прогалина має місце у тому випадку, коли конкретне питання чи конкретна сфера суспільних відносин знаходяться поза сферою правового регулювання, хоча за думкою тих чи інших осіб або організацій, потребують регулювання. Як вже було зазначено, суспільні відносини можуть регулюватись не тільки нормами права, а й етичними, гуманістичними, моральними нормами. У зв'язку з чим, звісно, ми не можемо говорити про наявність прогалини у випадку відсутності законодавчої вказівки на правові наслідки порушення обіцянки друга піти в кіно, але реформування чинного законодавства свідчить все ж таки про зближення категорій моралі та права, наприклад, не є нонсенсом в нинішній час встановлення негативних наслідків у разі порушення норм моралі, зокрема, стаття 7 Закону України «Про рекламу» встановлює, що реклама не повинна містити інформації або зображень, які порушують етичні, гуманістичні, моральні норми, нехтують правилами пристойності [17]. Дійсна прогалина зустрічається тоді, коли можна констатувати, що відповідне питання входить в сферу правового регулювання і повинне вирішуватись правовими засобами, але його вирішення у цілому або в якійсь частині не передбачено або передбачено не повністю [18, 610, 611]. Наприклад, дійсна прогалина має місце при визначенні питання щодо правового статусу допоміжних приміщень у будинках нежитлового фонду, який в нинішній час діючим законодавством не визначений, тоді як аналогічне питання стосовно допоміжних приміщень у

будинках житлового фонду регулюється Законом України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку». Так, відповідно до статті 1 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» допоміжні приміщення багатоквартирного будинку — приміщення, призначені для забезпечення експлуатації будинку та побутового обслуговування мешканців будинку (сходові клітини, вестибюлі, перехідні шлюзи, позаквартирні коридори, колясочні, кладові, сміттекамери, горища, підвали, шахти і машинні відділення ліфтів, вентиляційні камери та інші технічні приміщення); загальне майно — частина допоміжних приміщень житлового комплексу, що можуть використовуватися згідно з їх призначенням на умовах, визначених у статуті об'єднання (кладові, гаражі, в тому числі підземні, майстерні тощо). Згідно зазначеної статті неподільне майно — неподільна частина житлового комплексу, яка складається з частини допоміжних приміщень, конструктивних елементів будинку, технічного обладнання будинку, що забезпечують належне функціонування жилого будинку. Відповідно до статті 19 вищевказаного Закону спільне майно співвласників багатоквартирного будинку складається з неподільного та загального майна. Неподільне майно перебуває у спільній сумісній власності співвласників багатоквартирного будинку та не підлягає відчуженню. Загальне майно перебуває у спільній частковій власності співвласників багатоквартирного будинку. При відчуженні приміщення в жилу будинку право на частку неподільного майна підлягає відчуженню разом з приміщенням без виділення частки в натурі [18]. Отже, застосовуючи аналогію закону констатуємо, що допоміжні приміщення складаються із загального та неподільного майна і належать співвласникам приміщень нежитлового фонду на праві спільної власності (спільне майно). Неподільне майно (сходові клітини, коридори тощо) належить співвласникам на праві спільної сумісної власності та не підлягає відчуженню. Загальне майно належить цим особам на праві спільної часткової власності. Власники приміщень володіють, користуються і у встановлених межах розпоряджаються спільним майном відповідно до вимог цивільного законодавства. Немає дійсної прогалини у тому випадку, коли якісь суспільні

відносини недостатньо конкретно регламентовані та є норми більш загального характеру, що застосовуються до цих правовідносин. Наприклад, на всі види договорів, що передбачені Цивільним кодексом України розповсюджується положення про зобов'язання та загальні положення про договір.

Висновок. Таким чином, здійснений синтез наукових підходів до класифікаційної характеристики прогалин у законодавстві надає повну картину особливостей застосування аналогії закону під час виявлення того чи іншого виду прогалин. Разом з тим, легальне закріплення форм вираження прогалин знайшло своє відображення у ч. 9 ст. 8 ЦПК України, у зв'язку з чим констатуємо про наявність повних та неповних прогалин, що обумовлено адекватністю такої класифікації сьогоденним реаліям правового регулювання.

Література:

1. Леушин В. И. Субсидиарное применение норм — проявление динамических свойств советского права / В.И. Леушин // Сборник аспирантских работ. — Свердловск. — 1970. — Вып. 11. — С. 80-83
2. Вильнянский С. И. Толкование и применение гражданско-правовых норм / С. И. Вильнянский // Методические материалы ВЮЗИ. — М., 1948. — 264 с.
3. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
4. Лазарев В. В. Пробелы в праве (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права) / В. В. Лазарев. — Казань : Издательство казанского университета, 1969. — 95 с.
5. Тарнопольська О. М. Види прогалин в праві / О. М. Тарнопольська // Вісник академії адвокатури України. — 2008. — № 12. — С. 10-16.
6. Печений О. Деякі проблеми методології спадкування / О. Печений // Вісник академії правових наук України. — 2009. — № 2 (57). — С. 77-83.
7. Акимов В. И. Понятие пробела в праве / В. И. Акимов // Правоведение. — 1969. — № 3. — С. 110-113.
8. Поляник К. Договір купівлі-продажу як підстава виникнення права власності на нерухомість / К. Поляник // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2010. — № 50. — С. 187-195.
9. Рішення Селидівського міського суду Донецької області по справі № 2-312-2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua>
10. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения / В. В. Лазарев. — М. : Юридическая литература, 1974. — 184 с.
11. Забигаило В. К. Проблема «пробелов в праве» (К критике буржуазной теории) / В. К. Забигаило. — К. : Наукова думка, 1974. — 136 с.
12. Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>; Рішення Кам'янсько-Дніпровського районного суду Запорізької області від 15 травня 2008 року по справі № 2-483/2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua>

13. Явич Л. С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений / Л. С. Явич. — М. : Госюриздат. — 1961. — 172 с.

14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 2. — С. 6.

15. Капля О. Юридична природа зобов'язань із надання інтернет-послуг / О. Капля // Вісник академії управління МВС. — 2010. — № 2 (14). — С. 83-88.

16. Про рекламу : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — №8. — С. 62.

17. Кутафин О. Е. Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве / О. Е. Кутафин // LEX RUSSICA. — 2007. — № 4. — С. 610-617.

18. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 10. — С. 78.

Клим С.И. Классификационная характеристика пробелов в гражданском праве Украины.

Аннотация. В статье рассматриваются доктринальные подходы к определению видов пробелов в гражданском праве Украины. Раскрывается зависимость процесса применения аналогии закона от конкретного вида пробела.

Ключевые слова: аналогия закона, аналогия права, виды пробелов, квалифицированные дефекты.

Klim S.I. Klasifikation gaps characteristic in a civil law of Ukraine.

Summary. The article deals with the doctrinal approaches to the definition of the gaps in the civil law of Ukraine. Reveals the dependence of the process of analogy of the law on the particular type of space.

Keywords: analogy of the law, the analogy of law, types of spaces, qualified defects.

КУМУЛЯТИВНА ПРАВОВА ОХОРОНА ДИЗАЙНЕРСЬКИХ РІШЕНЬ

Анотація. Зроблена спроба визначити поняття кумулятивної правової охорони дизайнерських рішень, встановити її природу та структуру.

Ключові слова: кумулятивна правова охорона, дизайнерські рішення.

Постановка проблеми. Специфіка права інтелектуальної власності полягає в тому, що один й той самий результат інтелектуальної, творчої діяльності (РІТД) може отримувати правову охорону в якості різних об'єктів права інтелектуальної власності (ОПІВ). В цьому контексті дизайнерські рішення (ДР) є показовим прикладом, оскільки більшість з них здатна набувати правову охорону заходами відразу чотирьох інститутів права інтелектуальної власності: авторського права, права промислових зразків, законодавства про торговельні марки та про захист від недобросовісної конкуренції.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Здатність РІТД здобувати охорону в якості різних ОПІВ отримала назву кумулятивної правової охорони (КПО). В літературі аналізуються лише деякі негативні наслідки, пов'язані з дією КПО [1; 2; 3]. Причому, досліджуються тільки випадки подвійності охорони, наприклад, творів та промислових зразків або промислових зразків та торговельних марок. Однак, до цього часу ще не здійснювалося детальний аналіз природи виникнення КПО та її структури, а також порівняльного аналізу одночасно всіх елементів КПО як стосовно ДР, так і стосовно інших РІТД.

Викладення основного матеріалу. Для визначення КПО слід проаналізувати її ознаки.

Перша ознака КПО — це одночасність застосування до РІТД різних правових інститутів. Цим КПО відрізняється від альтернативної правової охорони, коли вибір одного способу охорони унеможливує одночасне застосування іншого. Прикладом останньої може слугувати система охорони промислових зраз-

ків в СРСР. «Згідно Вказівок по складанню та подачу заявки на промисловий зразок від 24 січня 1985 р., експертиза не приймала до розгляду заявки у відношенні об'єктів, раніше прийнятих та оцінених у встановленому порядку за нормами авторського права...» [4, 412].

До ДР та інших РІТД можуть одночасно застосовуватись декілька інститутів права інтелектуальної власності. Тому поняття «подвійна охорона» має занадто звужений зміст порівняно з поняттям «КПО».

Друга ознака КПО передбачає застосування різних правових інститутів до одних і тих самих правовідносин. Має місце збіг цих правових інститутів за предметом і методом регулювання. В результаті створюються передумови виникнення протиріч між їх окремими нормами. Цією ознакою КПО відрізняється від випадків застосування різних галузей права до однакових юридичних явищ. Так, конституційне право розглядає людину як громадянина, а цивільне право — як фізичну особу, і це не створює протиріч між нормами цих галузей права.

Цією ж ознакою кумулятивна охорона відрізняється від колізій у міжнародному приватному праві. КПО створює, так би мовити, «суперництво» між різними інститутами права однієї держави, а у міжнародному приватному праві розглядається колізія аналогічних за предметом регулювання норм права різних держав. Якщо у міжнародному приватному праві колізійне питання, як правило, вирішується шляхом зазначення у колізійній нормі одного єдиного правопорядку, то кумулятивність означає відсутність правових механізмів однозначного вибору між правовими інститутами та їх нормами, таких як, застосування принципу пріоритету спеціальної норми над загальною або пізнішої норми над попередньою. Саме тому окремі норми елементів КПО можуть знаходитись у відношенні колізії, а не конкуренції, оскільки в останньому випадку завжди є спосіб зробити однозначний вибір на користь однієї з норм [5].

Більш того, якщо норми правових інститутів, що знаходяться у відношенні суперництва, в даний момент узгоджені між собою, то колізії будуть фактично відсутні, але суперництво все одно збережеться.

Показовим для ДР прикладом колізії є положення ч. 2 ст. 8 ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки»: якщо роботодавець протягом чотирьох місяців від дати одержання повідомлення від автора-робітника про створення останнім промислового зразка не подасть заявки, то право на одержання патенту переходить до автора. Отже, автор отримає виключні майнові права, які впливають з патенту. При цьому майнові права на малюнок (твір), як об'єкт цього промислового зразка, будуть належати спільно робітнику та роботодавцю в силу ст. 429 ЦК, якщо інше не передбачено договором [6]. Аналогічна проблема існує і в російському законодавстві [2].

Інший приклад неузгодженості елементів КПО — положення ст. 6 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції». Дія цієї статті не поширюється на вироби, зовнішній вигляд яких має охорону як будь-який ОПІВ. Але зовнішній вигляд або дизайн як двомірних, так і тривимірних виробів завжди є відтворенням певного малюнку (твору), незалежно від його завершеності, призначення, цінності тощо. Оскільки будь-якій твір є ОПІВ за визначенням, немає такого ДР, яке б не мало статусу ОПІВ. Насправді ж дію зазначеної статті слід було обмежити не будь-якими ОПІВ, а лише об'єктами промислової власності.

З огляду на наведене КПО можна визначити як такий вид правової охорони, при якому до одного й того ж об'єкту охорони одночасно застосовуються різні правові інститути (елементи КПО), які знаходяться між собою у відношенні суперництва, а їх норми можуть вступати в колізію у тих випадках, коли ці інститути є неузгодженими один з одним.

Крім матеріально-правової іноді ще говорять про «процесуальну» кумулятивність [1, 51]. Остання вже передбачає існування першої та полягає в можливості уповноваженої особи посилатися одночасно на норми різних правових інститутів в якості підстав одного й того ж позову.

Не всі ДР можуть отримати КПО. Так, далеко не всі твори, незважаючи на свою оригінальність, будуть відповідати умові

світової новизни, що унеможлиблює їх охорону в якості промислових зразків. З іншого боку, не всі твори здатні відповідати абсолютним критеріям охороноздатності, які визначаються законодавством про торговельні марки.

Не співпадають і строки правової охорони ДР за допомогою різних правових інститутів. Строк дії патенту на промисловий зразок не може перевищувати 15 років, твори переходять у суспільне надбання зі спливанням 70 років по смерті автора, а дія свідоцтва на знак для товарів та послуг, за умови підтримання його чинності, не обмежена у часі.

Таким чином, обсяг КПО визначається видом РІТД та змінюється у часі. ДР мають один з найбільших обсягів кумулятивної охорони в тому сенсі, що до них застосовуються відразу чотири правові інститути. Інші РІТД мають значно менший обсяг охорони. Наприклад, музичні твори можуть охоронятися лише як об'єкти авторського права і у деяких випадках — як звукові торговельні марки.

Важливим також є визначення не тільки обсягу, але й структури КПО.

Деякі з правових інститутів, внаслідок застосування яких виникає КПО, впливають на можливість застосування інших правових інститутів. Так, за ст. 6 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» охорона зовнішньому вигляду виробу надається за умови, що відповідні вироби не мають охорону як об'єкти права інтелектуальної власності.

Це, так би мовити, «негативний» зв'язок елементів КПО, коли наявність одного елементу виключає можливість застосування іншого. Але ніщо не заважає розглядати і протилежний варіант з «позитивним» зв'язком, коли одні з елементів кумулятивної охорони можуть виникати тільки завдяки наявності інших елементів. Наприклад, ст. 4 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» встановлює, серед іншого, відповідальність за неправомірне використання торговельної марки. В цьому випадку передбачається наявність діючого свідоцтва на знак для товарів та послуг.

З іншого боку за українським законодавством реєстрація малюнку як промислового зразка або торговельної марки не припиняє його статусу як об'єкта авторського права. Отже, ці інститути є «паралельними» один одному.

Отже, всі елементи КПО можна поділити на ті, що застосовуються паралельно або незалежно один від одного, та на ті, що є взаємовиключними та правовласнику доводиться обирати одну з альтернатив. Причому альтернативність застосування певних правових інститутів є відносною. Так, технічне рішення може охоронятися або як винахід (корисна модель), або як комерційна таємниця. Одночасність застосування цих інститутів до технічних рішень виключається принаймні з моменту розкриття змісту заявки на винахід. Але охорона технічного рішення як комерційної таємниці, в принципі, не виключає застосування до цього рішення норм про раціоналізаторську пропозицію.

В чому ж полягає природа кумулятивної правової охорони? Завдяки чому вона виникає?

Кожний з інститутів права інтелектуальної власності, наводячи визначення певного ОПІВ, тим самим поділяє обсяг поняття РІТД на види. Але таке ділення не є послідовним і обсяги понять кожного з ОПІВ не виключають один одного. Так, перехресшуються один з одним обсяги понять «форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання», «графічне позначення» та «позначення» в розумінні ст. 4 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції». Поняття твору включає в себе обсяг перших двох з зазначених понять і частково включається до обсягу останнього. Це є наслідком специфічного підходу, який має кожний з правових інститутів до предмету свого регулювання.

З огляду на можливість виникнення колізій, в літературі ставиться питання взагалі про необхідність КПО для ДР або інших РІТД. При вирішенні цього питання слід розрізняти випадки, коли всіма елементами КПО користується один й той самий правовласник, і випадки, коли норми різних інститутів права інтелектуальної власності стосовно одного й того ж РІТД застосовуються різними особами.

В першому випадку негативних наслідків КПО для правовласника не виникає. Навпаки, її елементи доповнюють один одного. Власне в цьому і проявляється кумулятивність охорони. Наприклад, ст. 50 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» не виділяє в якості окремого правопорушення експлуатацію речі, виготовленої із використанням твору.

Але експлуатація речі, виготовленої із застосуванням промислового зразка, є окремим правопорушенням згідно із законодавством про промислові зразки. Це ж стосується і зберігання речі, виготовленої із застосуванням об'єкту права інтелектуальної власності, яке є порушенням прав на промислові зразки і торговельні марки, але не на твори. Експорт відповідних речей кваліфікується як правопорушення лише в законодавстві про торговельні марки. І так далі. Крім того, кожний з інститутів права інтелектуальної власності має і особливий набір способів захисту порушеного права.

Разом з тим, в більшості випадків сфери правової охорони різних інститутів права інтелектуальної власності будуть співпадати. Це, зокрема, стосується виготовлення та різних форм розповсюдження речей, що містять ОПІВ.

Негативні наслідки КПО з'являються у випадках, коли виключні права однієї особи на певний ОПІВ перехресшуються з виключними правами іншої особи на цей самий РІТД, але представлений в якості іншого ОПІВ. Зустрічаються навіть випадки, коли автором дизайнерського рішення є одна особа, відповідний малюнок патентується в якості промислового зразка іншою особою, а торговельна марка на таке ж саме зображувальне позначення реєструється за третьою особою. Кожна з цих осіб буде володільцем виключних прав на відповідний ОПІВ. І якщо всі три ОПІВ будуть реалізовані в одній речі, кожна з цих осіб має змогу заборонити іншій особі її використання.

Ця проблема може вирішуватися лише двома шляхами. Перший з них полягає в подоланні кумулятивності правової охорони РІТД як такої. Інший шлях — це уникнення можливості різних осіб отримувати виключні права на різні ОПІВ, що стосуються одного РІТД.

Перший з цих шляхів навряд чи можна визнати перспективним. Адже він передбачає встановлення взаємно однозначного відношення між всіма видами РІТД з одного боку та кожним з ОПІВ з іншого, що навряд чи можливо. Так, для більшості дизайнерських рішень під час їх створення взагалі невідомо, чи будуть вони визначати форму промислових виробів, або залишаться виключно у вигляді малюнків на папері. Тому, якщо відразу

відмовити промисловим малюнкам в захисті по нормам авторського права, визнаючи їх при цьому виключно промисловими зразками, то це позбавить авторів цих малюнків багатьох повноважень, специфічних для авторського права. Крім того, поділ малюнків на ті, що можуть охоронятися виключно як промзразки, і ті, що можуть охоронятися як твори [2, 70], не вирішить питання про співвідношення творів з іншими елементами КПО, відмінними від промзразків.

Отже, єдино можливим залишається другий шлях. Власне, він і реалізований в українському законодавстві, але не в повній мірі. Так, за ст. 25 ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки» патент може бути визнано у судовому порядку недійсним у разі подання заявки з порушенням прав інших осіб. Аналогічну норму містить і ст. 19 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Оскільки більшість ДР відносяться до творів образотворчого мистецтва, авторське право на них виникає в момент їх створення без виконання будь-яких формальностей. Дії по реєстрації малюнку в якості промислового зразка або торговельної марки особою, що не володіє авторськими правами на такий малюнок, можна розглядати як порушення авторського права, адже реєстраційні дії передбачають відтворення та опублікування об'єкту реєстрації. Ст. 177 КК передбачає кримінальну відповідальність за привласнення при певних умовах авторства промислового зразка. Разом з тим, оскільки авторське право не підлягає обов'язковій реєстрації, жодне відомство світу позбавлене можливості здійснити перевірку цього питання під час реєстрації об'єктів промислової власності. Саме цим і пояснюється практична можливість реєстрації одного й того ж самого РІТД в якості різних ОПІВ на ім'я різних осіб.

Наведене свідчить про певну ієрархію елементів КПО. Патентування ДР в якості промислового зразка або його реєстрація як торговельної марки залежать від наявності авторських прав на відповідний твір. В свою чергу, виникнення авторського права не залежить від положень жодного іншого правового інституту. А от промислові зразки та торговельні марки знаходяться, так би мовити, на одному рівні ієрархії. У реєстрації торговельної марки може бути відмовлено,

якщо вона відтворює промисловий зразок іншої особи (ч. 4 ст. 6 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»), а публікація про видачу свідоцтва на знак може порочити світову новизну промислового зразка.

Судова практика містить багато прикладів визнання недійсними свідоцтв на торговельні марки та патентів на промислові зразки у зв'язку з порушенням авторського права. Отже, законодавство містить достатньо важелів для подолання проблеми реєстрації одного й того ж РІТД в якості різних ОПІВ на ім'я різних осіб.

Але як бути у випадку передання (відчуження) особою виключних прав, наприклад, на промисловий зразок при збереженні за собою виключних прав на той самий РІТД, але в якості торговельної марки? Норми про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності не враховують можливого суперництва майнових прав, тому це питання повинно бути врегульовано сторонами правочину.

Висновок. Підбиваючи підсумок наведеному можна стверджувати, що КПО є наслідком специфічного підходу кожного з інститутів права інтелектуальної власності до РІТД, внаслідок чого окремі види РІТД, що відповідають певним ОПІВ, не виключають один одного. Кумулятивною є одночасна правова охорона одного й того ж РІТД засобами різних правових інститутів (елементів КПО), що знаходяться між собою у відношенні суперництва та норми яких можуть в окремому випадку знаходитись у колізії. Елементи КПО поділяються на залежні та незалежні, на ті, що застосовуються паралельно, та альтернативні. При цьому вказано на помилковість підміни поняття КПО поняттям «подвійної» охорони. Крім того, елементи КПО знаходяться у ієрархічних відносинах між собою. Якщо норми кожного з інститутів права інтелектуальної власності будуть узгоджені між собою, негативні наслідки КПО проявлятися не будуть. Напроти, кумуляція різних засобів правової охорони лише підсилить захищеність РІТД.

Література:

1. Усольцева С.В. Некоторые проблемы правовой охраны промышленных образцов / С.В. Усольцева // Сибирский юридический вестник. — 1999. — № 4. — С. 50–52.
2. Коченова М.А. Как устранить кумулятивную охрану служебных произведений декоративно-прикладного искусства / М.А. Коченова // Известия Рос. гос. пед. ун-та им. А.И. Герцена. — 2007. — № 10. — С. 69–73.
3. Стародубов И.В. Знаки для товаров и услуг и промышленные образцы: проблемы соотношения / Стародубов И. В. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.intelect.org.ua/publikaciji/promislovavlasnist/znaki-dlja-tovarov-i-uslug-i-promyshlennye-obrazcy-problemy-sootnoshenija.html>.
4. Мэггс П.Б. Интеллектуальная собственность / П.Б. Мэггс, А.П. Сергеев. — М. : Юристъ, 2000. — 400 с.
5. Ерёменко А.С. Конкуренция норм гражданского права в механизме юридической квалификации гражданских отношений / А.С. Ерёменко // Вестник Удмуртского университета. Сер.: Экономика и право. — 2011. — Вып. 3. — С. 109-114.
6. Федоров А.А. Протиріччя у правовому регулюванні службових об'єктів права інтелектуальної власності / А.А. Федоров // Актуальні питання сучасної юридичної науки : матеріали Міжнародної наук.-практ. конф. (м. Харків, 11-12 червня 2011 р.) : у 2-х т. — Х. : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2011. — Т. 1. — С. 44 — 45.

Федоров А.А. Кумулятивная правовая охрана дизайнерских решений.

Аннотация. Предпринята попытка определить понятие кумулятивной правовой охраны дизайнерских решений, установить ее природу и структуру.

Ключевые слова: кумулятивная правовая охрана, дизайнерские решения.

Fedorov A.A. Cumulative legal protection of design decisions.

Summary. Attempt to define concept of a cumulative right protection of design decisions has been made, to establish its nature and structure.

Keywords: a cumulative legal protection, design decision.

Борисов В. И.,
*д.ю.н., профессор, академик НАПрН України,
 директор Научно-исследовательского института изучения проблем преступности имени
 академика В.В. Сташиса НАПрН України*

ФОРМЫ РЕАЛИЗАЦИИ И ПРИОРИТЕТНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ УКРАИНЫ

Аннотация. Статья посвящена актуальному вопросу государственной политики в сфере борьбы с преступностью. В ней рассматриваются основные формы реализации уголовно-правовой политики, а также отдельное внимание уделяется характеристике ее приоритетных направлений.

Ключевые слова: уголовно-правовая политика, закон об уголовной ответственности, преступность, стратегия и тактика борьбы с преступностью.

Постановка проблемы. Борьба с преступностью, будучи неотъемлемой составляющей внутренней политики государства, направленной на достижение необходимого для общества результата, требует широкого и комплексного сочетания организационно-правовых, административно-управленческих (проявление государственной воли), социально-экономических, культурологических, естественно человеческих (развитие общества и человека), специально законодательных, методологически правовых и криминологических мер борьбы как с преступностью в целом, так и с отдельными ее видами. При этом системообразующей составляющей государственной политики борьбы с преступностью является ее уголовно-правовое направление, одна из основных форм реализации которого — *законодательство об уголовной ответственности*, определяющее преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия совершенного общественно опасного деяния. Однако воплощение в жизнь политики государства в сфере борьбы с преступностью законодательством об уголовной ответственности не ограничивается. Другими формами реализации этой политики также выступают разработка и принятие стратегий, концепций, программ и планов борьбы с преступностью.

Так, в последние годы в Украине достаточно активно принимаются *национальные стратегии*, представляющие собой общий, недетализированный план деятельности в сфере борьбы с преступностью, охватывающий достаточно длительный период времени (от 5 до 10 лет). В частности, одним из приоритетов государства для создания действенной системы предупреждения коррупции, выявления ее причин и условий, устранения негативных последствий стало принятие Национальной антикоррупционной стратегии на 2011-2015 гг. [1]. Кроме того, в стадии активного обсуждения пребывает проект Национальной стратегии по борьбе с наркотиками на период до 2020 года [2], основной целью которой является определение комплекса базовых положений единой государственной политики в сфере борьбы с наркотиками в Украине на период до 2020 года и принятие субъектами борьбы с наркопреступностью эффективных мер для сокращения незаконного предложения наркотиков, спроса на них и уменьшения вреда от их употребления. Достаточно пространенной формой выражения политики государства являются и *концепции борьбы с преступностью* (как в целом, так и с отдельными ее видами). К примеру, в Украине на сегодняшний день действует Концепция реализации государственной политики в сфере профилактики правонарушений на период до 2015 года [3], Концепция государственной политики в сфере борьбы с организованной преступностью [4], рассчитанная на период с 2012 по 2017 гг., Концепция развития уголовной юстиции в отношении несовершеннолетних в Украине на 2011-2015 гг. [5] и др. Этот вид программного документа включает в себе основную руководящую идею, отражающую оптимальный вариант разрешения определенной проблемы в сфере борьбы с преступностью, и, в отличие от стратегии,

рассчитан на более короткий промежуток времени (как правило, на 3-5 лет).

Изложение основного материала. Механизм реализации закрепленных в стратегиях и концепциях руководящих идей находит свое непосредственное выражение в принятии соответствующих *государственных программ и планов мероприятий в сфере борьбы с преступностью*, которые предусматривают конкретные меры по выполнению поставленных в стратегии (концепции) задач, сроки их исполнения, объемы и источники финансирования, ожидаемые результаты, ответственных исполнителей. Первой такой программой в Украине стала Государственная программа борьбы с преступностью, которая была принята 25 июня 1993 г. сроком на 3 года [6]. Она стала исходным нормативно-правовым актом для планирования деятельности различных субъектов в сфере борьбы с преступностью, положив начало разработке последующих программ в этой сфере [7; 8; 9], которые тем не менее отличались не только своими названиями, содержанием и направленностью, но и порядком их разработки, принятия и утверждения. Такая ситуация обусловила принятие в последующем Закона Украины «О государственных целевых программах» от 18 марта 2004 г. [10] и соответствующего постановления Кабинета Министров Украины «Об утверждении Порядка разработки и исполнения государственных целевых программ» от 31 января 2007 г. [11], что позволило унифицировать государственную политику по программированию борьбы с преступностью и, как следствие, содействовало активизации процесса принятия государственных программ борьбы как с преступностью в целом, так и с отдельными ее проявлениями. В частности, только за последнее время в Украине принята Государственная программа по предупреждению и противодействию коррупции на 2011-2015 гг. [12], План мероприятий по выполнению Концепции реализации государственной политики в сфере противодействия распространению наркомании, борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров на 2011-2015 гг. [13], План мероприятий по реализации Концепции государственной политики в сфере борьбы с организованной преступностью на период 2012-2017 гг. [14],

План мероприятий по реализации Концепции развития уголовной юстиции относительно несовершеннолетних в Украине на период 2011-2015 гг. [15]. Кроме того, на основе государственных программ достаточно активно принимаются и соответствующие региональные программы борьбы с преступностью — областные, городские, районные.

Организация борьбы с преступностью требует не только стратегических, но и тактических решений. Как правило, *тактика борьбы с преступностью* связана с правоприменительной деятельностью, поскольку касается практического использования и эффективного применения закона об уголовной ответственности правоохранительными и судебными органами. Именно эта сторона уголовно-правовой политики наиболее ярко отражает волю государства относительно борьбы с преступностью и в первую очередь с теми ее проявлениями, которые имеют особый отрицательный резонанс для общества на том или ином этапе его развития. Если в правотворческой деятельности воплощаются стратегические задачи борьбы с преступностью, то в правоприменительной — тактические. Вместе с тем, низкая эффективность применения отдельных норм законодательства об уголовной ответственности (либо вообще отсутствие их применения) обуславливает необходимость изменения не только организационно-правовых и административно-управленческих мер воздействия на преступность, но и внесения в законодательство кардинальных изменений, вплоть до отказа от признания некоторых деяний уголовно наказуемыми. Наглядным примером изменения стратегии и тактики борьбы с хозяйственными преступлениями может служить Закон Украины от 15 ноября 2011 г. «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно гуманизации ответственности за правонарушения в сфере хозяйственной деятельности», которым были внесены существенные изменения в раздел VII Особенной части УК Украины «Преступления в сфере хозяйственной деятельности» [16]. 16 деяний, признаваемых ранее преступными, этим Законом были трансформированы в административно наказуемые деликты. Внесены также изменения в санкции большинства норм, которые остались в этом разделе. Законодатель

отдал явное предпочтение финансовым санкциям, заменив штрафом наказания, связанные с ограничением или лишением свободы, либо увеличив предельные размеры штрафов в тех санкциях, где такое наказание было предусмотрено, с одновременным отказом от иных альтернативных наказаний.

Особую актуальность для общества на тех или иных этапах его развития приобретает *определение приоритетных направлений государственной политики в сфере борьбы с преступностью*. Становление Украины как независимого государства в первой половине 90-х годов XX в. характеризовалось резким ростом насильственной преступности, преступлений против собственности и хозяйственных преступлений. Значительную опасность для общества представили организованная преступность и коррупция. В настоящее время все большее распространение получают также преступления в сфере информационной безопасности, инновационных технологий, преступления наркотической, террористической направленности и т.д. Такое положение дел обусловило принятие ряда специально законодательных, организационно-правовых и административно-управленческих мер, направленных на усиление борьбы с преступностью и коррупцией.

Так, с целью пресечения опасного для общества распространения торговли людьми Украина в 1998 г. первой среди постсоветских государств признала такое явление тяжким преступлением [17]. Со времени принятия закона об уголовной ответственности (ст. 124¹ УК Украины 1960 г., ст. 149 УК Украины 2001 г.) прослеживается стремительная динамика в количестве возбужденных уголовных дел по этим статьям: от 2-х зарегистрированных случаев торговли людьми в 1998 г. до 419 подобных фактов в 2005 (самый высокий показатель за время применения ст. 149 УК). При этом, наряду с законом об уголовной ответственности, был принят ряд общегосударственных и ведомственных документов, направленных на решение вопросов организации борьбы с торговлей людьми и предотвращения указанного явления [18; 19]. Благодаря своевременно проведенным мерам, уголовно-правовая политика государства по борьбе с торговлей людьми приобрела целенаправленный на снижение и устойчивый характер. Подтверждается это и

данными статистики МВД Украины, согласно которым за последние три года количество зарегистрированных случаев торговли людьми уменьшилось. Если в 2009 г. по признакам состава преступления, предусмотренного ст. 149 УК, было зарегистрировано 279 общественно опасных деяний, то в 2010 г. их число составило 257, а в 2011 г. — 197. На 13,5% снизилось количество указанных преступлений, совершенных в первом полугодии 2012 г. (по сравнению с аналогичным периодом 2011 г.).

Одним из существенных проявлений негативного влияния преступности на экономику Украины является стремление организованных преступных групп и многочисленных представителей теневого бизнеса легализовать доходы, полученные от преступной деятельности. Несмотря на очевидность общественной опасности легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, в Украине борьба с этим явлением уголовно-правовыми средствами разворачивалась медленно. На ускорение данного процесса существенно повлияли международные конвенции по этим вопросам, согласие на обязательность применения в Украине которых было дано Верховной Радой Украины. После того как 1 мая 1998 г. в Украине вступила в силу Конвенция Совета Европы от 8 ноября 1990 г. об отмывании, розыске, аресте и конфискации доходов, полученных преступным путем, стали осуществляться организационно-правовые меры, направленные на борьбу с этим явлением. Однако, что касается законодательства об уголовной ответственности, то лишь с вступлением 1 сентября 2001 в силу нового УК в Украине начал действовать закон об уголовной ответственности за легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем (ст. 209). Практика его применения в первые годы действия УК 2001 г. показала, что он применялся с недостаточным пониманием общественной опасности предусмотренного им преступления. К уголовной ответственности, как правило, привлекались лица, совершившие незначительные предикатные правонарушения или получившие доходы законным путем, но уклонявшиеся от уплаты налогов. Поэтому неслучайно западные эксперты FATF (Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег) обратили

внимание на это обстоятельство, подчеркнул недостаточность усилий со стороны Украины по борьбе с отмыванием доходов, полученных преступным путем. С учетом рекомендаций FATF в конце 2002 г. — начале 2003 г. был принят ряд законодательных актов, направленных на усиление борьбы с этим видом хозяйственных преступлений и на расширение юридических санкций за невыполнение требований по предотвращению легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем. Это обусловило и определенные изменения в УК и УПК Украины в 2003 г. Применение финансово-экономических, организационно-управленческих и уголовно-правовых рычагов придало мерам по борьбе с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, комплексный характер.

Острой проблемой для украинского общества остается коррупция. Начиная с середины 90-х годов, вопросы борьбы с этим общественно опасным явлением привлекают пристальное внимание со стороны государства и общественности. 5 октября 1995 г. был принят Закон Украины «О борьбе с коррупцией». С этого времени Украина последовательно движется в направлении разработки и внедрения антикоррупционных мер, которые нашли институциональное оформление в многочисленных законах и нормативно-правовых актах, концепциях и программах, создании специальных государственных органов, наделенных полномочиями в сфере борьбы с коррупцией. В результате этого удалось достичь определенной активизации борьбы с коррупцией, хотя ее эффективность по-прежнему остается достаточно низкой. По данным международной организации «Transparency International», Украина относится к странам с высоким уровнем коррупции (так, в 2009 г. наше государство заняло 146 место среди 180 обследованных этой организацией стран, в 2010 г. — 134 место среди 178 стран). Анализ нормативно-правовых актов, используемых для борьбы с коррупцией, позволяет сделать вывод о том, что неэффективность их воплощения в правоприменительную практику обусловлена неверно выбранным направлением борьбы с таким антисоциальным явлением, поскольку центр тяжести этой борьбы был перемещен с уголовно наказуемых деяний на административные правонарушения.

Поэтому, несмотря на некоторое улучшение в 2010 г. количественных показателей борьбы с коррупцией, значительная часть наиболее опасных для национальной безопасности коррупционных деяний осталась «скрытой» от общества, что в итоге сказалось при оценке состояния коррупции за 2011 год. Украина по показателям «Transparency International» заняла 152 место среди 183 стран мира.

Специфика противодействия коррупции и ее преодоления как системного явления нуждается в первую очередь в налаживании нормативно-правовой системы мер, охватывающих различные отрасли права: гражданское, финансовое, хозяйственное, административное и др. Кроме того, эти меры требуют активной деятельности, направленной на формирование антикоррупционного сознания населения с привлечением всех средств гражданского общества. Только такой комплексный подход к борьбе с коррупцией представляется наиболее целесообразным и требует дальнейшего всестороннего развития. 7 апреля 2011 г. Верховной Радой Украины были приняты законы «Об основах предотвращения и противодействия коррупции» и «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно ответственности за коррупционные правонарушения» [20; 21], которые более точно, четко, последовательно и системно решают многие вопросы в сфере предупреждения коррупционных правонарушений, в том числе и преступлений коррупционной направленности. Большая часть положений этих законов вступила в силу с 1 июля 2011 года, ряд статей — с 1 января 2012 года.

По оценкам экспертов международных организаций действующая законодательная база Украины в сфере борьбы с коррупцией имеет достаточно высокий уровень, и в этом смысле Украина — одна из передовых стран. Действительно, новое антикоррупционное законодательство позволяет обеспечить комплексный подход к противодействию коррупции, предусматривающий применение координационных, уголовно-правовых, административных и гражданско-правовых средств. Кроме того, как отметила прокурор Днепропетровской области Н.В. Марчук, «лишь с принятием нового антикоррупционного законодательства и закреплением норм обязательного увольнения коррупционеров удалось искоренить практику,

когда привлеченные к административной ответственности коррупционеры продолжали работать на занимаемых ими должностях» [22]. Несмотря на это (по международным оценкам), ситуация в Украине с коррупцией не изменилась. В опубликованном очередном ежегодном рейтинге, проведенном Transparency International, Украина в 2012 году заняла 144 место среди 176 стран и набрала лишь 26 баллов из 100 возможных. Причины такого положения, на наш взгляд, кроются не столько в качестве законодательства, сколько в плоскости его практического применения. К тому же, прошло слишком мало времени с момента вступления в силу указанных законов, чтобы можно было объективно оценивать эффективность их практической реализации. Прежде всего следует согласиться с тем, что одной из наиболее актуальных проблем борьбы с коррупцией в Украине остается слабое регулирование вопросов финансирования политической деятельности. Отсутствие норм о прозрачном финансировании политических партий и недостаточное правоприменение в области финансирования избирательных кампаний индивидуальных кандидатов приводит к массовой коррупции в политической системе. Достаточно высоким по-прежнему является уровень коррупции среди государственных служащих и должностных лиц государственных предприятий, учреждений, организаций, а также органов местного самоуправления, хотя, как утверждают сотрудники прокуратуры, некоторые позитивные сдвиги в результатах работы правоохранительных органов в сфере борьбы с коррупционными проявлениями все же произошли (если в 2002 году средняя сумма выявленных взяток составляла лишь 1100 гривен, то сегодня она превышает 25 тысяч гривен) [22]. Существует и масса других уязвимых мест государственной политики в сфере борьбы с коррупцией. Однако, оценивая ее состояние, не следует сбрасывать со счетов и тот факт, что оценка зарубежных аналитиков уровня коррумпированности не всегда достаточно объективна. По словам заместителя министра юстиции Украины, международные эксперты при подготовке подобных отчетов не всегда учитывают объективные данные и ссылаются на желтую прессу и слухи, не опираясь при этом на конкретные доказательства, что свидетельствует

о незнании украинской реальности [23]. Это тем не менее не оправдывает сложившуюся в Украине ситуацию в сфере борьбы с коррупцией. Представляется, что одним из путей разрешения такой ситуации должно стать усиление борьбы в первую очередь с преступлениями, а не только с мелкими правонарушениями коррупционной направленности. Кроме того, требует дальнейшего совершенствования законодательство, направленное на регулирование вопросов финансирования политической деятельности, с тем, чтобы минимизировать влияние социально-экономических и политических факторов, способствующих коррупции. Необходимо также разработать эффективный механизм реагирования на сообщения о фактах коррупционных проявлений и одновременно с этим обеспечить надлежащую защиту лиц, сообщивших о таких фактах [23], с целью недопущения их преследования в трудовых коллективах и обществе в целом.

Вывод. Таким образом, решение задач уголовно-правовой политики не ограничивается вопросами качества и эффективности законодательства об уголовной ответственности. Несмотря на то, что именно уголовно-правовое направление имеет системообразующее значение среди различных по значимости направлений государственной политики в сфере борьбы с преступностью (уголовно-процессуальное, уголовно-исполнительное, криминологическое), достижение необходимого для общества результата возможно лишь на основе комплексного сочетания организационно-правовых, административно-управленческих, социально-экономических, культурологических, криминологических и других мер борьбы как с преступностью в целом, так и с отдельными ее видами.

Литература:

1. Про Національну антикорупційну стратегію на 2011-2015 роки : Указ Президента України від 21.10.2011 р. № 1001/2011 // Уряд. кур'єр. — 2011. — № 199.
2. Проект (Орієнтована структура) Національної стратегії боротьби з наркотиками на період до 2020 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://narko.gov.ua/komnarko/uk/publish/article/90624>.
3. Про схвалення Концепції реалізації державної політики у сфері профілактики правопорушень на період до 2015 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 30.11.2011 р. № 1209-р // Офіц. вісн. України. — 2011. — № 93. — Ст. 3389.
4. Про Концепцію державної політики у сфері боротьби з організованою злочинністю : Указ Президента України від 21.10.2011 р. № 1000/2011 // Уряд. кур'єр. — 2011. — № 201.

5. Про Концепцію розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні : Указ Президента України від 24.05.2011 р. № 597/2011 // Уряд. кур'єр. — 2011. — № 99.

6. Про Державну програму боротьби із злочинністю : постанова Верховна Рада України від 25.06.1993 р. № 3325-XII // Голос України. — 1993.

7. Про Комплексну цільову програму боротьби зі злочинністю на 1996-2000 роки : Указ Президента України від 17.09.1996 р. № 837/96 // Голос України. — 1997. — № 2 (1502).

8. Про Комплексну програму профілактики злочинності на 2001-2005 роки : Указ Президента України від 25.12.2000 р. № 1376/2000 // Офіц. вісн. України. — 2000. — № 52. — Ст. 2258.

9. Про затвердження Комплексної програми профілактики правопорушень на 2007-2009 роки : постанова Кабінету Міністрів України від 20.12.2006 р. № 1767 // Офіц. вісн. України. — 2006. — № 51. — Ст. 3418.

10. Про державні цільові програми : Закон України від 18.03.2004 р. № 1621-IV // Уряд. кур'єр. — 2004. — № 75.

11. Про затвердження Порядку розроблення та виконання державних цільових програм : постанова Кабінету Міністрів України від 31.01.2007 р. № 106 // Офіц. вісн. України. — 2007. — № 8. — Ст. 313.

12. Про затвердження Державної програми щодо запобігання і протидії корупції на 2011-2015 роки : постанова Кабінету Міністрів України від 28.11.2011 р. № 1240 // Уряд. кур'єр. — 2011. — № 238.

13. Про затвердження плану заходів щодо виконання Концепції реалізації державної політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів на 2011-2015 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.11.2010 р. № 2140-р // Уряд. кур'єр від. — 2010. — № 230.

14. Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції державної політики у сфері боротьби з організованою злочинністю : розпорядження Кабінету Міністрів України від 25.01.2012 р. № 53-р // Уряд. кур'єр. — 2012. — № 27.

15. Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 12.10.2011 р. № 1039-р // Уряд. кур'єр. — 2011. — № 208.

16. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15.11.2011 № 4025-VI // Голос України. — 2011. — № 239.

17. Протидія організованій злочинності у сфері торгівлі людьми. — Х. : Одиссей, 2005.

18. Програма запобігання торгівлі жінками та дітьми від 25 вересня 1999 р. // Офіц. вісн. України. — 1999. — № 39. — Ст. 1947.

19. Комплексна програма протидії торгівлі людьми на 2002—2005 роки від 5 червня 2002 р. // Офіц. вісн. України. — 2002. — № 23. — Ст. 1123.

20. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011 № 3206-VI // Голос України. — 2011. — № 1079.

21. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 07.04.2011 № 3207-VI // Голос України. — 2011. — № 107.

22. Вікторов Ю. Прокуратура — рушійна сила кримінально-процесуальної системи / Ю. Вікторов // Голос України. — 2012. — № 238. — С. 6.

23. Кондратьєва О. Антикорупційні закони в Україні: проблеми застосування / О. Кондратьєва // Юрид. Вісн. України. — 2012. — № 48. — С. 7.

Борисов В.І. Форми та пріоритетні напрями кримінально-правової політики України.

Анотація. Стаття присвячена актуальному питанню державної політики у сфері боротьби зі злочинністю. У ній розглядаються основні форми реалізації кримінально-правової політики, а також окрема увага приділяється характеристиці її пріоритетних напрямів.

Ключові слова: кримінально-правова політика, закон про кримінальну відповідальність, злочинність, стратегія і тактика боротьби зі злочинністю.

Borysov V.I. The forms and priority directions of criminal and legal policy of Ukraine.

Summary. The article is devoted to the relevant issue of state policy in the combat against crime. It discusses the main forms of implementation of criminal and legal policy. Special attention is paid to the characteristics of its priority directions.

Keywords: criminal and legal policy, criminal law, crime, strategy and tactics of combat against crime.

Верина Г. В.,

д.ю.н., профессор

ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

ПСИХОЛОГИЧЕСКОЕ СОДЕРЖАНИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ СОБСТВЕННОСТИ

Аннотация. В настоящей статье представлена авторская позиция об особенностях проявления интеллектуальной, волевой и эмоциональной сфер лица при совершении преступлений против собственности.

Ключевые слова: преступления против собственности, психическая деятельность человека в момент совершения преступления, вина, мотив, цель, эмоции.

Постановка проблемы. Выяснение признаков преступления, составляющих его психологическое содержание, имеет большое теоретическое и практическое значение, поскольку они во многом определяют квалификацию преступления, влияют на дифференциацию уголовной ответственности и индивидуализацию уголовного наказания. Однако в уголовно-правовой теории по данному вопросу высказываются различные мнения, что не способствует единообразной правоприменительной практики. Поскольку дискуссия на обозначенную тему продолжается, автор данной статьи не пожелал оставаться в стороне.

Анализ психологического содержания преступлений против собственности будет осуществлен с учетом положений Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ).

Изложение основного материала. Один из постулатов современной российской уголовно-правовой доктрины представлен тем, что субъективная сторона преступления — это внутренняя сторона преступления, его психологическое содержание. Признаки субъективной стороны являют собой отображение на интеллектуально-волевом и эмоциональном уровнях объективных свойств совершаемого преступления. Как справедливо отмечают С.В. Векленко и М.В. Бавсун, процесс жизнедеятельности человека необходимо рассматривать через призму единства его внутреннего

мира и совокупности внешних форм, причем каждый человек имеет свой уровень субъективного восприятия объективной действительности [1, 7].

С точки зрения конкретного, существующего в реальной жизни акта преступного поведения, субъективная сторона преступления — это психическая деятельность лица. Она раскрывает внутреннее состояние преступника в момент совершения преступления, показывает специфику работы интеллекта, воли и эмоций как трех основных составляющих психики человека.

Содержание субъективной стороны преступления всегда конкретно и изначально определяется объективными обстоятельствами. С другой стороны, именно субъективная сторона преступления показывает зависимость общественно опасного деяния (объективного признака преступления) от сознания и воли субъекта. Она определяет побудительные начала и целенаправленность поведенческого акта, его эмоциональную окраску.

Сущность и содержание субъективной стороны преступления раскрывают ее признаки. С точки зрения канонов современной уголовно-правовой теории они представлены *виной, мотивом и целью* преступления, а также *эмоциональным состоянием* (эмоциями) преступника в момент совершения преступления. Все названные признаки тесно взаимосвязаны, но вместе с тем их функциональное назначение различно, и это обуславливает их относительную самостоятельность. Вина, являясь обязательным (основным) признаком субъективной стороны преступления, составляет ее сущность. Группа факультативных (дополнительных) признаков представлена мотивом, целью и эмоциями.

Вышеизложенные общетеоретические подходы с учетом авторской интерпретации взяты за основу в последующем анализе

психологического содержания преступлений против собственности.

Субъективная сторона всех составов преступлений против собственности (за исключением предусмотренного ст. 168 УК РФ) характеризуется *умышленной формой вины*. Большинство из этих преступлений можно совершить только с *прямым умыслом*, среди них: хищение в различных формах, вымогательство, неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения и др. Содержанием прямого умысла, например, при краже (ст. 158 УК РФ) охватывается осознание общественно опасного характера безвозмездного, тайного изъятия чужого имущества и обращения его в свою пользу или пользу других лиц, предвидение реальной возможности или неизбежности причинения в результате этого имущественного ущерба собственнику (иному законному владельцу имущества) и желание наступления данного последствия.

В теории уголовного права высказано мнение об исключении из определения умысла одной из категорий — либо предвидения, либо осознания [2, 93, 17], с чем не могу согласиться, ибо реализация подобного предложения на законодательном уровне обеднит характеристику умысла, не позволит в полной мере раскрыть работу интеллекта лица в момент совершения преступления.

На страницах журнала «Российская юстиция» опубликовано суждение о том, что введение в понятие умысла философских категорий возможности и неизбежности предвидения преступных последствий весьма спорно [3, 49]. В принципе, любое положение можно оспорить, однако при этом взамен оспариваемых категорий нужно предложить новые, но других, наиболее приемлемых терминов для характеристики интеллектуального компонента прямого умысла, в частности, я не вижу. Думаю, законодатель, наоборот, мудро поступил, введя в уголовный закон категории возможности и неизбежности, поскольку это способствует проведению более четкой грани между прямым и косвенным умыслом.

Особенностью субъективных признаков квалифицированных составов «хищение предметов, имеющих особую ценность» (п. «в» ч. 2 ст. 164 УК РФ), и «умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества, повлекшее

по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия» (ч. 2 ст. 167 УК РФ), является двойная форма вины, которая по-разному оценивается российскими правооведами. Так, например, В. Лукьянов предложил исключить ст. 27 о преступлениях с двумя формами вины из УК РФ, так как считает, что она не решает проблемы, а служит лишь наукообразным прикрытием ее неразрешенности [4, 59]. Напротив, И.И. Бикеев и Э.Ю. Латыпова убеждены в необходимости сохранения конструкции преступления с двумя формами вины, что заслуживает поддержки [5, 47]. Кроме того, важно подчеркнуть, что регламентация уголовной ответственности за преступления, совершенные с двумя формами вины, в самостоятельной ст. 27 УК РФ — большое достижение, прежде всего, российской уголовно-правовой науки и шаг вперед российского законодателя в развитии института вины.

С позиции двойной формы вины в рамках состава преступления, предусмотренного п. «в» ч. 2 ст. 164 УК РФ, хищение предметов, имеющих особую ценность, совершается с прямым умыслом, к последствиям в виде уничтожения, порчи и разрушения похищенных предметов лицо относится неосторожно, при этом неосторожная форма вины может проявиться как в легкомыслии, так и в небрежности. Между тем, важно констатировать, в законе отсутствует указание на неосторожную форму вины в отношении преступного результата. Такого рода пробельность порождает ошибочные суждения о возможности косвенного умысла в отношении уничтожения, разрушения либо порчи культурных ценностей, посему данный пробел необходимо восполнить путем включения в диспозицию ч. 2 ст. 164 УК РФ неосторожной формы вины в отношении отмеченных выше последствий.

Субъективная сторона преступления «причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием» (ст. 165 УК РФ) характеризуется прямым умыслом, корыстным мотивом и целью извлечения незаконной имущественной выгоды, т.е. цель тоже корыстная. Прямой умысел выражается в том, что виновное лицо осознает общественно опасный характер совершаемого деяния, то, что сообщает собственнику или законному владельцу имущества ложные сведения или

умалчивает о действительных фактах либо использует их доверие вопреки интересам данных лиц, предвидит, что таким путем будет причинен имущественный ущерб, и желает его причинить.

В уголовном законодательстве установлена дифференцированная ответственность за уничтожение и повреждение имущества с учетом формы вины. Статья 167 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за умышленное уничтожение или повреждение имущества, ст. 168 — за уничтожение или повреждение имущества по неосторожности. Вина в составе уничтожения или повреждения имущества, предусмотренного ст. 167 УК РФ, — умышленная (умысел может быть как прямым, так и косвенным); предусмотренного ст. 168 УК РФ — неосторожная, в виде легкомыслия или небрежности. Умышленная форма вины выражается в том, что лицо осознает общественно опасный характер уничтожения (повреждения) чужого имущества, предвидит реальную возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий в виде причинения значительного ущерба собственнику или иному законному владельцу имущества и желает их наступления либо не желает, но сознательно допускает или относится к ним безразлично.

Характерным для уничтожения (повреждения), например, дачного имущества, имущества, находящегося в гаражах, подвалах, погребах, сараях, является неконкретизированный умысел в отношении размера возможного ущерба. Предвидение размера носит вероятностный характер, и в конечном итоге он, как правило, зависит от фактически наступивших последствий.

Понятие неконкретизированного умысла не знает уголовное законодательство, оно разработано теорией уголовного права, поэтому данная разновидность умысла есть не что иное, как специфическое проявление прямого и косвенного видов умысла. Отношение теоретиков к неконкретизированному (неопределенному) умыслу неоднозначно. Среди ученых были и есть как сторонники названного вида умысла, так и отрицающие необходимость его теоретического существования и обоснования, а также практическую значимость [6, 157, 204, 99, 97–105]. В отечественной уголовно-правовой доктрине

современного периода неопределенный умысел трактуется как психическое отношение лица к общественно опасным последствиям своего деяния, при котором виновный предвидел возможность наступления различных общественно опасных последствий своего деяния и в равной степени желал либо не желал, но сознательно допускал наступление любого из них или относился к ним безразлично. При этом величина причиненного ущерба не конкретизируется, причиняющие свойства деяния и его последствия охватываются предвидением виновного лишь в общей форме [7, 317, 381, 343–344]. В теории и практике устоялось также мнение, согласно которому при неопределенном умысле содеянное должно всегда квалифицироваться по фактически наступившим последствиям.

Неосторожная форма вины характерна для составов преступлений, предусмотренных ст. 168 УК РФ. Если лицо, совершая деяние, предвидело возможность наступления общественно опасного последствия в виде причинения имущественного ущерба в крупном размере, но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывает на его предотвращение, оно действовало по легкомыслию (ч. 2 ст. 26 УК РФ). Если же оно не предвидело возможности наступления такого последствия, хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло его предвидеть, преступление признается совершенным по небрежности (ч. 3 ст. 26 УК РФ).

Цель не свойственна неосторожным преступлениям, мотивом может быть недостаточная внимательность и сосредоточенность, излишняя самоуверенность, нерадивость и т.д.

По распространенной в научной литературе точке зрения субъективная сторона хищений характеризуется не только *прямым умыслом*, но и *корыстными мотивом и целью*. В отличие от корыстного мотива корыстная цель отражена в законодательном определении хищения (п. 1 примечания к ст. 158 УК РФ).

Под корыстным мотивом нередко понимается внутреннее осознанное побуждение паразитического характера, вызвавшее решимость удовлетворить материальные потребности противоправным способом, путем завладения чужим имуществом. Но есть и несколько другие, более приемлемые определения.

«Корысть как мотив совершения преступления, — отмечает Б.С. Волков, — означает, что в основе побудительных причин общественно опасного деяния лежит стремление получить какую-либо материальную выгоду, пользу» [8, 45]. Сходную позицию занимает В.В. Лунеев. Он считает, что корысть — это стремление получить материальную выгоду преступным путем [9, 305].

Однако не все теоретики признают корысть неотъемлемым признаком хищения. Например, П.С. Яни не соглашается с этим определением и считает, что хищение — это действия, совершенные не только с корыстной целью, но и из какой-либо личной заинтересованности, в том числе по корыстным мотивам [10, 79].

Ю.М. Антонян не отрицает корыстный мотив хищений, но считает, что он не всегда является «самостоятельным». Самостоятельности автор противопоставляет призвание корыстного мотива обеспечивать потребности в определенном образе, стиле и уровне жизни и, тем самым, более глубокие и обычно неосознаваемые мотивационные тенденции к самоидентичности, сохранению своего, присущего именно данной личности «я», его целостности [11, 49]. Представляется, в данных суждениях отсутствует аргументация несамостоятельности корыстного мотива. Автор говорит о предназначении корыстного мотива, о той задаче, которой он служит. В результате аналитической проработки догматического и эмпирического материала, прихожу к выводу о том, что корысть — вполне самостоятельный мотив преступления; и то, что в преступлении он может присутствовать наряду с другими мотивами, не отрицает его самостоятельности, а свидетельствует о конкуренции мотивов.

В юридической литературе приводятся различные классификации (типы) корыстной мотивации. Например, М.Г. Миненок и Д.М. Миненок подразделяют корыстные устремления на стяжательские (накопительские), потребительские, престижные и утилитарные [12, 82]. Наиболее удачной видится классификация, предложенная Э.С. Тенчовым и Т.М. Явчуновской. Они выделяют корыстную нужду, корысть-«долг», корысть-паразитизм, корысть-потребительство, корысть-накопительство, корысть-престиж, корысть-легкомыслие, корысть-производственную необходимость и корысть-болезнь [13, 138–142].

Однако сочетание корысть-легкомыслие вызывает некоторые возражения, и прежде всего, связанные с тем, что термин «легкомыслие» ассоциируется с неосторожной формой вины, конкретно с ее видом — преступное легкомыслие. Корысть же, как мотив, свойственна умышленным преступлениям. Поэтому сочетание корысть-легкомыслие в определенной степени противоречиво.

В законодательной дефиниции хищения (п. 1 примечания к ст. 158 УК РФ) не назван корыстный мотив, что порождает неверный, на мой взгляд, вывод отдельных теоретиков о том, что хищение может быть совершено и без него, по другим мотивам. Считаю также целесообразным закрепить в законодательном определении хищения корыстный мотив как обязательный субъективный признак, что будет способствовать единой трактовке данного понятия и в теории, и в правоприменении.

Корыстная цель — это мысленное представление лица о том, что в результате хищения чужого имущества оно получит реальную возможность владеть, пользоваться и распоряжаться им как своим собственным: лично использовать, обменять, продать, подарить, передать в счет погашения долга и т.д. Поскольку корыстная цель — обязательный субъективный признак хищения, изъятие имущества с целью его последующего уничтожения хищения не образует. Например, тайное хищение одного чужого имущества, сопряженное с умышленным уничтожением или повреждением другого, образует реальную совокупность преступлений и квалифицируется по ст. 158 и 167 УК РФ. В теории и практике уголовного права признано, что незаконное изъятие чужого имущества, не преследующее корыстной цели, хищения не образует. В частности, не может расцениваться как хищение так называемое «временное позаймствование имущества» (кассир берет деньги из кассы с последующим их возвращением) или изъятие имущества ввиду ложно понимаемой производственной заинтересованности (водитель автохозяйства самовольно снимает детали с автомашины и ставит на ту, на которой он работает; обе автомашины принадлежат одному автохозяйству).

Угон транспортного средства (ст. 166 УК РФ) совершается без цели хищения. У виновного отсутствует стремление обратить чужое

транспортное средство в свою или других лиц незаконную собственность; он завладевает им для временного использования. Следует помнить и о том, что завладение транспортным средством при задержании лица, совершившего преступление, а также в состоянии крайней необходимости не влечет уголовной ответственности в силу положений ст.ст. 38 и 39 УК РФ, из которых вытекает, что поведение лица, осуществляющего свое субъективное право на задержание лица, совершившего преступление, или крайнюю необходимость, не только лишено корыстной цели, но и является полезным для общества. Пленум Верховного Суда РФ применительно к преступлению «угон транспортного средства» ведет речь о цели поездки или иной цели без *корыстных побуждений* (см. п. 28 Постановления от 9 декабря 2008 г. № 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения»). Однако некий корыстный аспект мотивации преступного поведения в угоне транспортного средства все же присутствует, он может выразиться в стремлении обратить себе на пользу свойства чужого транспортного средства. Побудительным фактором выступает также стремление развлечься, желание покататься и т.д.

Подтверждением вышесказанного может служить дело по обвинению Ш. в угоне транспортного средства, который, воспользовавшись состоянием опьянения и последующим сном своего напарника по распитию спиртных напитков П., завладел автомобилем последнего, чтобы съездить к родственникам. По возвращении машина была добровольно передана законному владельцу — потерпевшему П. Действия Ш. были квалифицированы по ст. 166 УК РФ, поскольку, желая временно воспользоваться автомобилем, он не имел умысла обратить его в свою собственность, следовательно, завладел им без цели хищения [14, 21-22].

Цели и мотивы умышленного уничтожения (повреждения) чужого имущества (ст. 167 УК РФ) могут быть самыми разнообразными. Однако по общему правилу они лишены корыстной окраски. И все же при совершении данного преступления корыстный мотив

может иметь место, например, при получении вознаграждения. В ч. 2 ст. 167 УК РФ в качестве мотива названо хулиганское побуждение. Это единственный мотив, который нашел отражение в нормах гл. 21 УК РФ.

Вопрос о цели в неосторожных преступлениях по-разному решается теоретиками отечественного права: одни ее отрицают, другие ведут речь о цели поведения, предшествовавшего преступному результату. Полагаю, неосторожным преступлениям, в том числе и против собственности, цель не свойственна, мотивом же может быть недостаточная внимательность и сосредоточенность, излишняя самоуверенность, нерадивость и т.д.

Вывод. С учетом проведенного анализа прихожу к некоему синтезу теоретической мысли и предложений по совершенствованию российского уголовного законодательства: 1) из законодательного определения видов умысла нельзя изымать категории «предвидение» и «осознание», ибо реализация подобного предложения обеднит характеристику умысла, не позволит в полной мере раскрыть работу интеллекта лица в момент совершения преступления со всеми вытекающими отсюда последствиями; 2) категории возможности и неизбежности надлежит сохранить в уголовном законе, поскольку это способствует проведению более четкой грани между прямым и косвенным умыслом; 3) регламентация уголовной ответственности за преступления, совершенные с двумя формами вины, в самостоятельной ст. 27 УК РФ — большое достижение российской уголовно-правовой науки и шаг вперед российского законодателя в развитии института вины; 4) в законодательной дефиниции хищения (п. 1 примечания к ст. 158 УК РФ) целесообразно закрепить корыстный мотив как обязательный субъективный признак, что будет способствовать единой трактовке данного понятия и в теории, и в правоприменении; 5) в диспозиции п. «в» ч. 2 ст. 164 УК РФ указать на неосторожную форму вины.

Литература:

1. Векленко С.В. Уголовно-правовая оценка субъективной стороны состава преступления : учеб. пособие / С.В. Векленко, М.В. Бавсун. — Омск : Омская академия МВД России, 2006. — 103 с.
2. Мальков В.П. Субъективные основания уголовной ответственности / В.П. Мальков // Государство и право. — 1995. — № 1. — С. 93—99; Иванов Н. Умысел

в уголовном праве России / Н. Иванов // Российская юстиция. — 1995. — № 12. — С. 16–17.

3. Питецкий В. Сужение понятия косвенного умысла влечет ужесточение уголовной репрессии / В. Питецкий // Российская юстиция. — 1999. — № 5. — С. 49–50.

4. Лукьянов В. Исключить из УК статью об ответственности за преступления с двумя формами вины / В. Лукьянов // Российская юстиция. — 2002. — № 3. — С. 58–59.

5. Бикеев И.И. Ответственность за преступления, совершенные с двумя формами вины / И.И. Бикеев, Э.Ю. Латыпова; под общ. ред. И.И. Бикеева. — Казань: Познание, 2009. — 228 с.

6. Спасович В.Д. Учебник уголовного права. Часть Общая / В.Д. Спасович. — Т. 1. — Вып. 1. — СПб: Тип. Иосафата Огризко, 1863. — 432 с.; Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве / Б.С. Утевский. — М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1950. — 319 с.; Тихонов К.Ф. Субъективная сторона преступления. Проблема социального содержания вины в советском уголовном праве / К.Ф. Тихонов. — Саратов: Приволжское книжное изд-во, 1967. — 104 с.; Злобин Г.А. Умысел и его формы / Г.А. Злобин, Б.С. Никифоров. — М.: Юрид. лит., 1972. — 262 с.

7. Курс уголовного права. Общая часть / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. — Т. 1. Учение о преступлении. — М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. — 592 с.; Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. — Т. 1. Общая часть / А.В. Наумов. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — 710 с.; Верина Г.В. Глава 9. Субъективная сторона преступления / Г.В. Верина // Уголовное право России: курс лекций: в 6 т. / под ред. Б.Т. Разгильдиева. — Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. — Т. 2. — С. 321–378.

8. Волков Б.С. Мотивы преступлений (уголовно-правовое и социально-психологическое исследование) / Б.С. Волков. — Казань: КГУ, 1982. — 152 с.

9. Криминология: учебник / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. — М.: БЕК, 1998. — 566 с.

10. Яни П.С. Экономические и служебные преступления. — М.: Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997. — 201 с.

11. Криминальная мотивация / отв. ред. В.Н. Кудрявцев. — М.: Наука, 1986. — 305 с.

12. Миненок М.Г. Корысть. Криминологические и уголовно-правовые проблемы / М.Г. Миненок, Д.М. Миненок. — СПб: Юридический центр Пресс, 2001. — 367 с.

13. Тенчов Э.С. Корыстная мотивация преступлений / Э.С. Тенчов, Т.М. Явчуновская // Современные проблемы правоведения. — Кемерово: Изд-во Кемеровского ун-та, 1994. — С. 138–142.

14. Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. — 2000. — № 2.

Верина Г. В. Психологічний зміст злочинів проти власності.

Анотація. У цій статті представлена авторська позиція про особливості прояву інтелектуальної, вольової та емоційної сфер особи при вчиненні злочинів проти власності.

Ключові слова: злочини проти власності, психічна діяльність людини в момент скоєння злочину, вина, мотив, мета, емоції.

Verina G.V. Psychological content of crimes against property.

Summary. The article presents the author's position on features of manifestations of intellectual, volitional and emotional spheres of person during commission of crimes against property.

Keywords: crimes against property, psychic activity of person in the time of crime, guilt, motive, goal, emotions.

Головкін Б.М.,
доктор юридичних наук, професор
кафедри кримінології та КВП

Наваляна Я. Т.,
студенка 5 курсу ІКОП
НУ «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого», м. Харків

ВІДВЕРНЕННЯ І ПРИПИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ ЕКОНОМІЧНОЇ СПРЯМОВАНОСТІ У ПАЛИВНО-ЕНЕРГЕТИЧНІЙ СФЕРІ УКРАЇНИ

Анотація. Розглянуто комплекс запобіжних заходів щодо відвернення загрози вчинення злочинів економічної спрямованості у паливно-енергетичній сфері та недопущення спричинення злочинної шкоди.

Ключові слова: стандартизація і нормування питомих витрат і втрат енергоносіїв, зведений і галузевий баланс енергоресурсів, технічний і фізичний захист об'єктів паливно-енергетичного комплексу.

Постановка проблеми. До питань протидії злочинності у сфері економіки та окремих її галузях у своїх працях зверталися такі вітчизняні науковці як О. О. Бандурка, А. А. Бова, А. М. Бойко, В. В. Бут, А. Ф. Волобуєв, Л. М. Давиденко, О. М. Джуза, В. І. Журавель, А. П. Закалюк, О. Г. Кальман, В. В. Коваленко, О. Г. Кулик, Ю. О. Левченко, О. М. Литвинов, Г. А. Матусовський, В. М. Попович, Є. Л. Стрельцов, О. О. Титаренко, В. І. Шакур та ін. Завданням цієї публікації стала розробка рекомендацій щодо відвернення і припинення вчинення злочинів економічної спрямованості у паливно-енергетичній сфері України.

Викладення основного матеріалу. На відміну від інших заходів спеціально-кримінологічного запобігання злочинності заходи відвернення і припинення мають більшу предметну спрямованість і вживаються на стадії виникнення загрози реалізації сформованого злочинного наміру, або на стадії підготовки чи безпосереднього виконання дій, що охоплюються складом конкретного злочину. Сукупність злочинів економічної спрямованості, що вчиняються у паливно-енергетичній сфері мають різні об'єкти кримінального впливу,

характеризуються неоднаковими способами незаконного збагачення та неоднорідністю контингенту злочинців, а тому комплекс заходів відвернення і припинення доцільно диференціювати за спрямованістю злочинних посягань, об'єднаних нами у три кримінологічно однорідні групи.

Відвернення і припинення викрадань майна та обладнання підприємств паливно-енергетичного комплексу полягає у здійсненні комплексу запобіжних заходів щодо недопущення викрадення вуглеводневої сировини та продукції її переробки, а також виробничого обладнання підприємств ПЕКу шляхом його демонтажу та іншим способом.

З метою недопущення безліцензійного видобутку вуглеводневої сировини та викрадань сирової нафти, газу, газового конденсату у період дослідної експлуатації свердловин, службі ДДСБЕЗ у взаємодії із органами ДПС, прокуратури, регіональними представництвами НКРЕ доцільно періодично проводити перевірки підприємств ПЕКу, спрямовані на викриття порушень чинного законодавства у сфері надровикористання. За результатами перевірок слід вирішувати питання про накладення штрафних санкцій та позбавлення ліцензій суб'єктів господарювання. Водночас, відповідні підрозділи УМВС в областях за викритими фактами порушень правил використання надр та крадіжок вуглеводневої сировини мають вжити оперативних заходів реагування, спрямованих на припинення цієї протиправної діяльності та, за наявності відповідних підстав, кримінального переслідування винних осіб.

Упередженню розкрадання енергоресурсів під час їх видобування, виробництва,

постачання, транспортування, зберігання і використання сприятиме запровадження адміністративно-правового режиму обліку та охорони паливно-енергетичних ресурсів. Особливий статус паливно-енергетичних ресурсів, їх стратегічне значення для забезпечення ефективного функціонування усіх галузей національної економіки та енергетичної безпеки України в цілому, містять підстави для режимного впорядкування цієї сфери суспільних відносин. У межах запропонованого режиму доцільно зобов'язати суб'єктів природних монополій та суміжних ринків (виробників та постачальників) паливно-енергетичних ресурсів оснащувати газорозподільні станції, газопроводи і газові сховища приладами обліку, що дозволить в оперативному режимі контролювати обсяг вуглеводневої сировини та продукції її переробки, з технічно допустимими похибками вираховувати суми збитків, яких держава зазнає внаслідок несанкціонованого споживання газу, визначати місця та ділянки понаднормативних втрат газу, а також унеможливить створення необлікованих залишків енергоресурсів. Поряд з цим, існує необхідність у запровадженні зведеного і галузевого балансу паливно-енергетичних ресурсів, що перебувають у розпорядженні підприємств ПЕКУ, постачальних компаній та транспортних мереж. Важливим заходом перешкоджання викраденню енергоресурсів є запровадження стандартизації і нормування питомих витрат і втрат енергоносіїв при виробництві, транспортуванні і постачанні споживачам.

На відміну від режимних заходів обліку, що опосередковано перешкоджають викраденню паливно-енергетичних ресурсів на різних етапах технологічного ланцюгу, заходи охоронного спрямування створюють прямі перешкоди на шляху здійснення відповідної злочинної діяльності. Зокрема, підвищенню ефективності запобігання крадіжкам нафти і газового конденсату шляхом пошкодження і несанкціонованого під'єднання до магістральних нафто— газо— та нафтопродуктопроводів сприятимуть такі охоронні заходи як:

— узгодження між НАК «Нафтогаз України» та МВС України переліку об'єктів трубопроводного транспорту, охорона яких має здійснюватися відомчою охороною або підрозділами органів внутрішніх справ на договірній

основі та висування спільної ініціативи щодо законодавчого закріплення нормативним актом Кабінету Міністрів України такого переліку [1];

— затвердження керівниками НАК «Нафтогаз України», ВАТ «Укрнафта» положень (інструкцій) щодо порядку охорони нафто— та конденсатопроводів, які б, крім іншого, передбачали обов'язок та алгоритми взаємодії службових осіб дочірніх підприємств НАК «Нафтогаз України», ВАТ «Укрнафта» з регіональними підрозділами міліції у випадках виявлення фактів пошкодження нафто-, газоконденсатопроводів, та ознак вчинення крадіжок нафти й газоконденсату, а також проведення перевірок за обліками міліції тих осіб, які призначаються до підрозділів відомчої охорони або на посади, службові обов'язки за якими пов'язані з матеріальною відповідальністю [1].

— проведення комплексу заходів технічного і фізичного захисту об'єктів паливно-енергетичного комплексу. Заходи технічного захисту передбачають обладнання транспортних магістралей охоронними пристроями, різного роду датчиками акустичної, вібраційної та іншої інженерно-технічної дії, які дозволяють негайно виявити факти несанкціонованих під'єднань до трубопроводів та визначити їхню локалізацію. На найбільш криміногенно уразливих ділянках можна використовувати безпілотні літальні апарати, гелікоптери, систему сигналізаційного оповіщення, і навіть космічне стеження за цілісністю трубопроводів. Заходи фізичного захисту доповнюють вищезазначені і головним чином зводяться до розробки маршрутів автопатрулювання відповідними підрозділами ОВС, а також розстановку постів ДАІ, облаштування замаскованих пунктів спостереження, продуману дислокацію груп швидкого реагування, щоб у разі виявлення фактів протиправної діяльності вжити оперативних заходів по її припиненню та зменшенню шкоди від неї.

Окрім вищенаведених заходів, ефективність відвернення і припинення викрадень паливно-енергетичних ресурсів прямо залежить від завчасного виявлення злочинних намірів з боку осіб, які замислюють та готуються до вчинення такого роду злочинів. У зв'язку з цим, потребує активізації оперативно-профілактична робота підрозділів карного розшуку, підрозділів міліції громадської безпеки, УБОЗ,

Державної служби по боротьбі з економічною злочинністю — по збиранню, перевірці, фіксації, накопиченню, опрацюванню і використанню оперативної інформації для виявлення і кримінального переслідування учасників організованих злочинних груп, які здійснюють крадіжки, зберігання, перероблення нафтогазосировини та збут продуктів її переробки. Зокрема, дільничних інспекторів міліції та карного розшуку доцільно орієнтувати на збір інформації про спосіб життя, коло зв'язків осіб, які: а) мають високопрофесійні навички газозварювальників; б) володіють чи мають у розпорядженні автомобілі з цистернами; в) працюють на автозаправних станціях або є власниками таких об'єктів; г) є безробітними або тільки звільнилися з міст позбавлення волі та не мають легальних джерел доходів. Працівників ДАІ, які зупиняють автомобілі з цистернами для перевезення паливно-мастильних матеріалів, слід зорієнтувати на збір даних про вид, об'єм, власників вантажу, маршрут перевезення (пункти завантаження і доставки), а також установчі дані на перевізників. Пости патрулів ДАІ доцільно виставляти на ділянках доріг в районах нафтобаз, нафто-, газопереробних заводів (особливо це стосується дрібних нафто- та газопереробних підприємств). Працівників ДСБЕЗ необхідно зорієнтувати на збір даних про осіб, які є дрібними постачальниками сировини для нафто- й газопереробних підприємств, у тому числі міні-заводів. Найбільш ефективним убачається, щоб зібрана інформація у вигляді максимально стандартизованих звітів передавалася до банку даних інформаційної системи органу внутрішніх справ, а програмне забезпечення цієї системи дозволяло б інтегрувати завантажену інформацію та здійснювати автоматизований пошук необхідних даних (наприклад, система «АРМОП» УМВС України в Луганській області) [1].

Серед заходів запобіжного впливу чинне місце посідає робота щодо зниження попиту на тіншовому ринку нафтогазової сировини. Зокрема, йдеться про виявлення та припинення діяльності підпільних нафтопереробних мінізаводів, а також баз зберігання готової нафтогазопродукції, про що слушно зауважує Ю. О. Левченко [2, 12].

Для звуження ринків збуту краденої нафтогазопродукції необхідно вирішити питання

щодо акредитації органами Держспоживстандарту України лабораторій ДНДЕКЦ МВС України, оснащення їх відповідним обладнанням, що дозволить проводити експертні дослідження якості палива, яке продається автозаправними станціями на предмет виявлення фактів реалізації недоброякісної продукції споживачам та притягнення на цій підставі до кримінальної відповідальності винних осіб і припинення незаконної діяльності таких АЗС [1].

Деяку специфіку мають заходи відвернення і припинення викрадень кам'яного вугілля із рухомого залізничного транспорту, а також із складів та сховищ. Передусім йдеться про посилення оперативно-розшукової роботи підрозділами карного розшуку та УБОЗ щодо виявлення та документування злочинної діяльності організованих злочинних груп, які спеціалізують на даному виді кримінального бізнесу. Значна увага має бути приділена охороні вантажоперевезень на залізничному транспорті. Доцільно організувати оперативний супровід працівниками транспортної міліції перевезень кам'яного вугілля, оснастити великі склади та сховища засобами відеоспостереження, вжити заходи щодо елементарного освітлення транзитних зупинок залізничного транспорту, місць завантаження і розвантаження продукції, а також раціонально розставити наряди автопатрулів ДПС і ДАІ на найбільш уразливих ділянках маршруту перевезень. До цього слід додати комплексні перевірки повноти та достовірності фінансової, бухгалтерської, податкової та іншої облікової документації вугледобувних, переробних і транспортувальних підприємств на предмет виявлення залишків необлікованої сировини і продукції її переробки, продукції, списаної на виробничі витрати і втрати, а також вибракуваної кількості кам'яного вугілля. Такі заходи спрямовуються на перешкоджання масштабним розкраданням вугілля з боку службових і матеріально відповідальних осіб цих підприємств, що нерідко здійснюються у злочинній змові з організованими злочинними групами.

Більшість із зазначених заходів будуть ефективними при відверненні і припиненні викрадень шляхом демонтажу та іншим способом виробничого обладнання підприємств паливно-енергетичного комплексу. При цьому

значна увага повинна приділятися перевірці законності роботи легальних та виявленню і припиненню діяльності численних підпільних пунктів прийому, схову та збуту брухту кольорових і чорних металів.

Відвернення і припинення посягань, пов'язаних із фінансово-господарською діяльністю у паливно-енергетичній сфері. Зазначені посягання нами класифіковані на три підгрупи: **(1)** посягання, що порушують порядок здійснення підприємницької діяльності на ринку енергоносіїв; **(2)** заволодіння активами підприємств ПЕКУ в ході здійснення господарської діяльності; **(3)** посягання, що порушують порядок проведення розрахунків за енергоносіями.

Комплекс заходів запобігання вчинення злочинів, що належать до першої підгрупи (незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення; порушення порядку заняття підприємницькою діяльністю; ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)), включає доволі різноспрямовану діяльність правоохоронних та інших державних органів.

Перешкоджання незаконному видобуванню корисних копалин (нафти, газу, газоконденсату, бурого вугілля доцільно здійснювати шляхом запровадження загальнодержавного реєстру свердловин і копалень). Йдеться про облік об'єктів, на яких здійснюється промислова розробка і видобування корисних копалин, а також обов'язковий облік так званих неперспективних для промислових цілей об'єктів, що підлягають консервації. Під посиленним контролем мають бути свердловини і копальні, на яких здійснюється геологорозвідувальні роботи та проводиться дослідне буріння чи розробка земельних горизонтів, бо саме на них досить часто мають місце факти безліцензійного видобутку корисних копалин, зокрема групи вуглеводнів. Виявлення замислених і підготовлених правопорушень та злочинів у сфері надровикористання здійснюється за результатами комплексних перевірок контролюючими і правоохоронними органами суб'єктів господарювання нафтогазодобувної й вугільної галузей щодо законності отримання спеціальних дозволів (ліцензій) на видобуток і транспортування вуглеводнів, а також на предмет виконання ліцензійних умов користування надрами під час

геологічного вивчення та видобування корисних копалин. Значна увага має приділятися проведенню оперативно-розшукової роботи, спрямованої на викриття, припинення та забезпечення розслідування цієї категорії кримінальних справ.

Відвернення і припинення злочинів, пов'язаних із порушенням порядку заняття підприємницькою діяльністю на ринку енергоносіїв (реалізація нафти власного видобутку та нафтопродуктів Держрезерву поза аукціонами та біржами; реалізації виробниками електроенергії поза ДП «Енергоринок»; порушення порядку постачання енергоносіїв за регульованими і нерегульованими тарифами; порушення порядку реалізації електроенергії адресними поставками на внутрішньому ринку та ін.) полягає у проведенні скоординованої роботи контролюючих, правоохоронних та інших державних органів, спрямованої на виявлення фактів планування, підготовки і здійснення розкрадання державного майна, фіктивного підприємництва, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), різного роду службових зловживань та вжиття заходів реагування з метою перешкоджання їх вчиненню, а також припинення розпочатої злочинної діяльності.

Недопущення заволодіння активами підприємств ПЕКУ у найбільш типовий спосіб, а саме: шляхом привласнення, розтрати майна і коштів зазначених підприємств чи заволодіння ними через зловживання службовим становищем включає два блоки запобіжних заходів: 1) встановлення причин і умов, що сприяють службовим викраденням грошових коштів і товарно-матеріальних цінностей; 2) обмеження дії, і по можливості, усунення зазначених причин та умов. В межах реалізації другого напрямку заходи відвернення включають:

— запровадження спрощеної процедури проведення контролюючими та правоохоронними органами перевірок підприємств паливно-енергетичного комплексу у статутних фондах яких держава має частку більше 25% на предмет повноти та достовірності ведення оперативного, бухгалтерського і податкового обліків господарських операцій, пов'язаних з видобутком та реалізацією кам'яного вугілля, нафти, газу і газоконденсату;

— нормативне зобов'язання відомчої охорони і приватних служб безпеки підприємств

паливно-енергетичного комплексу своєчасно надавати оперативним підрозділам міліції інформацію щодо планування, підготовки чи здійснення злочинної діяльності пов'язаної із привласненням, розтратою майна або заволодіння ними шляхом зловживання службовим становищем (оскільки регіональні підрозділи міліції не мають вільного доступу на територію цих режимних підприємств);

— посилення контролю різними методами над технологічним процесом в цілому та окремими його ланками, щоб унеможливити виробництво та збут необлікованої і неврахованої продукції;

— проведення за матеріалами заяв і повідомлень про подію злочину дослідчих перевірок;

— активізація оперативно-розшукової роботи, спрямованої на викриття та припинення діяльності фіктивних підприємств, комерційних посередників, виявлення корупційних зв'язків, які використовувалися в схемах службових викрадань майна підприємств ПЕКУ;

— перевірка законності фінансово-господарської діяльності усіх суб'єктів підприємництва, які мали непрозорі договірні відносини із службовими особами підприємств ПЕКУ винними у привласненні, розтраті майна чи заволодіння ним через зловживання службовим становищем;

— удосконалення контролю за документообігом, що відображає облік, рух (передачу, використання, реалізацію) та списання товарно-матеріальних цінностей і грошових коштів під час здійснення виробничих, торгівельно-збутових, розподільних та інших операцій підприємств паливно-енергетичного комплексу [3, 440];

— запровадження обов'язкового конкурсного відбору кадрів, які претендують займати посади, пов'язані із виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, а також серед кандидатів на матеріально-відповідальні посади;

— проведення комплексу заходів по протидії корупції та службовим зловживанням у контролюючих органах, які перевіряють фінансово-господарську діяльність підприємств ПЕКУ;

— державне стимулювання і примус роботодавців до підвищення рівня оплати праці та забезпечення соціальних гарантій працівникам підприємств ПЕКУ;

— забезпечення невідворотного кримінального переслідування посадових і службових осіб, в діях яких містяться ознаки співучасті у викраденні майна підприємств ПЕКУ;

— направлення слідчими (прокурором) подань про притягнення до дисциплінарної відповідальності посадових чи службових осіб, винних у викраденнях майна;

— направлення слідчими (прокурором) подань до відповідних інстанцій (правління, рада директорів, наглядова рада тощо) з вимогою про усунення причин і умов, які сприяли вчиненню злочинів [4, 430].

Більшість із вищевказаних заходів запобіжного впливу необхідно здійснювати в цілях недопущення злочинних посягань у сфері проведення розрахунків за енергоносії.

З метою відвернення замислених і припинення розпочатих злочинів, що вчиняються *посадовими і службовими особами органів влади та управління у паливно-енергетичній сфері* рекомендуємо наступні запобіжні заходи. Для завчасного викриття злочинних намірів посадових осіб органів влади та управління, пов'язаних з нецільовим використанням державних і бюджетних коштів, порушенням вимог добросовісної конкуренції та антимонопольного законодавства необхідно постійно відслідковувати і створювати інформаційні бази даних, зокрема, через заведення контролюючих справ на об'єкти запобіжного впливу. Джерелами оперативно-профілактичної інформації про порушення бюджетного законодавства у паливно-енергетичній сфері можуть бути: звіти про виконання бюджетів; кошторис доходів і видатків; кредитні угоди, угоди про виконання робіт, надання послуг; рішення місцевих органів влади, в яких визначаються напрями та порядок використання бюджетних коштів; матеріали проведення державних закупівель товарів, робіт і послуг; матеріали органів фінансового контролю; звернення громадян і юридичних осіб; звіти рахункової палати, Мінфіну, ДФІУ та ДКСУ тощо [5].

Висновок. Виявлення фактів службових зловживань, пов'язаних із наданням управлінських послуг держслужбовцями виконавчої влади і посадовими особами органів місцевого самоуправління у паливно-енергетичній сфері також здійснюється засобами прокурорського нагляду за додержанням бюджетного

законодавства, фінансово-господарської дисципліни, законністю прийнятих управлінських рішень. Як відмічає С. С. Мірошніченко, прокурорський нагляд за додержанням бюджетного законодавства має здійснюватися за двома напрямками: 1) стосовно органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій з метою виявлення фактів порушення законодавства про бюджетну систему (головні розпорядники, розпорядники та одержувачі бюджетних коштів); 2) стосовно контролюючих органів щодо законності проведених ними заходів по виявленні фактів порушення бюджетного законодавства (ДФІУ, ДКСУ та ін.) [5, 172]. За першим напрямком предметом прокурорських перевірок частіше за все стають видані розпорядчі акти та прийняті управлінські рішення. Для проведення перевірок законності використання бюджетних коштів прокурори витребують у головних розпорядників бюджетних коштів наступну інформацію і документи:

— про надання кредитів, у тому числі без застави майна, гарантійних зобов'язань, а також вивчають своєчасність їх повернення. Якщо кредити не були повернуті своєчасно, то перевіряється інформація щодо кількості заявлених позовів про примусове стягнення боргу та результати їх судового розгляду;

— про надання за рахунок бюджетних коштів фінансової (матеріальної) допомоги юридичним і фізичним особам у виді субсидій, субвенцій, дотацій, що мають виключно цільове призначення;

— про обґрунтованість розподілу і законність використання грошових коштів за бюджетними програмами;

— про проведення аудиту та фінансового контролю за використанням коштів на виконання зазначених програм або ревізії діяльності фізичної чи юридичної особи, які використовували на такі програми бюджетні кошти;

— про законність відкриття та використання спецрахунків за бюджетними програмами;

— про виконання бюджету: скільки надійшло коштів та скільки використано за призначенням згідно із затвердженими кошторисами) [5, 183–184].

За результатами проведених перевірок прокурорами вирішується питання про наявність

підстав для вжиття заходів прокурорського реагування, якими можуть бути:

— внесення протесту на незаконні рішення та розпорядження, або незаконні дії службових осіб, а також припис про негайне усунення порушень закону;

— складання протоколу про вчинення діяння, пов'язаного з корупцією стосовно державного службовця чи особи, яка уповноважена на виконання державних функцій;

— порушення дисциплінарного провадження стосовно винної службової особи;

— заявлення позову про стягнення незаконно витрачених бюджетних коштів з винних осіб або з осіб, які їх незаконно одержали;

— порушення кримінальної справи [5, 185–187].

Окрім зазначених, можуть вживатися й інші заходи запобігання злочинам економічної спрямованості у паливно-енергетичній сфері України.

Література:

1. Довідкові матеріали до спільної наради МВС і Мінпаливенерго. — К. : ДСБЕЗ МВС України, 2007. — 10 с.
2. Левченко Ю. О. Запобігання злочинам, що вчиняються у нафтогазовому комплексі України: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08 / Ю. О. Левченко ; Київськ. нац. ун-т внутр. справ МВС України. — К., 2008. — 17 с.
3. Попович В. М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки : монографія / В. М. Попович. — Ірпінь : Академія державної податкової служби України, 2001. — 524 с.
4. Протидія економічній злочинності / П. І. Орлов, А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика та ін. — Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2004. — 568 с.
5. Запобігання злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів : наук.-практ. посіб. / В. В. Кулаков, В. В. Лень, С. С. Мірошніченко та ін. — Запоріжжя: Дніпропетровський металург, 2011. — 289 с.

Головкин Б.Н., Наваляна Я.Т. Предупреждение и пресечение преступлений экономической направленности в топливно-энергетической сфере Украины.

Аннотация. Рассмотрен комплекс предупредительных мер по предотвращению угрозы совершения преступлений экономической направленности в топливно-энергетической сфере и недопущению причинения преступного вреда.

Ключевые слова: стандартизация и нормирование удельных расходов и потерь энергоносителей, сводный и отраслевой баланс энергоресурсов, техническая и физическая защита объектов топливно-энергетического комплекса.

Golovkin B.N., Navalyana J.T. Reversal and suppression of crimes in economic focus in the energy sector of Ukraine.

Summary. The complex of preventive measures to prevent the threat of economic crimes in the sphere of energy and avoid causing criminal damage.

Keywords: standardization and normalization of expenses and loss of energy, reduced balance of energy and industry, technical, and physical protection of the fuel and energy complex.

*Дуюнов В.К.,
д. ю. н., профессор, проректор НОУ ВПО
«Самарская гуманитарная академия»
(г. Самара, Россия)*

РЕАГИРОВАНИЕ НА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ДОЛЖНО БЫТЬ КОМПЛЕКСНЫМ, СИСТЕМНЫМ И ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНЫМ

Аннотация. Статья посвящена проблеме совершенствования норм российского уголовного законодательства, регулирующих вопросы реагирования на совершаемые преступления. Автор критически оценивает как не вполне логичное и последовательное определение законодателем задач уголовного права и лишенное системности решение вопроса о системе необходимых средств уголовно-правового воздействия на преступность. В работе выражается беспокойство по поводу того, что целый ряд принятых в последние годы российским законодателем новелл ведет к разрушению концептуальных основ российского уголовного права и системности уголовного законодательства.

Ключевые слова: социальное назначение и задачи уголовного права, кара как реакция на преступление, формы уголовно-правового воздействия, система мер уголовно-правового воздействия, система мер безопасности, совершенствование уголовного законодательства, комплексный подход к реагированию на преступления.

Постановка проблемы. В ч. 1 ст. 2 УК РФ сформулированы его задачи: «охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Российской Федерации от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений».

Мне уже приходилось писать о несовершенстве данной законодательной конструкции и, в частности, о ее недостаточности для определения задач уголовного права [1]. На мой взгляд, определение задач уголовного права (как отрасли права и отрасли законодательства, а также деятельности, связанной с применением уголовно-правовых норм)

должно основываться на представлениях о его социальном назначении. Согласно моим представлениям, уголовное право возникло и существует (создано мыслью человека и его трудом) для того, чтобы присущими ему средствами осуществлять защиту (охрану) наиболее важных общественных отношений от причинения им вреда, в частности, от преступных посягательств. Отсюда и его задачи: 1) надежно защитить позитивные общественные отношения (связанные с реализацией важнейших интересов личности, общества и государства) от причинения им вреда путем а) их охраны и б) предупреждения посягательств на них (*охранительная задача*), и 2) урегулировать возникший конфликт: а) отреагировать на случаи нарушения уголовно-правовых норм посредством возложения ответственности на виновных, когда указанные отношения защитить не удалось и преступление все же совершено; и б) урегулировать отношения, возникающие при добровольном отказе, обстоятельствах, исключающих преступность деяния, и в иных случаях, предусмотренных уголовным законом (*регулятивная задача*).

Изложение основного материала. Нетрудно заметить, что первая из упомянутых задач в ст. 2 УК РФ указана дважды (охрана общественных отношений от преступлений и предупреждение последних — это по сути одно и то же), а вторая не указана вовсе, между тем она с неизбежностью вытекает из существа уголовно-правовых норм, имеющих своим назначением не только охрану, но также и регулирование специфических уголовно-правовых отношений¹. Несколько иначе

¹ Регулятивная задача уголовного права реализуется посредством: установления уголовно-правовых запретов и санкций за их нарушение; включения в УК т.н. поощрительных норм (о добровольном отказе, о деятельном раскаянии, об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, об освобождении от уголовной ответственности и наказания и др.), путем формулирования в законе норм с двойной пред-

формулюються задачі кримінального права як науки і як навчальної дисципліни: перші несуть дослідницький характер, другі пов'язані з необхідністю засвоєння студентами-юристами відповідної сумми знань.

Виходячи з вищезазначеного призначення кримінального права і його завдань, законодавець повинен був, як представляється, в кримінальному законі визначити: а) об'єкти кримінально-правової охорони; б) ознаки і виснажуючий коло діянь, визнаваних кримінальними і підлягаючих забороні і переслідуванню; в) підстави і принципи кримінальної відповідальності, цілі і завдання кримінально-правового впливу; г) комплекс необхідних засобів кримінально-правового впливу і правила їх застосування.

З кожної з цих завдань законодавець, на мій погляд, справився лише частково. Не кажучись, в силу обмеженості обсягу даної статті, перші три, зосередимось на останній.

Кримінальний кодекс РФ, як це випливає з його статті другої, відносить до числа засобів, необхідних і достаточних для вирішення кримінально-правових завдань, «наказання і інші заходи кримінально-правового характеру за скоєння злочинів» (ч. 2). Він закріплює перелік з 13 видів покарань (ст. 44 УК), різні види звільнення від кримінальної відповідальності (ст.ст. 75-78, 84, 90, 126, 204, і др. ст. Особливої частини УК) і від кримінального покарання (ст.ст. 73, 79-85, 92 УК), окремо передбачає умовне засудження до покарання (ст. 73-74 УК), примусові заходи виховного впливу (ст. 90 УК), примусові заходи медичного характеру (глава 15 УК), конфіскацію майна (глава 15.1 УК).

Однак у всьому цьому немає системи, логічної завершеності, необхідних стройності і послідовності [2]. Однією з причин цього є відсутність відповідних системних представлень в науці кримінального права, зокрема, те обставина, що інститути покарання, звільнення від покарання і звільнення від кримінальної

визначеної спрямованістю (ст.ст. 223, 292, 316, 326 і др.). На практиці ця задача вирішується шляхом возложення кримінальної відповідальності на осіб, скоєвших злочин; попередження нових злочинів з боку засуджених в процесі розслідування злочину, призначення і виконання заходів кримінально-правового впливу (особисте попередження) і т.д.

відповідальності традиційно розглядаються окремо одне від одного, практично як взаюмоісключаючі [2]. В університетах як незалежні одне від одного читаються різні спецкурси, присвячені вказаним інститутам¹.

Між тим, на моєму переконанні, названі три інститути є альтернативними однією одній, маючи загальну юридичну природу, що випливає з їх сутності і об'єднуючого їх соціального призначення кримінального права, про яке йшлося вище. Всі ці інститути виникли з потреби держави мати необхідні інструменти для ефективного реагування на порушення встановлених їм кримінально-правових заборон. В межах цих інститутів законом передбачаються цілі комплекси різних заходів кримінально-правового впливу (13 видів кримінальних покарань, цілий ряд видів звільнення від кримінальної відповідальності і ще більше видів звільнення від кримінального покарання), які відрізняються за підставами і порядком їх застосування і інституціональними цілями, можуть відрізнятися за суб'єктами і об'єктами, але при цьому всі вони мають «загальний знаменатель»: загальне соціальне призначення, єдину (каральну) сутність, загальну юридичну природу і загальні цілі. Це об'єктивно викликає необхідність і одночасно створює передумови для комплексного підходу до їх нормативного регулювання і більш ефективного застосування на практиці. Річ, як представляється, повинна йти про закріплення в кримінальному законі в системному вигляді комплексу взаємодіючих кримінально-правових засобів протидії кримінальним проявам, необхідних і достаточних для вирішення складних кримінально-правових завдань.

Логіка висновків тут така. Державна безпека і належний правопорядок в суспільстві, і вистраиваючий в цих цілях механізм кримінально-правових норм і відносин, зобов'язано реагувати на їх порушення. Якою повинна бути ця реакція? Слід передположити, що за своєю природою вона повинна бути, в першу чергу, об'єктивно негативною, містити негативну оцінку

¹ Виключенням є, ймовірно, тільки Самарська гуманітарна академія, де автором даних рядків читається спеціальний ексклюзивний спецкурс «Проблеми ефективності кримінально-правового впливу».

факта нарушения уголовного закона и лица, его совершившего, в форме официального государственного осуждения содеянного и порицания личности виновного. Эта реакция должна быть, во-вторых, соразмерной характеру и степени опасности правонарушения, т.е. справедливой. Наконец, чтобы быть социально полезной и эффективной, она должна быть неотвратимой. Такая — негативная, справедливая и неотвратимая реакция государства на нарушение установленных им нормативных предписаний и составляет суть понятия «кара». В отличие от «традиционного» отождествления данного понятия с понятиями «наказание» и «страдание», я трактую его иначе: существительное «кара» произошло от глагола «корить» — укорять, упрекать, порицать, позорить кого-то за что-либо [3] и в своем первоначальном и истинном значении как существительное означало «осуждение», «порицание», «упрек» [3], т.е. негативную оценку какого-то проступка и лица, его совершившего. Кара в уголовном праве — это не месть, возмездие или требование ужесточения санкций, а цивилизованная мера справедливости, проявляющаяся в применении к лицу, виновному в совершении преступления, предусмотренных уголовным законом неблагоприятных для него последствий (осуждения и, при необходимости, тех или иных правоограничений) за то, что это лицо совершило, и в меру того, что оно совершило в целях обеспечения торжества справедливости, исправления виновного и предупреждения новых преступлений¹.

Вовне, в объективной реальности реакция государства на преступление (кара) проявляется как уголовно-правовое воздействие — специальное по характеру и содержанию карательное, воспитательное и удерживающее воздействие, в разных формах оказываемое средствами уголовного права (основанных, безусловно, на приемах социальной и криминальной психологии и других наук) на лиц, виновных в совершении преступлений, а также на т. н. неустойчивых лиц в целях

¹ В этой связи не могу не отметить своей солидарности с украинскими законодателями, которые не утратили, подобно их российских коллегам, данного термина, и совершенно правильно указали на цель кары, безусловно, стоящую перед уголовным наказанием (ч. 2 ст. 50 УК Украины), равно как, на мой взгляд, и перед иными предусмотренными уголовным законом мерами уголовно-правового воздействия.

утверждения социальной справедливости, исправления осужденных и предупреждения новых преступлений. Такая реакция и есть суть «ответа» государства на совершение правонарушения, она составляет сущность уголовно-правового воздействия и всего комплекса уголовно-правовых мер, применяемых в рамках реакции государства на совершение преступления [4].

Уголовно-правовое воздействие (кара) может иметь различное содержание и выражаться в разных формах. В принципе, на мой взгляд, могут быть выделены следующие основные формы такого воздействия:

1) предупредительное воздействие на «неустойчивых» граждан, оказываемое посредством принятия уголовно-правовых норм (системы таких норм), содержащих негативную оценку (осуждение) общественно опасных деяний определенных видов и запрещающих соответствующие формы поведения граждан под угрозой применения наказания (общее предупреждение);

2) карательно-воспитательное и предупредительное воздействие, оказываемое на лиц, совершивших преступное деяние, освобождаемых от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям, предусмотренным уголовным законом (ст.ст. 75-78, 84, 90, более 20 статей Особенной части УК РФ);

3) карательно-воспитательное и предупредительное воздействие, оказываемое на осужденных, освобождаемых от уголовного наказания или от его дальнейшего отбывания по основаниям, предусмотренным уголовным законом (ст.ст. 73, 79-85, 92 УК РФ);

4) карательно-воспитательное и предупредительное воздействие, оказываемое на осужденных в процессе реального отбывания назначенного им уголовного наказания;

5) карательно-воспитательное и предупредительное воздействие, оказываемое на лиц, отбывших уголовное наказание или досрочно освобожденных от его отбывания, в период установленных законом сроков судимости за совершенное преступление (ст.ст. 86, 95 УК РФ).

Вопрос об общепредупредительном воздействии уголовно-правовых норм и их карательной сущности — чрезвычайно важный и сложный, одновременно правовой,

криминологический и социально-психологический, крайне слабо еще исследованный и нуждающийся в отдельном обстоятельном исследовании. Равно как, впрочем, и аналогичные вопросы в отношении всех иных перечисленных выше форм уголовно-правового воздействия.

Предметом моего внимания в данной статье являются только те из перечисленных уголовно-правовых институтов, которые связаны с непосредственной реакцией государства на факт совершения преступления и решением вопроса о дальнейшей судьбе лица, его совершившего: нашедшие нормативное закрепление в действующем УК РФ институты уголовного наказания, освобождения от уголовного наказания и освобождения от уголовной ответственности.

В современных условиях требованием времени становится обеспечение неотвратимости и эффективности уголовно-правового реагирования на каждый факт нарушения уголовного закона с минимальными потерями для общества и его членов, а по возможности с пользой для виновного, его близких и общества в целом. Нужен подход, который позволял бы в отношении каждого конкретного преступника, как в хорошей медицине в отношении конкретного больного, избирать именно то лекарство и то лечение, которые обеспечивали бы его выздоровление (исправление или обезвреживание преступника). Требование времени — создание полноценной системы мер уголовно-правового воздействия, способной обеспечить гибкий, целесообразный подход к реагированию на каждый случай совершения преступлений, где каждая мера — на своем месте, как пальцы на руке, и нет в указанной системе ни пробелов, ни излишних компонентов. Дальнейшее совершенствование правового регулирования системы мер уголовно-правового воздействия должно, по мнению автора, идти именно в этом направлении.

В этих целях следовало бы нормативно урегулировать не только понятие, содержание, цели уголовного наказания, их виды, классификацию, порядок и условия назначения, как это осуществлено в действующем УК РФ, но также решить аналогичные вопросы в отношении всех иных мер уголовно-правового воздействия. В уголовном законе следовало бы построить единую гибкую

систему мер уголовно-правового воздействия, по возможности четко обозначить их понятие, карательную сущность, интегративные цели и общие принципы, сформулировать в соответствии с существующими приоритетами общие и особенные (специальные) правила определения указанных мер, а также порядок, условия и пределы применения каждой такой меры, ее место в системе.

В статьях УК должна получить четкое закрепление система уголовно-правовых мер, необходимых и достаточных для решения задач уголовного законодательства. Такая система должна включать в качестве своих подсистем две группы мер.

Первая из них — **система мер уголовно-правового воздействия** должна, по мысли автора, включать в себя: различные виды освобождения от уголовной ответственности и от уголовного наказания, условное осуждение, принудительные меры воспитательного воздействия, а также уголовное наказание. Все эти меры объединяет единая карательная сущность, поэтому они должны предусматриваться законом в рамках реакции государства на преступление, все они должны применяться *за совершение преступлений* в отношении лиц, их совершивших, и назначаться *в соответствии с характером и степенью общественной опасности* преступления *во имя уголовно-правовых целей восстановления социальной справедливости (кары)*, исправления осужденного и предупреждения новых преступлений.

Вторая группа мер — **система мер безопасности в уголовном праве** должна включать в себя медицинские и иные меры безопасности, имеющие некарательную сущность, которые должны применяться не за совершение преступления, а в связи с совершением запрещенного уголовным законом общественно опасного деяния к лицу, его совершившему, в целях обеспечения его безопасности для себя и для общества в целом, его излечения, ресоциализации и т.п. Это принудительные меры медицинского характера, специальная конфискация имущества, лишение водительских прав, лишение прав на владение, хранение, ношение оружия и т.п.

К сожалению, законодатель российский в последние годы идет по пути не укрепления, а скорее разрушения столь необходи-

мых концептуальных основ отечественного уголовного права и системности уголовного законодательства. Совершает непродуманные манипуляции с конфискацией имущества, экспериментирует со штрафом, возлагая порой на эту меру необоснованные надежды, придумывает дополнительно к имеющимся и не всегда эффективно применяемым исправительным работам и обязательным работам еще некие «принудительные работы», более напоминающие советскую меру в виде условного осуждения с обязательным привлечением к труду или ограничение свободы в его прежнем виде, надлежащее исполнение которых так и не удалось обеспечить на практике, и т.д. Не считаясь с рекомендациями ученых и мнением практических работников, массово исключают нижние пределы санкций (в том числе санкции в виде лишения свободы по квалифицированным и даже особо квалифицированным составам (например, за групповой, насильственный или в крупном размере грабеж (ч. 2 ст. 161 УК), групповой или с использованием оружия разбой (ч. 2 ст. 162 УК), и вымогательство (ч. 2 ст. 163 УК), квалифицированное хищение предметов, имеющих особую ценность (ч. 2 ст. 164 УК) и т.д.

Все это напоминает починку «Тришкина кафтана» из басни дедушки И.А. Крылова [5], когда непродуманное, небрежное или поспешное устранение одних недостатков влечет за собой возникновение новых.

Вполне логичным **выводом** из изложенного было бы поддержать все чаще звучащие предложения о целесообразности разработки и принятия нового Уголовного кодекса РФ, лишённого недостатков, свойственных ныне действующему [6]. Однако не оставляет тревога, что при существующих подходах к «модернизации» уголовного законодательства новый «кафтан для Тришки» может оказаться еще хуже, чем имеющийся. При этом особенно тревожно то, что все более явно в законодательстве проявляются тенденции, заставляющие вспомнить полузабытый и вуальюемый в последние годы тезис К. Маркса о сущности права как возведенной в закон воле господствующего класса [7].

Литература:

1. Дуюнов В.К. Уголовно-правовое воздействие: теория и практика / В.К. Дуюнов. — М. : Научная книга. 2003.— С. 86-97; Дуюнов В.К. О совершенствовании содержания и структуры уголовного закона / В.К. Дуюнов // Уголовно-правовая политика и проблемы противодействия современной преступности» : Сборник научных трудов.
2. Дуюнов В.К. О совершенствовании содержания и структуры уголовного закона / В.К. Дуюнов // Уголовно-правовая политика и проблемы противодействия современной преступности» : Сборник научных трудов Саратовского Центра по исследованию проблем организованной преступности и коррупции. — Саратов : Сателлит, 2006. — С. 114-122.
3. Фасмер М. Этимологический словарь русского языка : в 4 т. / М. Фасмер. — СПб, 1996. — С. 320.
4. Дуюнов В.К. Уголовно-правовое воздействие: теория и практика / В.К. Дуюнов. — М. : Научная книга, 2003. — С. 18-27.
5. Яндекс. Словари. Российский гуманитарный энциклопедический словарь.
6. См., напр.: <http://echo.msk.ru/news/820430-echo.html>
7. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — 2-е изд. — Т. 4. — С. 443.

Дуюнов В.К. Реагування на злочини має бути комплексним, системним та послідовним.

Анотація. Стаття присвячена проблемі вдосконалення норм російського кримінального законодавства, що регулюють питання реагування на вчинені злочини. Автор критично оцінює як не цілком логічне і послідовне визначення законодавцем завдань кримінального права і позбавлене системності вирішення питання про систему необхідних коштів кримінально-правового впливу на злочинність. В роботі висловлюється занепокоєння з приводу того, що цілий ряд прийнятих в останні роки російським законодавцем новел веде до руйнування концептуальних основ російського кримінального права та системності кримінального законодавства.

Ключові слова: соціальне призначення і завдання кримінального права, кара як реакція на злочин, форми кримінально-правового впливу, система заходів кримінально-правового впливу, система заходів безпеки, вдосконалення кримінального законодавства, комплексний підхід до реагування на злочини.

Duyunov V.K. Response to crime must be comprehensive, systematic and consistent.

Summary. This paper is devoted to improving the standards of Russian criminal law governing the response to the crimes. The author is critical of how not quite logical and consistent definition legislator objectives of criminal law and devoid of a system solution to the issue of the necessary funds under criminal law on crime. The paper expressed concern that a number of steps in recent years by the Russian legislator stories leads to the destruction of the conceptual foundations of Russian criminal law and system of criminal law.

Keywords: social purpose and objectives of the criminal law, the punishment as a response to crime, form criminal law, a system of measures under criminal law, the system of security measures, improving the criminal law, a comprehensive approach to responding to crime.

*Березовський А.А.,
к.ю.н., доцент, директор Інституту
національного та міжнародного права
Міжнародного гуманітарного університету*

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВПЛИВ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

Анотація. В статті здійснено аналіз позицій науковців з приводу визначення поняття кримінально-правового впливу, його сутності, ознак тощо. Запропоновано вибудовувати методологічні основи концепції кримінально-правового впливу на його інтегративному розумінні, що включає в себе стратегію та тактику кримінально-правової політики та її реалізацію у виді кримінального законодавства, практику реалізації норм та принципів кримінального права у контексті всієї системи соціальних, економічних, культурних та інших відносин суспільства зі злочинністю.

Ключові слова: кримінально-правовий вплив, заходи кримінально-правового впливу, заходи кримінально-правового характеру.

Постановка проблеми. Кримінально-правовий вплив — одне з найбільш значущих та концептуально важливих понять, що використовуються науками кримінального циклу. Наразі гостро стоїть проблема системної характеристики кримінально-правової сфери, без якої неможливо створити дієвий та ефективний кримінально-правовий вплив. У цьому контексті кримінально-правовий вплив — ключова складова у системі заходів, що створюються державою у протидії злочинності. Важливість та виключна значимість цього поняття визначається ще хоча б тим, що воно, на думку багатьох вчених, охоплює одразу всю кримінально-правову сферу, яка включає в себе кримінальне право, кримінальне законодавство та кримінально-правову політику. Як підкреслює Н. О. Лопашенко, така тривимірність кримінально-правового впливу акумулює в собі поняття злочинного та усього, що з ним пов'язано [1, 7].

Метою статті є аналіз доктринальних позицій з приводу визначення поняття кримінально-правового впливу та вироблення пропозицій з його удосконалення.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення раніше нерозв'язаних проблем Аналізу проблем визначення поняття, сутності та ознак кримінально-правового впливу приділяли увагу такі зарубіжні та вітчизняні вчені-криміналісти: Анісімов Д. І., Бавсун М. В., Вечерова Є. М., Дуюнов В. К., Єсаков Г. А., Коган В. М., Козаченко О. В., Лопашенко Н. А., Мирошніченко Д. В., Мітрофанов І. І., Туляков В. О., Фірсова А. П. та інші. Однак при цьому слід зазначити, що традиційно питання щодо сутності цього феномену, його характерних рис, системних характеристик, специфічних функціональних особливостей, власне визначення поняття кримінально-правового впливу — перебувають у просторі дискусійних питань теорії кримінального права.

Викладення основного матеріалу. У сучасній науці кримінального права можна виокремити декілька найбільш впливових підходів до розуміння сутності кримінально-правового впливу.

Перший пов'язаний із тим, що кримінально-правовий вплив розглядається як вид державного примусу, тобто як форма реалізації заходів кримінально-правового характеру [2, 7]. Навряд чи можна погодитися з таким баченням кримінально-правового впливу, хоча б тому, що він не виявляє тих специфічних властивостей, що дозволили б відрізнити кримінально-правовий вплив від інших напрямів дії права, наприклад, адміністративно-правового впливу, процесуального впливу тощо. Примусовість, на нашу думку, є лише формальним критерієм, що вказує на зовнішні атрибути реалізації кримінально-правових заходів, але не кримінально-правового впливу в цілому.

Більш дискусійною є позиція російського дослідника В. К. Дуюнова, відповідно до якої внутрішній зміст кримінально-правового впливу виражено в карі [3, 27]. Іноді він навіть ототожнює ці поняття («кримінально-правовий

вплив (кара)» [4, 28]). При застосуванні такого підходу виникає цілий ряд закономірних проблем. Так, якщо кару розглядати як внутрішній зміст (себто сутність) кримінально-правового впливу, то каральними мають бути усі прояви такого впливу. За В. К. Дуюновим, до їх числа належать:

- превентивний вплив кримінально-правових норм;
- звільнення особи від відповідальності за nereабілітуючими обставинами;
- притягнення винного до кримінальної відповідальності із застосуванням в необхідних випадках покарання чи інших заходів кримінально-правового впливу;
- надання засудженому особливого правового статусу — судимості [3, 86-87].

Видається, що перелічені науковцем аспекти кримінально-правового впливу ніяк не можуть характеризуватися за допомогою одного лише критерію — карального характеру. Як ми неодноразово зазначали, спектр заходів, що визначаються як кримінально-правова реакція на злочин, є доволі широким. В кримінально-правовій науці та кримінології їх часто поділяють на каральні та некаральні. Крім того, є досить багато заходів, що містять в собі як каральні, так і некаральні елементи.

Таким чином, кару не можна розглядати як сутнісну характеристику кримінально-правового впливу. Більш справедливо пов'язувати кару з кримінальним покаранням, і саме карний характер відрізняє його від інших заходів кримінально-правового характеру, виражаючи найвищу міру інтенсивності, сили та тривалості кримінально-правового впливу на особу. Справедливою у цьому розрізі є думка Є. М. Вечерової, що «покарання і кара в межах кримінально-правового впливу є *ultima ratio* (останнім доводом), який використовується лише тоді, коли неможливо досягти очікуваного результату менш репресивними шляхами» [5, 95]. Хоча сама дослідниця також схильна розглядати кримінально-правовий вплив саме у контексті проблем покарання, розглядаючи два основних його види: каральний та некаральний. При цьому каральний кримінально-правовий вплив реалізується у формі покарання, а некаральний існує у формі звільнення від кримінальної відповідальності або у формі звільнення від покарання чи його відбуття [6, 35].

Інша не менш поширена тенденція розгляду кримінально-правового впливу — це його ототожнення з його механізмом, або, частіше, системою кримінально-правових заходів. Прихильником такого підходу є Д. І. Анісімов, який зазначає, що кримінально-правовий вплив як реакція держави на злочинність виявляється у трьох формах: звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та звільнення від покарання. Кожна з форм кримінально-правового впливу, таким чином, включає в себе набір засобів, в яких відбувається її конкретизація [7, 82].

З ширших позицій трактує кримінально-правові заходи О. В. Козаченко, як передбачені Кримінальним кодексом засоби впливу на поведінку особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, як з метою реалізації відповідальності та покарання, так і з метою відновлення порушеного права, перевиховання тощо [8, 43].

Ототожнення кримінально-правового впливу та кримінально-правових заходів, що застосовуються до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння є досить поширеною доктринальною позицією. Однак очевидною ця логічна помилка постає тоді, коли виникає потреба у виокремленні специфіки базових понять кримінального права (кримінально-правове регулювання, кримінальна відповідальність), оскільки констатація суто «механістичного» характеру цих явищ не лише унеможливорює аналіз кримінально-правової сфери, але й знижує ефективність кримінально-правового впливу. Тому поняття «механізм кримінально-правового впливу», так як і поняття «кримінально-правові заходи» — це лише грані, аспекти більш комплексного та складного феномену, яким є кримінально-правовий вплив.

Критикуючи такі невиправдані ототожнення з іншого підходу — телеологічного, — В. Ф. Ширяев пише, що інтегративною властивістю усього кримінально-правового впливу є єдиний результат, на який спрямовані всі його елементи: відновлення соціальної справедливості, виправлення засудженого та попередження нових злочинів. Звідси систему кримінально-правового впливу автор визначає як систему кримінально-правових заходів, що мають основний чи допоміжний характер, та об'єднані результатом його спрямованості,

що виражені цілями покарання, регламентованими кримінальним законодавством [9, 49].

Думається, що критерій визначення кримінально-правового впливу обрано досить вдало. Мета є ідеальним чи реальним предметом свідомого чи несвідомого прагнення суб'єкта, кінцевий результат, на який спрямовано процес. У кореляції категорії «мета» та «засіб» домінує перша, адже в праксеологічному значенні мета корегує інструментальну відповідність та раціональну ефективність обраних засобів [10, 317, 320]. Власне, такий підхід дозволяє чітко розмежувати кримінально-правовий вплив та заходи кримінально-правового характеру, які ототожнюються, наприклад, авторами колективної монографії «Кримінально-правовий вплив» (2012) [2, 22]. Кримінально-правовий вплив, на думку автора, має на меті встановлення соціальної справедливості та недопущення її порушення, а у випадку порушення: оперативного та ефективного її відновлення. При цьому заходи кримінально-правового характеру виступають вторинними елементами цієї системи, тобто засобами, за допомогою яких досягається відповідний результат.

Незважаючи на методологічно коректну основу своєї концепції, В. Ф. Ширяєву не вдалося подолати певні ізоляціонізм та догматизм, оскільки навряд чи можна вважати усю систему кримінально-правового впливу спрямованою виключно на покарання злочинців. Знову ж таки, покарання — лише один з багатьох можливих інструментів, за допомогою яких діє кримінальне право.

Схожу концепцію обґрунтовує А. П. Фірсова. Вона теж виходить з телеологічного критерію, характеризуючи кримінально-правовий вплив, але при цьому дещо розширює концептуальні межі поняття. Вона визначає кримінально-правовий вплив як цілеспрямовану активну діяльність держави, що полягає у заснованому на кримінальному законі примусовому впливі за допомогою позбавлення чи обмеження прав та свобод особи, яка скоїла суспільно небезпечне діяння [11, 99-100].

Однак і тут виявляється деяка однобокність у сприйнятті сутності кримінально-правового впливу, яка полягає в орієнтації виключно на покарання. Цілком справедливою видається точка зору професора В. О. Тулякова, який виділяє поряд з покаранням також заходи

безпеки, соціального захисту, компенсації та кримінально-правового заохочення [12, 140].

Інший можливий підхід для характеристики сутності кримінально-правового впливу — структурний. За цього підходу специфіка кримінально-правового впливу розкривається у призмі аналізу його складових. Так, на думку В. В. Мальцева, до компонентів кримінально-правового впливу відносяться ті елементи, що характеризують загальну спрямованість кримінального права, а саме: кримінально-регулятивний та кримінально-охоронний компоненти. При цьому, на думку дослідника, ці два елементи кримінально-правового впливу, проникають один в одного, коли, охороняючи, кримінальне право регулює відповідні відносини, а регулюючи, охороняє [13, 74-75]. Інший варіант структурного підходу виражено науковими розробками В. М. Когана. Для нього соціальний механізм кримінально-правового впливу існує в моральному змісті кримінально-правових норм, діяльності кримінальної юстиції та негативних наслідках для правопорушника [14, 117].

У той же час, на нашу думку, найбільш доцільним та методологічно обґрунтованим виглядає інтегративний підхід до розуміння кримінально-правового впливу, в рамках якого об'єднуються усі засоби, механізми та інститути, що характеризують взаємодію держави, суспільства та злочинності. У цьому контексті кримінально-правовий вплив розглядається як система, що пронизує усю кримінальну сферу, як на рівні кримінального закону, кримінальних правовідносин, так і на рівні правосвідомості, кримінальної політики тощо.

Інтегративний підхід до розуміння кримінально-правового впливу дозволяє характеризувати його за двома основними напрямками, як це робить Д. В. Мирошниченко: у регулятивному та у ціннісно-нормативному смислах. Регулятивний кримінально-правовий вплив постає як адекватне суб'єктивне відображення інформації, що міститься у нормах кримінального права, виражене в дотриманні кримінально-правового статусу та реалізації задач кримінального права. Ціннісно-нормативний кримінально-правовий вплив постає як об'єктивна реалізація суб'єктом свого кримінально-правового статусу, зумовлена прагненням реалізувати в рамках правової свободи свої законні інтереси [15, 8].

Інтегративний підхід також дозволяє продемонструвати єдність регулятивного та практичного компонентів кримінально-правового впливу. Як зазначає М. В. Бавсун, кримінально-правовим впливом слід визнавати не лише спеціальну діяльність держави з регулювання суспільних відносин, що виникають з приводу вчинення злочинів, але й фактичну діяльність правозастосовних органів з практичного застосування сформованих на державному рівні засобів протидії злочинності. Це дозволяє досліднику визначити кримінально-правовий вплив як доцільну діяльність держави, її органів, а також уповноважених осіб зі створення та практичної реалізації засобів протидії злочинності для досягнення соціально корисного результату, а також регулювання відносин, що виникають внаслідок порушення встановлених кримінально-правових заборон [16, 102].

Одна з найбільш успішних інтегративних концепцій кримінально-правового впливу представлена роботами Н. О. Лопашенко. Розглядаючи правові, законодавчі та політичні аспекти кримінально-правового впливу, дослідниця констатує, що лише в такій триєдності уможливується кримінально-правовий вплив як комплексна конструкція впливу на злочинність [1, 12].

У даному випадку кожен з елементів кримінально-правового впливу доповнює один одного та розкривається в інших елементах. При цьому кримінальна політика є тим єдиальним елементом, що поєднує кримінальне законодавство з практикою його застосування.

Інтегративний підхід до розуміння кримінально-правового впливу дозволяє розкрити усю систему правового виміру тих явищ, які охоплюються поняттям «злочинне», а тому виходять як за межі кримінального законодавства, так і за межі кримінального права як такого, включаючи в себе соціальні аспекти детермінації злочинності, політичні питання криміналізації, пеналізації та гуманізації впливу на злочинців та злочинність у цілому. Нарешті, принциповим та важливим компонентом кримінально-правового впливу є правозастосовна та пенальна практика, що характеризується власною системою принципів та методів.

Висновки. Таким чином, можна підкреслити, що методологічні основи концепції кримінально-правового впливу мають вбудовуватися на інтегративному його розумінні,

що включає в себе стратегію та тактику кримінально-правової політики та її реалізацію у виді кримінального законодавства, практику реалізації норм та принципів кримінального права у контексті всієї системи соціальних, економічних, культурних та інших відносин суспільства зі злочинністю.

Література:

1. Лопашенко Н. А. Основы уголовного-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика : монограф. / Н. А. Лопашенко. — СПб : Юрид. центр Пресс, 2004. — 339 с.
2. Есаков Г. А. Уголовно-правовое воздействие : монограф. / Г. А. Есаков, Т. Г. Поняtkовская, А. И. Рарог, А. И. Чучаев ; под ред. А. И. Рарога. — М. : Проспект, 2012. — 288 с.
3. Дуюнов В. К. Механизм уголовного-правового воздействия: теоретические основы и практика реализации : Дисс. доктора юрид. наук / В. К. Дуюнов. — Тольятти, 2001. — 512 с.
4. Дуюнов В. К. Уголовно-правовое воздействие: понятие, основание, механизм / В. К. Дуюнов // Российский следователь. — 2001. — № 4. — С. 27-32.
5. Вечерова Е. М. Покарання, кара та кримінально-правовий вплив: питання співвідношення / Е. М. Вечерова // Південноукраїнський правничий часопис. — 2008. — № 4. — С. 94-96.
6. Вечерова Е. Н. Некарательное уголовное-правовое воздействие на несовершеннолетних: аналитический дискурс : монография / Е. Н. Вечерова. — Николаев : Иллион, 2012. — 324 с.
7. Анисимов Д. И. Значение уголовного-правового воздействия для обеспечения эффективности уголовного-правового запрета / Д. И. Анисимов // Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью : сб. науч. трудов / под ред. Н. А. Лопашенко. — Саратов : Сателит, 2008. — С. 82-85.
8. Козаченко О. Теоретичне визначення змісту та меж застосування кримінально-правових заходів / О. Козаченко // Право України. — 2005. — № 10. — С. 41-44.
9. Ширяев В. Ф. Наказание в системе мер уголовного-правового воздействия: содержание, проблемы совершенствования : дисс. ... канд. юрид. наук / В. Ф. Ширяев. — Ярославль, 2001. — 223 с.
10. Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др. : в 4 т. — Т. 4. — М. : Норма, 2001. — 744 с.
11. Фирсова А. П. Понятие уголовного-правового воздействия / А. П. Фирсова // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы Пятой Международной научн.-практ. конф. 24-25 января 2008 г. — М. : Проспект, 2008. — С. 99-101.
12. Туляков В. Шляхи гармонізації кримінального законодавства / В. Туляков // Актуальні проблеми європейської інтеграції : зб. статей з питань європейської інтеграції та права / за ред. Д. В. Ягунова. — Вип. 5. — О. : Фенікс, 2009. — С. 140-145
13. Мальцев В. В. Предмет и метод уголовного права / В. В. Мальцев // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2004. — № 4. — С. 68-81.
14. Коган В. М. Социальный механизм уголовного-правового воздействия / В. М. Коган. — М. : Наука, 1983. — 182 с.
15. Мирошниченко Д. В. Коррупция и уголовное-правовое воздействие на нее : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук / спец. 12.00.08 — Уголовное право и криминология ; Уголовно-исполнительное право / Д. В. Мирошниченко. — Саратов, 2009. — 31 с.

Березовский А.А. Уголовно-правовое воздействие: проблемы определения.

Аннотация. В статье осуществлен анализ позиций ученых по проблемам определения понятия уголовно-правового воздействия, его сущности, признаков и т. д. Предложено выстраивать основы концепции уголовно-правового воздействия на его интегративном понимании, включающем в себя стратегию и тактику уголовно-правовой политики и ее реализацию в виде уголовного законодательства, практику реализации норм и принципов уголовного права в контексте всей системы социальных, экономических, культурных и других отношений общества с преступностью.

Ключевые слова: уголовно-правовое воздействие, меры уголовно-правового воздействия, меры уголовно-правового характера.

Berezovsky A.A. Criminal legal effect: problems of definition.

Summary. The article presents the analysis of scientists positions on the definition of criminal law, its nature, characteristics and so on to build the basis of the concept proposed criminal law on its integrative understanding, which includes the strategy and tactics of penal policy and its implementation in the form of criminal law, the practice of implementation of the norms and principles of criminal law in the context of the whole system of social, economic, cultural, and other relations of society against crime.

Keywords: criminal law, the measures under criminal law, the measures under criminal law.

*Березовська Н.Л.,
к.ю.н., доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ЗМІНИ РОЗДІЛУ II КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ВВЕДЕННЯМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ

Анотація. У статті на підставі положень чинного Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення запропоновано новий варіант розділу II Загальної частини Кримінального кодексу, зміни якого узгоджуються з іншими розділами Кримінального кодексу; не кардинально відрізняються від нині діючих; відображають види кримінального правопорушення, відповідальності за них.

Ключові слова: кримінальні правопорушення, проступки, стягнення.

Постановка проблеми. 19 листопада 2012 р. вступив у дію новий Кримінальний процесуальний кодекс України [1], що вимагає прийняття остаточного рішення щодо введення у кримінальний закон кримінальних проступків.

Встановлення кримінальних проступків вимагає врахування не лише загальних положень щодо його визначення, а й також реформування майже всіх інститутів кримінального права. Зазнають змін і розділ II Загальної частини Кримінального кодексу України.

Мета статті – запропонувати редакцію розділу II Загальної частини Кримінального кодексу України, яка б відповідала реаліям, що виникли.

Викладення основного матеріалу. Викликає заперечення п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України, де йдеться про визначення основних термінів, а саме про закон України про кримінальну відповідальність, який згідно положень кодексу складають законодавчі акти України, які встановлюють кримінальну відповідальність (Кримінальний кодекс України та закон України про кримінальні проступки). Основні дослідження, що проводяться в галузі встановлення кримінальних проступків, вказують на необхідність групування злочинів і кримінальних проступків в єдиному нормативно-правовому акті – Кримінальному кодексі

України чи, як у законопроекті, – Карному кодексі. Заслужений юрист України, професор Мирошніченко Н.А. зазначає, що «... проблема кримінальних проступків необхідно вирішувати в контексті діючого КК України» [2, 49].

Погоджуємось, що якщо й об'єднувати злочини і кримінальні проступки в одному нормативно-правовому акті, то ним повинен бути Кримінальний кодекс України.

Це також логічно слідує із застосування форми – Кримінального процесуального кодексу щодо змісту – Кримінального кодексу. Крім того, закріплення злочинів і кримінальних проступків в одному нормативно-правовому акті буде сприяти фактичному розмежуванню кримінальних правопорушень.

Аналіз діючих Кримінального кодексу України [3] та Кодексу України про адміністративні правопорушення [4] приводить нас до можливих шляхів формування положень Кримінального кодексу України щодо встановлення нових положень, які відображали б і злочин, і кримінальний проступок; встановлювали відповідальність за нього:

– злочини та кримінальні проступки можуть бути об'єднані терміном кримінальні правопорушення;

– відповідальність за кримінальні правопорушення може виражатися у покарання та стягненнях.

З урахуванням запропонованих положень, розділ II Загальної частини Кримінального кодексу України може виглядати наступним чином (для зручності у лівій частині таблиці наводиться діюча редакція розділу):

Діюча редакція розділу

Розділ II
ЗАКОН ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬ-
НІСТЬ

Стаття 3. Законодавство України про кримінальну відповідальність

1. Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України (254к/96-ВР) та загальноvizначених принципах і нормах міжнародного права.

2. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності.

3. Злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом.

4. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено.

5. Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Стаття 4. Чинність закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування.

2. Злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння.

3. Часом вчинення злочину визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності.

Стаття 5. Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість.

2. Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі.

3. Закон про кримінальну відповідальність, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, а частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, має зворотну дію у часі лише в тій частині, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

4. Якщо після вчинення особою діяння, передбаченого цим Кодексом, закон про кримінальну відповідальність змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

Запропонована редакція розділу

Розділ II
ЗАКОН ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬ-
НІСТЬ

Стаття 3. Законодавство України про кримінальну відповідальність

1. Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноvizначених принципах і нормах міжнародного права.

2. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності.

3. Кримінальна протиправність діяння, а також покарання або стягнення за вчинення кримінального правопорушення, інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом.

4. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено.

5. Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Стаття 4. Чинність закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування.

2. Кримінальна протиправність, види покарань і стягнень, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння.

3. Часом вчинення кримінального правопорушення визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності.

Стаття 5. Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість.

2. Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює кримінальну протиправність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі.

3. Закон про кримінальну відповідальність, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, а частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, має зворотну дію у часі лише в тій частині, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

4. Якщо після вчинення особою діяння, передбаченого цим Кодексом, закон про кримінальну відповідальність змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

Стаття 6. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених на території України

1. Особи, які вчинили злочини на території України, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом.

2. Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його було почато, продовжено, закінчено або припинено на території України.

3. Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його виконавець або хоча б один із співучасників діяв на території України.

4. Питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України вирішується дипломатичним шляхом.

Стаття 7. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених громадянами України або особами без громадянства за межами України

1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

2. Якщо особи, зазначені у частині першій цієї статті, за вчинені злочини зазнали кримінального покарання за межами України, вони не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини.

Стаття 8. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених іноземцями або особами без громадянства за межами України.

Іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають в Україні відповідальності за цим Кодексом у випадках, передбачених міжнародними договорами або якщо вони вчинили передбачені цим Кодексом тяжкі або особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України.

Стаття 9. Правові наслідки засудження особи за межами України

1. Вирок суду іноземної держави може бути врахований, якщо громадянин України, іноземець або особа без громадянства були засуджені за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинили злочин на території України.

2. Відповідно до частини першої цієї статті рецидив злочинів, невідбуте покарання або інші правові наслідки вироку суду іноземної держави враховуються при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання.

Стаття 10. Видача особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, та особи, яка засуджена за вчинення злочину

1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України, не можуть бути видані іноземній

Стаття 6. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо кримінальних правопорушень, вчинених на території України

1. Особи, які вчинили кримінальні правопорушення на території України, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом.

2. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим на території України, якщо його було почато, продовжено, закінчено або припинено на території України.

3. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим на території України, якщо його виконавець або хоча б один із співучасників діяв на території України.

4. Питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними кримінального правопорушення на території України вирішується дипломатичним шляхом.

Стаття 7. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо кримінальних правопорушень, вчинених громадянами України або особами без громадянства за межами України

1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили кримінальні правопорушення за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

2. Якщо особи, зазначені у частині першій цієї статті, за вчинені кримінальні правопорушення зазнали кримінального покарання або стягнення за межами України, вони не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини.

Стаття 8. Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо кримінальних правопорушень, вчинених іноземцями або особами без громадянства за межами України

1. Іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили кримінальні правопорушення за її межами, підлягають в Україні відповідальності за цим Кодексом у випадках, передбачених міжнародними договорами або якщо вони вчинили передбачені цим Кодексом тяжкі або особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України.

Стаття 9. Правові наслідки засудження особи за межами України

1. Вирок суду іноземної держави може бути врахований, якщо громадянин України, іноземець або особа без громадянства були засуджені за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинили злочин на території України.

2. Відповідно до частини першої цієї статті рецидив злочинів, невідбуте покарання або інші правові наслідки вироку суду іноземної держави враховуються при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання.

Стаття 10. Видача особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, та особи, яка засуджена за вчинення злочину

1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України, не можуть бути видані

державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду.
 2. Іноземці, які вчинили злочини на території України і засуджені за них на підставі цього Кодексу, можуть бути передані для відбування покарання за вчинений злочин тій державі, громадянами якої вони є, якщо така передача передбачена міжнародними договорами України.
 3. Іноземці та особи без громадянства, що постійно не проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України і перебувають на її території, можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду або передані для відбування покарання, якщо така видача або передача передбачені міжнародними договорами України.

іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду.
 2. Іноземці, які вчинили кримінальні правопорушення на території України і засуджені за них на підставі цього Кодексу, можуть бути передані для відбування покарання або стягнення за вчинений злочин тій державі, громадянами якої вони є, якщо така передача передбачена міжнародними договорами України.
 3. Іноземці та особи без громадянства, що постійно не проживають в Україні, які вчинили кримінальні правопорушення поза межами України і перебувають на її території, можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду або передані для відбування покарання, якщо така видача або передача передбачені міжнародними договорами України.

Висновки. Дані зміни не кардинально відрізняються від нині діючих; відображають види кримінального правопорушення, відповідальності за них.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
2. Мирошніченко Н. А. Кримінальний проступок та класифікація злочинів / Н. А. Мирошніченко // Юридичний вісник. — 2012. — №2. — С. 47-49.
3. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України, 2001. — № 5-26, ст.131.
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради Української РСР 1984, додаток до № 51, ст.1122.

Березовская Н.Л. Изменения раздела II Уголовного кодекса Украины в связи с введением уголовного проступка

Аннотация. В статье на основании положений действующего Уголовного кодекса Украины, Кодекса Украины об административных правонарушениях предложен новый вариант раздела XV Общей части Уголовного кодекса, изменения которого согласуются с другими разделами Уголовного кодекса; не кардинально отличаются от ныне действующих; отображают виды уголовного правонарушения, ответственности за них.

Ключевые слова: уголовные правонарушения; проступки; взыскания.

Berezovskaya N.L. Changes in Section II of the Criminal Code in connection with the introduction of a criminal offense

Summary. In the article on the basis of provisions of the Criminal Code, the Code of Administrative pravonasheniyah proposed a new version of the section XV of the General Part of the Criminal Code, the changes are consistent with other sections of the Criminal Code, not fundamentally different from the existing, show types of criminal offenses, liability.

Keywords: criminal offenses, offenses, penalties.

Иванов И.В.,

*руководитель следственного отдела по Красноглинскому району города Самара
следственного управления Следственного комитета РФ по Самарской области
(Россия)*

ПОЗИТИВНОЕ ПОВЕДЕНИЕ ЛИЦА, СОВЕРШИВШЕГО ПРЕСТУПЛЕНИЕ, В ИСТОРИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ

Аннотация. В статье рассматривается история возникновения и развития в российском уголовном законодательстве понятия, трактуемого ныне как позитивное поведения лица, совершившего преступление, и влияния такого поведения на решение вопроса об ответственности виновного.

Ключевые слова: позитивное поведение, поведение после преступления, стимулирование позитивного поведения, смягчающие наказание обстоятельства, история уголовного законодательства

Постановка проблемы. Поведение лица, совершившего преступление, но после его совершения «одумавшегося» либо испугавшегося и предпринимающего усилия по сведению к минимуму или нейтрализации его негативных последствий: оказывающего медицинскую помощь раненому, возмещающему причиненный имущественный ущерб, признающему свою вину, нередко чистосердечно раскаивающемуся в содеянном и оказывающему помощь в расследовании совершенного преступления, объективно свидетельствует о сравнительно меньшей степени опасности такого лица и необходимости смягчения оказываемого на него уголовно-правового воздействия.

Изложение основного материала. В законодательных актах Киевской Руси прямых указаний об этом не обнаружено, что, на наш взгляд, обусловлено объективными причинами — отчасти господством принципов талиона и кровной мести, отчасти — неразвитостью законодательства. Однако, как нам представляется, и в то далекое время люди (судьи, потерпевшие), оставаясь людьми, не могли игнорировать факта искреннего раскаяния виновного, его стремления примириться с потерпевшим, загладить свою вину, возместить причиненный вред и т.п. И это наше

предположение находит подтверждение в Псковской и Новгородской судных грамотах, Судебниках Рязанского и Ростовского княжеств, в которых уже предусматривались некоторые правила о применении более мягких наказаний при наличии указанных выше признаков.

В русских памятниках права XIII-XV вв. (договор Смоленска с немцами, Кормчая книга, Псковская судная грамота, Пространная редакция Русской Правды) хорошо известно *поле* — открытая вооруженная схватка, единоборство, победитель которой признавался невиновным [1]. Судебный поединок в Древнерусском государстве применялся как вид доказательства по делам, не затрагивавшим интересы государства, т.е. сравнительно небольшой тяжести. Отказ от *поля* расценивался как признание своей вины. Проигравший дело подвергался наказанию, предусмотренному законом за соответствующее преступление. Предусматривалась возможность примирения сторон [1], и, хотя закон не содержит каких-либо указаний о последствиях примирения, можно предположить, что примирение, как правило, означавшее компромисс, на практике влекло менее строгие последствия для лица, обвинявшегося в совершении преступления.

О возможности примирения сторон конфликта (лица, предположительно совершившего «*лихое дело*», и потерпевшего) упоминается в статьях 4 и 5 Судебника 1497 года, регламентировавших вопросы оплаты пошлин за проведение *поля*. Так, в ст. 4 Судебника указывается: «А досудятся до поля, а у поля не стояв, помиряться...» [2], далее следует указание на размер взимаемой пошлины; в ст. 5 говорится: «А у поля стояв помирятся...» [2] и вновь следует указание на размеры полевой пошлины. Упоминаемое данными нормами примирение сторон, как «...у поля

не стояв...», так и «...у поля стояв...» свидетельствует о возможности примирения сторон на разных стадиях судебного производства, и не ограничивалось властями. Данные нормы закона поощряли примирение, недоведение «поля» до конца, используя при этом скорее экономические рычаги воздействия — сумму взимаемой пошлины, которая в случае отказа от судебного поединка была меньше, чем при его проведении.

Судебник 1550 года также упоминает о возможности примирения сторон. Так, в ст. 9 Судебника говорится: «А досудятся до поля, да не став у поля, да помирятся...» [2], та же мысль и в ст. 10: «А у поля став помирятся...» [2]. И в том, и в другом случае, указанные статьи регламентируют размеры полевой пошлины, однако смысл этих статей имеет и материально-правовой аспект: они содержат прямые ссылки на возможность примирения сторон в качестве возможного варианта постпреступного поведения и его стимулирования посредством уменьшения суммы взимаемой пошлины. Судебники 1497 года и 1550 года не дают толкования, каким образом стороны могут примириться. Возможно, сюда включалось и возмещение виновным причиненного в результате совершения преступления потерпевшему вреда и, возможно, чистосердечное раскаяние перед потерпевшим, и какие-либо иные условия. Для законодательства того времени был важен сам факт примирения, а не способы его достижения.

В дальнейшем, когда судебный поединок перестал использоваться как вид доказательства, законодатель также устанавливает возможность примирения сторон. Так, согласно ст. 121 главы X Соборного уложения 1649 года, «... которые исцы и ответчики учнут мириться до совершения судных дел, и им о том велеть приносить к судным делам мировые челобитные за своими руками...» [3]. Однако такое примирение допускалось лишь по преступлениям небольшой тяжести: согласно ст. 31 главы XXI Уложения, «... которые исцы с розбойники или с приводными людьми с поличным в розбойных делех, не дожидаяся указа, учнут мириться, и мировые челобитные учнут в приказ приносить, и тот их мир ставити не в мир, и розбойником указ чинити, по государеву указу, кто чего доведется...» [3]. Законодатель устанавливал прямой запрет на

примирение потерпевшего с лицом, виновным в разбое, под угрозой применения наказания: «...А исцом за то пеня чинити смотря по делу, не мирися с розбойники» [3].

Это одно из проявлений и свидетельств того, что по мере укрепления централизованного Русского государства укреплялись публичные основы права и правосудия: привлечение к ответу постепенно становилось все более делом публичным, а не частным, как в Древнерусском государстве.

Пожалуй, впервые прямые указания в законе о необходимости учитывать позитивное поведение виновного после совершения им преступления были сделаны в ст. 1069 т. XV Свода законов Российской Империи и впоследствии в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, в главе третьей (отделении втором) которого содержался специальный подраздел «V. О обстоятельствах, уменьшающих вину и наказание». В соответствии со статьей 140 Уложения, к числу таких обстоятельств, «в большей или меньшей мере уменьшающих вину, а с тем вместе и строгость следующего за оную наказания», были отнесены, в частности: «1) Когда виновный добровольно и прежде, нежели на него пало какое-либо подозрение, явился в суд или же к местному или другому начальству и вполне чистосердечно с раскаянием сознался в учиненном преступлении; 2) Если он, хотя и после уже возбуждения на счет его подозрения, но вскоре, без упорства, по одному из первых на допросе убеждений или увещаний, учинил с раскаянием полное во всем признание; 3) Если он без замедления, благовременно и также с полною откровенностью, указал всех участников его в преступлении»; ... 8) Если при самом содеянии преступления он почувствовал раскаяние или сожаление к жертвам оного и по сему побуждению не совершил всего преднамеренного им зла, особливо же когда он удержал от того и своих сообщников»; 9) Если он по содеянии преступления старался по крайней мере отвратить хотя некоторые из вредных оного последствий и вознаградить причиненные оным зло или убыток» [4].

При наличии одного или нескольких из перечисленных в ст. 140 обстоятельств суд оценивал их в совокупности со всеми обстоятельствами по делу и мог соответствующим

образом «также более или менее уменьшать, но однако же в определенной законом степени, меру следующего за оное наказание» (ст. 141 Уложения) [4].

В Главе четвертой Уложения о наказаниях, названной «О смягчении и отмене наказаний» предусматривалась возможность назначения наказания более мягкого, чем предусмотрено законом за соответствующее преступление. Согласно ст. 157 Уложения: «Наказание, определенное в законе за какое-либо преступление или проступок, может не только быть уменьшаемо в мере, как о том постановлено выше сего в статье 141, но даже смягчаемо в степени и в самом роде оно: 1) Когда преступник, явившийся сам собою в суд с повинною, или даже и взятый к допросу по подозрению, не только учинит полное чистосердечное признание в своем преступлении и укажет всех своих сообщников, но, сверх того, доставлением верных в свое время сведений, предупредит исполнение другого злого умысла, грозившего опасностью какому-либо частному лицу, или многим, или всему обществу и государству; 2) Когда преступник, сверх добровольного и полного признания в своем преступлении, заслуживает еще особенного снисхождения по прежней долговременной беспорочной службе, или по каким-либо отличным заслугам и достоинствам; ...» [4]. Однако такое решение суда не является окончательным, оно подлежит санкционированию вышестоящих судебных инстанций вплоть до Правительствующего сената и даже царя (ст. 159 Уложения) [4].

О необходимости учета поведения виновного после совершения им преступления говорилось и в некоторых статьях Уложения о наказаниях, предусматривавших ответственность за конкретные преступления (разделы 2 -5).

Так, в ст. 319 Уложения, которая предусматривала ответственность за фальсификацию документов, в части, устанавливающей размер и меру ответственности, говорится о смягчении наказания при условии явки виновного «к суду или начальству с повинною в своем преступлении», если он не использовал подложные документы» [5].

Также в ст. 320 Уложения, установившей строгую ответственность за фальсификацию документов, издаваемых Правительствующим сенатом говорится: «если, однако же, составив подложный или злонамеренно изменив

настоящий указ Правительствующего сената, виновный в том впоследствии раскается и не сделает из сей бумаги никакого употребления», то санкция за указанное преступление снижается. Кроме того, санкция еще уменьшается в случае, если преступник «при сем добровольно, по собственному побуждению, явится к суду или начальству с повинною в своем преступлении и тем предупредит всякое вредное последствие сделанного им подлога» [5]. Согласно ст. 322, установившей ответственность за фальсификацию документов, издаваемых губернскими властями, преступник «явившийся благовременно с раскаянием и повинною в своем преступлении к суду или начальству и тем предупредивший всякое вредное последствие сделанного им подлога, подвергается» [5] меньшему наказанию.

В ст. 402 Уложения, предусматривавшей ответственность за получение взятки, говорилось, что если «получивший такую взятку, прежде какого-либо вследствие оной нарушения своих по службе обязанностей объявит о том с раскаянием своему начальству, то суд может, смотря по обстоятельствам, более или менее уменьшающим вину его и более или менее удостоверяющим в искренности его раскаяния, ограничить его наказание...» [5].

Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. внесло существенный вклад в развитие российского законодательства, однако оно не представляло собой достаточно четкого, юридически точно разработанного уголовного кодекса, содержало немало архаичных положений, которые с течением времени все более обострялись. Новая редакция Уложения была осуществлена в 1866 г. в связи с проведением в стране крестьянской реформы, реформы полиции, судебной реформы и некоторыми изменениями карательной политики государства [5], и затем в 1885 г.

В обновленной редакции Уложения образца 1885 г. говорилось об обстоятельствах, уменьшающих ответственность, в числе которых различались обстоятельства, уменьшающие вину, и обстоятельства, смягчающие наказание.

Согласно ст. 134 Уложения, к числу обстоятельств, уменьшающих вину, «...а с тем вместе и строгость следующего на оную наказания...» отнесены, в частности, такие действия виновного, как: «2) раскаяние или сожаление к жертве, проявленное виновным

во время учинения преступления, когда он не довершил всего преднамеренного, а особенно, если удержал от того своих соучастников, и 3) поведение преступника после учинения преступления, свидетельствующее об его неполной испорченности, а именно: а) отвращение, по содеянии преступления, вредных от него последствий и вознаграждение причиненного от него зла; б) добровольное и чистосердечное признание в преступлении и раскаяние в нем, если оно последовало прежде, чем пало на виновного подозрение, или на одном из первых допросов, и в) благовременное и откровенное раскрытие соучастников» [6].

Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, 1864 г. также указывал «обстоятельства, уменьшающие вину подсудимого», но в более упрощенном виде относя к ним, в частности: «добровольное, до постановления приговора, вознаграждение понесшего вред и убыток» и «признание и чистосердечное раскаяние» (п.п. 5 и 6 ст. 13 Устава) [7].

Обстоятельствами, смягчающими наказание, согласно ст. 153 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных (в ред. 1885 г.), признавались, в частности: «1) Полное чистосердечное сознание подсудимого, явившегося с повинной, или (и) взятого к допросу по подозрению, если он не только укажет всех сообщников, но и, сверх того, доставлением верных и своевременных сведений предупредит исполнение какого-либо другого преступного умысла, так что этим пунктом не мог воспользоваться преступник, не имевший сообщников или не имеющий сведений о каком-либо ином преступлении, кроме учиненного им. 2) Добровольное и полное сознание подсудимого, если он притом заслуживает особого снисхождения по прежней безупречной службе или по отличными заслугам и достоинствам» [6].

В Общей части Уголовного Уложения 1903 года содержалось отделение шестое «О смягчении и замене наказаний», где говорилось, в частности, о смягчении наказания и перечислялись последствия применения такого смягчения. Так, согласно ст. 53 Уголовного Уложения, «виновному, признанному, при личности уменьшающих вину обстоятельств, заслуживающим снисхождения, наказание смягчается на следующих основаниях: 1) не может быть назначена высшая мера наказания за учиненное преступное деяние, в законе

установленная; 2) при определении в законе за преступное деяние низшего предела наказания суду предоставляется право уменьшить оное до низшего законного размера сего рода наказания; и 3) при отсутствии в законе особого определения о низшем пределе наказания за преступное деяние суд может уменьшить это наказание до низшего законного размера сего рода наказания» или, за исключением прямо перечисленных в Уложении случаев, «перейти к другому наказанию» [8].

Перечень самих обстоятельств, наличие которых позволяло применять к преступнику правила данной статьи, в Уголовном уложении 1903 года отсутствовал. Как пишет Ю.П. Титов: «...если решением присяжных подсудимый признан заслуживающим снисхождения, то суд должен уменьшить следующее ему по закону наказание одною степенью; а если усмотрит в деле особые обстоятельства, уменьшающие вину, то двумя степенями. В случае особенной важности суд может ходатайствовать о помиловании преступника...» [9], что представляет собой значительное смягчение. Таким образом, смягчение наказания допускалось, хотя бы суд не признал никаких фактических в деле данных, уменьшающих вину; достаточно, чтобы из общей оценки личности осужденного он пришел к убеждению, что виновный достоин снисхождения.

Вывод. Таким образом, в дореволюционном российском законодательстве постепенно оформился самостоятельный субинститут уголовного права, включавший нормы, регулирующие обстоятельства, признававшиеся смягчающими или отягчающими наказание виновного. Среди таких обстоятельств постепенно выделялись и такие, которые характеризовали позитивное поведение виновного после совершения им преступления.

Возникновение и развитие указанного субинститута было обусловлено объективными закономерностями общественного развития. В соответствии с этими закономерностями по мере накопления теоретического и законодательного материала и обогащения опыта борьбы с преступностью постепенно совершенствовалось законодательное регулирование системы видов обстоятельств, признававшихся смягчающими или отягчающими наказание виновного, условия и порядок применения их на практике.

Литература:

1. Российское законодательство X—XX веков. — Т. 1. — М. : Юрид. лит., 1984. — С. 92.
2. Российское законодательство X—XX веков. — Т. 2. — М. : Юрид. лит., 1985. — С. 55.
3. Российское законодательство X—XX веков. — Т. 3: Акты Земских соборов. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 117.
4. Российское законодательство X—XX веков. — Т. 6. Законодательство первой половины XIX века. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 201.
5. Российское законодательство X—XX веков. — Т. 6. Законодательство первой половины XIX века. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 251.
6. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2 т. / Н.С. Таганцев. — Т. 2. — М. : Наука, 1994. — С. 295.
7. Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями // Российское законодательство X — XX веков. — Т. 8. — М. : Юрид. лит., 1988. — С. 396.
8. Российское законодательство X—XX веков. — Т. 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. — М. : Юрид. лит., 1994. — С. 287.
9. Титов Ю.П. Хрестоматия по истории государства и права России / Ю.П. Титов. — М. : Проспект, 2000. — С. 261.

Іванов І.В. Позитивна поведінка особи, яка вчинила злочин, в історії кримінального законодавства дореволюційної Росії.

Анотація. У статті розглядається історія виникнення та розвитку в російському кримінальному законодавстві поняття, що трактується нині як позитивна поведінка особи, яка вчинила злочин, і вплив такої поведінки на вирішення питання про відповідальність винного.

Ключові слова: позитивна поведінка, поведінка після злочину, стимулювання позитивної поведінки, обставини, які пом'якшують покарання, історія кримінального законодавства.

Ivanov I.V. Positive behavior of the perpetrator, in the history of criminal law in pre-revolutionary Russia.

Summary. The article deals with the history and development of the Russian criminal law concept that is now treated as a positive behavior of the person who committed the crime, and the impact on the issue of liability alone.

Keywords: positive behavior, the behavior after the crime, stimulates three major local inducus positive behavior, circumstances that mitigate punishment, the history of criminal law.

Митрофанов И.И.,

*к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой уголовного и гражданского права и процесса
Кременчугского национального университета имени Михаила Остроградского*

РАЗЛИЧНЫЕ ВИДЫ ПОощРЕНИЯ В МЕХАНИЗМЕ РЕАЛИЗАЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Аннотация. В статье анализируются не только понятие поощрительных уголовно-правовых норм, а и их роль в механизме реализации уголовной ответственности. Исследуются вопросы признаков поощрительных уголовно-правовых норм и выделения их разновидностей. Констатируется, что поощрительные уголовно-правовые нормы не принуждают к выбору общественного корыстного поведения, а одобряют и стимулируют такого рода поведение.

Ключевые слова: уголовно-правовая норма, поощрение, освобождение от наказания, снятие судимости, обстоятельства, исключающие преступность деяния, добровольный отказ от совершения преступления, освобождение от уголовной ответственности.

Постановка проблемы. Нельзя на современном этапе развития государства и права ограничивать сферу уголовно-правовых исследований только понятием наказания и норм, его регламентирующих. Для успешного предотвращения преступлений необходимо развивать и другие методологические основы уголовного права, исследовать сложнейшие теоретические проблемы. В связи с этим актуализируется проблема разработки концептуальных характеристик учения о разных видах поощрения в уголовном праве.

Анализ последних исследований. Поощрительные нормы в законодательстве об уголовной ответственности изучались украинскими учеными, среди которых П. П. Андрушко, М. И. Бажанов, В. И. Борисов, В. В. Голина, Ю. М. Грошевой, А. А. Дудоров, В. М. Куц, В. А. Ломако, Н. И. Мельник, В. А. Навроцкий, В. В. Скибицкий, В. В. Сташис, В. Я. Тацкий, Г. И. Усатый, П. Л. Фрис, Н. И. Хавронюк, П. В. Хряпинский и другие. При этом следует отметить, что очень весомый вклад в разработку поощрительных уголовно-правовых норм сделан Ю. В. Баулиным.

Однако, вопросы юридической природы поощрительных норм, которые образуют в совокупности институт законодательства об уголовной ответственности, и до сих пор в литературе являются дискуссионными. Поэтому целью этой работы является изучение правовой природы и системы поощрений в уголовном праве норм, а также усовершенствование понятия «поощрительная уголовно-правовая норма» и выяснение выполняемых рассматриваемыми нормами функций в механизме реализации уголовной ответственности.

Изложение основного материала. В действительности, наверное, просто не существует такой отрасли права, содержание которой исчерпывалось бы одной группой норм. Этот тезис, на наш взгляд, можно признать правильным, поскольку он, прежде всего, позволяет поднимать вопросы о наличии в уголовном праве всей палитры правовых норм и предписаний, разработанных общей теорией права. Но и до сих пор вызывает довольно острые дискуссии вопрос о самостоятельности поощрительных норм. Ученые высказывают разнообразнейшие суждения, иногда даже диаметрально противоположные по этому поводу. Одни исследователи отождествляют поощрительные нормы с императивными, а другие — с диспозитивными нормами [1, 183—190].

В современном толковом словаре поощрение определяется, как действие со значением поощрить или то, что поощряет кого-нибудь к чему-то; поощрить значит побудить кого-нибудь разными способами к определенным действиям [2, 320]. При этом следует отметить, что поощрение в уголовном праве всегда будет государственным, то есть устанавливаемым государством в лице уполномоченных на то государственных органов в форме нормативных правовых актов. Исходя из этого, для выявления нормы государственного поощрения в нашем случае следует обратиться к нормативным предписаниям Уголовного кодекса.

В юридической энциклопедии поощрение определяется как разновидность регулятивных норм права, которые устанавливают виды и меры поощрения определенных субъектов за совершение ими особенно полезных для общества действий... Поощрительные нормы должны обеспечить юридическими средствами воплощение в правовую действительность морального и материального стимулирования общественно полезного поведения [3, 510].

В отличие от императивных распоряжений, равно как и диспозитивных норм, поощрительные нормы в уголовном праве выполняют задачи регулирования такой совокупности уголовно-правовых отношений, которые возникают только на началах полной добровольности. В связи с этим можно сделать вывод, что в этих нормах отсутствует или не присущим элементом государственного принуждения. Поощрительные уголовно-правовые нормы по сравнению с императивными и диспозитивными нормами выполняют разные по смыслу функции, ярко демонстрирующие их особенности и правовую природу. Кроме того, уголовно-правовые поощрительные нормы в отличие от других распоряжений не принуждают к выбору варианта общественного поведения, а поощряют или, даже, стимулируют такое поведение. Именно по этой характерной особенности рассматриваемые нормы не могут отождествляться с императивными или диспозитивными уголовно-правовыми нормами.

Поощрительные нормы в уголовном праве выполняют восстановительную и предупредительную функции. Каждая из этих функций играет свою особую роль в механизме реализации уголовной ответственности.

Исследование показало, что уголовно-правовое поощрение: 1) представляя собой установленное государством правило поведения, соблюдение которого стимулируется исключением, смягчением или полным устранением уголовно-правовых ограничений, является самостоятельной разновидностью юридических норм; 2) есть разновидностью положительного стимула, сущность которого заключается в том, что он всегда предоставляет лицу, попадающему под юрисдикцию закона об уголовной ответственности или вошедшему с ним в непосредственный конфликт, возможность выйти из этого состояния; 3) означает устранение или смягчение реальных или

потенциальных уголовно-правовых отягощений при наличии условий, предусмотренных соответствующей нормой; 4) всегда имеет личный характер, то есть может быть адресовано только физическому лицу, в общественно полезном поведении которого заинтересованы общество и государство; 5) предоставляет право лицу противодействовать преступлениям при наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Таким образом, поощрительные уголовно-правовые нормы являются установленными государством правилами поведения, характеризующиеся стимулированием исключения, смягчения или полного устранения уголовно-правовых отягощений в связи с общественно одобряемым поведением лица, а в случаях, предусмотренных УК Украины, предоставляют право лицу противодействовать преступлениям при наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Признаками уголовно-правового поощрения есть то, что: 1) оно предусмотрено нормами УК Украины; 2) указанные нормы применяются государственными органами и должностными лицами этих органов от имени и по доверенности государства, или отдельными гражданами (при наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния); 3) применение этих уголовно-правовых норм зависит не от категории преступления, а от полезных поступков личности; 4) нормы, в которых оно зафиксировано, адресованы лицам, совершившим преступления, и призваны стимулировать их исправление и правопослушное поведение или лицам, которым предоставлено право причинения вреда охраняемым законом общественным отношениям при наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния; 5) юридическим фактом начала реализации норм, которыми оно регламентировано, является добровольное правопослушное поведение лиц, совершивших преступления, или наличие обстоятельств, исключающих преступность деяния; 6) применение норм, которыми оно предусмотрено, выгодно и государству, и лицу, совершившему преступление или причинившему вред правоохраняемым интересам при необходимой обороне (ст. 36 УК), задержании, совершившего преступление (ст. 38 УК), крайней необходимости (ст. 39 УК), выполнении приказа или распоряжения

(ст. 41 УК), деянии, связанном с риском (ст. 42 УК), выполнении специального задания по предупреждению или раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации (ст. 43 УК).

Учитывая вышеупомянутое, поощрительные свойства имеют уголовно-правовые предписания, закрепленные в нормах УК Украины про: добровольный отказ при неоконченном преступлении (ч. 2 ст. 17); добровольный отказ соучастников (ч. 2 ст. 31); обстоятельства, исключающие преступность деяния (ч. 1 ст. 36, ч. 1 ст. 39, ч. 1 и 2 ст. 43); освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием (ст. 45); освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением виновного с потерпевшим (ст. 46); освобождение от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки (ст. 47); освобождение от уголовной ответственности в связи с изменением обстановки (ст. 48); освобождение от уголовной ответственности в связи с окончанием сроков давности (ст. 49); обстоятельства, смягчающие наказание (явка с повинной, искреннее раскаяние или активное содействие раскрытию преступления; добровольное возмещение причиненного ущерба или заглаживание причиненного вреда; предоставление медицинской или иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления; совершение преступления с превышением пределов крайней необходимости; выполнение специального задания по предупреждению или раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации, сопряженное с совершением преступления в случаях, предусмотренных УК (п.п. 1, 2, 21, 8, 9 ч. 1 ст. 66), назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом в случае совокупности вышеупомянутых смягчающих обстоятельств (ст. 69), назначение наказания при наличии обстоятельств, смягчающих наказание (ст. 69¹); освобождение от наказания и его отбывания (ч. 4 ст. 74), освобождение от отбывания наказания с испытанием (ч. 1 ст. 75); правовые последствия освобождения от отбывания наказания с испытанием (ч. 2 ст. 78); освобождение от отбывания наказания с испытанием беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до семи лет (ч. 4 и 5 ст. 79), условно-досрочное освобождение

от отбывания наказания (ст. 81), замена неотбытой части наказания более мягким (ст. 82), освобождение от отбывания наказания беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет (ч. 4 и 5 ст. 83), освобождение от наказания на основании закона Украины об амнистии или акта о помиловании (ст. 85–87), снятие судимости (ст. 91), освобождение от уголовной ответственности с применением принудительных мер воспитательного характера в отношении несовершеннолетних (ч. 1 ст. 97), освобождение от отбывания наказания с испытанием в отношении несовершеннолетних (ст. 104), освобождение от наказания с применением принудительных мер воспитательного характера к несовершеннолетним (ст. 105), условно-досрочное освобождение от отбытия наказания несовершеннолетних (ст. 107).

Кроме того, следует выделять поощрительные нормы положительного постпреступного поведения, к которым нужно отнести специальные виды освобождения лица от уголовной ответственности после совершения им преступлений, предусмотренных: ч. 2 ст. 111 «Государственная измена», ч. 2 ст. 114 «Шпионаж», ч. 3 ст. 175 «Невыплата заработной платы, стипендии, пенсии или других, установленных законами выплат», ч. 4 ст. 212 «Уклонение от уплаты налогов, сборов (обязательных платежей)», ч. 4 ст. 212¹ «Уклонение от уплаты страховых взносов на общеобязательное государственное пенсионное страхование»; ч. 2 ст. 255 «Создание преступной организации», ч. 2 ст. 258³ «Создание террористической группы или террористической организации», ч. 4 ст. 258⁵ «Финансирование терроризма», ч. 6 ст. 260 «Создание не предусмотренных законом военизированных или вооруженных формирований», ч. 3 ст. 263 «Незаконное обращение с оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами», ч. 4 ст. 289 «Незаконное завладение транспортным средством», ч. 4 ст. 307 «Незаконное производство, изготовление, приобретение, хранение, перевозка, пересылка или сбыт наркотических средств или психотропных веществ», ч. 4 ст. 309 «Незаконное производство, изготовление, приобретение, хранение, перевозка или пересылка наркотических средств или психотропных веществ без цели сбыта», ч. 4 ст. 311 «Незаконное производство,

изготовление, приобретение, хранение, перевозка, пересылка или сбыт прекурсоров», ч. 5 ст. 321 «ядовитых или сильнодействующих веществ или ядовитых или сильнодействующих лекарственных средств», ч. 5 ст. 368³ «Коммерческий подкуп служебного лица юридического лица частного права независимо от организационно-правовой формы», ч. 5 ст. 368⁴ «Подкуп лица, предоставляющего публичные услуги», ч. 6 ст. 369 «Предложение либо дача взятки».

Однако для объяснения работы механизма реализации уголовной ответственности не все виды уголовного поощрения могут быть использованы. Непосредственно связаны с реализацией уголовной ответственности только поощрительные нормы, регулирующие: освобождение от наказания и его отбывания (ч. 4 ст. 74), освобождение от отбывания наказания с испытанием (ч. 1 ст. 75); правовые последствия освобождения от отбывания наказания с испытанием (ч. 2 ст. 78); освобождение от отбывания наказания с испытанием беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до семи лет (ч. 4 и 5 ст. 79), условно-досрочное освобождение от отбывания наказания (ст. 81), замену неотбытой части наказания более мягким (ст. 82), освобождение от отбывания наказания беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет (ч. 4 и 5 ст. 83), освобождение от наказания на основании закона Украины об амнистии или акта о помиловании (ст. 85–87), снятие судимости (ст. 91), освобождение от отбывания наказания с испытанием в отношении несовершеннолетних (ст. 104), освобождение от наказания с применением принудительных мер воспитательного характера к несовершеннолетним (ст. 105), условно-досрочное освобождение от отбытия наказания несовершеннолетних (ст. 107 УК Украины).

Но нельзя, на наш взгляд, отрицать и значение обстоятельств, исключающих преступность деяния (ч. 1 ст. 36, ч. 1 ст. 39, ч. 1 и 2 ст. 43), а также норм, регулирующих вопросы добровольного отказа. Эти нормы закона об уголовной ответственности позволяют отграничить преступное от непроступного, а стало быть, наказуемое от ненаказуемого. Кроме того, институт освобождения от уголовной ответственности позволяет суду не «запускать»

механизм реализации такой ответственности в случаях, строго регламентированных УК Украины.

Таким образом, для реализации уголовной ответственности особое значение имеет институт освобождения от наказания и его отбывания. Несмотря на широкое применение этого уголовно-правового средства воздействия на лиц, совершивших преступления, убедительного подхода в отношении понимания юридической природы освобождения от наказания и его отбывания в науке уголовного права не выработано. Так, некоторые авторы рассматривают институт освобождения от наказания или его отбывания как особый порядок применения наказания, другие — как особый порядок отбывания наказания (исполнения приговора).

Некоторые ученые стараются дать определение освобождения от наказания как акта правосудия, применяемого в особой процессуальной форме в отношении лица, признанного виновным в совершении преступления, на основании которого это лицо полностью освобождается от назначенного ему наказания или оно смягчается или заменяется на более мягкое [4, 218]. Однако, помилование не является актом правосудия, поскольку оно осуществляется Президентом Украины.

По мнению В. К. Грищука, под освобождением от наказания необходимо понимать «гуманный акт компромисса со стороны государства, осуществляемый при наличии предусмотренных законом оснований и условий компетентным органом государства (судом, Президентом Украины), который состоит в освобождении осужденного от осуждения его личности и совершенного им деяния и претерпевании тех предусмотренных законом лишений и ограничений его прав и свобод, в которых проявляется содержание наказания, а также от судимости с целью обеспечения реализации задач предотвращения совершения преступлений как осужденными, так и другими лицами» [5, 499].

Это определение отображает все без исключения существенные стороны этого уголовно-правового средства воздействия на лиц, совершивших преступления, но, на наш взгляд, оно является очень перегруженным. В определении достаточно сослаться на то, что освобождение от наказания

и его отбывания являются средством уголовно-правового воздействия на указанных лиц, чтобы не указывать на цель применения каждой разновидности таких средств, поскольку она для них является общей — обеспечение реализации задач уголовного права Украины. Кроме того, оно является средством, благодаря которому реализуется уголовная ответственность в отношении лиц, совершивших преступления.

В. И. Осадчий определяет освобождение от наказания и его отбывания как «предусмотренные в УК случаи неприменения судом к лицу, виновному в совершении преступления, наказания или прекращения дальнейшего его отбывания» [6, 281]. Вообще не указывая на возможность смягчения наказания во время его отбывания, а также на субъекта применения этого средства.

Очевидно, решение этого вопроса заключается в определенном приведении этих точек зрения к одной центральной идее: освобождение от наказания является своеобразной формой реализации уголовной ответственности [7, 289].

Ю. В. Александров и В. А. Клименко отмечают, что поскольку уголовная ответственность реализуется в пределах уголовно-правовых и уголовно-исполнительных отношений, постольку освобождение от наказания и его отбывания признается юридическим фактом, который влечет за собой прекращение уголовно-правовых (или переход их в состояние судимости лица) либо уголовно-исполнительных отношений в связи с осуществлением субъектами этих правоотношений своих прав и обязанностей [8, 272].

При этом необходимо акцентировать внимание на некоторых аспектах, связанных с тем, что понимание освобождения от наказания и его отбывания как особого порядка применения наказания или особого порядка отбывания наказания (исполнения приговора) ничего не дает нам для толкования механизма реализации уголовной ответственности.

Сразу же следует отметить, что освобождение от наказания образует (наполняет конкретным содержанием) вторую форму воплощения в жизнь уголовной ответственности в отношении лиц, совершивших преступления, то есть, уголовную ответственность без назначения наказания и судимости

(освобождение от наказания (ч. 4 ст. 74 УК Украины)), освобождение от наказания с применением принудительных мер воспитательного характера к несовершеннолетним (ст. 105 УК Украины). Освобождение от отбывания наказания или его дальнейшего отбывания составляют первую форму реализации ответственности в уголовном праве, связанную с назначением наказания и судимостью. При этом освобождение от дальнейшего отбывания наказания относится к первому виду первой формы реализации уголовной ответственности, связанному с назначением наказания и его реальным отбыванием (условно-досрочное освобождение от отбывания наказания (ст. 81 УК Украины), замена неотбытой части наказания более мягким (ст. 82 УК Украины), освобождение от отбывания наказания беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет (ч. 4 и 5 ст. 83 УК Украины), освобождение от наказания на основании закона Украины об амнистии или акта о помиловании (ст. 85–87 УК Украины), условно-досрочное освобождение от отбытия наказания несовершеннолетних (ст. 107 УК Украины)), а освобождение от отбывания наказания — ко второму виду первой формы реализации такой ответственности, связанному с назначением наказания и освобождением от его реального отбывания (освобождение от отбывания наказания с испытанием (ч. 1 ст. 75 УК Украины); правовые последствия освобождения от отбывания наказания с испытанием (ч. 2 ст. 78 УК Украины); освобождение от отбывания наказания с испытанием беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до семи лет (ч. 4 и 5 ст. 79 УК Украины), освобождение от отбывания наказания с испытанием в отношении несовершеннолетних (ст. 104 УК Украины)).

Фактически, в системе средств уголовно-правового воздействия освобождение от наказания и его отбывания либо прекращает реализацию уголовной ответственности, либо корректирует пределы ее реализации, уточняя объем правоограничений, применяемых к осужденному либо к лицу, досрочно освобожденному от дальнейшего отбывания наказания. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 81 УК к лицам, отбывающим наказание в виде исправительных работ, служебного ограничения для военнослужащих, ограничения свободы, содержания

в дисциплинарном батальоне военнослужащих или лишения свободы, может быть применено условно-досрочное освобождение от отбывания наказания. При этом осужденный может быть досрочно освобожден полностью или частично и от отбывания дополнительного наказания. Условием условно-досрочного увольнения есть отбытие осужденным определенной части срока наказания. Без его наличия, даже при достижении лицом, отбывающим наказание, определенной степени исправления, условно-досрочное освобождение не допускается. Указанное условие тесно связано с категориями преступлений (ст. 12 УК). Однако, она не является единым условием рассматриваемого основания условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, поскольку норма УК, предусматривающая такое освобождение относится к поощрительным нормам, то его обязательным условием может быть определенное требование к поведению лица. Поэтому возможность досрочного освобождения от отбывания назначенного судом наказания осужденного связана с образцовым поведением и добросовестным отношением к труду как обязательным условием для сокращения срока отбывания такого наказания. Кроме того, невозможно освободить лицо от дальнейшего отбывания всех без исключения наказаний, поэтому законодатель и определяет те их виды, от дальнейшего отбывания которых может быть освобождено лицо. То есть в данном случае на основании поощрительной уголовно-правовой нормы происходит уточнение пределов реализации уголовной ответственности.

Вывод. Итак, освобождение от наказания и его отбывания есть уголовно-правовым средством воздействия, которое состоит в неприменении судом в отношении лица, признанного виновным в совершении преступления, реального отбывания назначенного наказания или в освобождении его компетентным органом государства (судом, Президентом Украины) от дальнейшей реализации исполняемого учреждениями и органами Государственной пенитенциарной службы наказания (уголовной ответственности), или в его смягчении или замене на более мягкое. Анализ уголовно-правовых норм раздела XII Общей части УК Украины показал, что институт освобождения от наказания и его отбывания включает три разновидности

уголовно-правовых средств воздействия: 1) освобождение от наказания; 2) освобождение от дальнейшего отбывания наказания; 3) освобождение от отбывания наказания. Все указанные разновидности освобождения от наказания и его отбывания наполняют конкретным содержанием обе формы реализации уголовной ответственности. А наличие в законе об уголовной ответственности разных норм, регулирующих вопросы освобождения от отбывания наказания и освобождения от его дальнейшего отбывания, предоставили нам возможность в первой форме реализации уголовной ответственности, связанной с назначением наказания, выделить два вида: с реальным отбыванием назначенного судом наказания и без реального отбывания такового.

Что касается снятия судимости, то оно в соответствии со ст. 91 УК Украины сокращает сроки, указанные в ст. 89 УК Украины для погашения судимости после отбывания наказания в виде ограничения свободы или лишения свободы, наполовину, что досрочно аннулирует правовые последствия, связанные с судимостью. Основанием для снятия судимости, как и для всех поощрительных норм уголовного права, связанных с реализацией уголовной ответственности, является положительное постпреступное поведение лиц — образцовое поведение и добросовестное отношение к работе.

Література:

1. Хряпінський П. В. Щодо визначення заохочувальних норм в кримінальному праві / П. В. Хряпінський // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ : зб. наук. праць. — 2006. — № 4 (30). — С. 183–190.
2. Сучасний глумачний словник української мови: 65 000 слів / за заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В. В. Дубічинського. — Х. : Школа, 2006. — 1008 с.
3. Юридична енциклопедія : в 6 т. // Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Вид-во «Укр. енцикл.» ; редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 1998 — Т. 2: Д—Й. — 1998. — 744 с. : іл.
4. Кримінальне право України. Загальна частина: Схеми. Таблиці. Визначення : навчальний посібник / за ред. Є. В. Фесенка. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — 272 с.
5. Гришук В.К. Кримінальне право України. Загальна частина : навч. посібник / В. К. Гришук. — К. : Ін Юре, 2007. — 568 с.
6. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. В. А. Клименка, М. І. Мельника. — К. : Юридична думка, 2004. — 352 с.
7. Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / П. С. Матишевський. — К. : А.С.К., 2001. — 352 с.
8. Александров Ю. В. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Ю. В. Александров, В. А. Клименко. — К. : МАУП, 2004. — 328 с.

Митрофанов І.І. Різні види заохочень у механізмі реалізації кримінальної відповідальності.

Анотація. У статті аналізуються не тільки поняття заохочувальних кримінально-правових норм, а і їх роль у механізмі реалізації кримінальної відповідальності. Досліджуються питання ознак заохочувальних кримінально-правових норм і виокремлення їх різновидів. Констатується, що заохочувальні кримінально-правові норми не примушують до вибору суспільно корисної поведінки, а схвалюють і стимулюють такого роду поведінку.

Ключові слова: кримінально-правова норма, заохочення, звільнення від покарання, зняття судимості, обставини, що виключають злочинність діяння, добровільна відмова від вчинення злочину, звільнення від карної відповідальності.

Mytrofanov I.I. The different Kinds of Encouragements in Criminal Responsibility Realization Mechanism.

Summary. The article deals with the study not only of the notion of the encouraging criminal-legal norms but also with their role in the criminal responsibility realization mechanism. The problems of the features of encouraging criminal-legal norms and the determination of their varieties have been studied. It has been stated that the encouraging criminal-legal norms do not compel to the choice of social mercenary behavior but approve and stimulate behavior of such nature.

Keywords: criminal-legal norm, encouragement, exemption from punishment, cancellation of conviction, circumstances excluding a crime, voluntary refusal of execution of a crime, discharge from a criminal responsibility.

Яковец І.С.,

к.ю.н., старший науковий співробітник Науково-дослідного Інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В.Сташиса НАПрН України

ОПТИМИЗАЦИОННАЯ МОДЕЛЬ ПРОЦЕССА ИСПОЛНЕНИЯ УГОЛОВНЫХ НАКАЗАНИЙ В УКРАИНЕ: ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ

Аннотация. В данной статье рассматриваются основные подходы к исследованию процесса исполнения уголовных наказаний в Украине, а также обосновывается необходимость оптимизации этого процесса. Дается общее определение оптимизации процесса исполнения уголовных наказаний. Предлагается основывать комплексные научные исследования процесса исполнения уголовных наказаний на методе моделирования и построения оптимизационной модели этого процесса.

Ключевые слова: процесс исполнения уголовных наказаний, модель, оптимизация, деятельность по исполнению уголовных наказаний.

Постановка проблемы. В настоящее время процесс исполнения уголовных наказаний в Украине пребывает в стадии изменений, поскольку специалисты постоянно обращают внимание на его несовершенство. Украина перепробовала множество подходов усовершенствования, модернизации, реорганизации, развития, повышения эффективности и т.п. данного направления, однако ощутимых результатов так и не было достигнуто. В начале 2011 года были обнародованы результаты проведенного Счетной палатой Украины аудита деятельности Государственной уголовно-исполнительной службы Украины, в которых отмечается, что многочисленные попытки реформирования этой системы ничего не дали, а причина заключается именно в несовершенстве применяемых способов решения этой проблемы.

Все это указывает на необходимость внедрения инновационных подходов к процессу исполнения уголовных наказаний в Украине на основе научно полученных и обоснованных результатов, заключений и рекомендаций. При этом ключевым аспектом должно стать изменение организации работы по исполнению уголовных наказаний, а точнее —

поиск оптимальной модели процесса исполнения уголовных наказаний, поскольку любая реформа, в том числе и в такой специфической сфере, предполагает внедрение в практику соответствующих новаций. Термин «оптимальный» (от латинского «*optimus*» — наилучший) понимается обычно как «наилучший, наиболее соответствующий определенным условиям и задачам» [8]. В общем виде он обычно употребляется в двух значениях: 1) процесс выбора наилучшего варианта из возможных; 2) процесс приведения системы в наилучшее (оптимальное) состояние [7].

Изложение основного материала. Термин «оптимизация» широко применяется в педагогике, психологии, математике, физике и иных отраслях научных знаний. При этом в уголовно-исполнительном праве данное понятие не нашло должного применения, что, на наш взгляд, является упущением. Как справедливо отмечает А.Ф. Степанюк, исходные понятия уголовно-исполнительного права призваны отображать объективную сущность исполнения-отбывания уголовных наказаний [9]. При становлении уголовно-исполнительного права, как и других научных теорий, новые понятия возникают и развиваются под воздействием необходимости революционного разрешения противоречий, возникающих со временем между устаревшими знаниями и новыми данными научно-теоретической и практической деятельности [5]. Принципиально важно, чтобы теория уголовно-исполнительного права истолковывала свои понятия не просто как результат формальных определений исполнения наказаний, а рассматривала эти понятия как инструмент теоретического познания. Знания о процессе исполнения уголовных наказаний носят объективный характер и развиваются в направлении все большего и глубокого отображения наукой уголовно-исполнительного права практики исполнения наказаний как правовой действительности.

Методологической основой оптимизации процесса исполнения уголовных наказаний является диалектический системный подход к оценке возможных решений задач, возникающих во время реализации указанного процесса, который обеспечивает выбор наилучшего варианта в существующих ныне условиях. При этом проводимая оценка должна быть подчинена объективной детерминированности решения, вытекающей из анализа полной и достоверной информации в закономерностях функционирования целостной системы исполнения уголовных наказаний.

В гуманитарных науках, в частности в педагогике, оптимизация понимается как введение меры управления сложным процессом, закономерности которого наукой не полностью выявлены, но эффективное и оптимальное управление которым является насущной потребностью. Методами же оптимизации, в частности И.И. Дьяченко, называет методы, позволяющие осуществить выбор наиболее эффективной и оптимальной структуры управляемого процесса [2]. Т.А. Ильина под оптимизацией понимает степень соответствия организационной стороны системы тем целям, для достижения которых она создана. При этом подчеркивается, что оптимальность, достигнутая при определенных условиях, может не иметь места при других условиях [3]. Ю.К. Бабанский в наиболее общем виде понимает оптимизацию процесса как такого управления, которое организуется на основе всестороннего учета закономерностей, принципов, современных форм и методов организации процесса, а также особенностей соответствующей системы, ее внутренних и внешних условий с целью достижения наиболее эффективного (в пределах оптимального) функционирования процесса с точки зрения заданных критериев [1].

Необходимо отметить, что существующие ныне подходы к пониманию оптимизации процессов в гуманитарных сферах освещаются, как правило, с позиции организации управления определенных процессом, а точнее — порядка деятельности конкретного определенного субъекта, который тем или иным процессом управляет. На наш взгляд, это понимание оптимизации процесса несколько неоправданно сужено. В отношении процесса исполнения уголовных наказаний в силу

многочисленности субъектов, которые участвуют в его организации, оптимизацию необходимо рассматривать шире, как целенаправленный подход к построению этого процесса, при котором в единстве рассматриваются принципы исполнения наказаний, содержание возникающих правоотношений, арсенал используемых форм и методов, реальные возможности государства, органов и учреждений исполнения наказаний, и всех иных субъектов, принимающих участие в процессе. Таким образом, оптимизация процесса исполнения уголовных наказаний представляет собой не какой-то отдельный метод или прием деятельности соответствующего органа, а комплексный подход к организации данной деятельности, поскольку только в том случае, когда при принятии решения учитываются все закономерные связи между компонентами системы, можно ожидать, что мы выберем оптимальный вариант ее существования.

Если оптимизацию, как определенного рода комплекс мер по улучшению, перенести на процесс исполнения уголовных наказаний, то она будет означать выбор такой методики его внедрения, которая обеспечивает достижение наилучших результатов при минимальном расходовании времени, сил и средств в существующих условиях. Оптимизация процесса исполнения уголовных наказаний в Украине должна представлять собой вид деятельности, в ходе которой осуществляется приведение данной системы в наилучшее состояние.

Процесс исполнения уголовных наказаний представляет собой урегулированную нормами уголовно-исполнительного права деятельность учреждений и органов, обеспечивающих применение мер государственного принуждения и исправительного воздействия на осужденных. Система исполнения наказаний в Украине является достаточно разветвленной и состоит из органа и учреждения исполнения наказаний. В соответствии со ст. 11 Уголовно-исполнительного кодекса Украины (далее — УИК Украины), к органам исполнения наказаний относятся Государственная пенитенциарная служба Украины (центральный орган исполнительной власти в этой сфере), ее территориальные органы и уголовно-исполнительная инспекция. Учреждениями исполнения наказаний являются арестные дома,

уголовно-исполнительные учреждения и воспитательные колонии. В свою очередь, уголовно-исполнительные учреждения бывают открытого (исправительные центры) и закрытого типа (исправительные колонии), причем последние бывают минимального (с разделением на колонии минимального уровня безопасности с обычными и облегченными условиями содержания), среднего (для впервые осужденных и ранее отбывавших наказание граждан) и максимального уровня безопасности (с содержанием осужденных как в помещениях камерного типа, так и в обычных жилых помещениях). В общей сложности на сегодня в Украине функционируют 142 колонии, в которых находится порядка 120 тыс. человек.

Исполнение уголовных наказаний — одно из важных направлений деятельности государства, отличающееся сложностью, многокомпонентностью, полиструктурностью, динамичностью. В науке исполнение наказаний обоснованно понимается как сложное, внутренне детерминированное единство, интегрируемое познавательные возможности составных ее элементов, как высокоорганизованную и динамическую систему, как цельное, относительно самостоятельное правовое явление, как разновидность юридической деятельности, компоненты которой не только функционально взаимодействуют, но и органически связаны между собой при помощи разветвленной сети генетических и структурных, горизонтальных и вертикальных, координационных и субординационных, пространственных и временных, управленческих и иных связей и отношений [4].

Главной особенностью этого процесса является его существенная зависимость от политической, экономической и социальной ситуации в стране, вызывающих неустойчивость развития данной сферы, изменчивость затрат ограниченных ресурсов для ее нормального функционирования. Современный этап развития государства Украины и гражданского общества предъявляет особые требования к сфере исполнения уголовных наказаний, обусловленные необходимостью выхода из сложившейся системной кризисной ситуации в данной отрасли. Оптимизация достигается не одним каким-то просто удачным методом, речь идет о сознательном, обоснованном выборе одного из многих возможных вариантов.

Любой выбор, в том числе и выбор методики осуществления той или иной деятельности, — достаточно сложная процедура. Очевидно одно, что принятое решение должно удовлетворять целому ряду параметров: от политических до психологических, учитывая разнообразие правоотношений, возникающих при исполнении уголовных наказаний. Но сложность и объемность этого процесса делают невозможным его непосредственное изучение, что, в свою очередь, затрудняет теоретические разработки и прикладное применение наиболее подходящей методики его реализации, то есть, его оптимизацию.

На наш взгляд, единственно правильным в данном случае будет применение такого метода научного познания, как моделирование, поскольку именно модели, по утверждению В.А. Штоффа, являются формой или средством отображения действительности, разумеется, если это отображение понимать в широком гносеологическом смысле. Модель представляет собой промежуточное звено между теорией и действительностью и может в гносеологическом плане рассматриваться как образ, способ отображения объективной реальности (явлений, сторон, отношений) [11]. Моделирование — метод познания окружающего мира, который можно отнести к общенаучным методам, применяемым как на эмпирическом, так и на теоретическом уровне познания. При построении и исследовании модели могут применяться практически все остальные методы познания. Основная ценность метода моделирования при изучении процесса исполнения наказаний заключается в том, что этот метод как раз и применяется в тех случаях, когда непосредственное изучение объекта является невозможным [10].

Вывод. Для определения оптимальных (наилучших) с точки зрения некоторого критерия параметров моделируемого объекта или же для поиска оптимального (наилучшего) режима управления некоторым процессом применяют оптимизационные модели. Именно оптимизационные модели позволяют определять оптимальные варианты моделируемого процесса из множества альтернативных вариантов [6], при условии наличия критерия (системы критериев) оптимизации и эффективной процедуры поиска его экстремального значения. Под оптимизационным моделированием

процесса исполнения уголовных наказаний мы предлагаем понимать многомерный феномен, проявляющийся как универсальное средство познания и преобразования целей и задач указанной стадии уголовного процесса и действительности, как эффективный способ реализации прогрессивных стандартов этой деятельности, реализующийся на основе принципов целесообразности, развития, вариативности, проблемности, обеспечивающий оптимальный результат с учетом ресурсов государства и гражданского общества.

Литература:

1. Бабанский Ю.К. Оптимизация процесса обучения (Общеобразовательный аспект) / Ю.К. Бабанский. — М., 1977. — С. 57.
2. Дяченко И.И. Оптимизация управления учебным познанием : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. пед. наук / И.И. Дяченко. — Ленинград, 1970. — С. 12.
3. Ильина Т.А. Структурно-системный подход к организации обучения / Т.А. Ильина. — Вып. I, II, III, 1972. — в. 1, с. 16-17.
4. Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / В.Н. Карташов. — Саратов, 1989. — С. 8.
5. Климов А.Я. Диалектика практики и познания / А.Я. Климов. — М. : Высш. шк., 1991. — С. 134.
6. Моделирование в исследовании [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://examen.od.ua/upravlen/page118.html>
7. Молчанюк О.В. Проекування засобів оптимізації процесу навчання з природничих дисциплін у вищих навчальних закладах I-II рівнів акредитації 2005 года : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. пед. наук / О.В.Молчанюк. — Луцьк, 2006. — С. 3.
8. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. — М., 1984. — 1600 с.
9. Степанюк А.Ф. Сущность исполнения наказания / А.Ф. Степанюк. — Х., 2000. — С. 134.
10. Украинская советская энциклопедия. — К., 1981. — Т. 6. — С. 530.
11. Штофф В.А. Моделирование и философия / В.А. Штофф. — М., 1966. — С. 20.

Яковець І.С. Оптимізаційна модель процесу виконання кримінальних покарань в Україні: поняття та значення.

Анотація. У даній статті розглядаються основні підходи до дослідження процесу виконання кримінальних покарань в Україні, а також обґрунтовується необхідність оптимізації цього процесу. Дається загальне визначення оптимізації процесу виконання кримінальних покарань. Пропонується заснувати комплексні наукові дослідження процесу виконання кримінальних покарань на методі моделювання та побудови оптимізаційної моделі цього процесу.

Ключові слова: процес виконання кримінальних покарань, модель, оптимізація, діяльність з виконання кримінальних покарань.

Iakovets I.S. Optimization model for the process of criminal punishment enforcement in ukraine: concept and implication.

Summary. The article describes main approaches to study of the process of criminal punishment enforcement in Ukraine and provides rationale behind the necessity of the process optimization. It gives general definition for the optimization of criminal punishment enforcement and suggests conducting comprehensive scientific research of the process of criminal punishment enforcement based on the method of designing and building of an optimization model.

Keywords: process of criminal punishment enforcement, model, optimization, enforcement activities of criminal punishments.

Яковлев Н. А.,

*к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права,
уголовного права Липецкого филиала ФГБОУ ВПО
«Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации»*

КОРРУПЦИОННЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В УЧРЕЖДЕНИЯХ ФЕДЕРАЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ИСПОЛНЕНИЯ НАКАЗАНИЯ РОССИИ

Аннотация. В данной статье рассматриваются проблемы совершения коррупционных преступлений в учреждениях ФСИН России. Анализируются причины и условия совершения коррупционных преступлений сотрудниками органов ФСИН России.

Ключевые слова: коррупция, преступление, тюремная субкультура, авторитеты преступного мира, нейтрализация.

Постановка проблемы. Одной из наиболее актуальных и злободневных проблем современной России является коррупция, которая проникла во все органы государственной власти, на все ее уровни. Коррупция разлагает политические и правовые институты, делает существующее законодательство формальным и неэффективным, ставит под угрозу развитие российского государства в целом.

Изложение основного материала. Органы Федеральной службы исполнения наказаний России (далее — ФСИН), реализующие почти все виды уголовных наказаний также подвержены совершению в них коррупционных преступлений. Спецификой органов ФСИН России является то, что в закрытом пространстве находятся лица (взяткодатели), которые желают получить определенное льготы при отбывании наказания. С другой стороны, находятся лица (взяткополучатели), которые могут воспользоваться своим служебным положением, чтобы такие льготы предоставить за определенное вознаграждение.

Основными причинами совершения сотрудниками коррупционных преступлений в органах ФСИН России являются: низкое материальное обеспечение и заработная плата сотрудников ФСИН России; наличие большого числа предложений со стороны осужденных и подследственных; несовершенство уголовно-исполнительного законодательства России.

Среди причин совершения коррупционных преступлений лицами, отбывающими наказание и лицами, содержащимися под стражей, можно выделить следующие: желание получить льготы и привилегии, предусмотренные УИК РФ; желание получить льготы и привилегии, запрещенные УИК РФ; нежелание на совершение правонарушений отбывать дополнительные дисциплинарные наказания; распространение традиций тюремной субкультуры.

В соответствии с ч. 1 ст. 1 УИК РФ основной целью учреждений ФСИН является исправление осужденных и предупреждение совершения новых преступлений, как осужденными, так и иными лицами. На практике получается, что латентность действий коррупционного характера сотрудниками ФСИН России и лицами, находящимися в учреждениях уголовно-исполнительной системы приближается к 100%. Об этом говорит судебная практика в отношении сотрудников ФСИН России и осужденных (подследственных). Сообщать о фактах вымогательства взяток или дачи взяток не выгодно как для одной, так и для другой стороны.

Выявить факты дачи или получения взятки практически невозможно, т.к. все учреждения ФСИН России являются закрытыми органами, и проведение оперативной работы в них затрудняется строгой пропускной системой.

Существует взаимосвязь совершения коррупционных преступлений и распространения тюремной субкультуры в учреждениях ФСИН России. Данная взаимосвязь обусловлена тем, что неписанные правила и традиции тюремной субкультуры обязывают ее представителей совершать действия, нарушающие уголовное и уголовно-исполнительное законодательство. Авторитеты преступного мира обязаны выполнять возложенные на них обязанности.

Уголовно-исполнительное законодательство запрещает нахождение определенных предметов на территории учреждений ФСИН России. Речь идет о средствах связи, наркотических средствах, «общаке» и т.д. Посредством дачи взяток авторитеты преступного мира решают поставленные перед ними задачи.

В 2010 году за совершение преступлений коррупционной направленности было осуждено восемь сотрудников учреждений УФСИН России по Тульской области.

Чуть больше года назад в территориальных органах ФСИН были созданы подразделения собственной безопасности, на которые были возложены функции по борьбе с коррупцией в рядах сотрудников уголовно-исполнительной системы.

Деятельность отдела собственной безопасности УФСИН России по Тульской области направлена на решение целого ряда задач. Одной из самых важных среди них является выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений и иных правонарушений коррупционной направленности, подготавливаемых, совершаемых или совершенных работниками УИС и федеральными государственными гражданскими служащими ФСИН России.

Можно привести следующий пример незаконной деятельности сотрудника УИС. «Гражданин П. поступил на службу в ФБУ ЛИУ-3 УФСИН России по Тульской области 19 октября 2009 года. Особым рвением в службе не отличался. К выполнению своих должностных обязанностей относился не всегда добросовестно, не стремился повысить свой профессиональный уровень. П. вышел с предложением к одному из осужденных незаконно пронести пять сотовых телефонов на территорию исправительного учреждения ЛИУ-3 за 17 тысяч рублей. К тому моменту П. прослужил в уголовно-исполнительной системе всего восемь месяцев. За «услугу» он назначил денежное вознаграждение в сумме 17 тысяч рублей. Осужденный согласился и предоставил П. координаты своего знакомого, который должен был встретиться с П. и передать ему телефоны и обозначенную им сумму денег.

П. позвонил представителю осужденного и договорился с ним о встрече около одного из супермаркетов г. Тулы. Спустя неделю он

встретился с этим гражданином и получил от него пять сотовых телефонов для незаконной передачи их осужденному и деньги в сумме 17 тысяч рублей в качестве взятки. Таким образом, П., являясь сотрудником ФБУ ЛИУ-3 УФСИН России по Тульской области, совершил преступление, предусмотренное частью 2 статьи 290 УК РФ.

К тому моменту П. уже находился в поле зрения сотрудников отдела собственной безопасности УФСИН. Сложившаяся ситуация сразу же была взята ими на контроль. В течение некоторого времени накапливалась информация о незаконных действиях и преступных намерениях сотрудника ЛИУ-3. Информация по этому делу была передана сотрудникам Федеральной службы безопасности, поэтому во время получения взятки П. был взят с поличным».

Приговором суда Советского района г. Тулы от 22.10 2010 года П. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 290 УК РФ. Ему было назначено наказание в виде лишения свободы на срок 3 года с лишением права занимать должности в системе УФСИН России на срок 2 года, с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

К сожалению, это не единственный пример совершения коррупционных преступлений в учреждениях ФСИН России.

Зачастую оперативный эксперимент и провокация в расследовании коррупционных преступлений в учреждениях ФСИН России является единственным способом пресечения данных противоправных деяний.

Кроме этого, данные оперативные мероприятия необходимо процессуально зафиксировать, чтобы в суде доказательства, полученные в результате их проведения, признавались имеющими юридическую силу и были положены в основу обвинительных приговоров, по коррупционным делам, совершенным в учреждениях ФСИН России.

Вывод. Таким образом, пресечение коррупционных преступлений, совершаемых в учреждениях ФСИН, не позволит авторитетам преступного мира решать вопросы, связанные с управлением осужденными, а, следовательно, ограничит распространение традиций и обычаев тюремного мира.

Литература:

1. Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 № 1-ФЗ (ред. от 03.05.2012) // СЗ РФ. — 1997. — № 2. — Ст. 198.

Яковлев Н. А. Корупційні злочини в установах федеральної служби виконання покарання Росії.

Анотація. В даній статті розглядаються питання вчинення корупційних злочинів в установах ФСВП Росії. Аналізуються причини та умови вчинення корупційних злочинів співробітниками органів ФСВП Росії.

Ключові слова: корупція, злочин, тюремна субкультура, авторитети злочинного світу, нейтралізація.

Yakovlev N.A. Corruption crimes in establishments of Federal penitentiary service of Russia.

Summary. In this article problems of commission of corruption crimes in FSIN institutions of Russia are considered. The reasons and conditions of commission of corruption crimes are analyzed by the staff of bodies of FSIN of Russia.

Keywords: corruption, crime, prison subculture, authorities of underworld, neutralization.

*Найбойченко В. В.,
аспирант кафедри уголовного и уголовно-исполнительного права
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»*

ФИЛОСОФСКАЯ ОСНОВА УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ПОНИМАНИЯ ВИНЫ

Аннотация. В статье представлен взгляд автора на проблему влияния философских воззрений на возникновение понятия вины и дальнейшее его эволюционное развитие в теории уголовного права.

Ключевые слова: теория уголовного права, понятие вины, философская основа.

Постановка проблемы. В начале XX столетия по вопросу формирования науки уголовного права в России Г.С. Фельдштейн отмечал: «При отсутствии в России в течение очень долгого периода научной специализации, очень глубокие взгляды и, притом, вполне самобытные и затрагивающие предметы уголовного права, высказывались людьми, очень далеко стоявшими от юриспруденции в техническом смысле этого слова» [1, 5]. В связи с этим важно подчеркнуть, что и философская мысль была истоком и продолжает оставаться одной из важнейших составляющих эволюционного развития научных взглядов по вопросам уголовного права вообще и по вине, в частности.

Изложение основного материала. Философский взгляд на проблему вины формировался с времен древней античности, когда философы задумывались о смысле вины, о нравственной составляющей ее содержания, когда вина неразрывно связывалась с нарушением моральных норм, чувством ответственности за совершенный проступок.

Концепция обусловленности полисных законов объективными общемировыми закономерностями была развита Гераклитом (ок. 530 — 470 гг. до н. э.), для взглядов которого, как и для античных представителей в целом, характерно рассмотрение правовой проблематики и вообще всех земных, человеческих дел и отношений в неразрывной связи и единстве с глобальными, космическими процессами. Поэтому и полисные законы трактовались как отражение космического порядка, предприни-

мались поиски космических истоков полисных норм и установлений. Согласно Гераклиту, мировым явлениям присущи необходимые связи и «скрытая гармония», в принципе доступные человеческому познанию. Основой упорядоченной связи противоположностей и упорядоченности мира как космоса является огонь — всеобщий эквивалент взаимопереходящих противоположных явлений и мера мирового порядка в целом [2, 401–402].

Можно предположить, что в соответствии с учением Гераклита, вина и виновное поведение рассматривались также в неразрывной связи и единстве с глобальными, космическими процессами, а огонь выступал эквивалентом преступления и наказания, виновного и невинного поведения.

Истинные намерения лица, его желания, побудительные мотивы совершаемых преступлений всегда имели значение для определения антисоциальной направленности личности виновного. Размышления Демокрита по данному поводу таковы: «Быть хорошим человеком значит не только не делать несправедливости, но и не желать этого ... Честный и бесчестный человек познается не только из того, что он делает, но и из того, что он желает» [3, 157]. Из данного изречения следует, что философ придавал большое значение намерениям человека, а следовательно, и умыслу, в волевой компонент которого включается желание.

Софисты были глубокими и смелыми новаторами. Их поворот от объективно-божественного к субъективно-человеческому комплексу явлений и проблем был великой исторической заслугой. Они предприняли плодотворную попытку взглянуть на мир человеческими глазами [4, 404].

Основополагающий принцип воззрений софистов был сформулирован Протагором (ок. 481 — 411 гг. до н. э.): «Мера всех вещей — человек, существующих, что они существуют,

а несуществующих, что они не существуют» [5, 405]. Видимо, поэтому в софистике взамен божественному и космическому объяснению всех явлений и понятий за виной закрепляется значение «проступок», «неправильное поведение» человека.

В философских трудах Сократа и Платона обосновывается концепция «невольной вины», суть которой сводится к тому, что «никто не делает зла по собственной воле». Любая добродетель, по Сократу, — это знание. Ксенофонт так писал о Сократе: «Он утверждает, что справедливость и всякая другая добродетель состоит в знании, и что справедливое и все то, что совершается посредством добродетели, есть нравственно-прекрасное; что, таким образом, знающие нравственно-прекрасное не предпочтут ему ничего иного, а незнающие не произведут его; если же захотят произвести, то впадут в ошибки. Если же справедливое и все нравственно-прекрасное совершается посредством добродетели, то, очевидно, справедливость и всякая другая добродетель есть закон» [6, 408]. Поэтому вину вряд ли можно признать добродетелью. Следовательно, не будет противоречить воззрениям Сократа то, что виновные поступки совершаются по незнанию.

Платон видел в преступлении продукт преходящего болезненного состояния души, а в наказании — меру лечения [7, 37]. Удовольствие и страдание философ признавал истоком добродетели и порока. «...первые детские ощущения, — говорил Платон, — это удовольствие и страдание, и благодаря им сперва и проявляются в душе добродетель и порок. Что же касается разума и прочных истинных мнений, то счастлив тот, в ком они проявляются хотя бы в старости» [8, 100].

В классический период античности (V-IV вв. до н.э.) появляется идея о намеренном нарушении норм, о свободной воле человека, которая находит проявление в совершении проступка. Так, Аристотель выделял такие понятия, как «воля», «намерение», «стремление», «страсть», «внезапные, произвольные и преднамеренные действия» и устанавливал между ними корреляцию. Как отмечал философ, намерение по преимуществу связано с добродетелью и по нему лучше, чем по действию судить о характере. Внезапные действия он называл произвольными,

но не преднамеренными; различал намерение и стремление. «Те, как кажется, ошибаются, — писал Аристотель, — которые называют намерение стремлением, или страстью, или волей, или известного рода представлением, ибо неразумные существа не имеют намерения, а имеют стремление и страсть, и воздержный действует под влиянием стремления, но не преднамеренно, в то время как воздержный, напротив, действует преднамеренно, но не под влиянием стремления. <...> ...стремления противодействуют намерению, а стремление не противодействует стремлению. Наконец, стремление касается наслаждения и страдания, намерение же не имеет дела ни со страданием, ни с наслаждением, еще менее намерение может быть названо страстью, ибо то, что совершается под влиянием страсти, менее всего кажется преднамеренным. Но и волей намерение не может быть названо, хоть оно и кажется родственным ей. Намерение никогда не имеет дела с невозможным, и если бы кто сказал, что он намерен сделать невозможное, то он показался бы дураком. Желание [воля] не может касаться невозможного, например бессмертия. Воля может далее касаться и того, что совершенно не в нашей власти, например [мы можем желать], чтобы актер или атлет одержал победу, но ни у кого не является намерения относительно подобного, а лишь относительно того, что, как он думает, *в его власти*. Сверх того, воля имеет более в виду цель, намерение же — средства» [9, 193–194].

Приведенные суждения подтверждают вывод о том, что период античной философии имел огромное значение для формирования уголовно-правового учения о вине. Такие понятия, как «намеренное нарушение норм», «невольная вина» и «трагическая вина», думаем, служили прототипом умысла, неосторожности и невиновного причинения вреда в их современной уголовно-правовой трактовке. Философия Аристотеля, считаем, оказала большое влияние на формирование взгляда о вине известнейшим российским ученым С.В. Познышевым [10, 114]. Нравственная составляющая содержания вины сегодня также востребована уголовно-правовой наукой. В частности, профессор Б.Т. Разгильдиев считает необходимым, чтобы вина обладала нравственным аспектом,

и он отражался бы в ней самостоятельным признаком [11, 112].

В Ветхом Завете признается психическое, субъективное основание ответственности наряду с объективным: лицо не может нести ответственность только за факт причинения вреда, необходимо еще установить характер его психического отношения к содеянному, при оценке которого используются признаки, указывающие на наличие или отсутствие умысла. Термины «вина» и «виновность» означают оценку поведения как «упречного» или «безупречного». Виновность рассматривается как общий показатель того, что лицо совершило инкриминируемое деяние, его действие (бездействие) послужило источником вреда. Этот термин в большей степени указывает на объективную, причинную связь деяния с наступившим последствием, например, в книге Исход сказано: если вол забодал человека до смерти в первый раз, «хозяин не виноват», но если такой случай не первый «и хозяин его, быв извещен о том, не стерег его», то «хозяина <...> предать смерти», т.е. хозяин виноват. Термины «виноват», «не виноват» указывают на наличие или отсутствие у хозяина обязанности следить за своим волком. В Книге Исход также встречается выражение «не повинен смерти», используемое, когда один ударил другого и последний слег в постель, но не умер, а, излечившись, встал и начал ходить при помощи палки. В таком случае ударивший «не будет повинен смерти; только пусть заплатит за остановку в его работе и дает на лечение его». Выражение «не повинен смерти» означает отсутствие деяния, достойного наказания смертью, иными словами, о вине идет речь как об общей оценке содеянного. Из видов вины признается только прямой умысел, который определяется терминами «злоумышление» и «намерение», косвенный умысел еще не получил признания, он приравнивался к неосторожности; все, что не свидетельствует о прямом умысле («злоумышлении», «намерении»), есть неосторожность или случайность. Например, убийство описывается так: «Кто, ударит человека, так что он умрет, да будет предан смерти. Но если кто не злоумышлял <...> то Я назначу у тебя место, куда убежать убийце. А если кто с намерением умертвит ближнего коварно, то и от жертвенника Моего бери его на смерть» [12, 61–62].

На наш взгляд, признание христианским учением психического, субъективного основания ответственности наряду с объективным, а именно тезис о том, что «лицо не может нести ответственность только за факт причинения вреда, необходимо еще установить характер его психического отношения к содеянному», сыграли большую роль в формировании психологической концепции вины.

Аврелий Августин — один из основателей христианской философии в своей «Исповеди» рассуждал о «побегах греха» следующим образом: «Также с преступлениями, — когда жаждут нанести вред, обидев человека или причинив ему несправедливость: враг желает отомстить врагу; разбойник грабит путешественника, чтобы поживиться на чужой счет; страшного человека убивают, боясь от него беды; бедняк богача из зависти; человек преуспевающий соперника из страха, что тот сравняется с ним, или от огорчения, что он уже ему равен; из одного наслаждения чужой бедой, примером служат зрители на гладиаторских играх, насмешники и издеватели, все это побег греха, которые пышно разрастаются от страсти первенствовать, видеть и наслаждаться, овладевает ли человеком одна из них, две или все три разом» [13; Книга 3, VIII, 16].

Мысли Аврелия Августина о наказании своими корнями также уходят в идею о первородном грехе, он, в частности, писал: «И наказание создал не я, а «грех, обитающий во мне», как кара за грех, совершенный по вольной воле: я ведь был сыном Адама» [14; Книга восьмая, X, 22].

Христианское учение оказывало большое влияние и на светские институты. Первой правовой системой было каноническое право, первый свод канонов вышел в 1234 г. Христианский доминант прослеживался и в научном плане, поскольку именно богословие было первоосновой юридической науки [15, 30].

В позднее Средневековье Фома Аквинский (1225 — 1274 гг.), анализируя вопрос мотивации человеческого поведения, пришел к выводу, что структура поступка состоит из четырех элементов: стремление к чему-либо; усилие воли, выбор, определение мотивов, обдумывание способа действия; одобрение и само действие. Согласно учению Аквинского поступки человека должны совершаться

на основе его разума, являющегося основой человеческой свободы, реализующейся в границах, очерченных Богом [16, 5].

Однако были и несколько другие философские воззрения. Например, Никколо Макиавелли (1469 — 1527 гг.) исходил из того, что «надо управлять, ибо как римляне осудили различно, смотря по разности вины, так должны поступить и вы, усмотрев различие вины и среди наших мятежников» [17, 9]. Приведенное изречение Н. Макиавелли свидетельствует о том, что философ придавал большое значение разным видам вины, степеням вины.

И только в XVII в. от богословия отделились философия, юриспруденция и политические науки [18, 30]. Голландский юрист и философ Гуго Гроций в своем трактате «О праве войны и мира» (1625 г.) указывал, что естественное право, по сути, является правом божественным, т.е. источником его является воля Бога. Закон Божий, писал философ, «был трижды дан человеческому роду: тотчас после создания человека, затем в целях искупления человеческого рода после потопа и впоследствии Христом ради полного искупления человеческого рода» [19, 31].

Понятие вины получает свое дальнейшее развитие в трудах Иммануила Канта (1724 — 1804 гг.). В таких работах, как «Основы метафизики морали», «Критика чистого разума», «Религия в пределах только разума», «Метафизика нравов» автор убедительно показал, что человек разрывается между двумя мирами: во-первых, человек — феномен материального мира, клеточка чувственно-природного мира; и, во-вторых, человек есть существо сверхчувственное, рационально-духовное, нравственное [20, 166].

У Канта была также своя философия религии. Рассматривая вину через призму религиозной философии, он выделил преднамеренную, неумышленную и прирожденную вину. Последняя заключается в человеческом стремлении к злу, неисполнении долга как необходимости совершать добро во всей возможной полноте [21, 166]. Вместе с тем, И. Кант отмечал: «Поскольку свобода есть полная самодеятельность воли, не определяемой ни *стимулами*, ни чем-либо иным из того, что аффицирует субъект, то относительно нее все определяется исключительно уверенностью личности в том именно,

что она осознает (себя), действует по собственному произведению, что воля деятельна и не определяется ни *стимулами*, ни чуждыми впечатлениями. В противном случае я должен был бы говорить, что я влеком или подвигнут к тем или иным действиям, что, по сути, означает, что я страдающий, а не действующий. Если Бог управляет определениями воли, то действует — он, если воздействия вещей с необходимостью определяют волю, то они принуждают...» [22, 23].

По вопросу понятия и видов вины в «Философии права» Г.В.Ф. Гегель отмечает: «Мне может быть вменено то, что содержалось в моем умысле, и при рассмотрении преступления это имеет преимущественное значение. Однако в вине заключается совершенно внешнее осуждение, совершил ли я нечто или не совершил, из того, что я несу за что-либо вину, еще не следует, что преступление может быть мне вменено» [23, 161]. Приведенное суждение позволяет заключить, что его автор рассматривал вину как оценку факта совершения деяния, внешнее осуждение этого деяния. Из видов вины им выделялся только умысел. Сторонники оценочной концепции вины постулат Гегеля взяли за основу.

Теории воли и свободы также оказали влияние на формирование уголовно-правовых взглядов на понятие вины. В XIX в. Фридрих Ницше утверждал: «...человек становится тем, чем он *хочет* стать, его воля предшествует его бытию», «вследствие того, что человек *считает* себя свободным, а не вследствие того, что он действительно свободен, он ощущает раскаяние и угрызение совести». «Никто не ответствен за свои дела, никто не ответствен за свое существо; судить — значит быть несправедливым» [24, 52–53], — отмечал Ницше.

Человек свободен и относительно самого себя, если только он не делается рабом своих слабостей и страстей. Акты человека могут быть или согласны с его свободой воли — и тогда, отмечает И.Я. Фойницкий, мы говорим о человеческом действии, или не согласны с ней, определяясь чем-либо внешним, ему посторонним, — и тогда это продукт материальный, физический, не имеющий никакого права на название человеческого действия. Возможна только следующая альтернатива: или полная свобода, или полная несвобода.

Первая есть исключительное достояние человека, основа его моральной и правовой ответственности; вторая свойственна остальному миру. Первая отвечает на вопрос: зачем, для чего? Вторая управляется вопросом: почему? Все добродетели и пороки, все великие и ничтожные дела человека, весь его характер, все внутреннее его духовное состояние создается его личной свободой воли. За них как за свои продукты он несет награды и наказания, похвалы и порицания, но кругом и исчерпывается его ответственность и его заслуга. Такова исходная точка этого направления, знающего только личную мораль, личную этику и полагающего исключительно в ней основы человеческой ответственности перед собой и перед другими [25, 34–35].

Выводы.

1. Период античной философии имел огромное значение для формирования уголовно-правового учения о вине и продолжает быть значимым в настоящее время для правильного понимания теории вины. Такие понятия, как «намеренное нарушение норм», «невольная вина» и «трагическая вина», выработанные античными философами, думаем, служили прототипом умысла, неосторожности и невиновного причинения вреда в их современной уголовно-правовой трактовке. Нравственная составляющая содержания вины сегодня также востребована уголовно-правовой наукой. В частности, Б.Т. Разгильдиев считает необходимым, чтобы вина обладала нравственным аспектом, и он отражался бы в ней самостоятельным признаком.

2. Можно предположить, что в соответствии с учением Гераклита вина и виновное поведение рассматривались в неразрывной связи и единстве с глобальными, космическими процессами, а огонь выступал эквивалентом преступления и наказания, виновного и невиновного поведения.

3. Аристотель выделял такие понятия, как «воля», «намерение», «стремление», «страсть», «внезапные, произвольные и преднамеренные действия» и устанавливал между ними корреляцию. Как отмечал философ, намерение по преимуществу связано с добродетелью и по нему лучше, чем по действию судить о характере. Внезапные действия он называл произвольными, но не преднамеренными; различал намерение и стремление.

4. Признание христианским учением психического, субъективного основания ответственности наряду с объективным, а именно тезис о том, что «лицо не может нести ответственность только за факт причинения вреда, необходимо еще установить характер его психического отношения к содеянному», сыграли большую роль в формировании психологической концепции вины.

5. Суждение Г.В.Ф. Гегеля о том, что вина есть оценка факта совершения деяния, внешнее осуждение этого деяния, за основу взяли сторонники оценочной концепции вины.

Литература:

1. Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России / Г.С. Фельдштейн. — Ярославль : Тип. Губернского Правления, 1909. — 668 с.
2. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов / В.С. Нерсесянц. — М. : ИНФРА · М — НОРМА, 1997. — 652 с.
3. Материалисты Древней Греции : собрание текстов Демокрита, Гераклита, Эпикура. — М. : Политическая лит-ра, 1955. — 238 с.
- 4 — 6. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов / В.С. Нерсесянц. — М. : ИНФРА · М — НОРМА, 1997. — 652 с.
7. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием / И.Я. Фойницкий. — М. : Добросвет-2000; Городец, 2000. — 464 с.
8. Платон. Законы : пер. с древнегреч. / Платон ; общ. ред. А.Ф. Лосева, В.Ф. Асмуса, А.А. Тахо-Годи ; авт. ст. в примеч. А.Ф. Лосев ; примеч. А.А. Тахо-Годи. — М. : Мысль, 1999. — (Классическая философская мысль). — 832 с.
9. Аристотель. Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории / Аристотель. — Мн. : Литература, 1998. — (Классическая философская мысль). — 1392 с.
10. Познышев С.В. Учебник уголовного права. Очерк основных начал общей и особенной части науки уголовного права. Общая часть / С.В. Познышев. — М. : Юрид. изд-во Наркомюста, 1923. — 280 с.
11. Разгильдиев Б.Т. Глава 3. Уголовно-правовая характеристика признаков преступления / Б.Т. Разгильдиев // Уголовное право России : курс лекций : в 6 т. / под ред. Б.Т. Разгильдиева. — Т. 2. — Саратов : Изд-во ГОУ ВПО «Сарат. гос. акад. права», 2008. — 648 с.
12. Христианское учение о преступлении и наказании / науч. ред. К.Б. Харabet, А.А. Толкаченко. — М. : Норма, 2009. — 336 с.
- 13 — 14. Августин А. Исповедь / А. Августин ; пер. с лат. М.Е. Сергеевко ; вступ. ст. А.А. Столярова. — М. : Ренессанс, 1991. — (Памятники религиозно-философской мысли). — 488 с.
15. Христианское учение о преступлении и наказании / науч. ред. К.Б. Харabet, А.А. Толкаченко. — М. : Норма, 2009. — 336 с.
16. Векленко С.В. Уголовно-правовая оценка субъективной стороны состава преступления: учеб. пособие / С.В. Векленко, М.В. Бавсун. — Омск : Омская акад. МВД России, 2006. — 103 с.
17. Макиавелли Н. О том, как надлежит поступать с восставшими жителями Вальдикьяны / Н. Макиавелли // Макиавелли Н. Государь. Сочинения исторические и политические. Сочинения художественные: сборник / пер. с итал. Г. Муравьевой, Н. Томашевского,

- Е. Солоновича и др. ; примеч. М. Андреева, Р. Светлова. — М. : Эксмо, 2009. — (Зарубежная классика). — 512 с.
- 18 — 19. Христианское учение о преступлении и наказании / науч. ред. К.Б. Харабет, А.А. Толкаченко. — М. : Норма, 2009. — 336 с.
- 20 — 21. Антология мировой философии : в 4 т. — Т. 3. Буржуазная философия конца XVIII в. — первый двух третей XIX в. / ред.-сост. ; авт. вступит. ст. Н.С. Нарский. — М. : Мысль, 1971. — (Философское наследие). — 760 с.
22. Кант И. Из рукописного наследия (материалы к «Критике чистого разума», Opus postumum) / И. Кант. — М. : Прогресс — Традиция, 2000. — 752 с.
23. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель // ред. и сост. Д.А. Керимов, В.С. Нерсесянц ; авт. вступ. ст. и примеч. В.С. Нерсесянц ; пер. с нем. Б.Г. Столпнера, М.И. Левиной. — М. : Мысль, 1990. — (Философское наследие. Т. 113). — 524 с.
24. Ницше Ф. По ту сторону добра и зла. Сочинения / Ф. Ницше. — М. : Эксмо ; Харьков : Фолио, 2006. — (Антология мысли). — 848 с.
25. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением / И.Я. Фойницкий. — М. : Добросвет-2000; Городец, 2000. — 464 с.

Найбойченко В. В. Філософська основа кримінально-правового розуміння провини.

Анотація. У статті представлений погляд автора на проблему впливу філософських поглядів на виникнення поняття провини і подальший його еволюційний розвиток в теорії кримінального права.

Ключові слова: теорія кримінального права, поняття вини, філософська основа.

Nayboychenko V.V. Philosophical basis of concepts of guilt in criminal law.

Summary. The article presents the author's view on the issue of influence of philosophical views on the emergence of the concept of guilt and its further evolution in the theory of criminal law.

Keywords: theory of criminal law, concept of guilt, philosophical basis.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС,
КРИМІНАЛІСТИКА,
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Комаров И.М.,

*д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой
судебной экспертизы и криминалистики*

Белгородского государственного национального исследовательского университета

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ОПЕРАЦИИ И СЛЕДСТВЕННЫЕ СИТУАЦИИ В СИСТЕМЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Аннотация. В статье дается анализ соотношения криминалистических операций и следственных ситуаций в качестве элементов системы криминалистической характеристики расследования преступлений, раскрывается прикладное значение этих «инструментов» для следственной деятельности.

Ключевые слова: криминалистическая характеристика, криминалистическая операция, следственная ситуация.

Постановка проблемы. В основе прикладной методики расследования преступлений лежат обоснованные криминалистической теорией данные, использование которых следователем способствует достижению назначения уголовного судопроизводства, определенного ст. 6 УПК РФ.

Изложение основного материала. Криминалистическая методика расследования структурно представляет собой систему, состоящую из двух элементов: криминалистической характеристики преступлений и криминалистической характеристики расследования преступлений.

Криминалистическая характеристика преступлений также многоэлементная система с основным назначением — служить информационной базой выдвижения типичных версий (преимущественно на первоначальном этапе) предварительного расследования.

Криминалистическая характеристика расследования более сложная категория, которая была введена в научный оборот В.К. Гавло и В.А. Образцовым в 1982 г. [1]. В работах В.К. Гавло она и получила наибольшее развитие как компонент криминалистической методики расследования преступлений, отражающий ее перспективную направленность с содержанием закономерностей

механизма досудебного производства и судебного следствия.

В.К. Гавло верно считает, что основными компонентами криминалистической характеристики расследования, являются «следственные ситуации, следственные версии и направления расследования, складывающиеся на первоначальном и последующем этапе, система следственных, оперативно-розыскных и иных организационно-технических действий и тактических операций, обеспечивающих выполнение целей расследования» [2].

С учетом того, что типовая криминалистическая характеристика расследования представляет собой единое целое, объединяющее систему знаний о том, как раскрывать, расследовать и предотвращать преступления в ходе досудебного и судебного производства, закономерно возникают вопросы, в частности о том, какие связи и отношения существуют между частями ее содержания и, в первую очередь, с криминалистическими операциями и что дает криминалистическая характеристика расследования процессам планирования, организации и проведения криминалистических операций в ходе досудебного производства.

Ответы на эти вопросы следует искать с установления связей и отношений в системе «криминалистические операции и криминалистические ситуации» как важнейших компонентов криминалистической характеристики расследования.

Для этого первоначально следует обратиться к вопросу о том, что представляют собой криминалистические ситуации?

Широко известно мнение Р.С. Белкина о том, что следственной ситуацией является обстановка, в «которой протекает доказывание» [3].

На наш взгляд следует проводить различие между криминалистической ситуацией

(обстановкой) досудебного производства по расследованию конкретного преступления и криминалистической ситуацией как категорией криминалистической науки.

Неповторимость конкретного досудебного производства по уголовному делу связана с множеством индивидуальных факторов и условий, в том числе с определенной характеристикой личности следователя, сложившейся на основе его опыта, интеллекта, характера, специализации, прочих особенностей. В совокупности они и определяют конкретную криминалистическую ситуацию досудебного производства. Для нее невозможно разработать криминалистические рекомендации по применению тех или иных приемов, так как невозможно учесть все факторы и условия, возникающие в каждом отдельно взятом досудебном производстве. Если все же попытаться идти по этому пути, то это будет уже не криминалистика, а паракриминалистика, о которой писал А.М. Ларин [4].

В этой связи мы разделяем точки зрения Л.Я. Драпкина, Г.А. Зорина, О.Я. Баева и других криминалистов, утверждающих, что криминалистическая ситуация как категория науки криминалистики есть не что иное, как модель, главным образом, информационного характера, типичных криминалистических ситуаций досудебного производства [5]. Информационный характер является одной из главных особенностей криминалистических ситуаций, так как, по верному замечанию Т.С. Волчецкой, «отражает криминальные ситуации, образующие преступления» [6]. Отношение к криминалистическим ситуациям как к моделям позволяет воспринимать их лишь наиболее значимые и типичные признаки и свойства тех криминалистических ситуаций конкретного досудебного производства, моделью которых они являются и могут использоваться в расследовании конкретных уголовных дел.

Типичные криминалистические ситуации, по своему содержанию, выступают своеобразными теоретическими моделями, которые позволяют правильно «ориентироваться в сложившемся положении вещей в общем, и выбирать наиболее характерные для данного случая приемы и способы расследования, обеспечивающие собирание недостающей фактической информации по делу» [7].

В их основе лежат такие главные показатели, как наличие (отсутствие) типичной исходной информации, сведений о фактических и иных данных по досудебному производству, сориентированные на типовую криминалистическую характеристику отдельного вида преступлений. Поэтому раскрывать содержание криминалистических ситуаций необходимо через определение их информационной структуры. Она состоит из данных, относящихся к типовой криминалистической характеристике вида преступлений и проявляющихся по ходу досудебного производства, показывая тем самым, какие из них известны (неизвестны) на первоначальном этапе, установлены (не установлены) в ходе досудебного производства, каково их сочетание и значение для определенных задач досудебного производства. Особо следует акцентировать внимание влияния криминалистической ситуации на формирование криминалистической характеристики расследования преступлений, отражающей сведения об обстановке, в которой выявлено преступление и возбуждено досудебное производство, проводятся процессуальные и непроцессуальные действия, применяются криминалистические средства, приемы и методы для достижения задач досудебного производства.

Приведенное понимание информационной структуры криминалистических ситуаций соответствует системно-генетическому подходу для объяснения сложных исследований различных явлений и, на наш взгляд, точнее определяет основу и поле нахождения в них фактических и иных сведений как результат и факт их образования.

Информационная структура криминалистических ситуаций включает следующие компоненты: а) следственные и оперативно-розыскные данные о способе, механизме, личности субъекта преступления, объекте и предмете преступного посягательства, личности потерпевшего, обстановке, мотиве, цели и других обстоятельствах расследуемого события; б) следственные и оперативно-розыскные данные в целом о расследуемом событии; в) наличие доказательств о расследуемом событии и его отдельных обстоятельствах; в) данные о возможной инсценировке расследуемого события; г) сведения о противодействии следствию со стороны заинтересованных лиц; д) сведения о возможных

источниках получения фактических и иных данных; е) данные об обстановке, в которой выявлено, возбуждено уголовное дело, начато расследование и проводятся первоначальные следственные и иные действия; ж) данные об обстановке, в которой ведется расследование после производства первоначальных следственных и иных действий; з) данные, затрудняющие расследование, «как следствие своеобразия обстановки и условий по обнаружению и сохранению отдельных доказательств» [7].

На этот счет существуют и другие точки зрения [8]. Систему этих компонентов можно считать самой общей теоретической моделью криминалистических ситуаций.

Поэтому криминалистическую ситуацию можно определить как информационную теоретическую модель, познание которой обеспечивает следователю возможность выбора способов и средств для решения задач в типичных криминалистических ситуациях досудебного производства.

Иными словами, эта теоретическая модель, исходя из характера научной абстрактности, содержащихся в ней компонентов, позволяет сформулировать следователю в самом общем выражении «программу деятельности, направленную к решению определенной задачи» [9].

Программа деятельности по расследованию преступлений на основе метода аналогии позволяет применить типичные модели криминалистических ситуаций любого вида преступлений, схожих по своей информационной структуре с вышеприведенной информационной системой. При этом следователь может абстрагироваться от отдельных компонентов ситуации, но лишь при определенных условиях: если они не характерны для расследования вида преступлений. Например, для досудебного производства по расследованию отдельных преступлений не типичным является такой компонент информационной структуры криминалистических ситуаций, как данные о возможной инсценировке расследуемого события. Поэтому этот компонент при построении типичных теоретических моделей криминалистических ситуаций в досудебном производстве может быть опущен. Определяющим критерием в этих обстоятельствах является относимость компонентов ко всему процессу досудебного производства. Более

высокая степень конкретности этого знания предоставляет следователю возможность формулирования типичного алгоритма решения той или иной задачи досудебного производства, т.е. программы деятельности, «содержащей полный перечень всех необходимых действий и их последовательность» [10].

Возникают вопросы: каков механизм этой деятельности и как им следует пользоваться для достижения поставленных целей?

Ответы на них видятся нам следующим образом. Криминалистическая характеристика вида преступлений подсказывает следователю своим содержанием, что и где надо искать, каковы следы-последствия содеянного и т.д. Она же содержит знания о типичных материально-фиксированных и идеальных следах вида преступлений. Их закрепление в качестве уголовно значимой доказательственной и ориентирующей информации возможно посредством достижения системной задачи, что при проверке следственной версии обеспечивает спланированная, организованная и примененная в процессе досудебного производства криминалистическая операция. Ее характер и содержание через указанную задачу определяется типичной теоретической моделью криминалистической ситуации, которая на основе своей информационной структуры далее «подсказывает», какие процессуальные и непроцессуальные действия необходимо провести и какова должна быть их последовательность.

Например, типовая криминалистическая характеристика преступлений, связанных с уклонениями от несения обязанностей по военной службе¹, своим содержанием определяет системную задачу: розыск и задержание военнослужащего, совершившего самовольное оставление части. Одной из системы целей, позволяющих решить указанную системную задачу посредством проведения методико-криминалистической операции, является изучение личности военнослужащего, цели и мотива совершенного им преступления. В условиях благоприятной типичной криминалистической ситуации на первоначальном этапе расследования достижение указанной цели делает возможным получение уголовно значимой

¹ Данный вид преступной деятельности по механизму поведения преступника нам более понятен, в связи с продолжительной службой в системе органов военной прокуратуры.

доказательственной и ориентирующей информации следующего рода:

1. о личности, уклонившегося от исполнения обязанностей военной службы, по методу «словесного портрета» с указанием одежды, в которой он находился, а также предметов, находящихся при нем;

2. об обстоятельствах, при которых скрылся военнослужащий; его поведении накануне побега; мыслях, высказываемых перед совершением преступления; жизненных планах на ближайшее время; о населенных пунктах, где он ранее проживал, о прошлых связях; о вещах и предметах, которые были взяты при побеге; об образе жизни военнослужащего, его привычках, навыках и пр.;

3. о психическом здоровье этого военнослужащего.

Указанная информация может быть получена на основе следующего алгоритма процессуальных и непроцессуальных действий субъекта доказывания: допросов командиров и сослуживцев разыскиваемого военнослужащего; допросов родителей и родственников военнослужащего по отдельным поручениям следователя; его запросов о необходимых сведениях относительно разыскиваемого в соответствующие государственные и негосударственные учреждения и предприятия.

Значимость криминалистических ситуаций для планирования, организации и проведения криминалистических операций в процессе досудебного производства определяется не только возможностью «задать» или «подсказать» следователю необходимую программу деятельности, содержащую полный перечень всех необходимых действий и их последовательность, но и тем, что они могут изменять системы целей и задач расследования как полностью, так и частично. Если, например, взять вышеприведенную систему целей методико-криминалистической операции по розыску и задержанию военнослужащего, совершившего уклонение от исполнения обязанностей военной службы, то его задержание после достижения таких целей указанной операции, как изучение события преступления по результатам осмотра места происшествия и изучение личности военнослужащего, цели и мотива преступления, изменяет криминалистическую ситуацию, снимает цели операции, связанные с изучением его связей, получением желаемой

информации о его личности и связях, познанием поведения после совершения уклонения от исполнения обязанностей военной службы и его предполагаемых путей следования.

Таким образом, связи и отношения между криминалистическими ситуациями и криминалистическими операциями в системе криминалистической характеристики расследования можно определить как систему «типовая криминалистическая характеристика вида преступлений — криминалистическая ситуация — криминалистическая операция — следователь». Криминалистические ситуации в этой системе на основе прямых вероятностных связей выступают фактором, определяющим содержание криминалистических операций. Криминалистическая характеристика преступлений здесь играет опосредованную информационную роль.

Системные задачи и содержание криминалистических операций в приведенной системе в значительной степени зависят от характера криминалистических ситуаций и в первую очередь от характера, основанного на сущности разделов, составляющих систему криминалистики.

Мы полагаем, в этой связи можно говорить о криминалистических ситуациях технического, тактического и методического характера.

В криминалистике отчасти уже высказывались схожие мнения. Так, А.Н. Васильев и Н.П. Яблоков указывали на возможность изучения криминалистических ситуаций, как в разделе криминалистической тактики, так и разделе методики расследования отдельных видов преступлений [11]. Однако какого-либо обоснования этому сделано не было.

Наши взгляды на технико-криминалистические ситуации близки точке зрения В.А. Снеткова, который рассматривал их в качестве частных по отношению к криминалистическим ситуациям, оказывающих влияние на деятельность следователя по применению технико-криминалистических средств при работе с вещественными доказательствами [12]. Уточняя приведенную точку зрения можно сказать, что технико-криминалистические ситуации определяют характер деятельности следователя по решению частных системных задач технико-криминалистических операций.

В основе определения тактического характера криминалистических ситуаций лежит

степень и противодействие, оказываемое процессу досудебного производства, а также, как верно пишет О.Я. Баев, «обусловленные этим отношения, складывающиеся между следователем и субъектом — носителем информации, интересующей следователя» [13].

О тактико-криминалистических ситуациях как разновидности криминалистических ситуаций писал И.Ф. Герасимов. Он считает их «основной разновидностью следственных ситуаций применительно к тактике отдельных следственных действий» [14].

Методический характер криминалистических ситуаций на каждом этапе досудебного производства определяется уголовно значимой доказательственной и ориентирующей информацией, обуславливающей направленность и возможность досудебного производства [15].

По нашему мнению, в одной отдельно взятой криминалистической операции криминалистическая ситуация может быть технической, тактической и методической. Это связано с системной задачей, которую данная криминалистическая операция решает и сложностью фактических обстоятельств, возникающих в процессе досудебного производства.

Например, методический характер криминалистической ситуации для методико-криминалистической операции по розыску и задержанию военнослужащего, совершившего уклонение от исполнения обязанностей военной службы, во всяком случае, на ее первоначальном этапе, определяется следующими обстоятельствами: известен военнослужащий, который, судя по типичной исходной информации, совершил самовольное оставление части. Разрешая эту ситуацию, необходимо установить, действительно ли этим военнослужащим совершено указанное преступление, содержит ли это деяние необходимые элементы преступления, предусмотренного ст. 337 УК РФ, а также все обстоятельства, требуемые по смыслу ст. 73 УПК РФ.

В процессе проведения указанной методико-криминалистической операции при проведении определенных процессуальных действий следователь может столкнуться с криминалистической ситуацией тактико-криминалистического характера. Она может быть благоприятной и неблагоприятной. Например, объективные показания непосредственного командира разыскиваемого военнослужащего

отражают благоприятную криминалистическую ситуацию тактического характера, которую, например, О.Я. Баев в самом широком смысле определяет в следующем качестве: «... субъект обладает искомой информацией, адекватно ее воспринял, желает и может также адекватно воспроизвести ее следователю» [16].

Технического решения требует криминалистическая ситуация в методико-криминалистической операции по розыску и задержанию военнослужащего в том случае, если в ходе проведения розыскных мероприятий будет обнаружен обезображенный труп человека, предположительно относящийся к разыскиваемому военнослужащему, что требует проведения необходимых идентификационных действий и последующего следственного действия — предъявления для опознания. В таком случае, видимо, речь должна идти о технической криминалистической ситуации.

Криминалистами также подмечено (А.Н. Васильев, Н.П. Яблоков и другие), что сложные тактико-криминалистические ситуации, их оценка и разрешение возникают и при производстве отдельных следственных действий и криминалистических операций. Неправильный анализ и оценка фактических обстоятельств в ситуациях не позволяют рассчитывать на успех применения и следственных действий, и указанных операций. Как при производстве следственных действий, так и при проведении операций складываются определенные криминалистические ситуации, но по содержанию и направленности они различны. Криминалистические ситуации, возникающие в рамках проведения определенных следственных действий и операций характеризуют сложившиеся локальные обстановки главным образом с тактических позиций. Информационная основа таких положений согласуется с локальным характером их роли. Должным образом оцененное своеобразие содержания обуславливает выбор наилучшей тактики одного или нескольких действий с целью успешного решения стоящих перед ними задач. Такие ситуации практически не связаны с характером и особенностями преступлений. Поэтому их предложено именовать ситуациями следственных действий и ситуациями криминалистических операций. С этим следует согласиться.

Важно при этом учесть, что тщательный анализ содержания криминалистических

ситуацій надає слідчому можливість планувати, організувати і проводити необхідні криміналістичкі операції, обумовлені саме цими ситуаціями, їх інформаційним змістом.

Слідственні версії і напрoвлення розслідування, складаються на первісному і наступному етапі, як було зазначено, поряд з криміналістичкими ситуаціями є важливим компонентом криміналістичкої характеристики розслідування. В ній криміналістичка операція буде виступати як комплексний спосіб рішення завдань досудебного виробництва.

Перевірка версій, пише А.М. Ларин, як відомо, складається в цілеспрямованому і цілеспрямованому, т.е. ефективному, збиранні доказів [17]. Представляється правильним при перевірці слідствених версій спростом криміналістичких операцій виділяти два етапи: попередню логічну обробку слідчим висунутої слідственої версії і її практичну діяльність по організації і проведенню запланованої криміналістичкої операції.

На першому етапі достатньо ефективним буде наступний алгоритм мислительної діяльності слідчого.

Воперше, це висновок слідствених версій і припущення про сліди, які можуть бути виявлені в разі відповідності слідственої версії фактичним обставинам трапившого події (системна задача криміналістичкої операції). Важливу роль в якості інформаційної бази в цьому мислительному процесі суб'єкта доведення грає типовая криміналістичка характеристика виду злочинів.

Воперше, визначення на основі даних типової криміналістичкої характеристики виду злочинів і характері складеної криміналістичкої ситуації алгоритма процесуальних і непроцесуальних дій, оптимально забезпечують проведення криміналістичкої операції.

Втретьє, визначення процедури організації і проведення запланованої криміналістичкої операції.

Вказаний порядок попередньої логічної обробки висунутої слідственої версії слідчим своїм змістом

фактично вказує на визначену нами структуру методу криміналістичких операцій (системна задача і система цілей, засоби, зв'язки), що забезпечує можливість їх планування, організації і проведення в практичній діяльності слідчого з урахуванням характеру і особливостей криміналістичких ситуацій.

Криміналістичкі операції пов'язані з слідственими версіями і способами досягнення системної задачі досудебного виробництва. Їх взаємозв'язок можна представити системою «типовая криміналістичка характеристика виду злочинів — криміналістичка ситуація — слідствена версія — криміналістичка операція — слідчий».

Наступним компонентом криміналістичкої характеристики розслідування є система слідствених, оперативно-розшукових і інших організаційно-технічних дій. Фактично це система способів збирання, дослідження і оцінки доказів, про яку писав С.А. Шейфер [18].

Зв'язки і відносини в криміналістичких операціях і системі способів збирання, дослідження і оцінки доказів визначаються криміналістичкими ситуаціями. Вони, як зазначив Л.Я. Драпкин, в відповідності з принципами кібернетики і теорії ситуаційного управління, з відносно ненадійних елементів (окремні процесуальні і непроцесуальні дії) сформують надійну підсистему і криміналістичку операцію [19].

Таким чином, зв'язки і відносини між слідственими і організаційно-технічкими заходами і криміналістичкими операціями в системі криміналістичкої характеристики розслідування можна визначити як систему «типовая криміналістичка характеристика виду (групи) злочинів — криміналістичка ситуація — слідствена версія — слідственні і організаційно-технічні заходи — криміналістичка операція — слідчий».

Все вищеизложенное приводить нас до наступних **висновків**:

— характер криміналістичких ситуацій і слідствених версій досудебного виробництва як компонентів криміналістичкої характеристики розслідування безпосередньо вказує слідчому на зміст

криміналістических операцій, в меншій степені вони коректують їх системні задачі; — системи слідственних і організаційно-технічних заходів як компонент криміналістическої характеристики розслідування з урахуванням характеру криміналістических ситуацій і слідственних версій непосредственно формують зміст криміналістическої операції» [20].

Наші висновки близькі до висновків Л.Д. Самыгина, досліджувавшего процес розслідування злочинів як систему діяльності. «Постановка задачі, — писав він, — лише легка натякає на шлях її рішення. Прямі рекомендації насчет цілесобразних методів і засобів пропонує криміналістическа характеристика розслідування виду злочинів, особливо тепер, коли є можливість запропонувати навіть алгоритм рішення певної задачі (за допомогою криміналістическої операції — *И.К.*)» [21].

Установлені зв'язки і відносини, полагая, грають важливу роль в процесах моделювання криміналістических операцій для практичного застосування їх слідчим в процесі досудового виробництва.

Литература:

1. Гавло В.К. Криміналістический механізм злочину і його значення в розслідуванні / В.К. Гавло // *Борьба с преступностью на современном этапе.* — Барнаул, 1982. — С. 59-61; Гавло В.К. О понятии, значении и задачах методики расследования отдельных видов преступлений / В.К. Гавло // *Борьба с преступностью на современном этапе.* — Барнаул, 1982. — С. 109-118.
2. Гавло В.К. Проблемы теории и практики криміналістической методики расследования злочинів : автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук / В.К. Гавло. — М., 1988. — С. 29.
3. Белкин Р.С. Курс криміналістики / Р.С. Белкин. — 3-е изд. — М. : НОРМА, 2001. — С. 630.
4. Ларин А.М. Криміналістика и паракриміналістика : научно-практическое и учебное пособие / А.М. Ларин. — М. : БЕК, 1996. — 192 с.
5. Драпкин Л.Я. Основы теории следственных ситуаций / Л.Я. Драпкин. — Свердловск, 1987; Зорин Г.А. Теоретические основы криміналістики / Г.А. Зорин. — Минск : Амалфея, 2000; Баев О.Я. О структуре / О.Я. Баев. — Калининград : Изд-во Калинингр. ун-та, 1997. — С. 92.; Волчецкая Т.С. Криміналістическая ситуалогія : монографія / Т.С. Волчецкая ; под ред. Н.П. Яблокова. — Москва.
6. Васильев А.Н. Предмет, система и теоретические основы криміналістики / А.Н. Васильев, Н.П. Яблоков. — М. : Изд-во МГУ, 1984. — С. 14.
7. Гавло В.К. Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений / В.К. Гавло. — Томск : Изд-во Том. ун-та, 1985. — С. 225-226.

8. Белкин Р.С. Курс криміналістики : в 3 т. / Р.С. Белкин. — Т. 3: Криміналістические средства, приемы и рекомендации. — М. : Юрист, 1997. — С. 129-139.
9. Эйсмэн А.А. Логика доказывания / А.А. Эйсмэн. — М. : Юрид. лит., 1971. — С. 109.
10. Эйсмэн А.А. Логика доказывания / А.А. Эйсмэн. — М. : Юрид. лит., 1971. — С. 109.
11. Васильев А.Н. Предмет, система и теоретические основы криміналістики / А.Н. Васильев, Н.П. Яблоков. — М. : Изд-во МГУ, 1984. — С. 134.
12. Снетков В.А. Элементы технико-криміналістической ситуации осмотра места происшествия / В.А. Снетков // *Следственная ситуация.* — М., 1985. — С. 16.
13. Баев О.Я. Следственные ситуации: их тактическая и методическая сущность / О.Я. Баев // *Роль и значение деятельности профессора Р.С. Белкина в становлении и развитии современной криміналістики: Материалы международной конференции.* — М. : Изд-во Академии управления МВД РФ, 2002. — С. 108.
14. Герасимов И.Ф. Криміналістическая тактика и следственные ситуации / И.Ф. Герасимов // *Теоретические проблемы криміналістической тактики.* — Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1981. — С. 18.
15. Баев О.Я. Основы криміналістики / О.Я. Баев. — М. : Экзамен, 2001. — С. 224-232.
16. Баев О.Я. Следственные ситуации: их тактическая и методическая сущность / О.Я. Баев // *Роль и значение деятельности профессора Р.С. Белкина в становлении и развитии современной криміналістики: Материалы международной конференции.* — М. : Изд-во Академии управления МВД РФ, 2002. — С. 108.
17. Ларин А.М. От следственной версии к истине / А.М. Ларин. — М. : Юрид. лит., 1976. — С. 155.
18. Шейфер С.А. Следственные действия / С.А. Шейфер. — М. : Юрид. лит., 1981. — С. 45-60.
19. Драпкин Л.Я. Основы криміналістической теории следственных ситуаций : автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук / Л.Я. Драпкин. — М., 1987. — С. 31.
20. Комаров И.М. Криміналістические операции и криміналістическая характеристика раскрытия, расследования и предотвращения злочинів / И.М. Комаров // *Известия Алтайского государственного университета.* — 2003. — № 2(28) — С. 56.
21. Самыгин Л.Д. Расследование злочину как система деятельности / Л.Д. Самыгин. — М. : Изд-во МГУ, 1989. — С. 57.

Комаров І.М. Криміналістичні операції та слідчі ситуації в системі криміналістичної характеристики розслідування злочинів.

Анотація. У статті дається аналіз співвідношення криміналістичних операцій і слідчих ситуацій в якості елементів системи криміналістичної характеристики розслідування злочинів, розкривається прикладне значення цих «інструментів» для слідчої діяльності.

Ключові слова: криміналістична характеристика, криміналістична операція, слідча ситуація.

Komarov I.M. Criminalistics operations and investigatory situations in system of the criminalistics characteristic of investigation of crimes.

Summary. In article is given the analysis of a ratio of criminalistics operations and investigatory situations as elements of system of the criminalistics characteristic of investigation of crimes, applied value of these «tools» for investigatory activity reveals.

Keywords: forensic characterization, forensic operation investigatory situation.

*Корж В.П.,
д.ю.н. профессор кафедри
уголовного процесса и криминалистики
Харьковского национального университета внутренних дел,
Почетный работник прокуратуры Украины*

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ТАКТИКИ

Аннотация. В статье рассматриваются современные тенденции развития криминалистической тактики.

Ключевые слова: криминалистика, криминалистическая тактика.

Постановка проблемы. Криминалистическая тактика, как подсистема общей теории криминалистики, обеспечивает своими рекомендациями организацию криминалистической деятельности при собирании, исследовании, использовании доказательств в соответствии с целями следственных, судебных действий, что, в конечном счете, повышает результативность расследования и судебного разбирательства. К числу субъектов криминалистической деятельности на досудебном следствии относятся следователь, прокурор, оперативный работник, специалист, эксперт; в судебном разбирательстве — сторона обвинения, сторона защиты, суд.

Процессы дифференциации, интеграция достижений разнообразных наук судопроизводства влияет на содержание криминалистической тактики. Криминалистическое обеспечение сферы судебного разбирательства рекомендациями, средствами, приемами, методами, их эффективное использование в суде стороной обвинения, стороной защиты и судом свидетельствуют о необходимости теоретического уточнения понятия криминалистической тактики, ее структуры, границ и взаимосвязей с криминалистической техникой и методикой расследования отдельных видов преступления, иными областями научного знания.

Тенденция развития криминалистической тактики в судебном разбирательстве включает разработку криминалистических рекомендаций, приемов, методов, которые могут быть использованы участниками процесса,

сторонами и судом для исследования и оценки имеющихся и собранных доказательств.

Анализ последних исследований. Проблемы тактики судебного следствия были предметом научного исследования Л.Е. Ароцкера. Он отметил, что одним из важнейших условий, определяющих своеобразие применения положения криминалистической тактики в суде, является участие в исследовании доказательств, в производстве всех судебных действий наряду с судом, и представителей обвинения и защиты [1, 17–18].

Изложение основного материала. Современное развитие криминалистической тактики неразрывно связано с дальнейшим совершенствованием существующих и разработки технико-криминалистических средств, приемов, тактических приемов и комбинаций, изменение ее задач и рекомендаций с использованием типичных экспериментальных методов естественных, технических, экономических наук, юридической психологии, теории информации, положений математической логики, компьютерных технологий. Эта тенденция обусловлена процессами «технизации», «психологизации» и «компьютеризации» криминалистической тактики.

Внедрение в следственную, судебную практику новых тактических приемов и рекомендаций обуславливают изменения процессуального законодательства, определяющего процедуру собирания, исследования и использования доказательств. Криминалистическая тактика в рамках этой процедуры обеспечивает эффективность процессуального действия на досудебном следствии и в суде. Принятие нового УПК в Украине, существенные изменения видов следственных действий воздействует на развитие и совершенствование криминалистической тактики. Современные технологии общения посредством видеоконференции

проникли в сферу уголовного судопроизводства. Так, новым в уголовном процессуальном законодательстве является проведение допроса, опознания в режиме видеоконференции в ходе досудебного расследования (ст. 232 нового УПК Украины) и проведение процессуальных действий в режиме видеоконференции в судебном заседании (ст. 336 нового КПК). Существенно изменились в новом процессуальном законодательстве Украины виды следственных действий. Законодатель выделяет следственные (розыскные) действия и негласные следственные (розыскные) действия. К последним относятся аудио-видеоконтроль лица; арест, осмотр и выемка корреспонденции; снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей; снятие информации с электронных информационных систем, установление местонахождения с помощью радиоэлектронных средств, наблюдение за лицом, предметом, местом, контроль за совершением преступления, негласное получение образцов, необходимых для сравнительного исследования. Указанные действия по задачам, целям, субъектам выполнения относятся не к следственным, а оперативно-розыскным. Таким образом, в новом УПК Украины имеет место правовая регламентация оперативно-розыскных действий. В связи с этим возникла необходимость разработки новых тактических приемов, тактических операций (комбинаций).

Новое процессуальное законодательство определило процедуру собирания, исследования и использования доказательств. При этом объектом криминалистической тактики является новый уголовно-процессуальный закон, который приобретает значение объекта познания общего для науки уголовно-процессуального права и для криминалистики. Данное направление отражает еще одну тенденцию развития криминалистической тактики.

Порядок судебного разбирательства регламентируется уголовно-процессуальным законом. В ходе судебного разбирательства суду, прокурору, защитнику предстоит решать разные тактические задачи и принимать тактические решения. За пределами законодательной регламентации остаются действия стороны обвинения, стороны защиты в конкретной судебной ситуации, тактика исследования доказательств, тактика допроса обвиняемого (подсудимого), допроса свидетелей

и потерпевших, тактика осмотра вещественных доказательств, тактика проведения других процессуальных действий.

Основным принципом уголовного судопроизводства является принцип состязательности сторон в судебном разбирательстве. Он предусматривает четкое разделение функций: обвинения, защиты, рассмотрение и разрешение дела по существу. В связи с этим необходимо в судебном разбирательстве выделить три следующие взаимосвязанные, взаимообусловленные положения криминалистической тактики:

а) положения, которые характеризуют тактику обвинения;

б) положения, которые характеризуют тактику защиты;

в) положения, которые характеризуют тактику проведения процессуальных действий в суде.

У стороны обвинения и стороны защиты в судебном процессе разные тактические задачи и цели. В соответствии с ч. 3 ст. 56 нового УПК Украины потерпевший в судебном заседании имеет право поддерживать обвинение в случае отказа прокурора от поддержания обвинения и пользуется всеми правами стороны обвинения во время судебного разбирательства (ч. 2, 3, 4 ст. 340 нового УПК). Если в судебном разбирательстве участвуют представитель — защитник прав потерпевшего и законный представитель несовершеннолетнего потерпевшего, то в указанных законом случаях они пользуются всеми правами стороны обвинения (ст. 55–59, ч. 4 ст. 340 нового УПК). Следует отметить, что в новом УПК Украины (гл. 3) определена сторона защиты, в частности, — это подозреваемый, обвиняемый (подсудимый), оправданный, осужденный, его защитник, законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого.

Сторона обвинения использует криминалистические рекомендации, приемы, методы, в ходе судебного разбирательства с целью исследования собранной доказательственной информации о событии преступления, его составе и мотиве, иных обстоятельствах, имеющих значение для установления виновности лица в совершении преступления или непричастности этого лица к его совершению. В ходе судебного расследования сторона обвинения, реализуя функцию уголовного преследования

в суде, анализирует фактические обстоятельства события преступления, собранные доказательства, дает им объективную оценку и принимает тактическое решение:

1) поддерживать обвинение в судебных прениях, то есть доказать событие преступления, виновность подсудимого в совершении этого преступления и убедить суд в правильности своей процессуальной позиции о постановлении обвинительного приговора, осуждении виновного по конкретной статье уголовного закона и применении меры наказания, которая соответствует тяжести совершенного преступления и личности подсудимого. В соответствии с требованиями ст. 338 нового УПК Украины, прокурор имеет право изменить правовую квалификацию или объем обвинения, если во время судебного разбирательства установлены новые фактические обстоятельства преступления, в котором обвиняется лицо, а также — выдвинуть дополнительное обвинение (ст. 339 нового УПК);

2) отказаться от поддержания обвинения в судебных прениях, если в ходе судебного следствия не установлено событие преступления или в деянии подсудимого отсутствует состав преступления, или не доказано участие подсудимого в совершении преступления и убедить суд в правильности своей процессуальной позиции о постановлении оправдательного приговора [2, 34].

Существенное значение в судебном разбирательстве имеет тактика защиты. Некоторые криминалисты отождествляют понятие «тактика защиты» и «тактика адвокатской деятельности». По их мнению, тактика адвокатской деятельности включает систему рекомендаций, разработанных на основе достижения науки и практики адвокатской деятельности об оптимальном варианте правовой позиции адвоката и его реализации в конкретных условиях его работы в том или другом деле, наиболее эффективные способы действий при защите прав и законных интересов граждан [3, 243]. Данное определение не бесспорно. Во-первых, одной из функций уголовного судопроизводства является функция защиты. Во-вторых, в УПК Украины (в т.ч. новом) используется терминология «защитник». В ходе судебного разбирательства сторона обвинения и сторона защиты для достижения собственных процессуальных интересов используют

различные тактические приемы, методы с целью убедить судью в правильности своей процессуальной позиции. Использование тактических приемов одной стороной влияет на тактику противоположной стороны, а также на тактику судьи.

Выбор сторонами, судьей криминалистических рекомендаций, приемов, методов зависит от конкретной ситуации, которая сложилась при подготовке к судебному заседанию, в ходе судебного следствия или при производстве судебных действий. Как свидетельствует практика, в ходе судебного разбирательства могут возникать бесконфликтная, конфликтная, проблемная ситуации. В зависимости от ситуации, сторона обвинения, сторона защиты и суд выбирают тактические приемы.

Вывод. Вышеуказанное подтверждает необходимость теоретического уточнения понятия криминалистической тактики. Полагаю, что криминалистическая тактика, как раздел криминалистики, представляет систему научных положений, рекомендаций по организации и планированию в конкретной ситуации расследования преступления, судебного разбирательства, производства, следственных, судебных действий и определению оптимальной линии поведения субъектов и участников криминалистической деятельности, обеспечению их безопасности, преодолению противодействия в расследовании и судебном разбирательстве.

Литература:

1. Использование данных криминалистики в судебном разбирательстве уголовных дел / Л.Е. Ароцкер. — М. : Юрид. лит., 1964. — 223 с.
2. Корж В.П. Промова прокурора по кримінальним справам : навчальний посібник / В.П. Корж. — Видання друге, доповнене. — Харків. — 1999. — 64 с.
3. Криміналістика. Академічний курс : підручник / Т.В. Варфоломеева, В.Г. Гончаренко, В.І. Бояров [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 504 с.

Корж В. П. Сучасні тенденції розвитку криміналістичної тактики.

Анотація. У статті розглядаються сучасні тенденції розвитку криміналістичної тактики.

Ключові слова: криміналістика, криміналістична тактика.

Korj V.P. Current trends forensic tactics. Summary. The article reviews current trends forensic tactics.

Keywords: criminalistics, forensic tactics.

Стратонов В.М.,

*д.ю.н. професор, декан юридичного факультету
Херсонського державного університету,
Заслужений юрист України*

Іванищук А.А.,

*к.ю.н., доцент кафедри галузевого права
Херсонського державного університету*

ФОРМУВАННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ОСНОВ МІЖНАРОДНОЇ КРИМІНАЛІСТИКИ

Анотація. В даній роботі закладаються основні ідеї щодо розробки загальної концепції та майбутніх теоретичних основ міжнародної криміналістики, яка повинна стати запорукою в боротьбі зі світовою злочинністю.

Ключові слова: міжнародна криміналістика, міжнародні відносини, глобальна злочинність.

Постановка проблеми. Як свідчать факти та статистичні дані, злочинність глобалізується і її небезпека має тенденцію до зростання в усьому світі. Серед них тероризм є однією з найгостріших проблем та загроз для світової спільноти на початку XXI століття, яка негативно впливає як на різні сфери суспільного життя всередині держави, так і на різні аспекти міжнародних відносин. Якщо в часи «холодної війни» головною проблемою було збереження миру на континенті, то сьогодні такою, поряд з іншими, є проблема протидії міжконтинентальній злочинності, серед яких тероризм, незаконна торгівля людьми, незаконні обороти наркотичних речовин та їх прекурсорів, комп'ютерні злочини тощо. Події, що відбуваються останнім часом у світі, свідчать про загрозу, швидко прогресуючу модифікацію цих небезпечних явищ. Для цього необхідно розробити концепцію, в межах якої визначити роль і місце міжнародної криміналістики. Адже відомо, що сьогодні розвивається такий інститут як міжнародна кримінологія тощо. Тому це і дозволяє нам віднести дану проблему до актуальних.

Мета роботи. Визначити та охарактеризувати проблеми створення концептуальних основ міжнародної криміналістики.

Викладення основного матеріалу. У низці глобальних проблем, що несуть загрозу для

всього людства, ООН виділяє дванадцять і серед них — боротьба із злочинністю і тероризмом. Зазначене ставить перед міжнародним правом все більше і більше завдань та проблем, які потребують іноді негайного вирішення. Про це свідчать матеріали круглого столу, який відбувся на кафедрі міжнародного права Інституту міжнародних відносин Національного авіаційного інституту [1].

Тому на сьогоднішній день розвиваються ідеї міжнародного направлення в кримінології (В. Антипенко, В. Дрьомін, О. Костенко, Т. Короткий).

Оскільки злочинна діяльність проти миру і безпеки людства, насамперед поширення міжнародного тероризму, загроза використання з терористичною метою ядерних та інших об'єктів на території України, небезпека техногенного, у тому числі ядерного та біологічного тероризму, комп'ютерний тероризм віднесені згідно ст. 7 Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 року до основних реальних та потенційних загроз національній безпеці України, постає проблема щодо виявлення як причин та умов, так і розкриття та розслідування даних злочинів. Отже необхідно перш за все розробити теоретичні основи та практичні рекомендації саме з питань, які входять в предмет та систему криміналістики.

Звичайно першою проблемою стане визначення предмету криміналістики та її методологічних засад, до сьогодні різні наукові школи трактують його по-різному, я вже не говорю про об'єкт криміналістики.

Друга проблема буде виникати через призм процесуального законодавства, оскільки кримінальне процесуальне законодавство наприклад України значно відрізняється від

країн Європи, далекого та близького сходу, США та інших держав. До того ж в усіх країнах різний менталітет, який сформовано на економічному, цивілізаційному рівні розвитку держав та суспільства.

Будуть виникати і інші проблеми, які все ж таки можна усунути, принаймні врахувати при розробці тієї чи іншої рекомендації. Тому, на мою думку, слід об'єднати зусилля вчених криміналістів (хоч такі спроби вже є Асоціація Криміналістів в Україні (президент В.Ю. Шепітько), аналогічні громадські організації в Росії, Литві, Білорусії. Проте цього замало, ми лише бачимо прагнення, а не результат.

Доречно розробити загальну концепцію, в межах якої повинні бути сформовані теоретичні основи міжнародної криміналістики. Скажімо, Україною вже багато зроблено у сфері протидії тероризму — утворено спеціальний координаційний орган — Антитерористичний центр при СБУ, у 2003 р., прийнято Закон України «Про боротьбу з тероризмом», ратифіковано ряд міжнародних антитерористичних конвенцій. Кримінальний кодекс України містить ст. 258 «Терористичний акт», відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо запобігання тероризму» від 21 вересня 2006 р. КК України був доповнений ст.ст. 258-1 «Втягнення у вчинення терористичного акту», 258-2 «Публічні заклики до вчинення терористичного акту», 258-3 «Створення терористичної групи чи терористичної організації», 258-4 «Сприяння вчиненню терористичного акту». Аналогічно вирішуються питання і по інших злочинах, але проблем не стає менше. За даними Всесвітнього Банку, незаконні фінансові операції складають від 2 до 5% від світового валового продукту, тобто \$600 млрд. — \$1.5 трлн. у рік. Обороти міжнародної наркоторгівлі складає \$300 — 500 млрд., торгівля людьми і зброєю — \$150 — 470 млрд. Дохід від здійснення комп'ютерних злочинів досягає \$100 млрд. у рік. Яку частку цих фінансових потоків контролюють злочинні або терористичні структури, сьогодні не знає ніхто. Терористичні групи, як і організовані злочинні співтовариства, використовують для пересилання грошей налагоджені системи особистих зв'язків теж саме роблять і інші злочинні групи.

Обговорювати всі проблеми досить складно, але вже сьогодні в новому кримінальному процесуальному кодексі передбачено окрему главу присвячену міжнародним відносинам, це ще раз підтверджує необхідність наукового обговорення саме основ міжнародної криміналістики.

Розслідування злочинів є динамічною системою, основна функція якої полягає у ефективному протистоянні злочинній діяльності. Його можна розглядати як вид пізнавальної діяльності, що має специфічні риси. Так, ще у 1969 році процес розслідування охарактеризував І.М. Лузгін [2, 29-31], розуміючи сутність розслідування як окремих випадок пізнавальної діяльності в системі кримінального процесу [3, 7]. Оскільки розкриття та розслідування злочинів є одним із завдань криміналістики в будь-якій державі, навіть не залежно від державного устрою, політичної системи тощо, тому і постає необхідність розглядати їх як окремих структурний елемент криміналістики, направлений на протидію злочинній діяльності, проте не лише в межах однієї держави, але і у міжнародному масштабі. Така діяльність не може здійснюватися хаотично, без визначеної координації. Тому доречно говорити про створення спочатку концепції, а потім теоретичних основ міжнародної криміналістики.

Специфіка пізнавальної діяльності осіб, які проводять розслідування, як указує Б.В. Романюк, полягає саме в тому, що вона регулюється нормами права. Навіть незважаючи на це, вона є звичайним науково-практичним пізнанням, а тому значною мірою базується на загальних наукових положеннях методології пізнання [4]. Отже можливість пізнання події злочину обумовлена загальними закономірностями матеріального світу: взаємозв'язками предметів, явищ, загальною властивістю відображення. Відображення притаманно усім видам і формам матерії і виявляється як результат взаємодії об'єктів між собою, в ході якої об'єкти піддаються змінам. Відображення цих змін зберігається у слідах-носіях, зміст яких є інформацією. Оскільки злочин по відношенню до пізнання є подією ретроспективною, то розслідування, як відзначає М.Я. Сегай, ґрунтується на вивченні тих предметів, які містять інформацію про об'єкти і події минулого [5, 13].

В такому випадку дуже важливим є той факт, що накопичення інформації про об'єкти — носії, та саме головне, обмін інформацією про їх властивості, ідентифікаційні ознаки тощо є запорукою швидкого, повного та об'єктивного розслідування злочинів. Тому і є необхідність підготовки як правової бази, так і теоретичних основ, технічних можливостей тощо, щодо такої співпраці в міжнародних межах.

Варто відмітити, що характерною особливістю пізнання події злочину в процесі розслідування є здійснення його уповноваженими на це суб'єктами в установленій кримінально-процесуальним законодавством формі, процесуальними засобами, які характеризуються обмеженістю строками, що мають інформаційно-управлінський характер взаємодії слідчого з іншими учасниками кримінального процесу [6, 20]. Проте в зарубіжних країнах, як ми вже зазначали, процесуальні форми, засоби різняться та і суб'єкти розслідування не завжди співпадають, але це не є перешкодою в роботі з організації судочинства. Тут можна згадати тезу, що при чіткому розподілі повноважень існують теоретичні і правові підстави взаємодії, яка «передбачає спільні зусилля у розкритті та розслідуванні злочинів шляхом поєднання методів і засобів, притаманних їм» [7, 321]. Теоретичними підставами такої взаємодії є «спільність завдань та використання можливостей кожного з взаємодіючих органів».

Що ж повинно стати початком досліджень для розробки концепції міжнародної криміналістики, перш за все її поняття і предмет. По-друге, сучасний стан криміналістичної науки в зарубіжних країнах: Австрії, Англії, Китаю, Німеччини, Франції, США та ін. Видатні вчені-криміналісти зарубіжжя. Криміналістичні установи, кафедри криміналістики у провідних юридичних навчальних закладах зарубіжжя. Розвиток криміналістичної техніки та їх значення для збирання і дослідження інформації про злочин та його учасників. Класифікація засобів криміналістичної техніки, прийомів і методів збирання та дослідження криміналістичної інформації. Правова та етична регламентація їх застосування у слідчій, оперативно-розшуковій, експертній діяльності по розкриттю і розслідуванню злочинів та під час судового розгляду кримінальних справ. Критерії допустимості використання технічних

засобів і методів роботи з доказами у кримінальному судочинстві. Комплекти техніко-криміналістичних засобів, які застосовуються у «польовій криміналістиці» — при проведенні слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, спрямованих на розкриття і розслідування злочинів. Загальна характеристика сутності і можливостей техніко-криміналістичних засобів, прийомів і методів, що застосовуються для лабораторних досліджень речових доказів. Перспективи розвитку криміналістичної техніки. Сучасні можливості та перспективи зберігання і дослідження інформації з метою розкриття і розслідування злочинів. Проблеми автоматизації експертних досліджень. Підготовка кадрів за межами України.

Але одразу постає проблемне питання щодо нової галузі в криміналістиці, настільки правильно ми визначимось з даною проблемою, настільки ефективною буде запропонована діяльність.

Висновок. Думається, що саме процесуальне закріплення міжнародних відносин в сучасному кримінальному судочинстві стане початком формування і нового розділу в криміналістиці. Все це зумовить підготовку концептуальних основ міжнародної криміналістики.

Література:

1. Міжнародна криминологія: стан та перспективи збірник матеріалів круглого столу / За ред. М.П. Орзіха, В.Ф. Антипенко // Б-ка журналу «Юридичний вісник». — Одеса : Фенікс, 2010. — 324 с.
2. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания / И.М. Лузгин. — М. : Высшая школа МВД СССР, 1969.— 177 с.
3. Лузгин И.М. Методологические проблемы расследования / И.М. Лузгин. — М. : Юридическая литература, 1973.— 216 с.
4. Романюк Б.В. Застосування системного методу пізнання при розслідуванні злочинів, учинених організованими злочинними угрупованнями // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). — 2007. — № 16. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/bozk/2007/16text/g16_01.htm. — Назва з екрана.
5. Сегай М.Я. Методология судебной идентификации / М.Я. Сегай, Л.Е. Ароцкер. — К. : РИО МВД УССР, 1970. — 254 с.
6. Лукашевич В.Г. Методологічні проблеми оптимізації пізнавальної діяльності з розслідування злочинів / В.Г. Лукашевич // Криміналістичний вісник. — К. : ДНДЕКЦ, 2005.— № 1(3).— С. 18-24.
7. Стратонов В.М. Криміналістична теорія пізнавальної діяльності : монографія / В.М. Стратонов. — Х. : ХДУ, 2009. — 440 с.

Стратонов В.М., Иванишук А.А. Формирование теоретических основ международной криминалистики.

Аннотация. В работе рассматриваются проблемы борьбы с транснациональной преступностью, характеризуются возможности противодействия ей, для чего предлагается создание концепции и разработка теоретических основ международной криминалистики.

Ключевые слова: международная криминалистика, международные отношения, транснациональная преступность.

Stratonov V.M. Ivanyschuk A.A. Formation of the theoretical foundations of international criminology.

Summary. In this paper we consider the problem of combating transnational crime, are characterized by the possibility of counteracting the creation of concepts and development of theoretical bases of International Criminology.

Keywords: international law, international relations, transnational crime

Літвін В.В.,

к.ю.н., начальник УМВС України в Херсонській області

ІСТОРИЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО РОЗШУКУ

Анотація. В даній статті аналізуються поняття та шляхи формування, становлення та розвитку інституту кримінального розшуку в контексті розкриття та розслідування нерозкритих злочинів минулих років.

Ключові слова: розшук, розслідування, не розкриті злочини минулих років.

Постановка проблеми. Ефективність діяльності правоохоронних органів визначається перш за все ступенем розкриття та ефективного, всестороннього, повного, об'єктивного розслідування злочинів. Але на великий жаль, сьогодні залишаються злочини, які не розкрито і розслідування по них зупинено. Проте, це не означає, що визначені законом правоохоронні органи, в тому числі оперативні підрозділи органів внутрішніх справ [1, 25], не проводять розшукові дії. до того ж відповідно ст. 41 нового КПК України здійснюватимуть негласні слідчі (розшукові) дії, проте за письмовим дорученням слідчого або прокурора. Тому виникає закономірне питання, а за власною ініціативою оперативні працівники не будуть займатись розшуковою роботою, і чи не стане це перепорою у здійсненні профілактики та попередження злочинів. На жаль, до сьогоднішнього часу точаться дискусії навколо визначення і самого поняття розшук. Ми приєднуємось до думки Колмакова В.П. і вважаємо, що *розшуком* називається система слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, спрямованих на з'ясування місця перебування об'єктів розшуку і прийняття до них передбачених законом заходів в інтересах здійснення правосуддя [2, 284].

Мета роботи. Присвячена вирішенню питань, присвячених розкриттю та розслідуванню злочинів минулих років, адже необхідно провести певний історичний екскурс в систему формування та становлення кримінального розшуку, який дозволить вирішити деякі проблемні питання як в теорії криміналістики та кримінального процесу, так і слідчій практиці.

Викладення основного матеріалу. Проблемам боротьби із злочинністю, а саме розкриттю та розслідуванню злочинів з метою встановлення особи яка скоїла злочин, чи встановлення місця знаходження особи, яка ухиляється від слідства з метою притягнення до відповідальності, приділялась значна увага з давніх часів. Документальними свідченнями цьому є збережені у віках та ті, що дійшли до наших днів, такі старовинні пам'ятники права як: Закони Вавилону царя Хамурапі, появу яких дослідники датують XVIII століттям до нашої ери [3]; Закони XII таблиць — найстародавніший звід римського права, складений згідно свідцтву Тіта Лівія в 451 — 450 роках до нашої ери [4]; «Закони Ману», що представляють собою збірник стародавньоіндійських правових приписів, часом складання яких відносять до I сторіччя до нашої ери [5].

Розшук злочинців має глибокі історичні передумови. Про це свідчить те, що до IX ст. деякі способи його проведення мали уже законодавче закріплення з появою Руської правди в 1019 році. В першій редакції «Руської правди» («Суд Ярослава»), одного із давніх законодавчих актів руського права, зазначаються такі форми розшуку, як «звід» та «гоніння сліду».

Норми давнього права засвідчують про досить розвинуту систему розшуку шляхом «зводу». Така форма розшуку мала місце лише тоді, коли мова йшла про розшук майна. Ми ж більш детально розглянемо іншу форму, а саме «гоніння сліду», його більш пізній варіант «шляхування коней». Ця форма розшуку описана в ст. 77 Пространної правди. Із зазначеної норми видно, що «гоніння сліду» — це пошук злочинця по залишеним ним слідам. При цьому закон виходив із припущення, по суті формального: «там, куди приведе слід, там і знаходиться злочинець». Коли слід губився на великій дорозі або в пустому степу, розшук злочинця зупинявся. Якщо ж сліди приводили до якої-небудь общини,

на неї покладався обов'язок знайти злочинця та видати його. В іншому випадку община повинна заплатити так звану дику віру — штраф. Якщо община не відведе від себе сліду або не вкаже його продовження, вважалось, що тут переховується злочинець. Таким чином, значення стародавнього формального правила — «куди приведе слід, там і знаходиться злочинець» — полягало в тому, що воно дозволяло активно залучати до розшуку великі групи людей, об'єднаних общиною. У випадках, коли слід злочинця приводив до общини, вона вставала перед альтернативою: або платити дику віру і тим самим приймати на себе не тільки моральну, але й матеріальну відповідальність за злочин, чи колективними зусиллями вести пошук злочинця чи його слідів, що знімала з общини підозру. В умовах, коли стародавня руська держава ще не мала спеціалізованих органів кримінального розшуку, це правило дозволяло здійснювати розшук та виявляти злочинців без участі представників державної влади. За думкою професора М.А. Чельцова-Бebutова, «гоніння сліду» — є способом колективної самопомоги поселень від різних злочинних посягань [6, 32].

Спеціальні особи, які наділялись повноваженнями вести розшук злочинця, з'являються в більш пізній період — в XIII — XV ст.ст. Свої повноваження вони отримали від князя та здійснювали адміністративну та судову владу. В містах функція розшуку була покладена на намісників, а в волостях — волостелів. При них знаходились тіуни та доводчики. В XV — початку XVI століть розшук та виявлення злочинців стали покладатись на представників центральної влади, так званих «особливих пошуковців». Це були перші сищики на Русі. Вони були направлені з Москви «... у випадках примноження в будь-якій місцевості розбоїв та татів», а також в найбільш сурові часи, коли дії злочинців набували таких розмірів, що для їх запобігання виникала необхідність застосування військової сили [7, 87]. Але від сищиків було мало користі, і замість них Іван Грозний ввів постійний поліцейський орган із числа місцевих виборних людей — так званих губних старост. Вони вибиралися на декілька років із числа дворян. Після виборів губні старости давали присягу в Розбійному наказі. Помічниками губних старост були губні цілувальники, які вибиралися «сошними

людьми». Разом вони склали спеціальний слідчо-судовий орган — Губний будинок, який був місцем провадження слідства та суду.

Перед початком розшуку особливі сищики та губні старости були зобов'язані провести особливу розшукову дію — великий повальний обшук. Він проводився для отримання даних про осіб, які займаються в даній місцевості крадіжками та розбоями. Крім сищиків та губних старост, розшук міг здійснювати і сам потерпілий. В тих випадках, коли злочинець, що зник з місця злочину йому відомий, він міг отримати спеціальний документ — погонну грамоту, яка надавала потерпілому право вимагати при затриманні злочинця сприяння у місцевої влади [8].

В 1669 р. для розслідування та суду по кримінальним справам були введені спеціальні посади, які займали чиновники, назначені центральною владою. З цього часу вся влада по провадженню слідства та суду перейшла до сищиків. Але вони проіснували не довго. Функція кримінального розшуку та розслідування кримінальних справ на місцях була передана воеводам. В 1679 році також було відмінено інститут губних старост, а їх функції передано воеводам. В 1684 р. на короткий час цей інститут було відновлено, але в період царювання Петра I губні старости повністю, а сищики тимчасово були відмінені, їх функції перейшли до воевод та їх товаришів. Під час царювання Петра I розшук, слідче провадження та судові функції були злиті воедино і покладалися поперемінно на різні урядові установи та уповноважених посадових осіб. Так, в 1689 році було засновано Наказ розшукових справ, який займався в основному розшуком у зв'язку із справою цариці Софії Олексіївни й інших супротивників царя і закінчив своє існування в 1694 році [9, 60].

Преображенський Наказ був спеціалізованим державним органом, який мав виключне право на організацію розшукової діяльності, ведення слідства і розгляд справ у політичних державних злочинах [10, 254; 11; 12, 6-7]. Основу його розшукової діяльності складала інформаційно-пошукова робота, діяльність з попередження й розкриття злочинів, розшуку осіб, що переховуються від слідства і суду. Преображенський наказ вів не тільки розшук, а й слідство, і навіть судовий процес. Основним методом дізнання було

катування. У виявленні і переслідуванні насамперед державних злочинців найбільшого поширення набули таємні методи розслідування, використовувалися таємні інформатори. Іменним Указом Петра I від 25 вересня 1702 року створювалась своєрідна система надходження до Преображенського Наказу розшукової інформації про осіб і факти, які становили розшуковий інтерес для попередження, припинення й викриття політичних злочинів. У розпорядженні Преображенського Наказу знаходилися солдати й офіцери Преображенського і Семенівського полків, що використовувалися для проведення обшуків і арештів.

Зростання злочинності на той час змусило Петра I відновити інститут сищиків, що ним був скасований у 1702 році. Так, згідно Указу Сенату від 12 жовтня 1711 року «Про безперешкодний розшук, переслідування сищиками злодіїв, розбійників і їхніх спільників» було відновлено інститут сищиків [13]. Але цей захід бажаного результату не дав і інститут сищиків перестав існувати. У 1743 р. «для викорінення ворів та розбійників» було знову видано спеціальний указ про сищиків. Вони могли застосовувати тортури, але не могли карати. Указ 1756 р. затвердив інструкцію «головному сищику ворів, розбійників та біглих», якою визначалися основні права та обов'язки цього чиновника. Але в 1762 р. Петром III посада сищика була усунена. Його функції були передані губернським, провінціальним та воеводським канцеляріям [14; 15, 115-116]. У 1719 році видається інструкція [16], за якою почали відправляти військові команди на чолі з офіцером, для розшуку збіглих драгун, солдат, матросів і рекрутів, викорінювання злодіїв і розбійників, а також осіб, що їх переховували. Офіцери розшукових команд мали право проводити розшук над особами усіх рангів і при викритті у вчиненому злочині карати винну особу аж до страти.

У 1717 році справи про політичні злочини досягли такої кількості, з якою вже не справлялися Преображенський Наказ та Наказ розшукових справ, у зв'язку з чим за розпорядженням Петра I було організовано ще кілька канцелярій для розшуків, які проіснували до 1724 року.

5 червня 1718 року був заснований новий орган політичного розшуку — Канцелярія Його

Величності Державних Таємних справ, якому були передані функції Преображенського Наказу [14, 7]. З 1719 року Таємна канцелярія діяла паралельно з Преображенським Наказом. Потім при Петрі II в 1729 року вона була закрита, а при імператриці Анні Іоанівні відновлена під назвою Канцелярія таємних розшукових справ.

Особливими рисами відрізнявся розшук злочинців у формі «слова и дела государева», який проводився у політичних злочинах [17]. Визначала порядок розшуку у цих справах друга глава Соборного Укладення 1649 року. У 1762 р. Петро III спеціальним маніфестом назавжди зруйнував Канцелярію таємних розшукових справ та заборонив застосовувати висловлювання «слова и дела государева» [18].

У 1724 р. для провадження розшукових справ була заснована особлива палата — Контора розшукових справ. Вона не мала свого власного штату, але для провадження розшуку залучала чиновників Сенату [19, 23].

Згодом пізніше, під час правління Катерини II законодавчими актами була встановлена єдина система слідства, суду та розшуку в губерніях. У відповідності з нею функція розшуку по кримінальним справам в уїзді покладалася на капітан-виправника, а в містах — на городничих та підлеглу йому поліцію. Устав благочиння, чи поліцейський, 1782 р. назавжди відділив судову владу від слідчо-розшукової та передав останню до рук загальної поліції.

Якщо розглянути історію становлення розшуку на території України, то дуже цікаво було б приділити увагу періоду козацької доби (XV-XVI вв.).

В той час запорожці керувалися не писаними законами, а стародавніми військовими звичаями, словесним правом і здоровим глуздом, не зважаючи на те, що вже існували і певні писані правові норми щодо законодавчого регулювання правоохоронної діяльності [20, 257]. Діяли також деякі норми Литовських статутів, магдебурзького права, окремі положення україно-російських договорів, гетьманські універсали та рішення уряду Гетьманщини.

На виконання розшукових функцій запорізькими правоохоронцями значно впливало законодавство і відповідна практика Росії,

які особливо посилились у 1734-1775 роках за часів Нової Січі [20, 261]. Однак права України на користування власною системою правових норм і власну систему судочинства підтверджувались в царських указах і маніфестах, як у Березневих статтях 1654 року, так і пізніше при підтвердженні повноважень кожного новобраного гетьмана включно до ліквідації гетьманства і розподілу всієї території на три губернії у 1781 році [21, 27]. Більше того, було створено єдиний кодифікований акт, виданий у Глухові в 1743 році під загальною назвою «Права, за якими судиться малоросійський народ». Із змісту цього документу, а також із матеріалів судових справ того часу складається система виконання поліцейських функцій органами вищого і місцевого управління. Зокрема, за відсутності поліцейського апарату, вони виконувались або безпосередньо судами, або особами, спеціально уповноваженими для конкретних випадків. При загальному розподілі адміністративних і судових функцій не були визначені повноваження суду щодо проведення попереднього слідства і судового розгляду справи – вони проводилися якщо не одними й тими ж особами, то з їх особистою участю, включаючи й катування, як звичайний атрибут судочинства того часу [22, 117].

Вища військово-адміністративна та судова влада належала кошовому отаману, який затверджував судові вироки та призначення на адміністративні посади. Військовий старшина виконував адміністративно-поліцейські функції; військовий довбиш – інші доручення правоохоронного характеру, такі як розшук злочинців, їх конвоювання. Військовий осавул безпосередньо очолював правоохоронну діяльність, при цьому проводив слідство, контролював виконання вироків, очолював команди, що стежили за громадським порядком, охороною шляхів і хуторів, переслідував розбійників, злодіїв та грабіжників, організовував прикордонну сторожу. Розшук злочинців покладался на похідного старшину-полковника (сердюка), осавула, паланкового полковника та їхніх помічників – осавула й писаря [15, 113]. Пізніше розшук кримінальних злочинців став здійснювати генеральний суддя, який був помічником гетьмана у всіх правових питаннях. На місцях цією роботою займалися начальники поліції міст, судді, отамани.

На території паланки за дотриманням чинного законодавства стежив паланковий полковник, який і видав розшуком злочинців, докладав у Січ про найнебезпечніші злочини, повертав на місце збіглих кріпаків.

Із матеріалів судових справ XVII-XVIII століть вбачається використання багатьох прийомів розслідування й судового розгляду, витоки яких йдуть ще від Руської правди, а також використання термінології давньоруського права. Наприклад, розкриття злочинів за допомогою «гоніння сліду» (про яке ми згадували раніше) та його більш пізнього варіанту «шляхування коней»; оголошення про розшук злочинців із закликом про допомогу, яке в Руській Правді називалося «закличем», а в Україні – «об воланням» від слова «волати», тобто кричати. «Об волання» робилося різними способами, в тому числі і шляхом неодноразових оголошень на ярмарках та в інших людних місцях у присутності осавула або ж ним самим. Досить часто в матеріалах судових справ згадується про проведення «труссу» з метою виявлення викрадених речей або розшуку підозрюваного у вчиненні злочину і результати таких слідчих дій [22, 118].

Таким чином, виникнення розшуку пов'язували зі словом «сиск», який представляв собою застаріле визначення, що означало вистежування та розшук злочинців.

Починаючи із Судебників 1497 та 1550 років, а потім Соборного Укладення 1649 року «розшуком» (сиском) називалась процесуальна форма, за якою розкриття та розслідування злочинів вели державні органи, а не приватні особи (постраждалий чи його представник). Це ж визначення означало встановлення істини при розслідуванні обставин скоєного злочину та доказування вини, яке здійснювалось за допомогою отримання особистого визнання обвинуваченого під катуванням, заслуховування показань свідків, проведення очних ставок та інших прийомів розслідування. Крім того, під розшуком розуміли дії уповноважених на те законом осіб з пошуку та затримання відомих злочинців [23, 15; 24, 44-47]. На ці обставини обґрунтовано звертає свою увагу російський вчений А.І. Глушков, зазначаючи, що «розшук» (сиск) містив в собі декілька значень. По-перше, він означав встановлення істини при розслідуванні справ; по-друге, під розшуком (сиском) розуміли особу форму

судочинства — слідчий процес; по-третє, сиск (розшук) мав на увазі дії уповноважених на те осіб з пошуку та затриманню злочинців [25, 15].

Основи розшуку в кримінальному процесі, епохи капіталізму (друга половина XIX століття — 1917 рік), розпочинають відлік з 20 листопада 1864 року, коли вступив у силу «Статут кримінального судочинства» (далі — СКС). Як зазначав відомий юрист того часу А. Соколов, розшук продовжував розумітися як «діяльність, спрямована на виявлення і викриття злочинця і на відшукування та збирання доказів його винності в учиненні злочинного діяння, наявність якого посвідчувалася дізнанням. Це ясно видно зі ст. 208 і 448 СКС, в яких йдеться про місцевий розшук, що збирає докази винності чи невинуватості підсудного, статей 510-542 СКС, які вказують на суто розшукову діяльність слідчого по збиранню доказів, що можуть слугувати викриттю підозрюваного при провадженні слідства у справі, а також із змісту статей 482 і 545 СКС» [26, 9-10]. З часом початкове поняття терміну «розшук» суттєво звузилося, оскільки в результаті судової реформи 1864 року в кримінальному процесі з'явилися два нових поняття «дізнання» та «розслідування». Термін «розшук» отримав своє законодавче закріплення в ст. 254 Статуту кримінального судочинства (60-і роки XIX сторіччя), як один із видів поліцейського дізнання, заснованого на таємних методах розслідування, які включали в себе словесні опитування, таємне спостереження, а також інші допустимі заходи по встановленню злочинців.

Розшукова діяльність поліції, крім СКС, регламентувалася й іншими законодавчими і підзаконними актами, серед яких слід назвати «Правила про порядок дії чинів корпусу жандармів по дослідженню злочинів» від 19 травня 1871 р. [26]. Статут «Про попередження і припинення злочинів», затверджений у 1890 р. передбачав «розшук злодіїв, розбійників і ними створюваних зграй...» [27].

Використання результатів розшукової діяльності в кримінальному процесі залежало від виду розшукових заходів, їх форми і правового статусу суб'єктів, що їх отримали. Для отримання доказів такі результати загальнокримінальної поліції мали інформаційно-орієнтоване значення в кримінальному процесі,

а політичної поліції, з огляду на те, що дізнання у державних злочинах прирівнювалося до судового слідства, будучи легалізованими, використовувалися іноді як докази. Таким чином, аналіз норм СКС та нормативно-правових актів того часу, які регулювали розшукову діяльність, свідчить про відсутність в них законодавчого визначення поняття розшуку. Натомість вони носили більш організаційний, політичний чи інший характер. Такий підхід до визначення сутності зберігався до середини XX ст.

В період з 1917 року і практично до кінця 1918 року в Радянській Росії обліку злочинців, які переховуються від покарання та організації їх розшуку фактично не існувало. Починаючи з 1919 року з'являється розшуковий апарат органів міліції. Досить широкими правами наділяється слідчий для виявлення та затримання злочинців, що переховуються від слідства та суду. У відповідності з Інструкцією народним слідчим по провадженню попереднього слідства, виданою Народним комісаріатом юстиції (НКЮ) у жовтні 1920 року, у випадках, коли обвинувачений не був знайдений або переховувався і його місце перебування невідоме, на слідчого покладался обов'язок приймати активні заходи по його розшуку через міліцію, кримінальний розшук, місцеві органи влади. Якщо прийняті заходи не давали відповідних результатів, слідчий публікував інформацію про розшук обвинуваченого в місцевій та центральній пресі.

В порівнянні з розглянутою інструкцією процесуальні питання організації розшуку обвинуваченого, який переховується в КПК РСФСР 1923 року, були регламентовані менш детально. Зокрема, не зазначалось, хто повинен здійснювати такий розшук та яким процесуальним документом це повинно бути оформлено. Обов'язок слідчого особисто займатися розшуком після зупинення попереднього розслідування не формулювався. Оскільки питання про зупинення, у випадках розшуку обвинуваченого вирішував суд в розпорядчому засіданні та зупинена справа залишалася в суді, то слідчий фактично не мав можливості самостійно приймати необхідні заходи щодо розшуку [28, 47-90].

Згідно ст. 131 Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1927 року у випадках невідомості місця перебування обвинуваченого

або у випадках його втечі слідчий складав постанову про розшук, копію якої направляв до органів розшуку для здійснення розшуку обвинуваченого. При безуспішності розшуку протягом трьох місяців з дня оголошення розшуку слідчий провадить необхідні слідчі дії по справі та направляє її із своїм висновком прокуророві для вирішення питання про подальший хід справи [28, 93-142]. Так як і КПК РСФСР 1923 року, кримінально-процесуальне законодавство УРСР 1927 року теж не зобов'язує слідчого займатися розшуком після зупинення попереднього розслідування, оскільки питання про зупинення попереднього розслідування входило виключно до компетенції прокурора (ст. 227 КПК УРСР 1927 року). Таким чином слідчий не провадив жодних дій, направлених на розшук особи, яка переховувалась від слідства.

Що ж стосується Основ кримінального судочинства, за яким ми жили починаючи фактично з кінця 1928 до 1961 року, то тут взагалі не згадуються питання про зупинення попереднього слідства та розшук обвинуваченого. В підручниках криміналістики майже не розглядається питання щодо тактики розслідування злочинів минулих років та розшук осіб, які ухиляються від слідства.

Висновок. Аналізуючи історичний розвиток кримінально-процесуального інституту розшуку можна дійти до висновку, що в кримінально-процесуальному праві існує низка проблем, пов'язаних з визначенням поняття «розшук обвинуваченого», «розслідування нерозкритих злочинів минулих років», підстав та порядку їх проведення, конкретизації ролі слідчого та інших правоохоронних органів і судів. Ці проблеми набувають особливої важливості та повинні бути враховані у період обговорення та впровадження нового КПК України.

Література:

1. Кримінально-процесуальний кодекс України : Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінально-процесуального кодексу України». — Х. : Одиссей, 2012. — 360 с.
2. Радянська криміналістика. Криміналістична техніка і слідча тактика / За загальною ред. В.П. Колмакова. — К. : Вища школа, 1973. — 295 с.
3. Законы царя Хаммурапи: Источники права. — Вып. 1. — Тольятти : Акцент, 1996. — 56 с.
4. Система и текст XII таблиц: Исследование по истории римского права / Б.В. Никольский. — СПб. : Тип. А.С. Суворина, 1897. — 488 с.

5. Законы Ману : перевод с санскритского / Пер.: С.Д. Эльманович. — СПб. : Типо-лит. Н.И. Евстифеева, 1913. — 309 с.
6. Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права / М.А. Чельцов-Бебутов — Т. 1. — М., 1956. — С. 636.
7. Крылов И.Ф. Розыск, дознание, следствие: учеб. пособие / И.Ф. Крылов, А.И. Бастрыкин. — Л., 1984. — 216 с.
8. Акты юридические, или собрание форм старинного делопроизводства / Изд. Археологической комиссией. — СПб., 1838. — № 303.
9. Ануфриев Н.И. Тайны сыска / Н.И. Ануфриев, А.М. Пиджаренко — К. : Пресса України, 2002. — Кн. 1. — 524 с.
10. Воскресенский Н.А. Законодательные акты Петра I / Под ред. О. Сыромятникова. — Т. 1. Акты о высших государственных установлениях. — М. — Л. : Изд-во АН СССР, 1945. — 600 с.
11. Именной Указ от 25 сентября 1702 г. «Об отсылке в Преображенский приказ всяких людей, связывающих слово и дело» // ПСЗ. — Т. IV. — № 1918 — С. 199-200.
12. Белкин Р.С. Криминалистика и доказывание (методологические проблемы) / Р.С. Белкин, А.И. Винберг. — М. : Юрид. лит., 1969. — 216 с.
13. Указ от 12 октября 1711 г. О беспрепятственном розыске и преследовании сыщиками воров, разбойников и их сообщников по своим Губерниям // ПСЗ. — Т. IV. — №2439. — 745 с.
14. Лядов А.О. Становление сыска в дореволюционной России / А.О. Лядов, А.В. Евсеев // История государства и права. — 2002. — №1. — С. 2-9.
15. Поярков О.В. Розшук злочинців: історія питання / О.В. Поярков // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2001. — №2. — С. 110-123 с.
16. Инструкция полевых и гарнизонных команд офицерам — отправленным для сыску беглых драгун, солдат, матросов и рекрут и для искоренения воров и разбойников и пристанодержателей их от 24 декабря 1719 г. // ПСЗ. — Т.V. — №3477. — С. 773-775.
17. Див.: Тельберг Г.Г. Сыск по государевым делам. Московский розыскной процесс XVII века в делах по государственным преступлениям / Г.Г. Тельберг // Журнал Министерства юстиции. — СПб, 1911. — №9. — С. 130-170.; Тельберг Г.Г. Сыск по государевым делам. Московский розыскной процесс XVII века в делах по государственным преступлениям / Г.Г. Тельберг // Журнал Министерства юстиции. — СПб, 1911. — №10. — С. 121-157.
18. Веретенников В.И. Из истории Тайной канцелярии. 1731 — 1762 / В.И. Веретенников. — Харьков, 1910.
19. Линовский В.А. Опыт исторических розысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России / В.А. Линовский // Новое изд. Перепеч. С изд. 1849 г. — М. : ЛексЭст, 2001. — 240 с.
20. Водотика С.Г. Історія правоохоронних органів Південної України в період існування Запорізької Січі / С.Г. Водотика., О.Ю. Пашенко // Вісник Запорізького юридичного інституту. — 1999. — №1. — С. 255-263.
21. Бандурка О.М. Оперативно-розшукова діяльність. Частина I : підручник / О.М. Бандурка. — Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. — 336 с.
22. Погорельський М.А. Розшук у козацьку добу / М.А. Погорельський // Право і безпека. — 2003/2'1. — С.117-120.
23. Перегудова З.И. Политический сыск в России (1880-1917 гг. / З.И. Перегудова — М. : Рос. полит. энциклопедия, 2000. — 432 с.
24. Власов В.М. О розыске / В.М. Власов // Административный вестник. — 1927. — №4. — С. 44-47.

25. Глушков А.И. Теоретические, правовые и организационно-тактические основы оперативно-розыскного обеспечения уголовного судопроизводства : автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук : 12.00.09 / А.И. Глушков. — М. : ВНИИ МВД РФ, 2003. — 56 с.

26. Соколов А.О. О дознании и розыске / А.О. Соколов // Журнал гражданского и уголовного права. — 1890. — Кн. 9. — С. 9-10. Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. XLVI. — Отд. 1-е 1871. — СПб, 1874. — С. 591-594. — №49615.

27. Свод законов Российской империи: Продолжение 1912 года. — Ч. 3. — Статьи к томам III и IV. — СПб, 1913. — 221 с.

28. Уголовно-процессуальное законодательство СССР и союзных республик : сборник (Основные законодательные акты) / под ред. проф. Д.С. Карева ; сост. Г.К. Большакова, Е.М. Ворожейник, Л.А. Дмитриева, М.М. Левина, Н.А. Лохов, Т.П. Шуракова. — М. : Гос. изд-во юридической литературы, 1957. — 463 с.

Литвин В. В. История становления и развития института уголовного розыска.

Аннотация. В данной работе раскрываются основные пути формирования и развития института уголовного розыска в контексте раскрытия и расследования нерозкрытых преступлений.

Ключевые слова: розыск, расследование, не раскрытые преступления.

Litwin V. History of Establishment of the Institute of Criminal Investigation.

Summary. In this work are the main ways of formation and development of criminal investigation in the context of detection and investigation of crimes nerozkrytyh.

Keywords: pet detective, investigation, not cleared crimes.

Печерский В.В.,

*к.ю.н., доцент, доцент кафедры уголовного права
и процесса филиала Российского государственного
социального университета в г. Минске*

ОСНОВНЫЕ УСЛОВИЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Аннотация. В статье исследуются основные условия осуществления адвокатской деятельности в уголовном процессе, которые непосредственным образом влияют на её содержание, предлагаются способы их дальнейшего совершенствования.

Ключевые слова: адвокатская деятельность, принцип состязательности, уголовный процесс, условия адвокатской деятельности.

Постановка проблемы. Реализация провозглашенных принципов состязательности и равноправия сторон, а также полномочий адвоката по оказанию юридической помощи невозможна без выработки соответствующего механизма, в состав которого непременно включаются условия, в которых будет осуществляться эта деятельность. В общем виде они представляют собой конкретные обстоятельства, влияющие на становление и развитие определённого объекта, предмета, конкретной деятельности. К. Маркс указывал, что «кроме тех вещей, посредством которых труд воздействует на предмет труда и которые поэтому так или иначе служат проводниками его деятельности, в более широком смысле к средствам процесса труда относятся все материальные условия, необходимые вообще для того, чтобы процесс мог совершаться. Прямо они не входят в него, но без них он или совсем невозможен, или может происходить лишь в несовершенном виде» [1, 191]. Условия не входят в содержание юридической помощи, но оказывают значительное влияние на полноту и эффективность ее оказания всем нуждающимся субъектам уголовного процесса. Условия могут выступать в качестве обстоятельств, 1) препятствующих или ограничивающих объем и содержание юридической помощи, но могут быть и обстоятельствами, значительно 2) расширяющими возможности

адвоката-защитника при оказании юридической помощи. Какие же из существующих условий выступают в качестве первой разновидности и какие условия из второй разновидности следует вводить или дальнейшим образом совершенствовать (развивать)?

Изложение основного материала. Условия, необходимые для оказания юридической помощи, вытекают из сущности адвокатуры и этой сущностью определяются. В таком случае необходимо говорить о том, что государство и право, признавая и допуская адвокатуру к оказанию юридической помощи при осуществлении правосудия, должны тем самым создавать ей соответствующие условия. На стадии предварительного расследования УПК Республики Беларусь (далее УПК) предоставляет возможность подозреваемому и обвиняемому лицу, находящимся в условиях несвободы, получить бесплатную юридическую консультацию до первого допроса. Длительное время существовавшие споры относительно условий ее проведения (в присутствии дознавателя или следователя или в их отсутствии) вызвали необходимость законодательного закрепления конфиденциального характера данной консультации и всех последующих встреч адвоката-защитника со своим доверителем, находящимся в условиях несвободы. Вместе с тем, в практике органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, продолжает применяться специальная техника, позволяющая осуществлять скрытое прослушивание и видеофиксацию содержания подобных консультаций и свиданий. Подобные обстоятельства оказывают негативное влияние на содержание юридической помощи, которую адвокат-защитник оказывает своему доверителю.

В качестве условия участия адвоката в проведении различных следственных действий

с его подзащитным обозначена возможность постановки им любому участнику следственного действия вопросов. Однако предоставляемая возможность имеет ограниченный характер, поскольку зависит от воли лица, руководящего следственным действием, и поставленный вопрос может быть отведен, при этом его содержание заносится в протокол следственного действия. Рассматривая подобное ограничение можно обозначить и средство его преодоления – при ознакомлении с протоколом следственного действия ничто не мешает подзащитному дополнить его содержание своими показаниями, и изложить их собственноручно. Вместе с тем, следует отметить, что отношение к подобным дополнениям и уточнениям достаточно предвзятое, основанное на предположении, что сначала подозреваемый (обвиняемый) дал определенные показания, а затем, обнаружив их негативный характер, решил таким способом изменить их содержание.

Ограничительным необходимо определить и такое условие, как возможность присутствия адвоката-защитника во время проведения экспертных исследований, назначенных по инициативе следователя или по инициативе стороны защиты. В соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 229 УПК защитник с разрешения следователя имеет право присутствовать при проведении экспертизы, давать объяснения эксперту. Преодоление подобного отказа следователя в реализации такого права адвокату возможно посредством направления объяснений в адрес руководителя экспертного учреждения, в котором проводится экспертное исследование. Более того, иногда на практике приходится сталкиваться с ситуацией, когда имеется разрешение следователя на присутствие адвоката-защитника при производстве экспертизы, но несогласие с таким участием выказывает сам эксперт, производящий экспертное исследование.

К условиям, которые должны быть созданы в ходе проведения любого следственного действия с участием доверителя, следует назвать возможность консультирования подзащитного с адвокатом. В частности, такая возможность должна существовать при формулировании подозреваемым (обвиняемым) ответа на поставленный вопрос в процессе производства допроса (очной ставки, проверки показаний

на месте). Более того, подобная возможность консультирования должна существовать перед получением согласие подозреваемого (обвиняемого) на участие в следственном эксперименте, проверке показаний на месте совершения преступления, даче образцов для сравнительного исследования и проч. Белорусский законодатель в содержании УПК не предусмотрел подобного условия, что предполагает возможность его формирования в каждой конкретной следственной ситуации и зависит от воли лица, проводящего конкретное следственное действие. Ч. 2 ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации предусматривает возможность защитника, участвующего в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи давать своему подзащитному в присутствии следователя краткие консультации.

Следующим ограничительным фактором оказания юридической помощи на предварительном следствии является отсутствие составительных начал в процессе обжалования мер пресечения, связанных с лишением свободы. В ст. 24 УПК закреплены положения, в соответствии с которыми правосудие осуществляется на основе принципа состязательности. Суд, являясь органом судебной власти, осуществляет правосудие по уголовным делам и обеспечивает их правильное и законное разрешение. Толкование данных положений позволяет прийти к выводу, что правосудие осуществляется и на стадии предварительного расследования, в частности, при судебной проверке законности применения задержания, заключения под стражу, домашнего ареста или продления срока содержания под стражей, домашнего ареста. Но в этом случае правосудие лишено элемента состязательности, а значит и соответствующих условий, необходимых для стороны защиты при оказании юридической помощи подозреваемому и обвиняемому. Принцип не знает исключений, поэтому должен полностью распространять свое действие и на данном этапе реализации функции правосудия. Это создаст условия для состязательности, и, прежде всего, потребует от стороны обвинения представить соответствующие доказательства, которые дадут достаточные основания полагать, что подозреваемый или обвиняемый может скрыться

от органа уголовного преследования и суда; воспрепятствовать предварительному расследованию уголовного дела или рассмотрению его судом.

В соответствии с ч. 3 ст. 103 УПК защитник вправе представлять доказательства и собирать сведения, необходимые для защиты прав подозреваемого, обвиняемого и оказания им юридической помощи, путем опроса физических лиц, а также запрашивать справки, характеристики и иные документы или их копии; запрашивать с согласия подозреваемого, обвиняемого мнения специалистов для разъяснения возникающих в связи с осуществлением защиты вопросов, требующих специальных знаний. Реализация каждого из перечисленных средств требует создания соответствующих условий. Например, для того, чтобы представлять доказательства, адвокат сначала должен их собрать, но для этого необходима специальная процедура, в соответствии с которой может быть и должна осуществляться подобная адвокатская деятельность. Несмотря на очевидную необходимость, такой процедуры в УПК Республики Беларусь не существует. Более того, если законом предусмотрена возможность сбора сведений, необходимых для осуществления защиты, а значит обозначено неотъемлемое право, данному праву должна корреспондировать соответствующая обязанность органов и лиц, обладающих такими сведениями по их предоставлению. Для создания соответствующих условий, при которых адвокат мог бы собирать необходимые по делу сведения, необходима разработка нормы права, в которой была бы закреплена ответственность за непредставление таких сведений, по аналогии с ответственностью, наступающей при отказе в представлении сведений для работников органов власти, управления и правоохранительных органов. Без этого право адвоката останется только пожеланием законодателя, поскольку не регламентирован сам механизм его реализации и не предусмотрено принуждение за его неисполнение.

Одним из средств адвокатской деятельности является заявление ходатайств органам, осуществляющим уголовное преследование на любом этапе досудебного производства. Ходатайство рассматривается и в случае, если представитель данного органа субъективно

определит, что оно подлежит удовлетворению, происходит реализация его содержания. Субъективное мнение представителя органа уголовного преследования может быть и противоположным, и в этом случае выносится решение об отказе в его удовлетворении. Может существовать и третий вариант, когда содержание предложений ходатайства удовлетворяется частично. Рассматривая подобные варианты решений органа уголовного преследования, мы акцентируем их субъективный, оценочный характер с позиции стороны обвинения. Следователь и прокурор в соответствии с УПК *de jure* не являются представителями стороны обвинения, они по воле законодателя относятся к органу уголовного преследования, но *de facto* при осуществлении своей деятельности эти должностные лица выдвигают подозрение, предъявляют обвинение, то есть осуществляют полномочия стороны обвинения¹. Фактически получается, что представитель стороны защиты обращается к представителю стороны обвинения с предложением совершить какие-либо процессуальные действия (или принять определенное процессуальное решение), которые сторона защиты сама не в состоянии осуществить (ввиду отсутствия полномочий и/или возможностей). Принимая решение о полном или частичном отказе в удовлетворении заявленного ходатайства, сторона обвинения создает основания для спора. Возникший спор должен быть разрешен посредством обращения одной из сторон или двумя сторонами к третьей стороне, которая может принять окончательное решение, обязательное для обеих спорящих сторон.

В действующем уголовно-процессуальном законодательстве обжалование отказа в удовлетворении ходатайства происходит посредством обращения с жалобой прокурору, который в состязательном процессе не может быть наделен полномочиями по разрешению спора. Он является представителем одной из сторон (даже если стать на позицию, что юридически стороны обвинения еще не существует, то и следователь, и дознаватель, и прокурор относятся к представителям одного органа — уголовного преследования). В случае отказа прокурора в удовлетворении

1 УПК России по данному вопросу высказался однозначно: к стороне обвинения относятся прокурор, следователь, начальник следственного отдела, дознаватель.

заявленого ходатайства оно по-прежнему обжалується в порядку підчиненості вищестоящому прокурору, а не незалежній і неуприхильній третій стороні, котрої може виступати тільки суд, здійснюючи функцію правосуддя в виниклому спору. Висновок очевидний: умови і порядок оскарження спорів, виникаючих між представниками сторони обвинувачення і захисту в межах досудового виробництва, вимагають зміни раніше всього шляхом позначення суду як єдиного органу, маючого подібні повноваження. При цьому необхідно зазначити, що кожна із сторін кримінального процесу має самостійно вирішувати питання допустимості, відносності, достаточності і достовірності тих доказів, які вона сама збирає. В разі виявлення дефектів в якостях такого доказування вона має безумовно право виключити його із матеріалів кримінального дела. Якщо ж подібні дефекти виявлені протилежною стороною, вона в певному порядку (наприклад, через заявлення ходатайства або через іншу процедуру) може вимагати виключення подібного доказування із дела. В разі незадоволення подібного вимоги і виникнення спору по цьому питанню між сторонами він повинен стати предметом судового розгляду.

Одним із етапів стадії досудового виробництва є ознайомлення адвоката з матеріалами закінченого розслідування кримінального дела. Аналізуючи зібрані органом кримінального переслідування доказування, адвокат разом з підзахисним визначають необхідність додаткового представлення в судовий розгляд оправдувальних і/або пом'якшувальних доказів, а також їх джерела, до яких відносяться в тому числі і свідки. Але в цей момент представники сторони захисту не інформовані про список осіб, які будуть запрошені в судові засідання в якості свідків з боку обвинувачення. Крім того в законі відсутнє таке важливе умовою для надання юридичної допомоги обвинуваченому, як формування ним свого списку свідків захисту, які можуть і повинні бути допрошені в суді. Подібний список свідків захисту може бути сформульований адвокатом і обвинуваченому, наданий слідчому і

представлений матеріалам, передаваним прокурору для вирішення питання про направлення кримінального дела в суд. При цьому ні слідчий, ні прокурор не можуть вносити зміни в даний список свідків, запрошуваних стороною захисту.

В стадії судового виробництва умови, створені кримінально-процесуальним законодавством, також не дозволяють надавати повноцінну юридичну допомогу. Вернемося до умов реалізації принципу рівності і рівноправності сторін. Прокурор після прийняття рішення про направлення кримінального дела в суд по-прежнему передає в суд всі матеріали кримінального дела. І хоча в УПК Республіки Білорусь прямо не закріплена обов'язковість суду ознайомитися з їх змістом, тим не менше надання в суд матеріалів тільки однією стороною процесу говорить про відсутність рівноправності. Саме в цій процедурі направлення всіх матеріалів кримінального дела в суд включає системне протиріччя всієї стадії кримінального процесу, яке дозволяє виробляти передубеженість суду в винуватості обвинуваченого. І, крім того, при направленні в суд всіх матеріалів кримінального дела неминусово виникає питання: якщо в цих матеріалах містяться всі доказування, зібрані в ході попереднього розслідування, то як тоді може здійснюватися діяльність державного обвинувача якщо вони знаходяться у суду? Оскільки він повинен ці доказування представляти суду, з їх допомогою доводити обвинувачення, постільки він повинен мати їх у себе, а не передавати раніше суду. Шлях вирішення позначеного протиріччя достатньо нескладний — необхідно, щоб в суд направлялись тільки підсумкові матеріали попереднього розслідування без наявних доказів, а всі матеріали кримінального дела знаходились у державного обвинувача. В процесі доведення він буде представляти їх суду і через ходатайство про їх представлення вони, рівно як і доказування сторони захисту, разом з протоколом судового засідання будуть формувати судовий кримінальний дело. Інші матеріали, не досліджені в час судового слідства і не представлені судом (в тому числі і матеріали, які знаходились в матеріалах

предварительного расследования, но по тем или иным мотивам не были представлены государственным обвинителем), не смогут стать материалами подобного судебного уголовного дела и соответственно влиять на содержание итогового решения суда.

Необходимо отметить, что подобное предложение, высказанное нами несколько лет назад, было воспринято украинским законодателем, и в новом Уголовно-процессуальном кодексе Украины 2012 года в суд после окончания досудебного расследования направляются только обвинительный акт, реестр материалов досудебного расследования, гражданский иск и расписки о получении копии обвинительного акта и копии гражданского иска. Представление суду иных документов до начала судебного разбирательства запрещается.

Вывод. Предлагаемая совокупность новых условий оказания адвокатом юридической помощи в процессе своей профессиональной деятельности позволит эффективно реализовать принципы, заложенные в основание современного уголовного процесса, придать его обновленному качественному характеру соответствующее содержание.

Литература:

1. Маркс К. Капитал. Критика политической экономии / К. Маркс. — Т. 1, Кн. 1. Процесс производства капитала. — М. : Политиздат, 1983. — 905 с.

Печерський В.В. Основні умови здійснення адвокатської діяльності в кримінальному процесі Республіки Білорусь.

Анотація. В статті досліджуються основні умови здійснення адвокатської діяльності в кримінальному процесі, які безпосереднім чином впливають на її зміст, пропонуються способи їх подальшого вдосконалення.

Ключові слова: адвокатська діяльність, принцип змагальності, кримінальний процес, умови адвокатської діяльності.

Pechersky V.V. Basic conditions of the profession in the criminal procedure of the Republic of Belarus.

Summary. the article is devoted to the basic conditions of the legal activity in the criminal process, which directly affect its content, suggests ways of their further improvement.

Keywords: legal activity, adversarial principle, criminal process, the conditions of the legal activity

Омельяненко А.С.,

*аспірант Міжнародного гуманітарного університету,
співробітник Державної прикордонної служби України*

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ (ОГЛЯД НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА)

Анотація. В статті аналізуються загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії. Досліджуються відповідні положення нового КПК та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Деякі правила КПК можуть суттєво зашкодити правам та законним інтересам осіб, не причетним до вчиненого злочину. Констатується необхідність внесення змін до чинного КПК, що унеможливить проведення негласних слідчих (розшукових) дій відносно осіб, які не мають відношення до певного кримінального провадження.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукові заходи, законність кримінального провадження, державна таємниця, особа, яка вчинила злочин.

Постановка проблеми. 20 листопада 2012 р. набув чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК), появу якого суспільство очікувало 20 років і який з'явився на світ в поспіху. (чотирьох місяців, що були відведені на його обговорення, не вистачило для врахування всіх слушних пропозицій і зауважень, що надійшли від народних депутатів, працівників правоохоронних органів, науковців тощо). Новому КПК (його проекту) протягом усього періоду з моменту появи законопроекту (13.01.2012) і його прийняття (13.04.2012) було присвячено чимало виступів і публікацій, в тому числі наукових статей, і в юридичній літературі, і в засобах масової інформації. Найбільш гострі дискусії точаться з приводу нововведень, одним з яких є поява невідомого раніше інституту кримінального провадження – інституту негласних слідчих (розшукових) дій, що фактично на порядок денний викликало появу головного питання про співвідношення заходів оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) та негласних слідчих (розшукових) дій.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Це питання актуалізується з погляду меж втручання в особисте життя людини, обмеження її конституційних прав на таємницю спілкування, недоторканість житла тощо. Окреслені проблеми не є новими для юридичної науки, оскільки вони були предметом дослідження у наукових працях таких вчених, як Б. І. Бараненко, Б. Т. Безлепкін, А. В. Белоусов, Г. М. Гапотченко, В. В. Гевко, В. А. Глазков, Е. О. Дідоренко, І. М. Доронін, С. Ю. Ільченко, Ю. П. Кобець, Є. Г. Коваленко, І. П. Козьяков, В. А. Колеснік, М. І. Курочка, В. Т. Маляренко, В. І. Маринів, В. І. Ніндіпова, В. А. Селюков, І. В. Сервецький, Г. П. Середа, В. М. Тertiшник, М. Є. Шумило та інші. Разом з тим, враховуючи введення в дію нового КПК, яким регламентовано процесуальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, та існуючі тенденції і проблеми використання під час досудового розслідування результати оперативно-розшукової діяльності потребують нових наукових розробок з метою пошуку і прогнозування шляхів їх вирішення.

Отже, запропонована наукова стаття присвячена законодавчому врегулюванню правової процедури проведення негласних слідчих (розшукових) дій для з'ясування задумів законодавця та можливих напрямів їхньої реалізації (втілення приписів КПК у сучасне кримінальне провадження).

Викладення основного матеріалу. Негласні слідчі дії згідно зі ст. 246 КПК – це різновид слідчих (розшукових) заходів, тобто дій, спрямованих на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Негласні

слідчі дії проводять у разі, якщо відомості про злочин і особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом. Аналіз положень КПК свідчить про те, що такі слідчі дії проводять без відома особи, щодо якої їх здійснюють. При цьому аудіо-, відеоконтроль особи, накладення арешту на кореспонденцію, огляд і виїмка кореспонденції, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, спостереження за особою, річчю або місцем, аудіо-, відеоконтроль місця, контроль за вчиненням злочину, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів.

Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року переліку розглядуваних дій не містив. Разом з тим, главою 21 чинного КПК чітко окреслені всі різновиди негласних слідчих (розшукових) дій. У ч. 1 ст. 8 «Права підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність» Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» міститься перелік оперативно-розшукових заходів, що можуть проводитися оперативними підрозділами (Міністерства внутрішніх справ України — кримінальною, транспортною та спеціальною міліцією, спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю, підрозділами внутрішньої безпеки, судовою міліцією; Служби безпеки України — контррозвідкою, військовою контррозвідкою, захисту національної державності, спеціальними підрозділами по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю, оперативнотехнічними, внутрішньої безпеки, оперативного документування, боротьби з тероризмом і захисту учасників кримінального судочинства та працівників правоохоронних органів; Служби зовнішньої розвідки України — агентурної розвідки, оперативнотехнічними, власної безпеки; Державної прикордонної служби України — розвідувальним органом спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої

влади у справах охорони державного кордону (агентурної розвідки, оперативнотехнічним, власної безпеки), оперативнорозшуковими підрозділами відповідно спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах охорони державного кордону та його територіальних органів, підрозділами з охорони державного кордону органів охорони державного кордону та Морської охорони, забезпечення внутрішньої безпеки, забезпечення власної безпеки, оперативного документування та оперативнотехнічними; управління державної охорони — підрозділом оперативного забезпечення охорони виключно з метою забезпечення безпеки осіб та об'єктів, щодо яких здійснюється державна охорона; органів державної податкової служби — оперативними підрозділами податкової міліції; органів і установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної пенітенціарної служби України; розвідувального органу Міністерства оборони України — оперативними, оперативнотехнічними, власної безпеки; органів державної митної служби — оперативними підрозділами, які ведуть боротьбу з контрабандою) за наявності підстав, передбачених у ч. 1 ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»: 1) наявності достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про:

- злочини, що готуються;
- осіб, які готують вчинення злочину;
- осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання;
- осіб безвісно відсутніх;
- розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України;
- реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; співробітників розвідувальних органів України у зв'язку із службовою діяльністю цих осіб, їх близьких родичів, а також осіб, які конфіденційно співробітничали або співробітничали з

розвідувальними органами України, та членів їх сімей з метою належного здійснення розвідувальної діяльності; 2) запити повноважних державних органів, установ та організацій про перевірку осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці і до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках; 3) потреба в отриманні розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства і держави; 4) наявність узагальнених матеріалів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, отриманих в установленому законом порядку.

Слід вказати, що назви оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій дещо не співпадають. Так, наприклад, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності за наявності передбачених ст. 6 цього Закону підстав надається право проводити контрольовану поставку та контрольовану і оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь. Проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки здійснюється згідно з положеннями ст. 271 Кримінального процесуального кодексу України у порядку, визначеному нормативно-правовими актами Міністерства внутрішніх справ України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики, Державної податкової служби України, Служби безпеки України, Державної митної служби України, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України. А ст. 271 КПК у свою чергу розширює перелік таких заходів, визначаючи, що відповідно до ч. 1 ст. 271 КПК, контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах: 1) контрольована поставка; 2) контрольована та оперативна

закупка; 3) спеціальний слідчий експеримент; 4) імітування обстановки злочину.

У ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» передбачено правило, згідно з яким прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, подання та розгляд відповідних клопотань, проведення оперативно-розшукових заходів, фіксація та використання їх результатів, проведення цих заходів до постановлення ухвали слідчого судді та інші питання їх проведення регулюються згідно з положеннями глави 21 Кримінального процесуального кодексу України з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом, щодо мети проведення оперативно-розшукових заходів, суб'єкта ініціювання та проведення цих заходів, обґрунтування клопотання про їх проведення та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання результатів оперативно-розшукових заходів та інших питань, обумовлених специфікою мети їх проведення. Прийняття рішень про проведення оперативно-розшукових заходів, які не потребують дозволу слідчого судді або рішення прокурора, здійснюється керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником з повідомленням про прийняте рішення прокурора. У зв'язку з цим виникає справедливе питання: що ж змінює і чи змінює взагалі КПК у сфері одержання та використання доказів за допомогою негласних засобів і сил? Між тим, правова процедура проведення негласних слідчих (розшукових) дій змінюється суттєво.

Перш за все, змінюється статус правової процедури одержання інформації за допомогою негласних засобів і сил. Якщо у законодавстві про оперативно-розшукову діяльність — це оперативно-розшукова дія, то у нормах КПК України визначається цей процес як кримінально-процесуальна, слідча (розшукова) дія. Тоді як будь-яка оперативно-розшукова дія має статус державної таємниці (присвоюється гриф «таємно»), а деякі і «цілком таємно», відповідно до Закону України «Про державну таємницю» та Наказу Служби безпеки України «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» (ЗВДТ) від 12 серпня 2005 року № 440. Так, відповідно до ст. 4.4.4 ЗВДТ відомості за окремими показниками про зміст, організацію, результати здійснення комплексу або окремого

оперативно-розшукового, контррозвідального чи розвідального заходу, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці. При засекречуванні ступінь секретності встановлюється і змінюється залежно від обсягу і важливості відповідних відомостей за рішенням посадової особи, уповноваженої на встановлення грифа секретності щодо: комплексу або окремого оперативно-розшукового заходу, що здійснюється для пошуку і фіксації фактичних даних про вчинення особливо тяжких або тяжких злочинів; контррозвідального чи розвідального заходу — «цілком таємно», а щодо комплексу або окремого оперативно-розшукового заходу, що здійснюється для пошуку і фіксації фактичних даних про вчинення інших злочинів — «таємно».

Зрозуміло, що таке втаємничення оперативно-розшукових заходів суттєво ускладнює використання доказів, отриманих таким шляхом у кримінальному провадженні. Крім того, рішення про проведення чи не проведення конкретної оперативно-розшукової дії на сьогодні є правом органу, який уповноважений Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» займатися оперативно-розшуковою діяльністю. Проведення оперативно-розшукової діяльності іншими підрозділами органів, перелік яких чітко окреслений ч. 1 ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», підрозділами інших міністерств, відомств, громадськими, приватними організаціями та особами забороняється. Виникає питання про повноваження слідчого проводити самостійно негласні слідчі (розшукові) дії, які за змістом є оперативно-розшуковими?

Відповідно до п.п. 2, 3, 5 ч. 1 ст. 40 КПК України слідчий уповноважений проводити негласні слідчі (розшукові) дії самостійно, доручати проведення негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам, звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. У свою чергу, згідно з ч. 3 ст. 41 КПК доручення слідчого, прокурора щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання оперативним підрозділом. А ч. 2 ст. 41 КПК містить принципове положення, що унеможливорює здійснення процесуальних дій у кримінальному провадженні за власною ініціативою співробітниками оперативних під-

розділів або звернення їх з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора про проведення таких дій.

Отже, слідчий, виходячи зі своїх повноважень, виконання негласних слідчих (розшукових) дій покласти на оперативні підрозділи. А чи зможе слідчий фізично самостійно виконати рішення про проведення такої дії як, наприклад, виконання спеціального завдання, що полягає в отриманні відомостей, речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж або обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи тощо. У зв'язку з цим постає логічне запитання про можливу підміну понять «негласна слідча (розшукова) дія» і «оперативно-розшуковий захід».

Фактично, КПК ті дії, які раніше називались оперативно-розшуковими, нині пропонує називати негласними слідчими (розшуковими), що автоматично виводить їх з під дії Закону України «Про державну таємницю». Крім того, ч. 3 ст. 223 КПК вводиться спеціальна норма, за якою рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених цим Кодексом, — слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. Слідчий зобов'язаний повідомити прокурора про прийняття рішення щодо проведення певних негласних слідчих (розшукових) дій та отримані результати. Прокурор має право заборонити проведення або припинити подальше проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Отже, у слідчого та прокурора з'являється значна кількість правових інструментів, якими вони раніше не володіли. На підставі ч. 1 ст. 256 КПК протоколи щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо— або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування. Стаття 252 КПК визначає порядок фіксування ходу і результатів негласних слідчих дій. Зокрема, визначено, що фіксація ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій повинна відповідати загальним правилам

фіксації кримінального провадження, передбаченим цим Кодексом. За результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії складається протокол, до якого в разі необхідності долучаються додатки. Відомості про осіб, які проводили негласні слідчі (розшукові) дії або були залучені до їх проведення, у разі здійснення щодо них заходів безпеки можуть зазначатися із забезпеченням конфіденційності даних про таких осіб у порядку, визначеному законодавством. Тобто негласна слідча (розшукова) дія формально юридично має більш спрощену правову процедуру проведення, а відповідно спрощується й використання документів, складених за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій, порівняно з оперативно-розшуковими заходами. А це означає, що негласна слідча (розшукова) дія набуває статусу звичайної процесуальної дії та її результати можна повноцінно використовувати нарівні з уже іншими слідчими (розшуковими) діями.

Проте використання результатів проведення оперативно-розшукових дій у кримінальному провадженні ускладнюється наявністю обмежень, встановлених Законом України «Про державну таємницю» та Наказом Служби безпеки України «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю». Саме тому законодавець обмежує можливості використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», вказуючи на те, що вони можуть бути приводами та підставами для початку досудового розслідування або виступати підґрунтям для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні.

Таким чином, аналіз законодавства дає підстави стверджувати, що прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових дій супроводжується заведенням оперативно-розшукової справи відносно конкретної особи, строки щодо її ведення суворо обмежені ст. 9¹ Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Крім того, наявність оперативно-розшукової справи має забезпечити винятковість застосування і недопущення порушення прав та свобод людини під час проведення оперативно-розшукових заходів. У чинному КПК не визначається категорія осіб, щодо яких слідчий суддя за клопотанням прокурора або клопотанням слідчого, погодженого

з прокурором, зможе приймати рішення про застосування негласних слідчих (розшукових) дій. З огляду на це, такою особою може стати будь-яка людина. І це за умов значно більших строків проведення негласних слідчих дій (при їх подовженні), на відміну від фактичної можливості при проведенні відповідних оперативно-розшукових заходів.

Цікавим у зв'язку з цим є правила знищення інформації, одержаної внаслідок проведення негласних слідчих розшукових та оперативно-розшукових дій. Частина 12 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» містить положення, відповідно до якого одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберігання не підлягають і повинні бути знищені. Відомості, одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності, щодо підготовки до терористичних актів чи їх вчинення окремими особами та групами, зберігаються до 5 років. Відповідно до ч. 1 ст. 255 КПК відомості, речі та документи, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які прокурор не визнає необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, повинні бути невідкладно знищені на підставі його рішення, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 255 та ст. 256 КПК України. Згідно з ч. 3 ст. 255 КПК у разі, якщо власник речей або документів, отриманих у результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, може бути зацікавлений у їх поверненні, прокурор зобов'язаний повідомити його про наявність таких речей або документів у розпорядженні прокурора та з'ясувати, чи бажає він їх повернути. Допустимість дій, передбачених ч. 3 ст. 255 КПК, та час їх вчинення визначаються прокурором з урахуванням необхідності забезпечення прав та законних інтересів осіб, а також запобігання завданню шкоди для кримінального провадження. Тобто, долю відомостей, речей та документів, отриманих внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, що не мають ніякого значення для кримінального провадження вирішує прокурор.

Повідомлення особі, щодо якої проводилися негласні слідчі (розшукові) дії, про результати проведення відносно неї вказаної дії в межах календарного року після закінчення

проведення такої дії виглядає досить примарною та слабкою гарантією дотримання законності. Крім того, на наш погляд, взагалі не врегульовано питання щодо проведення розглядуваних дій відносно осіб, які непричетні до вчинення злочину. Як бути з дотриманням прав і свобод особи, щодо якої розпочалося проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а вона виявилася непричетною до вчиненого діяння, передбаченого Особливою частиною Кримінального кодексу, чи не є суб'єктом вчиненого злочину (неосудна особа, не досягла віку кримінальної відповідальності, не наділена ознаками спеціального суб'єкта тощо)?

Тому, на нашу думку, необхідно в статті 246 КПК «Підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій» передбачити норму, відповідно до якої чітко визначити, що негласні слідчі (розшукові) дії мають бути негайно припинені у зв'язку з фактом встановлення непричетності особи до вчиненого злочину, а відомості, отримані внаслідок їх проведення — негайно знищені. У іншому випадку можна порушувати питання про створення поліцейської держави і можливості проведення негласних слідчих дій відносно будь-якої особи і про дотримання прав та законних інтересів людини у нашому суспільстві можна забути.

Окрім цього, нами зазначається проблематичність реалізації норми щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій з використанням конфіденційного співробітництва, яке здійснюється на підставі ст. 275 КПК «Використання конфіденційного співробітництва». Відповідно до цієї статті КПК під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених цим Кодексом. Виникає питання про готовність, в тому числі психологічну, слідчого до роботи з агентурним апаратом та мати на постійній основі гласних і негласних штатних та позаштатних працівників. Зрозуміло, що досвід оперативних підрозділів у цьому напрямі безперечно є багатшим, ніж у слідчого, який не має ані осіб, з якими у нього встановлене конфіденційне співробітництво, ані навичок оперативної роботи тощо.

Усе розглянуте вище дає підстави для **висновку** про те, що загальні положення про

негласні слідчі (розшукові) дії потребують не лише окремого та глибоко вивчення, але й відповідного наукового осмислення та обґрунтування. Це призведе до суттєвих змін чинного КПК, оскільки значна кількість цих положень на практиці є дуже проблематичною, а деякі з них безпосередньо порушують конституційні права та законні інтереси людини і громадянина, задекларовані Конституцією України.

Омельяненко А.С. Общие положения о негласных следственных (розыскных) действиях (обзор нового законодательства).

Аннотация. В статье анализируются общие положения о негласных следственных (розыскных) действиях. Исследуются соответствующие положения нового УПК и Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности». Некоторые правила КПК могут существенно затронуть права и законные интересы лиц, не причастных к совершенному преступлению. Констатируется необходимость внесения изменений в действующее КПК, что сделает невозможным проведение негласных следственных (розыскных) действий в отношении лиц, которые не имеют отношения к определенному уголовному производству.

Ключевые слова: негласные следственные (розыскные) действия, оперативно розыскные мероприятия, законность уголовного производства, государственная тайна, лицо, совершившее преступление.

Omelyanenko A.S. Terms of covert investigative (detective) activity (review of new legislation).

Summary. The paper analyzes the general provisions of covert investigative (detective) action. We study the relevant provisions of the new KPC and the Law of Ukraine «On the operational activities.» Some rules KPC could substantially affect the rights and legitimate interests of persons not involved in the crime. Declares that the need for changes to the current device that will prevent conducting undercover investigation (detective) actions against persons who are not relevant to a criminal investigation.

Keywords: covert investigative (detective) action promptly, the legitimacy of the criminal proceedings, state secret, the person who committed the crime.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ
ПРАВОНАВСТВО

*Бехруз Хаширатулла,
д.ю.н., профессор,
профессор кафедры права
Европейского Союза и сравнительного правоведения
Национального университета «Одесская юридическая академия»*

ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ И ДИАЛОГ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР: КОНЦЕПЦИЯ УНИВЕРСАЛЬНОСТИ И РЕЛЯТИВИЗМА

Аннотация. Исследованы цивилизационные различия в понимании смысла, предназначения и возможностей реализации ценностей, относящихся к универсальным или релятивным. Указано на необходимость осуществления цивилизационного взаимодействия и диалога правовых культур на принципах, обеспечивающих терпимое принятие иного образа жизни, иного менталитета и иных цивилизационных восприятий окружающего мира.

Ключевые слова: ценность, типология ценностей, универсальность, релятивизм, релятивность, правовые ценности, диалог правовых культур.

I. Некоторые предварительные замечания

Современный этап развития общества происходит под влиянием глобализации, которая охватывает почти все сферы общественной жизни: политическую, социально-экономическую, культурную, правовую. Глобализационные процессы серьезно влияют и на такую важную сферу общественной жизни как правовая культура, которая существует в рамках различных цивилизаций. Расширяются культурные связи между людьми, которые являются носителями разных цивилизационных ценностей, активизируется ценностный обмен между ними.

Возникают вопросы, которые требуют ответа: существуют ли ценности, которые можно охарактеризовать как универсальные, общечеловеческие? Верно ли утверждение о том, что каждая цивилизация формирует свою уникальную и неповторимую систему ценностей? А может истинными являются оба утверждения?

Признание данного постулата предусматривает нахождение ответов на следующие вопросы: какие ценности являются универсальными для представителей разных культур? Одина-

ково ли смысловое наполнение понятий, используемых для обозначения «универсальных» ценностей в контексте существования различных цивилизаций? Насколько непреодолимыми являются препятствия, создаваемые различиями в системах ценностей, и возможно ли нахождение для них общего знаменателя, что позволит создать рамки для бесконфликтного сосуществования и построения равноправного диалога различных правовых культур?

Вышеупомянутое актуализирует исследование как ценностей вообще, так и систем ценностей той или иной цивилизации и ценностно-нормативных ориентаций представителей различных культур, этносов, а также исследование влияния диалога культур на развитие современного общества, правовых систем и правовых культур.

Понятие «ценности», «правовые ценности», а также их универсализм и релятивизм, являются одними из важнейших направлений научных исследований таких авторов, как К.-О. Аппель, В. А. Бачинин, М. Вебер, Хабермас, Д. Дэвидсон, А. А. Гусейнов, Р. Карнап, Б. А. Кистяковский, Н. И. Козюбра, Г. Д. Левин, А. Лукашева, С. И. Максимов, А. А. Мамчур, А. Мерешко, Ю. Н. Оборотов, К. Поппер, П. М. Рабинович, Т. Спаар, В. С. Степин, А. Дж. Тойнби, П. Фейерабен, А. Хеффе, И. Л. Честнов и др.

II. Понятие ценностей, их универсальность и релятивизм

Среди ученых отсутствует единство взглядов по поводу определения понятия «ценности». Так, представители идеалистической философской мысли ценность определяют как представления человека о неких идеальных состояниях, наличие которых обусловлено удовлетворением потребностей — физиологических, материальных, интеллектуальных, духовных и т.п.

В философском словаре можно встретить следующее определение ценностей как обобщенных представлений людей о наиболее значимых целях и нормах поведения, которые задают приоритеты в восприятии действительности, определяют ориентации их действий и поступков во всех сферах жизни и в значительной степени формируют «жизненный стиль» в обществе. Система или совокупность доминирующих ценностей в концентрированном виде выражает особенности культуры и исторического опыта данного общества.

Ценность также рассматривается как свойство того или иного общественного феномена, направлена на удовлетворение потребностей и интересов индивида, группы людей и общества в целом, а не является представлением об этих свойствах.

Понятие «ценности» связано также с понятием «потребностей», классификация которых также проводится по различным основаниям. Наиболее известной и признанной является иерархическая система классификации потребностей, предложенная А. Маслоу, которую изображают в виде пирамиды из пяти пластов, отражающих порядок возникновения тех или иных потребностей. В обобщенном виде их можно представить следующим образом: первый слой — жизненные потребности — потребность в пище, воде и т.д., второй — потребность в безопасности, третий — в принадлежности к определенной социальной группе, четвертый — в признании; пятый — в самовыражении [1].

Одним из подходов к трактовке ценностей является условное деление их представителей (т.е. тех, кто является сторонником соответствующего подхода) на: универсалистов (Платон, Кант, Гегель и др.), которые отмечают существование некоторых безусловных, транскультурных ценностей, универсальных моральных норм, связанных с единой и неизменной, внеисторической человеческой природой, и антиуниверсалистов, для которых характерно утверждение релятивизма всех моральных норм, поскольку они должны рассматриваться в контексте целеполагания и значимости для индивидуума, а также уникальности иррационального бытия человека. Позиция последних выражена, в частности, в постнищанской европейской философии (Фрейд, Юнг, Гуссерль, Хайдеггер и др.).

Универсализм можно охарактеризовать как направление философской мысли, согласно которому мир рассматривается как бесконечная целостность; также утверждается примат общего над единичным. Согласно философских концепций, основанных на постулатах кантовских «всеобщих и необходимых» форм априорного сознания, диалектике Гегеля, отличие и своеобразие иного, особого должно быть нивелировано для доминирования «общего», «универсального».

Релятивизм является философско-методологической концепцией, согласно которой все в мире относительно, абсолютизируется изменчивость действительности и наших знаний о ней; также подчеркивается примат целостности, системности реальности по отношению к ее отдельным частям, примат развития над сохранением уже приобретенного, достигнутого. Принцип релятивизма был сформулирован еще во времена античности Протагором: «Человек есть мера всех вещей». Это означает, что истинным или ложным все оказывается только по отношению к нам.

В основу права положены следующие абсолютные ценности: сохранение жизни, семьи, собственности, обеспечение безопасности, получение знаний, принятие решений и т.п. Итак, базовые ценности, которые являются общими для любой культуры, в силу одинаковой значимости для любого индивида, а также их одинакового смыслового наполнения, могут претендовать на статус универсальных.

При рассмотрении понятия «ценности» необходимо учитывать, что наряду с общими цивилизационными ценностями, каждой отдельной социальной группе или классу присуща своя система ценностно-нормативных ориентаций, своя концепция ценностей.

Значимость базовых, первичных ценностей — жизни, безопасности, продолжения рода, — не зависит от принадлежности к какой-либо цивилизации или социальной группе.

Ценности социальные, политические, экономические являются результатом социализации человека, и дифференциация общества неразрывно связана с данной группой ценностей. Эти ценности относительные, они имеют разную значимость для различных обществ. Понятия, обозначающие эти ценности, могут иметь разное толкование в контексте разных культур.

Общность ценностно-нормативных ориентаций членов общества характеризует их принадлежность к конкретной цивилизации.

Разное отражение идеи универсальных ценностей в системе позитивного права в рамках правовых систем различных государств обусловлено различными правовыми традициями, которые по-разному интерпретируют происхождение, назначение и высший смысл реализации этих ценностей.

Неоднократно акцентировал внимание на диалектике общего и особенного в правах человека П. М. Рабинович. Общее получило проявление в том, что в XX-XXI веках, как отмечает ученый, одной из общих тенденций развития института прав человека стала его глобальная универсализация. Об этом свидетельствует, например, то, что к договорным актам ООН по правам человека присоединились от 70 до 90 процентов всех государств мира. Так, во Всеобщей декларации прав человека закреплен минимально необходимый перечень названий прав и свобод как своеобразного пакета образцов, на которых должна быть ориентирована политика каждого цивилизованного, демократического государства (действительно: большинство этих названий отражено в большей части современных конституций или других фундаментальных национальных законов. Особенное в правах человека нашло воплощение в диверсификации содержания прав человека. Идеологическим отражением объективной диалектики общего и особенного (а иногда и единичного) в правах человека является наличие нескольких неоднозначных философско-антропологических ее интерпретаций. Наиболее распространенными среди них являются концепции абсолютного универсализма, умеренного универсализма и культурного релятивизма [4, 255, 256, 257].

Сторонники релятивизма считают, что разные исторические традиции, психология и культура различных государств не могут не влиять в определенной степени на понимание прав человека, на политику и практику в этой сфере. Из этого государственные деятели ряда восточных стран делают вывод, что нельзя считать, что стандарты и модели прав человека, принятые некоторыми странами, являются едиными и нельзя требовать, чтобы все страны подчинились им. Они определяют категорию «права человека» как явление,

характерное только для «западных цивилизаций» и не соответствующее национальной культуре и традициям восточных обществ.

Следовательно, поляризация мнений философов, социологов, правоведов и представителей других гуманитарных наук по поводу толкования понятия «ценность» и возможностей существования универсальных ценностей, обусловлена различиями в решении вопросов соотношения онтологии и гносеологии, объективного и субъективного, материального и идеального, а также от цивилизационной принадлежности исследователей.

III. Значение правовых ценностей для диалога правовых культур

Источником устойчивого развития человечества является многообразие культур и диалог между ними. «Наше культурное разнообразие, — говорится в Хартии Земли, провозглашенной ООН, — является ценным наследием, и различные культуры найдут свои собственные пути к реализации своего видения устойчивого образа жизни» [8]. Человечество должно расширить глобальный диалог, инициированный Хартией Земли, поскольку необходимо многому научиться друг у друга в поисках истины и мудрости. Мы должны найти гармонию между разнообразием и единством, индивидуальной свободой и общественным благом, краткосрочными планами и долгосрочными целями. Иными словами, концентрация общечеловеческого в той или иной культуре должна быть настолько значительной, чтобы она обеспечила возможность преодоления специфических национальных форм выражения общечеловеческого [9].

Проблематика диалога культур и партнерства цивилизаций неоднократно обсуждалась на международных Лихачевских научных чтениях, которые проводятся почти ежегодно, начиная с 1993 г., и участники которых отмечают необходимость формирования принципов, лежащих в основе такого диалога, как необходимой основы для сосуществования различных цивилизаций и культур. Их активным участником является С. С. Гусейнов, который отмечает, что диалог культур, с одной стороны, предполагает особого рода единство между ними. Диалог предполагает такое соотношение и связанность культур между собой, когда они объединены общностью конечных жизненных целей,

взаимно дополняют друг друга, нуждаются друг в друге, не могут существовать друг без друга. Диалог культур предполагает общность основоположений, которые только и могут задать адекватное пространство такого диалога. С другой стороны, диалог культур возникает из их отличий. Качественные различия культур — не только предпосылка и основа диалога. Они также являются его результатом в том смысле, что диалог не убирает этих различий, а в определенном смысле обостряет их. Эффективность диалога культур заключается в сочетании общезначимого (универсального) с самобытным. Продуктивным может быть только движение, отталкивающееся от самобытности культур и тем самым возникающее из внутренних источников каждой из них отдельно. Без взаимоуважительных отношений, основанных на признании изначального равенства культур по ценностным критериям, а следовательно, и суверенности каждой из них в формулировке собственных ценностных критериев и приоритетов, никакого диалога между ними быть не может [10, 65].

Диалог, происходящий между культурами, отмечает Ю. М. Оборотов, приводит к формированию парадигмы партнерских отношений, основанной на стремлении достичь взаимопонимания, компромисса в формировании «общего языка», согласия мыслей и действий с противоположной стороной. Этой парадигмой утверждаются ценности коммуникативного сотрудничества, среди которых равноправное партнерство, свобода и ответственность каждой из сторон, признание самооценности партнера, ориентация на ненасильственные методы решения конфликтов. Для такого партнерства необходимо настройки на культурную, историческую, стилистическую специфику каждой из сторон, оно основано на принципе взаимной дополненности культур, имеющих разные системы ценностей [11, 263-264]. При этом соблюдение общих «правил игры» — партнерских норм — требует расширения взаимодействия правовых систем, усиления диалога правовых культур, движения по линии взаимных уступок, выработки доверительных отношений как стратегии долгосрочного цивилизационного сотрудничества [12, 42].

Переходя к рассмотрению проблем диалога правовых культур, необходимо осознать,

что присущие для них правовые ценности сформированы религиозными и культурными ценностями, которые составляют основу той или иной цивилизации, культуры. Эпоха глобализации придает этим вопросам особую остроту и актуальность.

Право является ценностью, усваиваемой человеком в процессе социализации, и также может иметь разную степень значимости и разное смысловое наполнение. Примером тому является наличие различных концепций взаимопонимания. Говоря о регулятивной функции права, необходимо учитывать такой важный фактор, как отношение к нему в том или ином обществе как к способу регулирования различных сторон жизни социума. Именно такое «понимание права», то есть осознание индивидом того места, которое занимает право в структуре правовой системы, может выступать в качестве критерия классификации и типологии правовых культур. Если право является главным регулятором общественных отношений и выступает детерминантой социальной жизни, речь идет о западных правовых системах. Там, где право, его содержание и функциональное назначение детерминируются другими факторами — религиозными, этическими, речь идет о незападных правовых системах.

Западное право также имеет ряд отличий, которые проявляются в существовании различных правовых семей — законодательного и прецедентного права, существование которых обусловлено индивидуальным путем развития той или иной культуры, существующей в рамках западной цивилизации.

Доминирующая в настоящее время идея универсализма ценностей и основанных на них прав и свобод человека, оборачивается на практике интервенциями против стран, чьи правовые культуры сформированы другими системами ценностей, а такие понятия как «демократия», «права человека», «политические свободы», имеют отличное от западного смысловое наполнение. Сегодня проблемой является не только сохранение уникальности и самобытности правовых культур, сформированных различными цивилизациями, этносами, а также обеспечение суверенитета национальных государств и недопущение вмешательства в их внутренние дела под предлогом нарушения этих прав и свобод.

Национальные правовые системы не существуют изолированно. Они взаимодействуют друг с другом, ведут нескончаемый культурный диалог. Правовая система отдельного государства подвергается постоянному давлению со стороны фрагментов других правовых культур, юридических текстов, процедур и правовых конструкций. «Бомбардировка» культуры текстами из чужой культуры приводит к новой интерпретации и этих «занесенных» текстов, и самого контекста «аборигеновской» культуры. С такой новой интерпретации неизбежно вырастают новые смыслы, реализуемые в человеческой деятельности [13, 21-22].

Более того, история существования крупных правовых систем, как правило, начиналась с заимствования (афинское, римское, западное право и др.). Оно может происходить через отдельные правовые институты, элементы юридической техники и практику правоприменительной деятельности. Имеет место также заимствование правовых принципов, правовых идей. Иными словами, заимствование может быть фрагментарным, так называемой правовой аккультурацией, или глобальным, так называемой правовой рецепцией. Если при правовой аккультурации происходит заимствование правовых положений, то при правовой рецепции меняются основы правовой системы в целом. Правовая аккультурация осуществляется разными путями и разными средствами: с помощью законодательства и судебной практики, посредством заключения договоров, а также частным путем. Например, правовая аккультурация, осуществляемая учеными и преподавателями, происходит на уровне юридической науки и юридического образования. На этой основе выделяются следующие виды правовой аккультурации: законодательная, судебная, договорная и доктринальная [14].

Таким образом, современный мир не может существовать в условиях замкнутости правовых культур. Происходят процессы правовой аккультурации, то есть взаимодействия между правовыми системами и правовыми культурами на уровне законодательства, судебной практики, юридической науки, юридического образования и др.

Необходимость диалога правовых систем и правовых культур обусловлена неизбежностью

сосуществования современных цивилизаций, что с каждым днем становится более очевидным. Замкнутость существования правовых систем приводит к застою, вследствие чего вопросы их дальнейшего развития становятся более проблематичными и не могут соответствовать потребностям и интересам современного общества. Выход за рамки национального видения права, примат общечеловеческих ценностей в развитии цивилизации, и ее правовой составляющей, относится к главным требованиям в развитии современного общества. Современный мир характеризуется нарастающей тенденцией к интеграционным процессам путем взаимодействия правовых систем.

Современные процессы, порожденные эпохой глобализации, ставят перед всей юриспруденцией задачи использования потенциала различных правовых семей (систем) в решении масштабных задач, относящихся к человечеству в целом. Правовые заимствования — одна из наиболее характерных черт правовой эволюции.

Диалог правовых культур не может происходить вне рамок влияния процессов глобализации, которая стимулируется изменениями в мировой экономике, включая растущую экономическую взаимозависимость и технологические возможности. Одним из факторов формирования геоэкономического пространства является «взаимопроникновение» правовых систем [15, 3]. Глобализационный процесс, развивающийся в политической сфере, отличается от глобализации в социально-экономической сфере. Государства в значительной мере сохраняют свою самостоятельность. Поэтому по отношению к государствам, а также правовым системам более приемлемым является термин «интернационализация», что означает, прежде всего, сближение политических и правовых систем государств, углубление их взаимодействия, культурного влияния [16].

Диалог правовых культур должен осуществляться исходя из того, что полная и неискаженная картина правового регулирования в обществе может быть составлена на основе познавательного материала, добытого в результате научного, нормативного и ценностного постижения юридической действительности. Одной формы познания, даже если она научна, недостаточно. Одну из форм нельзя искусственно преувеличивать за счет других.

Только вместе, а не каждая в отдельности, они могут претендовать на более-менее правильное объяснение реальности [17, 76-77].

Национальная правовая культура имеет самобытный характер, и, как и национальная правовая система, является достоянием различных сообществ, которые формируются в рамках соответствующих цивилизационно-культурных традиций.

Данные размышления подводят к подтверждению того, что стандартизация и универсализация глобалистских идей, отраженных в неолиберальной идеологии, может привести к уничтожению национальных правовых культур, что в свою очередь, не способствует эффективному функционированию национальных правовых систем, так как оно напрямую зависит от состояния национальной правовой культуры [18, 86].

Как отмечает И. А. Василенко, будущее мирового общественного развития в эпоху глобализации должно базироваться на диалоге цивилизаций как общем пространстве многогранной духовности — всегда открытом и вечно совершенствующемся в процессе понимания другого [19, 18].

Вывод. Таким образом, ценности предстают как в виде универсальных понятий, так и в виде относительной, релятивной величины, при рассмотрении человека как социального существа, чье мышление сформировано определенной культурой, порожденной соответствующей цивилизацией. Т.е. релятивизм правовых ценностей обусловлен различием цивилизационных оснований той или иной культуры. Абсолютными, универсальными ценностями для любой цивилизации являются только те, которые составляют основу выживания человека как биологического вида. Ценностям, как результату социализации, продукту культуры, в полной мере присущ релятивизм, поскольку они имеют разное смысловое наполнение, их реализация способствует достижению различных целей и реализации различных жизненных программ.

Литература:

1. Маслоу А. Мотивация и личность / Маслоу Абрахам. — СПб : Питер 2011. — 352 с.
2. Філософія права: проблеми та підходи : навч. посіб. / за заг. ред. П. М. Рабіновича. — Л. : Юридичний факультет ЛНУім. І. Франка, 2005. — С. 255, 256, 257.
3. Лукашева Е. Универсальные стандарты прав человека и цивилизационные традиционные нормы: конфликт культур / Е. Лукашева // Право Украины. — 2011. — № 5—6. — С. 40.
4. Максимов С. Права человека: универсальность и культурное многообразие / С. Максимов // Право Украины. — 2011. — № 5—6. — С. 29.
5. Бехруз Х. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та ісламські міжнародно-правові документи (компаративістський аналіз) / Х. Бехруз // Право України. — 2010. — № 10. — С. 114.
6. Хартия Земли : Принята Всемирной Комиссией по окружающей среде и развитию при ООН (1987 г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.earthcharter.ru/index.php?cnt=5>
7. Байдаров Э. У. Влияние глобализации на культуру и ценности человека [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://credonew.ru/content/view/510/57/>
8. Гусейнов А. Диалог культур: возможности и пределы / А. А. Гусейнов // Диалог культур и партнерство цивилизаций: VIII Международные Лихачевские научные чтения (22-23 мая 2008 г.). — СПб : Изд-во СПбГУП, 2009. — С. 66.
9. Василенко И. А. Диалог цивилизаций: социокультурные проблемы политического партнерства / И. А. Василенко. — М. : Эдиториал УРСС, 1999. — С. 263-264
10. Оборотов Ю. М. Філософія права і методологія юриспруденції / Ю. М. Оборотов // Проблеми філософії права. — 2003. — Т. 3. — С. 42.
11. Лотман Ю. М. Внутри мыслящих миров. Человек — текст — семиосфера — история / Ю. М. Лотман. — М. : Языки русской культуры, 1999. — С. 21-22.
12. Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии / Ю. Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2001. — 156 с.
13. Кочетов Э. Г. Геоэкономика : учебник / Э. Г. Кочетов. — М. : Норма, 1999. — С. 3.
14. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право. XXI век / И. И. Лукашук. — М. : Спарк, 2000. — 279 с.
15. Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. — М. : Норма, 2007. — С. 76-77.
16. Бехруз Х. Проблема сохранения национальной правовой культуры в условиях глобализации / Х. Бехруз // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна. — К. : Логос, 2010. — С. 86.
17. Василенко И. А. Диалог цивилизаций : социокультурные проблемы политического партнерства / И. А. Василенко. — М. : Эдиториал УРСС, 1999. — С. 18.

Бехруз Х. Правові цінності і діалог правових культур: Концепція універсальності і релятивізм.

Анотація. Досліджено цивілізаційні відмінності у розумінні сенсу, призначення і можливостей реалізації цінностей, що відносяться до універсальних або релятивних. Вказано на необхідність здійснення цивілізаційної взаємодії та діалогу правових культур на принципах, що забезпечують терпиме прийняття іншого способу життя, іншого менталітету та інших цивілізаційних сприйнять навколишнього світу.

Ключові слова: цінність, типологія цінностей, універсальність, релятивізм, релятивність, правові цінності, діалог правових культур.

Bekhruz Kh. Legal values and legal cultures dialogue: the concept of universality and relativism.

Summary. The civilization differences in understanding of sense, destination and possibilities of realization of universal and relativism values are researched in the article. The necessity of civilization interactions and dialogue of legal cultures is indicated to be made on principles that provide tolerant perception of other way of life, mentality and other civilization perceptions of visual environment.

Keywords: value, typology of values, universality, relativism, relativity, legal values, dialogue of legal cultures.

Мельник С.Б.,

к.ю.н., доцент,

*заведующая кафедрой международного права и сравнительного правоведения
Международного гуманитарного университета*

Костина В.Д.,

*преподаватель кафедры международного права и сравнительного правоведения
Международного гуманитарного университета*

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ВИДОВОГО РАЗНООБРАЗИЯ КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Аннотация. В статье рассматриваются общие проблемы правового опосредования видов кредитных организаций в России. Освещен вопрос критериев их разграничения на виды.

Ключевые слова: кредитные организации, виды кредитных организаций, банк, небанковская кредитная организация.

Постановка проблемы. Как показывает международный опыт, именно кредитные организации играют существенную роль в развитии экономики страны; и при правильном функционировании и правовом регулировании могут привести к ее значительному росту.

Поэтому вопросы, связанные с деятельностью кредитных организаций и в целом банковской системы не только России, но и других стран, в настоящее время весьма актуализировались. Фактически, это та система, которая призвана обеспечивать финансовую составляющую любой экономики. Особенно это ощущается в условиях мирового финансово-экономического кризиса.

Так, в 2008 – 2009 гг. наиболее остро проявились нерешенные проблемы деятельности российских кредитных организаций. В качестве отдельных проблем российских кредитных организаций можно отметить: 1) неудовлетворительное состояние управления, включая как корпоративный аспект, так и управление рисками (в результате, как правило, для российских кредитных организаций характерна ориентация на обслуживание бизнеса владельца/владельцев); 2) использование различных манипулятивных схем (что приводит к недостоверности учета и отчетности в отдельных банках, к искажению информации об их работе,

к появлению так называемых «непрозрачных» направлений деятельности, оценка и анализ которых являются затруднительными как для надзорного и регулирующих органов, так и для участников рынка); 3) низкий уровень ответственности владельцев и менеджмента за качество принимаемых решений, погоня за прибылью в ущерб финансовой устойчивости; 4) вовлечение кредитных организаций в противоправную деятельность и другие проблемы. Как правило, вышеуказанные проблемы являются характерными для экстенсивной модели развития банковского сектора. И как отмечалось в Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 [1] (далее – Стратегия развития), задача перехода от экстенсивной модели развития банковского сектора к интенсивной должна стать приоритетной как для Правительства Российской Федерации и Банка России, так и для кредитных организаций. Одним из способов их преодоления служит модернизация данной системы, ее дальнейшее усовершенствование. В России предпринимаются различные, в том числе правовые, средства для решения поставленных задач.

Следовательно, вопрос о видах кредитных организаций – это не столько вопрос теоретической, сколько практической направленности. Так как законодатель по сути акцентирует внимание не столько на видовом разнообразии кредитных организаций, сколько устанавливает специальные правила функционирования кредитных организаций – в зависимости от их видов.

Анализ последних исследований. Правовой анализ видов кредитных организаций в России, критериев их разграничения,

вытекающей из этого специфики правового положения кредитных организаций рассматривались различными авторами. Среди них следует указать работы: Л.Г. Ефимовой, С.Э. Жилинского, А.Я. Курабатова, Е.Б. Лавутс, О.А. Тарасенко, И.С. Шиткиной и др. При этом изменяющиеся экономические условия, как национального, так и международного характера; принятие нового и модернизация действующего законодательства; поиск эффективных механизмов регулирования аналогичных субъектов хозяйствования и в других странах, в том числе в Украине, — требуют дальнейшего изучения данной проблематики, ее сравнительно-правового исследования.

Изложение основного материала. Рассмотрение ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. №395-1 «О банках и банковской деятельности» [2] (далее — Закон о банках) позволяет выделить, как минимум, четыре критерия классификации кредитных организаций. Первым критерием является предоставляемый законодательством и нормативными актами Банка России допустимый перечень осуществляемых банковских операций. В качестве второго можно назвать установленное в законодательстве разнообразие форм собственности, на основании которых могут образовываться кредитные организации. Третьим критерием выступают разновидности хозяйственного общества, в которых создаются кредитные организации. В качестве четвертого можно назвать «национальность» («личный закон», «личный статус») юридического лица, по правилу места его регистрации [3, 224].

Следовательно, по первому критерию в ст. 1 Закона о банках выделены следующие виды кредитных организаций: банк; небанковская кредитная организация, в виде: 1) кредитной организации, имеющей право осуществлять исключительно банковские операции, указанные в п.п. 3 и 4 (только в части банковских счетов юридических лиц в связи с осуществлением переводов денежных средств без открытия банковских счетов), а также в п. 5 (только в связи с осуществлением переводов денежных средств без открытия банковских счетов) и п. 9 ч. 1 ст. 5 Закона о банках (далее — небанковская кредитная организация, имеющая право на осуществление переводов денежных средств без открытия банковских счетов и связанных с ними иных банковских

операций), и 2) кредитная организация, имеющая право осуществлять отдельные банковские операции, предусмотренные Законом о банках. Допустимые сочетания банковских операций для такой небанковской кредитной организации устанавливаются Банком России. Поэтому данный критерий для выделения кредитных организаций также требует учета положений ст. 5 Закона о банках, особенно в части перечня банковских операций. Причем в соответствии со ст. 7 Закона о банках фирменное наименование кредитной организации должно содержать указание на характер ее деятельности путем использования слов «банк» или «небанковская кредитная организация».

Если сопоставить ст. 1 Закона о банках в части указания на то, что кредитная организация образуется на основе любой формы собственности, с содержанием ст. 8 Конституции Российской Федерации [4] и соответствующими положениями Гражданского кодекса Российской Федерации [5] (далее — ГК РФ), то можно сделать вывод, что по форме собственности кредитные организации могут быть частными, государственными, муниципальными и иными. Однако в этом вопросе также необходимо руководствоваться и другими законодательными положениями, в частности ст.ст. 11, 11² Закона о банках.

В среднесрочной перспективе, как указано в Стратегии развития, предполагается сократить участие государства в капиталах кредитных организаций при сохранении контроля государства за деятельностью Сбербанка России ОАО, ОАО Банка ВТБ и ОАО Россельхозбанка в ближайшие 2-3 года, предусматривая, при этом, снижение государственного участия в уставном капитале данных кредитных организаций ниже уровня 50% плюс одна голосующая акция. Вариант снижения доли Банка России в уставном капитале Сбербанка России ОАО ниже уровня 50% плюс одна голосующая акция целесообразно рассматривать после устойчивого снижения доли Сбербанка России ОАО на рынке депозитов населения ниже уровня 50%. По мере формирования соответствующих условий в отношении Сбербанка России ОАО, ОАО Банк ВТБ и ОАО Россельхозбанка, а также иных кредитных организаций с долями участия государства в уставном капитале, будут осуществляться

меры по привлечению стратегических инвесторов и размещению миноритарных долей, принадлежащих государству, на открытых рынках капиталов [1].

В соответствии со ст. 1 Закона о банках кредитная организация образуется... как хозяйственное общество. Статья 10 Закона о банках развивает данное положение указанием на то, что кредитная организация имеет учредительные документы, предусмотренные федеральными законами для юридического лица соответствующей организационно-правовой формы. ГК РФ, как известно, к хозяйственным обществам относит акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью или с дополнительной ответственностью (ст. 66). Таким образом, следует выделять: кредитную организацию-акционерное общество; кредитную организацию-общество с ограниченной ответственностью; кредитную организацию-общество с дополнительной ответственностью. В проекте изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что хозяйственные общества могут создаваться в организационно-правовой форме акционерного общества, или общества с ограниченной ответственностью. Такой вид хозяйственных обществ, как общество с дополнительной ответственностью, в соответствии с проектом должен быть упразднен [6].

Четвертый критерий позволяет выделить через общую категорию банка такой вид кредитной организации как иностранный банк — банк, признанный таковым по законодательству иностранного государства, на территории которого он зарегистрирован (ст. 1 Закона о банках).

Вопрос о видах кредитных организаций поднимался неоднократно и в литературе¹. Так, С.Э. Жилинский, анализируя видовое разнообразие кредитных организаций, отмечал, что: а) коммерческие банки, имеющие исключительное право осуществлять в совокупности... банковские операции...; б) небанковские кредитные организации, могущие осуществлять лишь отдельные банковские операции. Допустимые сочетания последних устанавливаются для них Банком России. Исчерпывающего перечня видов небанковских

кредитных организаций в законодательстве нет. К ним относятся, например, ломбарды, кредитные товарищества и союзы, общества взаимного кредита, расчетные (клиринговые) центры.

Законодательство проводит строгую линию на четкое разграничение банковских и небанковских кредитных организаций. Фирменное наименование кредитной организации должно содержать указание на характер деятельности этого юридического лица посредством использования слов «банк» или «небанковская кредитная организация», а также указание на его организационно-правовую форму. Ни одно юридическое лицо в Российской Федерации, за исключением получившего от Банка России лицензию на осуществление банковских операций, не может использовать в своем наименовании слова «банк», «кредитная организация» или иным образом указывать на то, что данное юридическое лицо имеет право на осуществление банковских операций [7, 314, 315]. Кредитные организации представлены разветвленной сетью юридических лиц. Преобладают среди кредитных организаций банки. На них же ложится основной объем банковской деятельности [7, 320].

Кредитные организации, появившиеся в Российской Федерации в разное время после банковской реформы 90-х гг. прошлого столетия, можно условно разделить на три неравные группы. Во-первых, Банк России формально не считается кредитной организацией, хотя выполняет большинство банковских операций, в том числе выдает кредиты, и составляет первый уровень банковской системы. Во-вторых, следует выделить те кредитные организации, которые входят в банковскую систему Российской Федерации, составляя ее второй уровень. Они поднадзорны Банку России, на них распространяется Закон о банках и нормативные акты Банка России, они признаются кредитными организациями. В-третьих, имеется достаточно большое число различных организаций, которые по экономической сути своей деятельности являются кредитными, но действуют вне банковской системы Российской Федерации. С точки зрения своего правового статуса, их деятельность регулируется не Законом о банках, а иными общими и специальными нормативными актами, они не подконтрольны

¹ Необходимо отметить, что анализ осуществлялся с учетом действующего законодательства, в частности соответствующих редакций и изменений Закона о банках.

Банку России и официально не рассматриваются законодателем в качестве кредитных. В эту группу можно отнести, например, кредитные кооперативы... Сюда же необходимо отнести ломбарды, которые, как известно, специализируются на предоставлении кредитов гражданам под заклад принадлежащего им движимого имущества, различные фонды и т.п. ...становится понятным, почему только часть организаций, занимающихся банковской деятельностью, признаны государством кредитными организациями, имеющими официальное право осуществлять определенный набор банковских операций. Государство заинтересовано в надзоре именно за этими организациями [8, 56; 9, 291].

А.Я. Курбатов выделяет два вида кредитных организаций: банки и небанковские кредитные организации. Относительно видов банков ученый указывает, что юридически значимого деления банков на виды в Российской Федерации нет. Среди небанковских кредитных организаций названы небанковские депозитно-кредитные организации (НДКО) и расчетные небанковские кредитные организации (РНКО), со ссылкой на Положение об особенностях пруденциального регулирования деятельности небанковских кредитных организаций, осуществляющих депозитные и кредитные операции, утвержденного Центральным Банком РФ от 21.09.2001 г. № 153–П [10], а также Инструкцию Центрального Банка РФ от 26.04.2006 г. № 129–И «О банковских операциях и других сделках расчетных небанковских кредитных организаций, обязательных нормативах расчетных небанковских кредитных организаций и особенностях осуществления Банком России надзора за их соблюдением» [11; 12, 74, 75]¹.

Л.Г. Ефимова в качестве основы разграничения кредитных организаций указывает на виды выполняемых ими операций. По этому критерию кредитные организации подразделяются на банки: универсальные и специализированные; банки, имеющие филиалы, и бесфилиальные банки; акционерные и паевые;

государственные (муниципальные) и частные банки. А также банки с иностранными инвестициями. Среди небанковских кредитных организаций названы расчетные небанковские кредитные организации и небанковские депозитно-кредитные организации [9, 284–312].

В России законодательно предусмотрено только два вида кредитных организаций: банки и небанковские кредитные организации. Виды небанковских кредитных организаций законодательно не закреплены. В настоящее время согласно нормативным актам Банка России существует три вида небанковских кредитных организаций:

1) РНКО. Крупнейшими РНКО в России являются расчетные палаты бирж РТС и Московской межбанковской валютной биржи;

2) НДКО;

3) НКО, имеющая право на осуществление переводов денежных средств без открытия банковских счетов и связанных с ними иных банковских операций.

Также авторы учебника «Банковское право» под редакцией Д.Г. Алексеевой и С.В. Пыхтина отмечают, что помимо приведенной выше законодательной классификации, в литературе выделены и иные классификации кредитных организаций, для которых используются преимущественно экономические критерии. В частности, среди кредитных организаций выделяют: 1) эмиссионные и коммерческие; 2) универсальные и специализированные; 3) местные (муниципальные, городские, областные и пр.), национальные (действуют на территории всей страны, например, Сберегательный банк РФ, Банк ВТБ), международные (чья деятельность не ограничена территорией одной страны, например, Международный банк реконструкции и развития, Международный банк экономического сотрудничества); 4) бесфилиальные и многофилиальные; 5) национальные, кредитные организации с участием иностранного капитала, иностранные банки; 6) многоотраслевые и моноотраслевые; и другие [13, 209-215].

Е.Б. Лаутс отмечает, что кредитные организации бывают двух видов: банки и небанковские кредитные организации. При этом в российской банковской системе традиционно больше банков, чем небанковских кредитных организаций. Если банков в России зарегистрировано около 1100 (действующих

¹ См. также: Тарасенко О.А. Небанковские кредитные организации: современное состояние и перспективы развития / Тарасенко О.А. // Предпринимательское право. — 2007. — № 3. — С. 17–19; Банки и небанковские кредитные организации и их операции: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению «Экономика» / [Жуков Е.Ф., Эриашвили Н.Д., Литвиненко Л.Т. и др.]; под ред. Е.Ф. Жукова, Н.Д. Эриашвили. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. — 559 с.

— около 1000), то небанковских кредитных организаций — всего около 50 [14, 786].

В Стратегии развития указано, что, как показывает международный опыт, одним из направлений... является развитие системы не-кредитных организаций, прежде всего кредитной кооперации и микрофинансирования, а также ломбардов. Кредитные кооперативы и микрофинансовые организации, как отмечено в Стратегии, не осуществляют банковские операции и не являются кредитными организациями. Целью таких некредитных организаций является финансовое обеспечение деятельности граждан, индивидуальных предпринимателей и предприятий малого бизнеса. Применяемые указанными организациями процедуры по выдаче ссуд и предоставлению займов менее формализованы и зарегулированы по сравнению с процедурой банковского кредитования, и основываются на непосредственном взаимодействии с клиентом, его бизнесом и социальным окружением, на конкретном его анализе финансовых потребностей и возможностей [1].

В специальном банковском законодательстве наблюдается смешение понятий кредитной организации и банка, при этом ГК РФ не содержит определения кредитной организации, легальное определение кредитной организаций, а также иные положения ст. 1 Закона о банках позволяют выделить, как указывалось выше, критерии их разграничения на виды и, соответственно, определить разновидности кредитных организаций. Однако установление видового разнообразия кредитных организаций в контексте их правового положения сопряжено с трудностями, в первую очередь, прикладного характера. Объясняется это отсутствием единой правовой основы их деятельности, и необходимостью обращения к различным правовым источникам.

Следует также констатировать несоответствие методологических правовых подходов к выделению того или иного вида кредитной организации: с одной стороны, необходимости получения специального разрешения, являющегося обязательным для наделения организации статусом кредитной, с другой фактического выполнения рядом субъектов права функций кредитных организаций. Возможным способом разрешения данной ситуации является внесение единых критериев выделения

разновидностей кредитных организаций в специальном законе, с установлением единых по каждому из них требований, сущностно отражающих специфику кредитных организаций среди других коммерческих юридических лиц. Это может быть сделано и путем включения специальной статьи о видах кредитных организаций, так как сегодня ст. 2 Закона о банках ситуацию еще более усложняет, выводя частично конструкцию разновидностей кредитных организаций на банковскую систему Российской Федерации.

Формально же установленный нормативный перечень кредитных организаций, с учетом общего легального определения данного понятия, должен носить исчерпывающий характер, так как речь идет о так называемой «вынужденной» специализации кредитных организаций, то есть о публично-правовом характере определения их статуса. В рамках же данных критериев видовое разнообразие может быть различным, что обуславливается разнообразием предпринимательских отношений, субъектами которых как раз и выступают кредитные организации. Это, в свою очередь, позволит в большей степени унифицировать законодательные нормы, устанавливающие правовой статус различных видов кредитных организаций в России.

Вывод. Таким образом, исходя из понимания того, что роль кредитных организаций в экономике любой страны чрезвычайно велика, в российской экономике на данную сферу ложится большая ответственность, с каждым годом их назначение в стабилизации страны увеличивается, задачи усложняются. Развитие же банковской системы является достаточно трудной задачей, требующей комплексных мер решения. Они должны в себя включать совокупность мер как экономического, так и правового характера, относительно последних и было заявлено частично в представленной статье.

Литература:

1. Стратегия развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015. Приложение к проекту Заявления Правительства Российской Федерации и Центрального банка Российской Федерации [Электронный ресурс]. — Режим доступа: www.nwab.ru/content/data/store/images/f_136_20957_2.doc
2. О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР»: Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 в редакции Федерального закона от 3 февраля 1996 г. № 17-93 // СЗ РФ. — 1996. — № 6. — Ст. 492.
3. Международное частное право : учеб. / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева [и др.] ; отв. ред. Г.К. Дмитриева. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008. — 688 с.
4. Конституция Российской Федерации. Принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. // Российская газета от 25 декабря 1993 года.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвертая. — М.: Проспект, КноРус, 2011. — 544 с.
6. Проект изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса РФ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html>
7. Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник для вузов / Станислав Эдуардович Жилинский. — [3-е изд., изм. и доп.]. — М. : НОРМА — ИНФРА*М, 2000. — 672 с.
8. Кредитные организации в России: правовой аспект / Беляева О.А., Вишневецкий А.А., Ефимова Л.Г. [и др.] ; отв. ред. Е.А. Павлодский. — М. : Волтерс клубер, 2006. — 624 с.
9. Ефимова Л.Г. Банковское право / Л.Г. Ефимова. — Т.1: Банковская система Российской Федерации. — М. : Статут, 2010. — 404 с.
10. Положение об особенностях пруденциального регулирования деятельности небанковских кредитных организаций, осуществляющих депозитные и кредитные операции. Утверждено Центральным Банком РФ от 21.09.2001 г. № 153—П // Вестник Банка России. — 2001. — № 60 (560).
11. Инструкция Центрального Банка РФ от 26.04.2006 г. № 129—И «О банковских операциях и других сделках расчетных небанковских кредитных организаций, обязательных нормативах расчетных небанковских кредитных организаций и особенностях осуществления Банком России надзора за их соблюдением» // Вестник Банка России. — 2006. — № 32 (902).
12. Курбатов А.Я. Банковское право России : учебник для магистров / Алексей Янович Курбатов. — М. : Юрайт; ИД Юрайт, 2012. — 525 с.
13. Банковское право : учебник для магистров / Алексеева Д.Г., Андропова Т.А., Ефименко Е.Н. [и др.] ; под ред. Д.Г.Алексеевой, С.В. Пытхтина. — [3-е изд. перераб. и доп.]. — М. : Юрайт, 2012. — 1055 с.
14. Корпоративное право: Учебный курс : учебник / Афанасьева Е.Г., Бакшинская В.Ю., Губин Е.П. [и др.] ; отв. ред. И.С. Шиткина. — М. : КНОРУС, 2011. — 1120 с.

Мельник С.Б., Костина В.Д. Правові аспекти видової різноманітності кредитних організацій в Російській Федерації.

Анотація. У статті розглядаються загальні проблеми правового опосередкування видів кредитних організацій в Росії. Освітлено питання критеріїв їх розмежування на види.

Ключові слова: кредитні організації, види кредитних організацій, банк, небанківська кредитна організація.

Melnyk S., Kostina V. Legal aspects of diversity of credit organizations in the Russian Federation.

Summary. The article covers the general issues of legal diversity of credit organizations' types in Russia. The question of criteria for their differentiating is examined thoroughly.

Keywords: credit organization, types of credit organizations, a bank, nonbank credit organization.

*Квасницкая О.А.,**к.ю.н. доцент международного права и сравнительного правоведения
Международного гуманитарного университета*

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ИНСТИТУТА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ, ВОЗНИКАЮЩИХ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА, ОСЛОЖНЕННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ

Аннотация. Публикация посвящена исследованию правовой природы арбитражного соглашения и его роли в разрешении экономических споров при осуществлении строительной деятельности с участием иностранного инвестора. Проанализированы особенности договорных связей в сфере строительства и на основе анализа мультимодальной арбитражной оговорки сделаны выводы о ее теоретических и практических аспектах, и значении для разрешения конфликта в отличие от иных видов арбитражных оговорок.

Ключевые слова: арбитражное соглашение, арбитраж, мультимодальные арбитражные оговорки, договорные связи, иностранный элемент, строительная деятельность, строительная отрасль.

Постановка проблемы. Арбитражное соглашение является важнейшим правовым институтом, с помощью которого обеспечивается рассмотрение практически всех экономических споров в международных коммерческих арбитражах. Правовая природа международного арбитража характеризуется нейтральностью и интернациональностью, в основе которой лежит поиск разрешения возникшего между сторонами конфликта. Данная форма разрешения экономических споров непосредственно зависит от волеизъявления сторон, и в силу наличия частно-правового элемента позволяет сторонам реализовать свою волю в выборе, как процедуры и места разрешения, так и применимого права.

Изложение основного материала. Арбитражное соглашение, являясь, как было отмечено в литературе, «воротами в арбитраж» («the gateway to arbitration») [1], ведет к устранению государственного правосудия и делает легитимной процедуру арбитражного

разбирательства, устанавливая принцип «компетенция компетенции».

Нью-Йоркская конвенция, являющаяся системообразующим актом в сфере международного арбитража, содержит общее представление об арбитражном соглашении, что в дальнейшем было взято за основу разными государствами, в том числе и Украиной, при разработке национального законодательства об арбитраже. И не смотря на дефиницию арбитражного соглашения, закрепленную в национальном законодательстве, следует отметить, что вместе с развитием научной мысли и практики, взаимопроникновением теорий общего и континентального права, сложностью договорных связей экономических отношений, изменением правовой регламентацией инвестиционной и строительной деятельности, меняются и унифицируются требования к форме, элементам арбитражного соглашения.

В современный период глобализации экономики значительная роль принадлежит хозяйственным договорам (контрактам), которыми субъекты хозяйствования оформляют свои отношения. Регулируемый рынок все чаще получает смешанные правоотношения, которые опосредуются заключением сложных договоров, где стороны вынуждены использовать не один, а сразу несколько договоров, связанных между собой. При этом, договорные связи, учитывая их постоянное развитие, осложняются присутствием иностранного элемента, что выходит за рамки одного правопорядка и влияет, как на договорные связи, так и на выбор форм защиты и форм разрешения экономических (хозяйственных) споров.

Одной из отраслей, для которой характерным является регулирование отношений посредством системы договорных связей, является строительная отрасль. В числе

примеров системы договорных связей в сфере строительства, следует назвать генеральные соглашения, рамочные договора, договора о сотрудничестве, составляющими которых, как правило, являются элементы организации, финансирования, исполнения ряда работ и т.д.. Особенности договорных связей при осуществлении строительной деятельности усматриваются не только в осложнении договорной природы, но и сложностью, неоднородностью средств регулирования, спецификой процедур строительства, в частности:

- порядка допуска к застройке территории;
- условий получения градостроительных условий и ограничений застройки земельных участков (речь идет о получении исходных данных, технических условий);
- порядка допуска к осуществлению строительной деятельности (наличие соответствующей проектной документации, экспертиз, согласований, разрешений на выполнение строительных работ);
- способов осуществления строительной деятельности и условий финансирования (например, если это объекты некоммерческой недвижимости — фонды финансирования строительства, фонды операции с недвижимостью, институты совместного инвестирования, эмиссия целевых облигаций предприятий и т.д.);
- иных документов, которые необходимы для обеспечения требований относительно объектов строительства и выполнения строительной деятельности.

Как правило, такого рода договорные связи являются предметом разбирательств государственными судами, при этом разрешении таких споров усложняется необходимостью исследования целого комплекса организационно-хозяйственных и хозяйственно-производственных отношений.

Потенциальная сложность споров в сфере осуществления строительной деятельности, обремененных иностранным элементом, которые возникают из комплексных договорных связей, требующая высокой квалификации специалистов, участвующих в процедуре разрешения споров, делает очевидными преимущества третейского механизма разрешения споров.

Не исследуя проблемы арбитрабельности споров в сфере строительства, участия в арбитражных соглашениях государств или

других субъектов публичного права, задача данной публикации состоит в проведении анализа вопросов, которые характеризуют динамику развития арбитражного соглашения, как инструмента, с помощью которого участники строительной деятельности стремятся обеспечить эффективное, профессиональное рассмотрение экономических споров.

Нормы Законов Украины «О третейских судах» от 11.05.2004 г., «О международном коммерческом арбитраже» от 29.09.2005 г. и доктринальные разработки в области международного права, позволяют сделать вывод о существовании некой условной видовой классификации арбитражных соглашений по различным основаниям:

- эксклюзивные, альтернативные, односторонние, комбинированные (опционные);
- прямые, мультимодальные;
- широкие и узкие;
- совпадающие с типовой оговоркой, модифицированные, институциональные и т.д.

Как правило, все рекомендуемые типовые арбитражные соглашения являются прямыми — допускают право на обращение в арбитраж без соблюдения каких-либо дополнительных процедур.

Привлекательность альтернативных оговорок, часто применимых во внешнеэкономических контрактах характеризуется компромиссом относительно выбора места и регламента арбитражного разбирательства в зависимости от того кто из сторон будет истцом, а кто — ответчиком. Исходя из практики, при наличии такой оговорки, спор будет рассмотрен в арбитражной институции по месту нахождения ответчика. Между тем, учитывая сложности договорных связей в строительстве и множественность его участников, такие оговорки являются непрактичными по причине затруднения подачи встречных исков и различного толкования разными арбитражами одних и тех же положений.

Учитывая, что в сфере строительства в рамках одного договора могут быть переплетены частно-правовые и публично-правовые отношения актуальными являются односторонние оговорки (*unilateral arbitration clauses*). Смысл данной оговорки заключается в следующем: стороны по контракту ограничены в подаче иска рамками определенной судебной юрисдикции, но при этом одна сторона

(реже обе) имеет право инициировать разбирательство спора [2].

Большинство арбитражных соглашений, которые включаются в сложные контракты в сфере строительства (подряд на капитальное строительство, договора о сотрудничестве, об осуществлении инвестиций) относятся к «мультимодальным» арбитражным оговоркам. «Мультимодальные» арбитражные соглашения требуют, чтобы сторона, которая считает, что ее право нарушено или может быть нарушено, сперва осуществила бы определенные процессуальные действия, направленные на урегулирование спора (ведение переговоров, проведение медиации, направление письма с предупреждением о намерении обратиться в арбитраж), и лишь потом, если эти усилия не увенчались успехом, обратилась бы в арбитраж [2].

Включение «мультимодальных» или многоуровневых¹ арбитражных оговорок в сложные договора при осуществлении строительной деятельности предусматривает выбор сторонами, как формы правовой защиты, так и формы разрешения правовых споров. Учитывая организационно-экономическую и техническую направленность строительной деятельности, применение многоступенчатого процесса урегулирования спорных вопросов является одним из эффективных и значимых в веренице существующих процедур. Как правило, речь идет о комбинации доарбитражного урегулирования спора и арбитража. Но здесь важно доарбитражную процедуру рассматривать не только с позиции просто проведения переговоров между сторонами по сделке, а с позиции необходимости обращения к экспертам, инженерам, техническим специалистам, целью которых является не разрешение правовых вопросов, а нахождение приемлемого для обеих сторон коммерческого решения спорного вопроса. Например, в договорах строительного подряда, стороны прописывают в арбитражном соглашении детальную процедуру переговоров на уровне корпоративного управления или ведущих технических специалистов, за которой следует создание специального органа (Dispute Review or Expert Board), на который возлагается обязанность принять согласованное разрешение по возникшему спору [3]. Учитыва-

вая долгосрочный и специфический характер подрядных договоров применение комплексных процедур, с указанием четких формулировок позволяет сохранить партнерские отношения, соответствующую репутацию на рынке, получить экспертное решение соответствующих специалистов в данной отрасли, указывает на желание сторон сотрудничать и избежать юридического конфликта.

Указывая, что «мультимодальные» арбитражные оговорки предусматривают выбор сторонами, как формы правовой защиты, так и формы разрешения правовых споров имеется в виду, что с помощью переговоров, экспертных заключений правовая защита не осуществляется, но при этом указанные процедуры являются формами разрешения конфликтов. В свою очередь, арбитраж, как исключительная и заключительная стадия — является и формой правовой защиты, и формой разрешения споров, для которого важным является факт наличия проведения доарбитражных процедур (если оговорка содержала обязательность таких условий).

В отличие от государственных судов, для которых досудебное урегулирование споров является не обязательной процедурой, для арбитража, как заключительной стадии при «мультимодальной» оговорке, невыполнение доарбитражных процедур, ее пропуск, является основанием для отказа в рассмотрении иска арбитрами.

В том случае, когда право на обращение в арбитраж обусловлено соблюдением определенных доарбитражных процедур, истец должен позаботиться о том, чтобы иметь возможность представить составу арбитража доказательства того, что он сделал все, что от него требовалось для урегулирования спора до обращения в арбитраж [4].

Вывод. Таким образом, целесообразность «мультимодальной» арбитражной оговорки при сложных договорных связях очевидна и от ее характера, условий будет зависеть как этапы урегулирования спора, так и возможности арбитража. При этом, определяя разрешения споров, используя «мультимодальную» оговорку, задачей сторон договорных связей в сфере строительства является четкость формулировок, от которых будет зависеть *право следовать*, либо *обязанность следовать* прописанным сторонами доарбитражным процедурам.

¹ Модальные оговорки в литературе известны еще как многоуровневые

Література:

1. Thomas E. Cardonneau, Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration, 3rd ed. (Thomson — West 2005). — P. — 5.
2. Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров / К. Содерлунд // Международный коммерческий арбитраж. 2006. — №3. — С. 100—114.
3. Слипачук Т.В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.tpprf-mkac.ru/en/component/docman/cat_view/77---?start=35
4. Международный коммерческий арбитраж : учебник / Б.Р. Карабельников. — М. : Инфотропик Медиа: б.и., 2012. — 576 с.

Квасніцька О.О. Теоретичні аспекти інституту арбітражної угоди при вирішенні спорів, що виникають у сфері будівництва ускладнених іноземним елементом.

Анотація. Публікацію присвячено дослідженню правової природи арбітражної угоди та її ролі у вирішенні економічних конфліктів, що виникають у разі здійснення будівельної діяльності за участю іноземного інвестора. Проаналізовані особливості договірних зв'язків у сфері будівництва та на підставі аналізу мультимодального арбітражного застереження зроблено висновки про його теоретичні і практичні аспекти, та значення для вирішення конфлікту на відміну від інших видів арбітражних застережень.

Ключові слова: арбітражна угода, арбітраж, мультимодальні арбітражні застереження, договірні зв'язки, іноземний елемент, будівельна діяльність, будівельна галузь.

Kvasnitska O. O. Theoretical aspects of institute of arbitration agreement at permission of spores arising up in the field of building complicated by a foreign element.

Summary. A publication is sanctified to research of legal nature of arbitration agreement and his role in permission of economic spores during realization of building activity with participation a foreign investor. The features of contractual connections are analysed in the field of building and on the basis of analysis of multimodal arbitrage reservation drawn conclusion about her theoretical and practical aspects, and value for permission of conflict unlike another types of arbitrage reservations.

Keywords: arbitration agreement, arbitration, multimodal arbitrage reservations, contractual connections, foreign element, building activity, building industry.

*Пашковская Л.И.,
к.ю.н., доцент кафедры
международного права и сравнительного правоведения
Международного гуманитарного университета*

КЛЮЧЕВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИНЦИПА КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТИ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ

Аннотация. В статье проведён анализ ключевых аспектов принципа конфиденциальности, который является основой международного коммерческого арбитража. К таковым аспектам относятся: исключение гласности арбитражного разбирательства; не разглашение сведений, которые стали доступны арбитрам и работникам суда входе разбирательства спора; свидетельский иммунитет арбитров; соблюдение конфиденциальности спора на этапе принудительного исполнения решения; вопрос ответственности Председателя МКАС, его заместителей, арбитров и секретариата за несоблюдение конфиденциальности.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, принцип конфиденциальности, свидетельский иммунитет арбитров, ответственность за разглашение сведений.

Постановка проблемы. Международные арбитражные суды, хотя и не входят в систему государственных судебных органов, являются вполне законным, альтернативным государственному способам разрешения споров.

Деятельность коммерческого арбитража раскрывается через его принципы. Принципы — это исходные, определяющие идеи, установки, которые составляют нравственную и организационную основу правового явления [1, 151]. Одним из принципов международных коммерческих арбитражей при разбирательстве любого спора является принцип конфиденциальности рассмотрения данного спора.

Однако проблемными остаются многие вопросы, связанные с принципом конфиденциальности. Так, необходимо выяснить возможность (или невозможность) и пределы разглашения сведений, которые стали доступны арбитрам в ходе разбирательства спора, переданного на рассмотрение арбитражного суда, влияние принципа конфиденциальности на гласность процесса. Требуют пристального

внимания вопросы ответственности арбитров, участников арбитражного процесса, исполнителей решений.

Изложение основного материала. Некоторые регламенты коммерческих арбитражей содержат указание на принципы арбитража, некоторые нет. Так в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже» термин «принципы» не используется [2].

Принцип конфиденциальности относится к отраслевым принципам, так как распространяется на одну конкретную отрасль. Данный принцип противостоит принципу гласности (публичности), на котором, как правило, основывается государственный судебный процесс.

Принцип публичности является своего рода гарантией справедливости и законности решений, принимаемых судами. Вполне справедливы те юристы, которые утверждают, что «посредством гласности общество получает действенный инструмент контроля за осуществлением правосудия. Правосудие является публичной деятельностью, оно затрагивает общественный интерес и должно находиться под контролем общественного мнения» [3, 147]. Публичный характер судопроизводства защищает стороны от негласного отправления правосудия вне контроля со стороны общественности; он служит одним из способов обеспечения доверия к судам, как высшим, так и низшим. Сделав отправление правосудия прозрачным, этот принцип содействует достижению справедливости судебного разбирательства, гарантия которого является одним из основополагающих принципов любого демократического общества [4, 67]. На сегодняшний день принцип конфиденциальности, и, как следствие, закрытость судебного процесса является исключением из общего правила о гласности судебных процедур.

Регулируя арбитражное (коммерческое) разбирательство, т.е. судопроизводство,

между частными лицами, законодательство практически всех развитых государств фиксирует в качестве одного из основополагающих начал его деятельности принцип конфиденциальности [5, 245]. Таким образом, украинское законодательство об арбитражных судах, устанавливая закрытость арбитражных процедур, в этом смысле не является исключением.

Можно выделить несколько причин, которые побуждают стороны делать разбирательство своих споров строго конфиденциальным. Во-первых, сторона (главным образом, это юридические лица) заинтересована в сохранении своего спора в тайне, закрытии от доступа третьих лиц, и особенно от взоров широких кругов общественности. Во-вторых, конфиденциальность арбитражного разбирательства базируется на особом доверии к избранному сторонами арбитражному суду, поскольку «отношения конфиденциальности между сторонами и судьей (судьями) создают условия для более полного и всестороннего разрешения судебного конфликта» [6]. При этом, как отмечается в юридической литературе, доверительность, конфиденциальность взаимоотношений его участников «играет роль цементирующего фактора всех стадий арбитража» [7].

В-третьих, принцип конфиденциальности арбитражного судопроизводства диктуется обеспечением прямо противоположной цели — скрыть от общественности спор, передаваемый на разрешение арбитражного суда. Стремление придать характер закрытости судебному заседанию, в рамках которого будет разбираться спор, может быть обусловлено в свою очередь различными обстоятельствами. Применительно к предпринимательской деятельности такое стремление диктуется соображениями сохранения коммерческой тайны и необходимостью обеспечить защиту деловой репутации предпринимателя. Особенно большое значение для предпринимателей имеет сохранность коммерческой тайны. Обусловлено это тем, что коммерческая тайна представляет такие намеренно скрываемые от третьих лиц сведения, «которые могут легально выступать в качестве товара и тем самым участвовать в гражданском обороте наряду с другими благами, признаваемыми объектами гражданских прав» [8].

Эти обстоятельства и являются причинами, побуждающими заинтересованных лиц передавать разрешение своего спора на разбирательство закрытого арбитражного суда.

Введение принципа конфиденциальности в деятельности международного коммерческого арбитража не стало новеллой украинского законодательства. Еще в дореволюционное время юристы отмечали, что в третейском [9] разбирательстве споров принцип публичности исключался [10], что объяснялось прежде всего необходимостью сохранения коммерческой тайны.

Таким образом, реализация принципа конфиденциальности арбитражного разбирательства на уровне его нормативного регулирования была оправданной и ожидаемой. Законодатель в регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины (далее — МКАС при ТПП Украины) сформулировал содержание понятия принципа конфиденциальности как обязанность председателя международного коммерческого арбитражного суда, его заместителей, арбитров и секретариата соблюдать конфиденциальность в отношении ставшей им известной информации о спорах, рассматриваемых в МКАС при ТПП Украины. Это означает, что арбитры не вправе разглашать сведения, ставшие известными им в ходе разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников. Подобная норма содержится и в статье 46 Арбитражного регламента Арбитражного Института при Торговой палате г.Стокгольм [11].

Анализ понятия «конфиденциальности» позволяет сделать вывод о том, что этот принцип подразумевает несколько аспектов.

Во-первых, конфиденциальность арбитражного разбирательства по общему правилу исключает гласность арбитражного разбирательства. Это означает, что, арбитражное разбирательство в силу закона должно быть закрытым. Однако закрытый характер заседания арбитража не является обязательным правилом и стороны могут дать согласие на проведение открытого арбитражного разбирательства. Никакие третьи лица (включая журналистов, представителей общественности и т.п.) не вправе требовать обеспечения их присутствия на заседании арбитражного суда или доступа к материалам

разбираемого арбитражным судом дела. Что касается круга лиц, которые вправе присутствовать на заседаниях арбитражного суда, то к таковым относятся, конечно же, сами арбитры, а также участники арбитражного разбирательства. В некоторых случаях регламенты арбитражных судов предусматривают, что помимо указанных лиц в заседании арбитражного суда, если иное не предусмотрено соглашением сторон, могут участвовать работники арбитражного суда, например секретари, обеспечивающие протоколирование судебного заседания. При этом регламенты арбитражных судов, как правило, не предусматривают необходимость согласовывать со сторонами присутствие ответственного секретаря на закрытых заседаниях [12].

Провозглашая принцип конфиденциальности, как некоторое исключение из этого принципа, в Российской Федерации, согласно п. 3 ст. 9 Регламента Санкт-Петербургского третейского суда системы медицинского страхования и здравоохранения [13], председатель (заместитель председателя) может разрешить научным сотрудникам знакомиться с документами третейского суда системы медицинского страхования и здравоохранения, имеющими общий интерес для правовой теории или для изучения практики применения действующего законодательства. Однако разрешение, указанное в п. 3 указанного регламента, выдается при условии, если ходатайствующие о нем лица обязуются уважать конфиденциальный характер представляемых для научных исследований документов и не публиковать какие-либо работы, основанные на таких исследованиях, без предварительного представления текста для согласования с председателем (заместителем председателя) Санкт-Петербургского третейского суда системы медицинского страхования и здравоохранения.

Международно-правовые акты также ориентируют на такую организацию арбитражного разбирательства, которая бы допускала возможность привлечения к процессу иных, кроме арбитров, лиц. Однако их участие в процедурах арбитражного разбирательства также должно быть подчинено началам конфиденциальности. Так, в соответствии с разработанными Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Комментариями по организации арбитражного разбирательства

в качестве рекомендации третейским судам предлагается, чтобы председательствующий арбитр диктовал машинистке в ходе слушаний резюме устных заявлений и показаний. И «еще один метод, который можно использовать в случае назначения секретаря третейского суда, может состоять в том, чтобы поручить такому лицу подготовку кратких протоколов. Весьма удобным, хотя и дорогостоящим методом, является привлечение профессиональных стенографистов для подготовки стенографических отчетов» (п. 82) [14].

Во-вторых, в силу конфиденциальности арбитры и работники арбитражных судов не вправе разглашать сведения, которые стали доступны им в ходе разбирательства спора, переданного на рассмотрение арбитражного суда. Составляющими элементами этой обязанности соответствующих должностных лиц и работников арбитражного суда являются обязанность обеспечить закрытость информации, представленной в арбитражный суд, обязанность отказать любому лицу, не являющемуся участником арбитражного процесса, в предоставлении такой информации, обязанность не разглашать информацию по собственной инициативе.

В юридической литературе справедливо обращается внимание на необходимость выяснить, «какие именно сведения следует признать конфиденциальными и в чем состоит разглашение сведений применительно к арбитражному разбирательству» [15]. Составной частью обязанности не разглашать сведения об арбитражном разбирательстве является обязанность воздерживаться от публикации решений арбитражного суда, если иное не дозволено участниками арбитражного процесса. В то же время практика арбитражного судопроизводства сформулировала представления о границах реализации этого принципа. В частности, в Российской Федерации допускается публикация информации о рассмотренных делах, однако публикуемая информация должна исключать возможность идентификации лиц, участвовавших в арбитражном разбирательстве. Так, в соответствии со ст. 49 Регламента Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ [16] с разрешения председателя третейского суда допускается опубликование в периодической

печати или в виде отдельных сборников решений третейского суда. При этом необходимо обеспечивать, чтобы не была опубликована информация, содержащая указание фамилий, наименование истцов и ответчиков, товаров и цен [17]. Таким образом, указанная норма направлена на обеспечение конфиденциальности сведений о тех лицах, чей спор был рассмотрен третейским судом. Публикации подлежат лишь правовая фабула разрешенного спора без указаний той информации, которая укажет на лиц, разрешавших спор в этом третейском суде.

Как справедливо указывает Данилевич А.С., принцип конфиденциальности не пострадает, если решение будет опубликовано в анонимной форме [18, 17]. В Нидерландах, например, такая публикация осуществляется с 1919 г.

Арбитражный регламент МТП 1998 г. в ч. 3 ст. 23 гарантирует конфиденциальность слушаний. Ч. 4 ст. 1 административного Внутреннего регламента МТП определяет, что решения Международного арбитражного суда при МТП могут быть доступны для «работы научного характера в области международного торгового права» при условии подписания обязательства о неразглашении, утверждаемом Генеральным секретарем суда (ч. 5 ст. 1 Внутреннего регламента).

Однако до 1974 г. решения международного арбитражного суда при МТП публиковались в анонимной форме в издательстве Clunet. До 1994 г. МТП самостоятельно издавала решения по аналогичному принципу с комментарием в «Collection of ICC Arbitral Awards». Было издано 3 тома. Собрания решений публиковались также Гамбургской Торговой палатой с 1975 г. С 1976 г. Международный совет коммерческого арбитража (ИССА) издает свои Ежегодники, публикуя избранные арбитражные решения различных судов в анонимной форме.

Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» и Регламент МКАС при ТПП Украины не содержат каких-либо предписаний относительно публикаций разрешенных споров. Следуя принципу полной конфиденциальности МКАС при ТПП Украины не печатает информацию о разрешенных делах. Нам видится, что это является недостатком деятельности МКАС при ТПП Украины. Опубликованные в виде сборников фабулы

разрешенных дел, как это делается международными арбитражными институциями, без наименований истцов и ответчиков давала бы возможность знакомиться с арбитражной практикой как практикующим юристам, так и научным сотрудникам для написания научных работ. Это имеет огромное значение, так как, например, отрасль международного частного морского права формируется во многом на основе решений судов, в том числе и арбитражных.

Говоря о конфиденциальности необходимо также рассмотреть такой аспект этого принципа как *свидетельский иммунитет арбитров*. В Великобритании, например, принцип конфиденциальности также подразумевает, что арбитры не могут быть допрошены органами следствия и судом относительно той информации, которая стала им известна в ходе арбитражного разбирательства, т.е. арбитры обладают свидетельским иммунитетом. Закон Республики Казахстан «О международном коммерческом арбитраже» от 05.02.2010 г. [19], Закон о третейских судах в Кыргызской Республике от 30 июля 2002 года № 135 [20] и ст. 10 Регламента третейского суда при ТПП Республики Узбекистан от 8 октября 2007 года [21], указывая на принцип конфиденциальности как на принцип арбитражного разбирательства, также содержат норму, устанавливающую, что арбитры не могут быть допрошены в качестве свидетелей о сведениях, ставших им известными в ходе арбитражного разбирательства. В Украине также свидетельский иммунитет должен распространяться на арбитров, хотя об этом прямо и не говорится в нашем законодательстве.

Обозначая рамки конфиденциальности, необходимо отметить, что конфиденциальность распространяется на все стадии арбитражного процесса (подготовка дела, само заседание, оглашение решения) и даже выходит за рамки процедур собственно арбитража. Конфиденциальным является и мировое соглашение, заключенное в рамках арбитражного процесса, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Однако, как обеспечить и гарантировать соблюдение конфиденциальности деталей спора на этапе принудительного исполнения решения, ведь оно проходит через государственные суды? Проблема заключается в том, что спор, рассмотренный в арбитражном суде,

попадая в государственный суд Украины, становится публично доступным. В связи с этим хотелось бы отметить, что необходимо обеспечить возможность исполнения решения с соблюдением принципов конфиденциальности, что на практике достаточно сложно осуществить ввиду большого количества различных лиц, участвующих в процессе исполнения, а это и судьи, и судебные исполнители, и банки, и налоговые органы, и другие.

Предполагая невозможность соблюдения принципа конфиденциальности на этой стадии регламент Австралийского центра международного коммерческого арбитража [22] установил, что стороны освобождаются от соблюдения данного принципа в связи с: 1) созданием приложений (копий) для любых компетентных судов; 2) подачей заявления в суд любого государства для исполнения решения; 3) постановлением суда компетентной юрисдикции; 4) требованием закона любого государства, которое является обязательным.

Важный вопрос, который так и остается открытым — это вопрос ответственности Председателя МКАС, его заместителей, арбитров и секретариата за несоблюдение конфиденциальности. Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» и Регламент МКАС при ТПП Украины не содержат положений, в которых бы оговаривалась ответственность лиц, нарушивших принцип конфиденциальности арбитражного разбирательства. Отсутствуют подобные нормы и в большинстве регламентов постоянно действующих арбитражей. Однако, например Регламент МКАС ТПП Республики Молдова от 19 декабря 2008 г. [23] в ст. 16 предусматривает, что арбитры ответственны за ущерб в соответствии с законом в случае, если не соблюдают конфиденциальность арбитража, публикуя или разглашая без разрешения сторон сведения, которые стали им известны во время выполнения полномочий арбитра. Нарушение принципа конфиденциальности влечет за собой, в зависимости от тяжести деяния, удаление из арбитражного трибунала или удаление из списка арбитров. Такое решение принимает председатель арбитражного суда. Арбитражный регламент Арбитражного института при Торговой палате г. Стокгольма от 01.01.2010 г. допускает ответственность ТПС и арбитров перед любой из сторон спора

только за действия или бездействие в связи с арбитражным разбирательством, совершенные с умыслом или грубой неосторожностью.

Вывод. Несмотря на отсутствие конкретных норм об ответственности за нарушение принципа конфиденциальности в Украине, очевидно, что ответственность наступит в виде утраты авторитета и репутации арбитражного суда и арбитров, рассматривавших спор. Негативная общественная оценка как результат является самым острым видом возможной ответственности, поскольку коммерческий арбитраж может существовать и функционировать исключительно благодаря общественному доверию, доверию лиц, которые обращаются в арбитраж за разрешением спора [24].

Что же касается ответственности других участников арбитражного процесса — истца и ответчика, то ограничения в распространении информации для них также не установлены. Возникает вопрос: насколько принцип конфиденциальности связывает самих участников арбитражного разбирательства? Вправе ли одна из сторон без согласования с другой стороной разглашать ту информацию, которая представлялась в арбитражный суд и была предметом арбитражного разбирательства? Действующее украинское законодательство не содержит ответов на этот вопрос. Вместе с тем, практика альтернативных средств разрешения споров, к числу которых относится и арбитражное разбирательство, сориентирована на то, чтобы принцип конфиденциальности распространялся и на самих участников спорных правоотношений. Конечно, реализация этого правила практически труднодостижима. Как быть, если одна из сторон нарушила принцип конфиденциальности арбитражного разбирательства, предав огласке ту или иную информацию? Очевидно, что защитным механизмом для другой стороны будет ее право потребовать возмещения убытков, которые вызваны нарушением принципа конфиденциальности.

Литература:

1. Теория государства и права : курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В.Малько. — 2-е изд, перераб. и доп. — М. : Юрист, 2000. — С. 151.
2. В тоже время Регламент МКАС Торгово-промышленной палаты Республики Молдова от 19 декабря 2008 г. в ст.4 точно указывает, что арбитражный суд разрешает споры, входящие в его компетенцию, и следует следующим принципам: ... d) конфиденциальность информации, представленной во время разрешения спора. Регламент Международного арбитражного суда при Белорусской ТПП от 17 марта 2011 года также содержит ст. 13, где указано, что одним из принципов является принцип конфиденциальности рассмотрения дел. Участники закрытых заседаний обязаны хранить в тайне всю полученную по делу информацию, о чем предупреждаются единоличным арбитром или арбитром-председателем.
3. Курс советского гражданского процессуального права : в 2 т. — Т. 2: Судопроизводство по гражданским делам. — М., 1981.
4. Кустова М.В. Налоговое право России. Общая часть : учебник / М.В. Кустова, О.А. Ногина, Н.А. Шевелева ; Отв. ред. Н.А. Шевелева. — М., 2001.
5. Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы / О.Ю. Скворцов. — М. : Волтерс Клувер, 2005.
6. Лебедев К.К. Правовое обслуживание бизнеса (корпоративный юрист) / К.К. Лебедев. — М., 2001.
7. Лебедев К.К. Совершенствование процедуры третейского разбирательства на современном этапе / К.К. Лебедев // Третейский суд. 2002. № 3/4.
8. Логинов П.В. Третейские суды в СССР : учебно-методическое пособие / П.В. Логинов. — М., 1963.
9. В данной статье делаются ссылки на третейские суды (третейское разбирательство) в связи с тем, что такие термины как «третейский суд» и «арбитраж» используются как синонимы по следующим причинам. В отечественной доктрине и практике так сложилось, что третейский суд называют словом «арбитраж». По-видимому, такой синонимический ряд возник в результате заимствования из английского языка слова *arbitration*, использованного не в дословном переводе — «третейский суд», а в виде «кальки» — «арбитраж». Поэтому термины «третейский суд» и «арбитраж» могут использоваться в законодательстве как синонимы. Говоря о третейском суде, слово «арбитраж» необходимо использовать в тех случаях, когда сложилась устойчивая традиция их употребления. Например, название всемирно известной Конвенции «*On the recognition and the enforcement of the foreign arbitral awards*» традиционно переводят как Конвенция о признании и исполнении иностранных *арбитражных решений*. Два авторитетных постоянно действующих третейских суда при «Торгово-промышленной палате Украины» называются — *Международный коммерческий арбитражный суд* и *Морская арбитражная комиссия*.
10. Лебедев М.Ю. Об отдельных недостатках примерного регламента постоянно действующего третейского суда / М.Ю. Лебедев // Третейский суд. — 2001. — № 2.
11. Арбитражный регламент Арбитражного Института при Торговой палате г.Стокгольм.
12. Либерман Ф.Х. Новое в арбитражном процессе / Ф. Х. Либерман // Советское государство и право. — 1962. — № 8.
13. Регламент Санкт-Петербургского третейского суда системы медицинского страхования и здравоохранения.
14. Либшер К. Меморандум: как правильно договариваться о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже / К. Либшер // Третейский суд. 2002. — № 3/4.
15. Лунц Л.А. Курс международного частного права / Л.А. Лунц. — Ч. 3: Международные гражданские процессы. — М., 1966.
16. Регламент Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ
17. Лунц Л.А. Международные гражданские процессы / Л.А. Лунц, Н.И. Марышева // Лунц Л.А. Курс международного частного права : в 3 т. — М., 2002.
18. Данилевич А.С. Международные коммерческие арбитражи : учебное пособие / А.С. Данилевич. — Мн : Академия управления при Президенте Республики Беларусь, 2004. — С. 17
19. О международном коммерческом арбитраже : Закон Республики Казахстан от 05.02.2010 г.
20. Закон о третейских судах в Кыргызской Республике от 30 июля 2002 года № 135 // Опубликовано в газете «Эркин Тоо» от 7 августа 2002 года № 59-60.
21. Регламент третейского суда при ТПП Республики Узбекистан от 8 октября 2007 года
22. Регламент Австралийского центра международного коммерческого арбитража
23. Регламент МКАС ТПП Республики Молдова от 19 декабря 2008 г.
24. Караманова Ж. Конфиденциально ли конфиденциальное? Актуальные вопросы конфиденциальности в арбитраже [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http:// www.gratanet.com/ru/kazakhstan/services/spory/products/confidentiality_in_arbitration](http://www.gratanet.com/ru/kazakhstan/services/spory/products/confidentiality_in_arbitration)

Пашковська Л.І. Ключові аспекти принципу конфіденційності міжнародних комерційних арбітражів.

Анотація. У статті проведено аналіз ключових аспектів принципу конфіденційності, який є основою міжнародного комерційного арбітражу. До таких аспектів відносяться: виключення гласності арбітражного розгляду; не розголошення відомостей, які стали доступні арбітрам і працівникам суду в ході розгляду спору; імунітет свідка арбітрів; дотримання конфіденційності спору на етапі примусового виконання рішення; питання відповідальності Голови МКАС, його заступників, арбітрів та секретаріату за недотримання конфіденційності. На порівняльних прикладах Регламентів міжнародних арбітражів ТПП багатьох держав можна зробити висновки про те, що аспекти даного принципу застосовуються в різних державах по-різному.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, принцип конфіденційності, імунітет свідка арбітрів, відповідальність за розголошення відомостей.

Pashkovskaja L. Key aspects of the principle of confidentiality of international commercial arbitration.

Summary. The article analyses the key aspects of confidentiality, which is the basis of international commercial arbitration. These aspects include: the exclusion of public arbitration, not to disclose information that became available to the arbitrators and the employees of the court entrance in a dispute; witness immunity of arbitrators; the confidentiality of the dispute during the enforcement of the decision, the question of responsibility of the Head, his deputies, the arbitrators and the Secretariat for breach of confidentiality. On comparative examples of Rules of International Arbitration Chamber of many states could draw conclusions about what aspects of this principle apply in different states in different ways.

Keywords: international commercial arbitration, confidentiality, witness immunity of arbitrators, the responsibility for the disclosure of information.

Daryna Dvornichenko,
the lecturer of International Humanitarian University
Department of International Law and Comparative Studies of Law

THE IMPACT OF ENVIRONMENTAL CHANGES ON THE THESAURUS OF INTERNATIONAL LAW

Summary. The article analyzes a challenging issue of the international law concerning the displacement of persons for environmental reasons. The special attention is devoted to a discussion around a framework of categories and concepts, in particular, to the definition of a notion «climate refugees» and «migrants». The lack of consensus in the international community concerning a status of persons, forced to leave their permanent habitat due to the climate changes, does not allow effectively to meet the international challenges of the XXI century. The recommendations for a solution of this problem were formulated in the article.

Keywords: climatic refugees, migrants, environment, international law.

The environmental changes have become one of the most essential modern challenges in a global world which are not going unnoticed for the international law. The environmentally induced displacement has become a topical issue on the international level. In 1990, the Intergovernmental Panel on Climate Change declared that the greatest consequence of climate change could be migration with millions of people displaced due to the shoreline erosion, coastal flooding and severe drought [1]. According to the opinion of UN High Commission for the Refugees «the reasons for human displacement become more and more complicated: more people are forced to be displaced because of environmental degradation and climate changes» [2]. This issue becomes more challenging taking into consideration the latest statistics. In 1995 such people totaled at least 25 million people, compared with 27 million traditional refugees and according to the research conducted by the American Association for the Advancement of Science this figure could be doubled by 2020 [3].

The population displacement due to the environmental problems represents a significant challenge for the modern international law and requires its adaptation to the new realities.

A term «environmental refugee» is widely used concerning the climate change issue. However, up to date it has not been proved completely to what degree the climate change contributes to the human migration. Moreover, it is not clear whether the individuals faced the environmental challenges and forced to leave their homes may be referred as «refugees».

Under the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees of 1951, a refugee is defined (in Article 1A) as a person who «owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, is outside the country of his nationality, and is unable to or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country» [4]. While the concept of a refugee was expanded by the Convention's 1967 Protocol and by regional conventions in Africa and Latin America to include persons who had fled war or other violence in their home country, in its present state the convention does not provide long-term legal protection to persons displaced due to environmental change [5].

Initially the term «environmental refugee» was brought into public debate by the United National Environmental Programme Researcher Essam El-Hinnawi. In 1985 he published a report defining environmental refugees as people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By «environmental disruption» in this definition is meant any physical, chemical, and/or biological changes in the

ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life [6].

The above mentioned definition emphasizes mainly the reasons which may cause the population flows. However El-Hinnawi's definition does not make any difference between the internally displaced environmental refugees and those who were forced to cross the border. Moreover, it doesn't specify any distinction between different types of environmental refugees.

Jodi L. Jacobson made an attempt to detail the definition suggested by El-Hinnawi. He divided the environmental refugees into three main categories: those, who were displaced temporarily because of a local disruption such as an avalanche or earthquake; those who migrate because environmental degradation has undermined their livelihood or poses unacceptable risks to health; and those who resettle because land degradation has resulted in desertification or because of other permanent and untenable changes in their habitat [7].

This definition demonstrates the tendency to connect the duration of population movement with its causes. J. Jacobson offered the comprehensive view on «environmental refugees» issue. However, his definition addresses mainly the internally displaced persons failing to analyze the consequences for the external displacement.

British environmentalists Norman Myers and Jennifer Kent conceptualize environmental refugees as persons who can no longer gain a secure livelihood in their traditional homelands because of environmental factors of unusual scope, notably drought, desertification, deforestation, soil erosion, water shortages and climate change, also natural disasters such as cyclones, storm surges and floods. In face of these environmental threats, people feel they have no alternative but to seek sustenance elsewhere, whether within their own countries or beyond and whether on a semipermanent or permanent basis [8].

The foregoing definition goes well beyond the natural disasters specifying the main causes of the human displacement. It addresses the exact circumstances under which people tend to leave their homes. Another Myers and Kent's contribution consists in the determination of different ways of human movement providing

the possibility of crossing the state borders by environmental refugees.

Three foregoing definitions show the diversity of opinions regarding the characterization of the category of environmental refugees. However there are some obvious similarities on this issue. Firstly, all the above mentioned researchers agree that the environmental degradation is the dominant factor that have contributed to the human movement and simultaneously represents the sui generis fear of being persecuted from the state of origin. Secondly, the majority of environmental refugees abandon their usual place of living either temporarily or permanently, while at the same time their movement may remain within the border of their state or cross the national boundaries. And thirdly, persons may be considered as the environmental refugees only when they face such severe damages due that there is no other alternative but to flee.

However, many researches that have appeared since the 1990s have started a debate on the question of whether the people forced to leave their homes as a consequence of environmental degradation should be regarded as environmental refugees. For instance, such prominent researcher as Joann McGregor claims that in today's globalized world, people leave their homes for a variety of reasons. Moreover, he is deeply convinced that it is impossible to isolate environmental factors from other drivers of migration, such as political and economic drivers especially taking into consideration the fact that most displaced persons are the nationals of developing or simply poor countries [9].

Such authoritative organizations as the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), the International Organization for Migration (IOM) and UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) also express their concern that the term «environmental refugee» is problematic due to different reasons.

UNHCR thus argues that this term does not have any basis in international refugee law, while also claims that its using for situations characterized by structural push factors of migration risks undermining the refugee framework under the Geneva Convention 1951 [10].

The IOM also avoids using the term «refugee» describing the persons who, for compelling reasons of sudden or progressive changes

in the environment that adversely affect their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad, as environmental migrants [11].

Despite the fact that the large-scale displacement of persons for environmental reasons has already become a reality there is no consensus on what official status should be accorded to them. Until recently, the discussion of «appropriate terminology» pointedly demonstrates the reluctance of international community in establishing clear definitions of concepts and terms related to climate change-induced displacement. Such unwillingness is heavily determined on fear of mass migration flows from developing and least developed countries to the developed ones in the guise of environmental refugees. The approach of this kind seems to be far from constructive and contributes little to the solution. The lack of unanimity is a key problem that deprives the vast number of people displaced for environmental reasons of international protection. Therefore it is necessary to formulate a universally accepted definition regarding such individuals. This is the only way to develop an adequate international legal framework and adopt appropriate institutional measures to address the problem of environmental displacement.

References:

1. Lonergan S. «The role of environmental degradation in population displacement», Environmental Change and Security Project Report, Issue 4, Spring, 1998, p. 5.
2. UN General Assembly, Report of the UNHCR concerning the period from 1 January 2007 to 30 June 2008, 63rd Session – Supplement no. 12, 2008, p.1.
3. Myers N. «Environmental Refugees. A Growing Phenomenon of 21 Century» // Документ в режимі доступу <http://www.envirosecurity.org/conference/working/EnvironmentalRefugees.pdf>
4. United Nations High Commission for Refugees. Text of «Convention Relating to the Status of Refugees». Retrieved 05 May 2012.
5. Hartley L. «Treading Water: Climate Change, the Maldives, and De-territorialization». Stimson Centre, 2012, p. 12.
6. El-Hinnawi E. «Environmental Refugees», United Nations Environmental Programme, Nairobi, 1985, p. 4.
7. Jacobson J. L. «Environmental Refugees: A yardstick of habitability», Worldwatch Paper 86, Worldwatch Institute, Washington D.C., 1988, p. 37-38.
8. Myers N., Kent J. «Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena», 1995, p. 18-19.
9. McGregor J. «Refugees and the Environment» in Richard Black & Vaughan Robinson eds., 1993, p 37.

10. UNHCR (2008): Climate change, natural disasters and human displacement: a UNCHR perspective // Документ в режимі доступу <http://www.unhcr.org/refworld/type,RESEARCH,UNHCR,,492bb6b92,0.html>

11. The 94th IOM Council. Background Paper. // Документ в режимі доступу http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/evolving_global_economy_2728112007/MC_INF_288_EN.pdf

Дворніченко Д. Вплив кліматичних змін на тезаурус міжнародного права.

Анотація. В статті проведено аналіз актуального для сучасного міжнародного права питання переміщення населення в результаті кліматичних змін. Основна увага приділена дискусії навколо категоріально-понятійного апарату, зокрема визначенню понять «кліматичні біженці» та «мігранти». Відсутність консенсусу в міжнародному співтоваристві відносно статусу осіб, вимушених покинути постійне місце проживання в результаті кліматичних змін, не дозволяє ефективно реагувати на кліматичні виклики нового ХХІ століття. Автором сформульовані рекомендації щодо вирішення даної проблеми.

Ключові слова: кліматичні біженці, мігранти, довілля, міжнародне право.

Дворніченко Д. Влияние климатических изменений на тезаурус международного права.

Аннотация. В статье проводится анализ актуальный для современного международного права проблемы перемещения населения в результате климатических изменений. Основное внимание уделено дискуссии вокруг категориально-понятийного аппарата, в частности, определению понятий «климатические беженцы» и «мигранты». Отсутствие консенсуса в международном сообществе по поводу статуса лиц, вынужденных покинуть свое постоянное место жительства в результате климатических изменений, не позволяет эффективно реагировать на климатические вызовы ХХІ столетия. Автором сформулированы рекомендации по решению данной проблемы.

Ключевые слова: климатические беженцы, мигранты, окружающая среда, международное право.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку у Віснику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо додержуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямку.

Разом із статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального закладу або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації – 6-10 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль – 14, інтервал – 1,5.

На початку рукопису необхідно зазначити індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. – 2009. – №5. – С. 26-30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначати порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання у списку літератури, сторінка).

Після списку використаних джерел подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До видавничо-редакційного відділу необхідно додавати:

- роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка повинна містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);
- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: pauka.mgy@mail.ru

Інформацію щодо опублікування статті можна отримати у видавничо-редакційному відділі Міжнародного гуманітарного університету за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 5, каб. 3.

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Миколенко О.І.
**ВИКОРИСТАННЯ ДЕФІНІЦІЇ «ЮРИДИЧНИЙ ПРОЦЕС»
 В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ 4**

Крумаленко М.В.
**ЕТНОРЕЛІГІЙНІ ГРУПИ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО
 В СУЧАСНІЙ ІСТОРІОГРАФІЇ: ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО ВИМІРУ 9**

Манько Д. Г.
**ВІРТУАЛЬНЕ БУТТЯ ЕЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТУ:
 ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ 13**

Юрочкин М.А.
**ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО: ЭВОЛЮЦИЯ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ
 ИДЕЙ И КОНЦЕПЦИЙ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА 18**

Арабаджи Н.Б.
**«ІЄРАРХІЯ ЦІННОСТЕЙ ПРАВА – АКТУАЛЬНІСТЬ»,
 ЯК ДРУГИЙ РІВЕНЬ ЦІННІСНОЇ СТРУКТУРИ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ . . . 24**

АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ,
 ПОДАТКОВЕ ТА КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Круглов В.А.
**О ФОРМЕ И ВИДАХ ВИНЫ В АДМИНИСТРАТИВНЫХ
 ПРАВОНАРУШЕНИЯХ 30**

Голоядова Т.О.
**НАУКОВІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНОГО
 ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ 35**

Миколенко О.М.
ФУНКЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА 39

Серих О.В.
**ДЕЛІКТОЛОГІЧНІ ОЗНАКИ ПОРУШЕНЬ МИТНИХ ПРАВИЛ
 (СТАН, СТРУКТУРА, ДИНАМІКА, ГЕОГРАФІЯ) 43**

Москальчук К.М.
**ПОЛІТИЧНІ ТА АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСАДИ
 В ОРГАНАХ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ 48**

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО
 І ПРОЦЕС

Кізлова О. С.
**ДОГОВІР ЗАСТАВИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ. ОСНОВНІ
 ПОЛОЖЕННЯ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ 54**

Берназ-Лукавецька О.М.
**ПРО ОБМІН ЖИЛИХ ПРИМІЩЕНЬ У БУДИНКАХ
 ЖИТЛОВИХ КООПЕРАТИВІВ 60**

Вабищевич С.С.
**К ВОПРОСУ О СОВРЕМЕННОЙ ТЕОРИИ ОБЪЕКТА ГРАЖДАНСКОГО
 ПРАВООТНОШЕНИЯ 64**

<i>Иванов И.В.</i>	
ПОЗИТИВНОЕ ПОВЕДЕНИЕ ЛИЦА, СОВЕРШИВШЕГО ПРЕСТУПЛЕНИЕ, В ИСТОРИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ.	152
<i>Митрофанов И.И.</i>	
РАЗЛИЧНЫЕ ВИДЫ ПОощРЕНИЯ В МЕХАНИЗМЕ РЕАЛИЗАЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ	157
<i>Яковец И.С.</i>	
ОПТИМИЗАЦИОННАЯ МОДЕЛЬ ПРОЦЕССА ИСПОЛНЕНИЯ УГОЛОВНЫХ НАКАЗАНИЙ В УКРАИНЕ: ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ	164
<i>Яковлев Н. А.</i>	
КОРРУПЦИОННЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В УЧРЕЖДЕНИЯХ ФЕДЕРАЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ИСПОЛНЕНИЯ НАКАЗАНИЯ РОССИИ	168
<i>Найбойченко В. В.</i>	
ФИЛОСОФСЬКА ОСНОВА УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ПОНИМАННЯ ВИНИ	171

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА,
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

<i>Комаров И.М.</i>	
КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ОПЕРАЦИИ И СЛЕДСТВЕННЫЕ СИТУАЦИИ В СИСТЕМЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ	178
<i>Корж В.П.</i>	
СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ТАКТИКИ 186	
<i>Стратонов В.М., Іванищук А.А.</i>	
ФОРМУВАННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ОСНОВ МІЖНАРОДНОЇ КРИМІНАЛІСТИКИ	189
<i>Літвін В.В.</i>	
ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО РОЗШУКУ	193
<i>Печерский В.В.</i>	
ОСНОВНЫЕ УСЛОВИЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ	200
<i>Омельяненко А.С.</i>	
ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ (ОГЛЯД НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА)	205

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

<i>Бехруз Хаширатулла</i>	
ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ И ДИАЛОГ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР: КОНЦЕПЦИЯ УНИВЕРСАЛЬНОСТИ И РЕЛЯТИВИЗМА	212
<i>Мельник С.Б., Костина В.Д.</i>	
ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ВИДОВОГО РАЗНООБРАЗИЯ КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.	219
<i>Квасницкая О.А.</i>	
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ИНСТИТУТА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ, ВОЗНИКАЮЩИХ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА, ОСЛОЖНЕННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ	225

Пашковская Л.И.

**КЛЮЧЕВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИНЦИПА КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТИ
МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ 229**

Daryna Dvornichenko

**THE IMPACT OF ENVIRONMENTAL CHANGES
ON THE THESAURUS OF INTERNATIONAL LAW 236**

ДО УВАГИ АВТОРІВ! 239

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:
Юриспруденція

Науковий збірник

Виходить двічі на рік

№ 4, 2012

Заснований у 2010 р.

Коректор	Радіонова І.І.
Технічний редактор	Мартиненко Т.В.

Підписано до друку 30.11.12. Формат 60x84/8. Обл.-вид.арк. 25,4. Ум.-друк. арк. 28,4.
Папір офсетний. Гарнітура «Literaturna». Друк на дуплікаторі. Наклад 300 прим. Заказ № 1212-18.

Віддруковано ПП «Фенікс»

(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. 8(048) 7777-591.