МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:

ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Випуск 6-1 том 2

Одеса
2013

УДК 340 (082)
ББК 67Я43
Н-34

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

Серію засновано у 2010 р.

Засновник — Міжнародний гуманітарний університет

Друкується за рішенням Вченої ради Міжнародного гуманітарного університету
протокол № 1 від 30 серпня 2013 р.

Видавнича рада:

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

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

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

Редакційна колегія серії «Юриспруденція»:

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

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

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

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

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

© Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.
Серія: «Юриспруденція», 2013
© Міжнародний гуманітарний університет, 2013

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 351.810:340

Бурило Ю. П.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного та адміністративного права
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

НЕПРЯМІ ЗАСОБИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СЕКТОРІ ЕКОНОМІКИ

Анотація. У статті досліджуються правові аспекти застосування непрямих засобів державного регулювання в інформаційній сфері господарювання. Пропонуються шляхи вдосконалення тарифного регулювання, пільгового оподаткування, а також надання дотацій в інформаційному секторі економіки.

Ключові слова: інформаційний сектор економіки, державне регулювання, тарифне регулювання, пільгове оподаткування, господарські інформаційні відносини.

Постановка проблеми. В умовах розвитку ринкової економіки та інформаційного суспільства важливого значення набуває непряме державне регулювання в інформаційній сфері господарювання. Таке регулювання здійснюється за допомогою непрямих (економічних) засобів регулюючого впливу держави на господарські відносини в інформаційному секторі економіки. Від їх адекватності відповідним суспільним відносинам та належного правового закріплення залежить ефективність реалізації державної політики щодо розбудови високоефективної інформаційної економіки. Відтак існує необхідність у розгляді цих засобів на рівні юридичної науки.

Виклад основного матеріалу дослідження. В цілому засоби державного регулювання економіки досить ретельно досліджені в юридичній доктрині такими вченими, як Ю. М. Козлов, В. С. Щербина, О. М. Вінник та ін., проте специфіка їх застосування в інформаційному секторі економіки майже не досліджена. Отже, метою цієї статті є з'ясування системи та особливостей застосування непрямих засобів державного регулювання в інформаційній сфері господарювання.

Економічні методи – це такі способи впливу держави на суб'єктів господарювання, за яких необхідний суспільстві результат досягається шляхом стимулювання суспільного виробництва через економічний інтерес виконавців [1, с. 116; 2, с. 22]. Ознаками цих методів є використання стимулюючих засобів, створення економічної зацікавленості, що спонукає діяти без спеціальних розпоряджень або вказівок керівних органів; надання можливості вибору між різними варіантами дій тощо [3, с. 148].

Серед засобів державного регулювання, зазначених у ст. 12 ГК України, ознаки економічних методів регулюючого впливу мають державне замовлення, регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій. В інформаційному секторі економіки найбільш широко застосовуються такі непрямі засоби державного регулювання, як державне замовлення, тарифне регулювання; надання податкових та інших пільг, надання дотацій.

Відповідно до ч. 1 ст. 13 ГК України державне замовлення є засобом державного регулювання економіки шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягів продукції (робіт, послуг), необхідних для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на поставку (закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання, незалежно від їх форми власності. Регулюючий вплив цього засобу державного регулювання полягає у забезпеченні додаткових фінансових надходжень суб'єктам господарювання за рахунок виконання ними державного замовлення.

Особливості застосування цього засобу державного регулювання в різних галузях інформаційного сектору економіки визначені Законами України «Про Національну програму інформатизації», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», «Про телекомунікації» та ін. Оскільки за допомогою державного замовлення забезпечуються публічні інтереси в інформаційних товарах однією з його головних особливостей є вимоги щодо обов'язкового або пріоритетного укладення відповідних державних контрактів. Так, відповідно до ч. 4 ст. 15 «Про Національну програму інформатизації» для суб'єктів підприємницької діяльності – монополістів у сфері їх діяльності укладення договорів (контрактів) на виконання окремих завдань (проектів) Національної програми інформатизації є обов'язковим. Згідно з ч. 7 ст. 27 «Про телекомунікації», оператори телекомунікацій, незалежно від форм власності, в першу чергу надають у користування на договірних засадах ресурси своїх телекомунікаційних мереж державній системі урядового зв'язку, національній системі конфіденційного зв'язку, органам з надзвичайних ситуацій, безпеки, оборони, внутрішніх справ України.

До інших особливостей укладення державних контрактів в цій сфері належать особливості їх змісту, а також суб'єктного складу відповідних договірних зобов'язань, тощо. Так, відповідно до ч. 3 ст. 5 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» органи державної влади та органи місцевого самоврядування формують замовлення засобам масової інформації на: створення спеціальних звітів і репортажів про важливі події, що відбуваються у державі, про діяльність органів державної влади та органів

місцевого самоврядування; проведення прямих теле- і радіотрансляцій про їх діяльність; організацію систематичних (проблемних, тематичних) теле- і радіопередач та сторінок (рубрик) у друкованих засобах масової інформації тощо. Таким чином законом вказується на предмет державних контрактів щодо висвітлення діяльності органів публічної влади. Особливості суб'єктного складу відповідних господарських договірних інформаційних правовідносин встановлюються зокрема ч. 4 ст. 11 цього закону, відповідно до якої місцеві органи виконавчої влади укладають угоди на висвітлення їх діяльності з регіональними телерадіоорганізаціями [4].

Для захисту інтересів кінцевих та виробничих споживачів окремих видів інформаційних та інформаційно-інфраструктурних послуг, тарифи на них підлягають державному регулюванню. Так, зокрема з цією метою Наказом Міністерства транспорту та зв'язку України від 10.06.2009 р. № 665 затверджено тарифи на приймання та доставку вітчизняних періодичних друкованих видань за передплатою [5]. Водночас найбільш широко встановлення тарифів як засіб державного регулювання використовується у галузі зв'язку. Так, відповідно до ч. 2 ст. 66 Закону України «Про телекомунікації» державному регулюванню шляхом встановлення граничних або фіксованих тарифів підлягають: тарифи на загальнодоступні послуги; тарифи на надання в користування каналів електрозв'язку операторів телекомунікацій, з істотною ринковою перевагою на ринках певних телекомунікаційних послуг; розрахункові такси за послуги пропуску трафіка до телекомунікаційних мереж операторів телекомунікацій з істотною ринковою перевагою на ринках певних телекомунікаційних послуг; тарифи на надання в користування кабельної каналізації електрозв'язку операторів телекомунікацій.

Особливе соціально-економічне значення має державне регулювання тарифів на загальнодоступні телекомунікаційні послуги, що являють собою мінімальний набір послуг нормованої якості, доступний усім споживачам на всій території України. До цих послуг, відповідно до ч. 1 ст. 62 Закону України «Про телекомунікації», належать: підключення кінцевого обладнання споживача до телекомунікаційних мереж фіксованого зв'язку загального користування (універсальний доступ), послуги фіксованого телефонного зв'язку в межах зони нумерації (місцевий телефонний зв'язок), а також виклик служб екстреної допомоги, послуги довідкових служб і зв'язку за допомогою таксофонів.

Звертає на себе увагу застарілість зазначеного переліку телекомунікаційних послуг, адже в сучасних умовах першочергові потреби споживачів телекомунікаційних послуг включають в себе також послуги рухомого (мобільного) зв'язку, послуги доступу до мережі Інтернет та ін. Оскільки основною метою загальнодоступних телекомунікаційних послуг є їх надання на всій території України за регульованими державою тарифами, виникає питання про доцільність включення до цього переліку послуг рухомого (мобільного) зв'язку та послуг доступу до мережі Інтернет.

Рівень забезпечення населення мобільним зв'язком в Україні досить високий – ним користується понад 82% громадян [6], а загальний рівень проникнення складає 130,3%, оскільки часто одна особа є власником кількох сім-карт різних операторів [7, с. 11]. Водночас цей вид зв'язку є найбільш доступним видом зв'язку за ціновими показниками (українці витрачають на мобільний зв'язок 1,37% свої доходів, американці – 2,45%, а ізраїльтяни і турки – 4,1%) [8]. Тому включати його до переліку загальнодоступних телекомунікаційних послуг, тарифи на які регулюються державою не має сенсу. Водночас рівень забезпечення домогосподарств доступом до мережі Інтернет в Україні поки що відносно низький – 34% [9]. При цьому серед мешканців сільських районів доступ до швидкісного Інтернету мають лише 16%, тоді як у місті – 45%. Показово, що вартість широкосмугового доступу в доходах домогосподарств в Україні складає 1,6% у міських поселеннях та 2% у сільських [10, с. 27, 29]. Таким чином, існує потреба у повсюдному забезпеченні послуг широкосмугового доступу до мережі Інтернет за доступними, регульованими державою тарифами, тобто перетворення цієї послуги на загальнообов'язкову телекомунікаційну послугу. У зв'язку з цим в Україні мали місце неодноразові законодавчі ініціативи про включення послуг доступу до мережі Інтернет до переліку загальнодоступних телекомунікаційних послуг. Останньою з таких ініціатив став законопроект, розроблений Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, яким пропонувалося включити до складу загальнодоступних телекомунікаційних послуг послуги фіксованого доступу до мережі Інтернет на швидкості до 2 Мбіт/с включно.

Разом з тим експертами вказується на те, що недостатнє проникнення фіксованого широкосмугового доступу пов'язано в першу чергу з великою територією країни, різним рівнем попиту в сільських і міських регіонах. Вирівняти ситуацію можуть мобільні мережі, запуск яких швидший і менш витратний [11, с. 10]. Тому пріоритетним напрямом розвитку широкосмугового доступу до мережі Інтернет має стати не фіксований, а мобільний доступ, що може надаватися на основі мереж мобільного зв'язку 3G та 4G. Відтак до складу загальнодоступних телекомунікаційних послуг, передбачених ч. 1 ст. 62 Закону України «Про телекомунікації», мають бути включені послуги широкосмугового мобільного, а не фіксованого доступу до мережі Інтернет.

Для покриття збитків операторів і провайдерів телекомунікацій від надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг, зокрема в сільських і важкодоступних районах, в багатьох країнах діють фонди універсальних послуг або фонди універсального доступу, які формуються за рахунок цільової надбавки до тарифів на телекомунікаційні послуги всіх операторів або за рахунок державного фінансування. Створення таких фондів законодавчо закріплено в США, Канаді, Франції, Іспанії, Чилі, Перу, Росії та інших державах [12, с. 87]. В Україні такого фонду наразі не існує. Його створення неодноразово пропонувалося у проектах змін до Закону України «Про телекомунікації», проте кожного разу не отримувало підтримку через цілком обґрунтовані побоювання щодо можливого підвищення вартості телекомунікаційних послуг для населення внаслідок запровадження націнок на відповідні послуги, а також відсутність чіткого обґрунтування обсягів коштів, необхідних для покриття збитків від надання

загальнодоступних телекомунікаційних послуг [13; 14].

Водночас ч. 5 ст. 64 Закону України «Про телекомунікації» передбачено, що у разі недостатнього задоволення попиту споживачів на загальнодоступні телекомунікаційні послуги в окремих регіонах України національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, має право прийняти рішення щодо покладення на операторів і провайдерів телекомунікацій з істотною ринковою перевагою, а також на операторів фіксованого проводового зв'язку, які здійснюють або мають намір здійснювати діяльність у цих регіонах, обов'язків щодо розвитку та надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг споживачам із застосуванням механізму компенсації збитків, установленого Кабінетом Міністрів України. Проте такого механізму також не розроблено.

На нашу думку, враховуючи обмежені фінансові ресурси держави і невисоку платоспроможність населення, яке не може дозволити собі фінансувати фонд універсальних послуг, механізм компенсації витрат повинен застосовуватися не до всіх, а лише до найбільш перспективних телекомунікаційних послуг, якими є послуги мобільного широкосмугового доступу до мережі Інтернет. Оптимальним способом компенсації збитків від надання цих послуг в окремих регіонах вбачається зменшення розміру зобов'язань зі сплати збору за користування радіочастотним ресурсом на суму відповідних збитків або ж звільнення від сплати збору за користування цим ресурсом в таких нерентабельних регіонах. Іншими словами недоліки тарифного регулювання зазначених загальнодоступних послуг мають бути компенсовані іншим засобом державного регулювання – податковими пільгами. З огляду на це доцільно закріпити у ч. 5 ст. 64 Закону України «Про телекомунікацій» норму, відповідно до якої в механізмі компенсації збитків від надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг можуть застосовуватися податкові пільги відповідно до Податкового кодексу України.

У той же час в Податковому кодексі України необхідно закріпити ст. 322-1 «Пільги щодо сплати збору за користування радіочастотним ресурсом» в такій редакції: «Для компенсації збитків від надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг з використанням радіочастотного ресурсу оператори телекомунікацій мають право зменшувати суму збору за користування радіочастотним ресурсом, що підлягає сплаті, на розмір збитків від надання цих послуг. Для стимулювання впровадження загальнодоступних телекомунікаційних послуг з використанням радіочастотного ресурсу на основі найбільш сучасних технологій у малонаселених та важкодоступних регіонах Кабінет Міністрів України може звільнити оператора телекомунікацій від сплати збору за користування радіочастотним ресурсом в цих регіонах строком до 5 років».

Наразі податкове стимулювання є одним із основних засобів державного регулювання, що застосовується в галузі виробництва програмного забезпечення та надання супутніх послуг на підставі Законів України «Про державну підтримку розвитку індустрії програмної продукції», «Про внесення змін до розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо особливостей оподаткування суб'єктів індустрії програмної продукції» та відповідних норм Податкового кодексу України [15; 16; 17]. Як випливає з положень вказаних законодавчих актів, з 1 січня 2013 року до 1 січня 2023 року звільняються від оподаткування податком на додану вартість операції з постачання програмної продукції, а податок на прибуток суб'єктів індустрії програмної продукції від таких видів економічної діяльності, як видання програмного забезпечення, включаючи видання і реалізацію (продаж, прокат та/або надання ліцензій) системних пакетів програм, службових та ігрових програм, публікацію готового (несистемного) програмного забезпечення; комп'ютерне програмування; консультування з питань інформатизації; діяльність з керування комп'ютерним устаткуванням; надання права на використання програмного забезпечення, включаючи передачу майнових прав інтелектуальної власності на програмне забезпечення; оброблення даних, розміщення інформації на веб-вузлах та пов'язана з цим діяльність та ін. оподатковується за пільговою ставкою – 5%.

Податкові пільги також застосовуються в державному регулюванні виробництва друкованої інформаційної продукції. Так, відповідно до ч. 1.25. ст. 197 Податкового кодексу України операції з постачання (передплата) періодичних видань друкованих засобів масової інформації та книжок (крім видань еротичного характеру), учнівських зошитів, підручників та навчальних посібників вітчизняного виробництва, словників українсько-іноземної або іноземно-української мови, доставки таких періодичних видань друкованих засобів масової інформації на митній території України звільняються від податку на додану вартість [17].

Державне регулювання виробництва друкованої та аудіовізуальної інформаційної продукції також включає в себе надання митних і валютних пільг. Так, згідно зі ст. 5 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», редакції (юридичні особи) засобів масової інформації звільняються від обов'язкового продажу валютної виручки, одержаної від експорту інформаційної продукції, у разі використання цієї виручки на придбання обладнання та матеріалів, необхідних для подальшого виробництва нової інформаційної продукції; сплати мита за експорт інформаційної продукції. Не підлягають обкладенню ввізним митом обладнання та матеріали, призначені для власної інформаційної діяльності засобів масової інформації, виробництва і розповсюдження їхньої інформаційної продукції, якщо таке обладнання і матеріали не виробляються в Україні.

Загалом, надання податкових, митних та інших пільг в механізмі державного регулювання спрямовано на збільшення обсягів випуску інформаційної та інформаційно-інфраструктурної продукції, стимулювання її експорту та імпортозаміщення, хоча в деяких випадках може використовуватися і як засіб компенсації збитків, що виникають у господарюючих суб'єктів в результаті застосування інших засобів державного регулювання (наприклад, тарифного регулювання).

Водночас заходи державної фінансової допомоги, визначені ст. 4 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», такі як відшкодування різниці між розрахунко-

вим (за собівартістю) та фіксованим тарифом на доставку друкованих засобів масової інформації виконують лише функцію компенсації збитків. Крім того, цим законом передбачено надання додаткової економічної підтримки (дотації) районним, міським та міськрайонним газетам, районному, міському та міськрайонному телерадіомовленню. Разом з тим мета надання цієї допомоги чітко не встановлена, хоча у ч. 5 ст. 7 зазначеного закону зазначається, що використання дотації редакціями газет та телерадіоорганізаціями не за цільовим призначенням тягне за собою скорочення фінансування на відповідну суму в поточному році або позбавлення права на її отримання в наступному фінансовому році.

Відсутність чіткої законодавчо встановленої мети надання цієї дотації за наявності санкцій робить її непрозорим і потенційно корупційним інструментом в руках органів державної влади та їх посадових осіб, відповідальних за її адміністрування. Тому в ст. 7 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» необхідно закріпити норму, якою передбачити, що метою надання цієї дотації є покриття видатків на оренду та обслуговування приміщень, в яких розташовані відповідні місцеві засоби масової інформації, комунальні послуги, послуги зв'язку, видавничі та поліграфічні роботи і послуги, послуги з поширення інформаційної продукції власного виробництва.

Висновки. На підставі наведеного можемо зробити висновок, що система передбачених чинними законодавством непрямих засобів державного регулювання в інформаційній сфері потребує удосконалення в частині застосування тарифного регулювання загальнодоступних телекомунікаційних послуг (шляхом включення до їх переліку широкосмугового мобільного доступу до мережі Інтернет), пільг щодо сплати збору за користування радіочастотним ресурсом для операторів телекомунікацій, які надають загальнодоступні телекомунікаційні послуги з використанням радіочастотного ресурсу, а також визначення цільового призначення дотації місцевим засобам масової інформації.

Перспективні дослідження з окресленої тематики мають бути спрямовані на вивчення пільгового оподаткування як засобу державного регулювання у видавничій сфері.

Література:

1. Щербина В. С. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання / В. С. Щербина // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С. 111-117.
2. Вінник О. М. Господарське право : навчальний посібник / О. М. Вінник. – 2-ге вид., змін та доп. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 766 с.
3. Козлов Ю. М. Управление народным хазяйством СССР Ч.1 : Сущность, функции, методы / Ю. М. Козлов. – М. : Издательство Московского университета, 1969. – 159 с.
4. Закон України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» від 23.09.1997 р. № 539/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299.
5. Наказ Міністерства транспорту та зв'язку України «Про затвердження Тарифів на приймання та доставку вітчизняних періодичних друкованих видань за передплатою» від 10.06.2009 р. № 665 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 48. – Ст. 1636.
6. Ринок мобільного зв'язку далі зростає [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gfk.ua/public_relations/press/press_articles/007565/index.ua.html.
7. Звіт про роботу Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації за 2012 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nkrz.gov.ua/img/zstored/File/2013_03/nkrzi-ua.pdf.
8. Скільки витрачають на мобільний зв'язок в різних країнах світу? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://money-news.te.ua/2012/09/12/skilky-vytrachayut-na-mobilnyj-zvyazok-v-riznyh-krajinah-svitu/.
9. Широкополосный жест: НКРСИ стремится ликвидировать цифровое неравенство [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kommersant.ua/doc/2166661.
10. Широкосмуговий доступ до Інтернету в Україні: поточний стан та перспективи : аналітичне дослідження (скорочений виклад) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nkrzi.gov.ua/img/zstored/File/dop/index.html#/1.
11. Звіт щодо діяльності НКРЗ та стану телекомунікацій в Україні за 2011 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nkrz.gov.ua/img/zstored/File/2011_zvit_nkrz.pdf.
12. Бенько І., Гуцайлюк Л. До питання створення фонду універсальних послуг / І. Бенько, Л. Гуцайлюк // Галицький економічний вісник. – 2009. – № 2. – С. 84-89.
13. Кравченко В. Доповідь «Фонд універсальних послуг як механізм універсального доступу» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.inau.org.ua/15.1938.0.0.1.0.phtml.
14. Відкритий лист Президенту В. Ф. Януковичу щодо проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку зі створенням Фонду загальнодоступних телекомунікаційних послуг» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wireless.ua/510-prezidentu-ukrayini-yanukovichu-vf.html.
15. Закон України «Про державну підтримку розвитку індустрії програмної продукції» від 16.10.2012 р. № 5450-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 85. – Ст. 3448.
16. Закон України «Про внесення змін до розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо особливостей оподаткування суб'єктів індустрії програмної продукції» від 05.07.2012 р. № 5091-VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 406.
17. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради. – 2011. – № 13 / № 13-14, № 15-16, № 17 – Ст. 112.

Бурило Ю. П. Непрямые средства государственного регулирования в информационном секторе экономики

Аннотация. В статье исследуются правовые аспекты применения непрямых средств государственного регулирования в информационной сфере хозяйствования. Предлагаются пути усовершенствования тарифного регулирования, льготного налогообложения, а также предоставления дотаций в информационном секторе экономики.

Ключевые слова: информационный сектор экономики, государственное регулирование, льготное налогообложение, хозяйственные информационные отношения.

Burylo Y. Indirect means of state regulation in the information sector of the economy

Summary. The article deals with legal aspects of indirect means of state regulation application in the information sphere of commerce. Ways of improving tariff regulation, tax exemptions as well as subsidies are suggested.

Key words: information sector of the economy, state regulation, tax exemptions, business information relations.

УДК 347.91

Вербіцька М. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри правового регулювання економіки і правознавства юридичного факультету Тернопільського національного економічного університету

АНАЛІЗ ОСНОВНИХ ЗМІН, ВНЕСЕНИХ ДО ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО СУДОУСТРІЙ І СТАТУС СУДДІВ»

Анотація. Стаття присвячена дослідженню основних тенденцій розвитку та удосконалення правової регламентації наказного провадження в Україні.

Ключові слова: наказне провадження, судовий наказ, боржник, стягувач.

Постановка проблеми. Запроваджуючи у 2005 році інститут наказного провадження у цивільний процес України, розробники ЦПК України врахували досвід застосування аналогів вітчизняного наказного провадження різних зарубіжних країн, український історичний досвід (Статут цивільного судочинства від 1864 року в Російській імперії містив інститут спонукального виконання), у результаті чого правила видачі судового наказу в українському цивільному процесуальному законодавстві були достатньо аргументовані. Цей крок законодавця позитивно оцінили наукові кола й практики.

Зокрема, у Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затвердженої Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006, звернута увага на те, що правила судочинства мають бути не переобтяжені формальностями. Для забезпечення права особи на швидке поновлення своїх прав, особливо у нескладних справах, судову процедуру доцільно спростити там, де спрощення не порушуватиме інтересів сторін у справедливому вирішенні їхньої справи [1, с. 206].

Однак потім у результаті проведення судової реформи Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 року процесуальне законодавство, в тому числі й цивільне, зазнало багатьох змін. Був відредагований і Розділ ІІ ЦПК України «Наказне провадження». Предметом нашого дослідження є аналіз вказаних змін та їх вплив на сучасне цивільне судочинство.

Аналіз дослідження проблеми. Наказне провадження та судовий наказ були об'єктом дослідження багатьох зарубіжних процесуалістів, серед яких слід відзначити М. Черьоміна, Ю. Грібанова, В. Решетняк, І. Черних, С. Загайнову та інших. Серед українських науковців, які приділили увагу вказаним процесуальним інститутам можна назвати Д. Луспеника, С. Фурсу, С. Щербак, О. Угриновську, О. Севрук, М. Чундак тощо. Проте слід відзначити, що порівняльний аналіз попередньої та сучасної редакції розділу ЦПК України про наказне провадження досі не здійснювався.

Мета і завдання статті полягають у тому, щоби, здійснивши аналіз основних змін у правовому регулюванні наказного провадження, внесених у 2010 році, їх застосування судами, позитивних та негативних наслідків вищевказаних змін, окреслити перспективні напрями удосконалення цивільного процесуального законодавства у сфері видачі судових наказів у майбутньому.

Виклад основного матеріалу. Із чинної редакції ЦПК (відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів») випливає, що тепер законодавець визначає наказне провадження не як альтернативу позовному щодо вимог, передбачених у ст. 96 ЦПК України, а як обов'язкову процедуру, в порядку якої мають вирішуватися зазначені вимоги. Тобто, якщо особа звертається до суду з позовом, але її вимоги включені до переліку вимог, передбаченого ст. 96 ЦПК, суд повинен постановити ухвалу про повернення такої позовної заяви (п. 6 ч. 3 ст. 121 ЦПК України) позивачеві. І лише у випадку скасування судового наказу позивач має право звернутися до суду з позовною заявою з тих же підстав.

Мета таких змін – розвантажити суди від розгляду в позовному провадженні справ, які можуть бути вирішені в спрощеному порядку.

Однак ми вважаємо такі кроки законодавця дещо непослідовними, оскільки попри те, що наказне провадження стало обов'язковим для вимог, передбачених у ст. 96 ЦПК України, із переліку цієї статті було виключено вимогу, яка ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі. А статистика застосування наказного провадження в Україні свідчить, що саме вимоги, що випливають із письмових правочинів, у 80-90 відсотках від усіх справ є підставою для видачі судових наказів.

На наш погляд, попередня редакція, коли заявник на власний розсуд вирішував, за правилами наказного чи позовного провадження він хоче вирішувати свою цивільну справу, якщо його вимоги до боржника належать до переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, була вдалішою. Можливість кредитора обирати спосіб судового захисту своїх прав чи оспорюваних інтересів забезпечувала принцип диспозитивності у цивільному процесі. А для того, щоб фізичні та юридичні особи перш за все зверталися до суду із заявою про видачу судового наказу, у попередній редакції було передбачено достатньо механізмів заохочення такої процесуальної поведінки: у два рази нижчий розмір судового збору, стислі строки задоволення вимоги тощо.

У розділі про наказне провадження відбулися також зміни стосовно представництва як заявника (стягувача), так і боржника. Зокрема, сучасна редакція передбачає, що від імені заявника із заявою може звернутися його представник. Раніше це правило випливало лише зі ст. 98 (де йдеться про те, що заява підписується заявником або його представником).

Однак законодавець, врахувавши те, що необхідно уточнити, що універсальні правила про представництво в цивільному процесі, передбачені у ст. 44-46 ЦПК України, мають застосовуватися і в наказному провадженні, 7 липня 2010 року вніс відповідні зміни до ч. 2 ст. 95 ЦПК і включив до неї правило про те, що із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги, а також органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Йдеться про органи та осіб, які передбачені у ст. 45 ЦПК. До таких суб'єктів належать Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи (наприклад, об'єднання громадян, професійні спілки, об'єднання споживачів).

Попередня редакція ЦПК України не передбачала й представництва боржника у наказному провадженні. У ст. 106 зазначалося, що заяву про скасування судового наказу може подавати лише боржник.

Зрозуміло, що заяву про скасування судового наказу може подавати представник боржника. Адже немає абсолютно ніяких причин для заперечення можливості представлення інтересів боржника уповноваженою на це особою. Якщо у представника є всі законні підстави, наприклад, договір доручення, він самостійно може звертатися до суду із заявою про скасування судового наказу, представляючи при цьому інтереси боржника. Адже можуть бути різні життєві ситуації, наприклад, боржник – суб'єкт підприємницької діяльності, а всі його справи такого роду веде юрист, котрого він найняв, або боржник перебуває в лікарні, але не хоче пропускати встановлений для оскарження судового наказу строк, і тому доручає представляти свої інтереси іншій особі тощо.

Нині законодавець сформулював ч. 1 ст. 105 ЦПК України таким чином: «Боржник має право протягом десяти днів з дня отримання копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування. Заява про скасування судового наказу може також бути подана органами та особами, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб».

Ці зміни вирівняли в правах стягувача та боржника, тому, безумовно, сприяють забезпеченню принципу рівноправності сторін в цивільному процесі.

Варто також наголосити, що сьогодні законодавець передбачив у досліджуваній нами процедурі етап відкриття наказного провадження, в який входять усі процесуальні дії суду щодо прийняття заяви про видачу судового наказу та відмови у її прийнятті (зміни від 7 липня 2010 року). Визначено, що наказне провадження відкривається шляхом постановлення відповідної ухвали, після чого через визначений строк видається судовий наказ[1].

Таке правило усуває проблеми, пов'язані з тим, що раніше прийняття заяви про видачу судового наказу і відкриття наказного провадження не оформлялося ніяким процесуальним актом, що означало, що не було жодних процесуальних гарантій дотримання найважливішої ознаки цього виду провадження – його спрощення.

Згідно з колишньою редакцією ЦПК у випадку відкриття наказного провадження суд у триденний строк видавав судовий наказ по суті заявлених вимог. Але якщо суддя не постановляв ухвали про його відкриття, то створювалася передумова для постійного порушення цієї норми, оскільки неможливо було визначити момент, коли суддя прийняв заяву до провадження, і, відповідно, з якого моменту відраховувати вказаний триденний строк.

Прийняття правила про постановлення ухвали про відкриття наказного провадження не дозволить судам затягувати справи щодо видачі судових наказів, а отже, дискредитувати інститут наказного провадження в суспільній свідомості.

Однак чинна редакція ст. 102 ЦПК України передбачає триденний строк для видачі судового наказу. Ми вважаємо, що судді має надаватися більше часу (три дні) на етапі відкриття наказного провадження і дослідження заяви про видачу судового наказу та доданих до неї документів, які є доказами у справі, і менше (один день) – для видачі, безпосередньо, судового наказу, що є процедурою суто технічного характеру.

Ще однією позитивною, на наш погляд, тенденцією, є те, що змінами до ЦПК України від 7 липня 2010 року ст. 100 була доповнена ч. 5, відповідно до якої у разі якщо в заяві про видачу судового наказу містяться вимоги, частина з яких не підлягає розгляду в порядку наказного провадження, суд постановляє ухвалу про відмову у прийнятті заяви про видачу судового наказу лише в частині цих вимог. У разі якщо заявлені вимоги між собою взаємопов'язані і окремий їх розгляд неможливий, то суд відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу.

Проблему щодо часткового задоволення заяви про видачу судового наказу виявили ще узагальнення практики, проведені Верховним Судом України. Вказана прогалина створювала умови для формування суперечливої практики, оскільки у ЦПК попередньої редакції встановлював лише дві альтернативи на етапі відкриття наказного провадження: відмову у відкритті наказного провадження та видачу судового наказу.

Тому запропонований Верховним Судом України варіант про включення до ЦПК правила про можливість часткового задоволення заяви про видачу судового наказу був цілком справедливо взятий до уваги законодавцем і знайшов відображення у ЦПК України.

Наприклад, судді у Франції, розглядаючи у спрощеному порядку, позовні вимоги на невелику грошову

---

[1] Необхідно відмітити, що у зв'язку з цим необхідно внести відповідні зміни до ЦПК, зокрема, у ч. 2 ст. 99 замінити «У разі відмови в прийнятті заяви» на «У разі відмови у відкритті наказного провадження»; у ч 3 ст. 100 – «Суддя відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу» на «Суддя відмовляє у відкритті наказного провадження», у ч. 4 цієї ж статті виправити «Про відмову у прийнятті заяви» на «Про відмову у відкритті наказного провадження», аналогічно у ч 5, ч. 7 ст. 100, ч. 2 ст. 101 ЦПК.

суму (injonction de payer), можуть задовольняти такі вимоги частково. Ми не бачимо негативних наслідків у застосуванні такої практики й вітчизняними суддями у наказному провадженні.

Особливу увагу слід приділити змінам, яких зазнала ст. 96 ЦПК України, яка передбачає коло вимог, на підставі яких може бути видано судовий наказ. Насамперед треба відзначити, що законодавець виключив ч. 2 даної статті, де йшлося про інші випадки видачі судового наказу, чим зробив вище вказаний перелік вичерпним.

Таким чином, із змісту ст. 96 ЦПК України випливає, що для застосування спрощеного провадження та видачі судового наказу вимоги заявника мають стосуватися лише стягнення грошової суми.

Досліджуючи вимоги, за якими може бути видано судовий наказ, першою чергою, хочемо відзначити, що Законом від 7 липня 2010 року з їх кола було виключено вимогу, що ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі.

Як ми уже зазначали, цей крок законодавця видається нам непослідовним, оскільки саме за цією категорією вимог видавалася основна частка судових наказів. Зокрема, за статистичними даними за 2010 рік зі 100 відсотків усіх виданих судових наказів 86,4% (91,6%) – ґрунтуються на правочині, вчиненому в письмовій формі [2].

А матеріали узагальнення Верховного Суду України свідчать, що переважну більшість справ із підстав п. 1 ч. 1 ст. 96 ЦПК становили справи щодо видачі судових наказів про стягнення грошових коштів за такими категоріями: заяви банків про стягнення з фізичних осіб боргу за кредитними договорами; заяви фізичних осіб щодо грошових коштів, наданих ними іншим особам у позику за письмовим договором (як правило, позики); заяви щодо стягнення заборгованості за надані комунальні послуги, електропостачання, газопостачання, послуги зв'язку, оренду землі тощо [3].

Механізм оперативного стягнення з боржників грошових коштів за вище вказаними зобов'язаннями працював в Україні, якщо не досконало, то найменше – ефективно. Коло проблемних питань, які виникали при застосуванні наказного провадження з приводу вимог, що ґрунтуються на письмовому правочині, вирішив у своїх узагальненнях Верховний Суд України. Надалі, на наш погляд, видача судових наказів про стягнення коштів відповідно до письмових правочинів лише б удосконалювалася. Тому ми наполягаємо, що вимога, що ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі, повинна бути включена до переліку вимог, передбаченого ст. 96 ЦПК України.

Відповідно до п. 4 судовий наказ може бути видано, якщо заявлено вимогу про присудження аліментів на дитину в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших зацікавлених осіб. Дійсно, вищевказана вимога є безспірною, оскільки йдеться про стягнення мінімального розміру аліментів.

З одного боку, тридцять відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку – це зовсім небагато. Але з іншого - якщо відповідач заперечує, посилається на низький дохід чи взагалі безробіття, наявність на утриманні інших осіб, поганий стан здоров'я, що потребує витрат на лікування тощо, домогтися у позовному порядку більшого розміру аліментів буде вкрай важко.

Однак інше питання, яке, на нашу думку, цілком доречно підняла М. Чундак, чому ж законодавець у ч. 2 ст. 182 СК України встановив обмеження для видачі судового наказу в межах тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку?

Вказана дослідниця вважає суперечливими норми СК України. Так, у ст. 141 СК зазначено, що мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою. Розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини. Якщо мінімальний розмір аліментів на одну дитину 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини, чому ж тоді особа, з якою залишилася проживати дитина повинна витрачати 70 відсотків на утримання дитини, а інша особа, що проживає окремо тільки тридцять відсотків? [4, с. 3-4]

Ми повністю погоджуємося з тим, що це однозначно суперечить принципу рівності, закріпленому в ст. 141 СК України. А тому пропозицію М. Чундак щодо того, що слід закріпити правило про те, що розмір аліментів на одну дитину не може бути меншим ніж п'ятдесят відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, вважаємо актуальною та послідовною. У такому разі відповідні зміни мали би бути внесені і до п. 4 ч. 1 ст. 96 ЦПК України.

Крім того, законодавець в п. 5 ч. 1 ст. 96 ЦПК України серед кола описуваних вимог передбачив вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів, як підставу для видачі судового наказу.

З даного приводу доцільно наголосити, що видача судового наказу за заявленою вимогою про повернення вартості товару неналежної якості можлива лише за наявності преюдиційного рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола осіб. Судовий наказ не може бути виданий за заявою, в якій зазначено вимогу про стягнення збитків або відшкодування моральної шкоди, завданих неналежною якістю товару, оскільки вони є предметом розгляду в порядку позовного провадження.

При цьому довести заявникові свої вимоги дуже просто, додавши до заяви рішення суду про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола осіб. Отримати його можна із Єдиного державного реєстру судових рішень. Варто також наголосити, що відповідно до ст. 25 Закону України «Про захист прав споживачів» у випадку задоволення позову об'єднання споживачів про визнання дій продавця, виробника, виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів і припинення цих дій суд зобов'язує порушника довести рішення суду у встановлений ним строк через засоби масової інформа-

ції або іншим способом до відома споживачів. Доказом того, що йдеться про той самий товар може бути чек, на якому зазначена дата здійснення покупки.

Ми вважаємо, що заявник попри відшкодування йому вартості товару неналежної якості у своїй заяві про видачу судового наказу може також викласти вимогу про відшкодування йому витрат на доставку даного товару до пункту призначення, якщо він має можливість її підтвердити відповідними документами, наприклад, накладною.

Загалом ми вважаємо, що перелік вимог, викладений у ст. 96 ЦПК України, в процесі застосування на практиці наказного провадження є неостаточний і ще зазнає змін. Бажано, на нашу думку, при вирішенні цього питання враховувати досвід судочинства інших держав (Франція, Польща), для яких характерне спрощене провадження.

Сьогодні ст. 104 ЦПК передбачає обов'язок суду не пізніше наступного дня надіслати копію судового наказу боржникові рекомендованим листом із повідомленням. І у ч. 2 цієї статті вказується, що одночасно з копією судового наказу боржникові надсилається копія заяви стягувача з копіями доданих до неї документів. Таким чином, боржника повідомляють про видачу судового наказу вже «post factum».

Раніше законодавець у ст. 104 ЦПК застосовував термін «невідкладно» щодо надіслання копії судового наказу боржникові. Враховуючи те, що для наказного провадження важливим є кожен день, оскільки основна його перевага – це оперативність вирішення судом справи, таке застосування даного оціночного поняття було недоцільним. У різних науковців та практиків були різні погляди на строк надсилання боржникові копії судового наказу.

Враховуючи неоднозначність тлумачення, слово «невідкладно» доречно було замінене на «не пізніше наступного дня», оскільки у такому випадку надсилання боржникові рекомендованого листа з копією наказу справді не відкладатимуть «у довгий ящик», така вимога дисциплінуватиме суддів.

Однак найбільших змін зазнала процедура скасування судового наказу. Зокрема, відповідно до чинних правил заява про скасування судового наказу має бути мотивованою. Багато процесуалістів і раніше наголошували на необхідності мотивування боржником своїх заперечень. На наш погляд, мотивування заяви про скасування судового наказу за попередньої реакції ЦПК України не мало ніякого змісту, однак, із врахуванням того, що розділ ІІ ЦПК України було доповнено статтею 105-1, у якій ідеться про розгляд заяви про скасування судового наказу у відкритому судовому засідання, мотивування боржником своїх заперечень стало обов'язковим. Такі зміни, безумовно, є позитивними оскільки спрямовані на максимальне забезпечення принципу диспозитивності в наказному провадженні.

У Постанові Пленуму ВСС від 23.12.2011 р. № 14 відзначено, що в заяві про скасування судового наказу має бути посилання на докази, якими боржник обґрунтовує свої заперечення проти заявлених вимог. А самі докази можуть бути подані суду при розгляді заяви про скасування судового наказу.

Крім того, слід наголосити, що ЦПК і Законом України «Про судовий збір» не передбачено сплати судового збору за подання заяви про скасування судового наказу.

Законодавець пішов на кардинальний крок і включив у наказне провадження на етапі скасування судового наказу відкрите судове засідання.

Змінена процедура оскарження судового наказу, на наш погляд, має такі переваги у порівнянні з попередньою:

1. Відповідно до попередньої редакції ЦПК України для скасування судового наказу боржнику було достатньо подати до суду немотивовану заяву про його скасування, а суду – отримати цю заяву у встановлений ЦПК строк, після чого він скасовував даний наказ автоматично. Таке правило давало можливість боржникові зловживати своїми правами і безпідставно скасовувати судовий наказ, затягуючи час і змушуючи стягувача повторно звертатися до суду з тими ж вимогами, але вже в позовному порядку, що призводило до зайвих затрат часу та коштів як стягувача, так і суду.

2. Передбачена нині процедура скасування судового наказу сприяє максимальному забезпеченню принципу рівноправності сторін у наказному провадженні, оскільки дозволяє боржникові на рівні зі стягувачем викладати суду свої позицію та міркування, надавати докази. Стягувач, своєю чергою, також має право у повному обсязі ознайомитися з позицією боржника, оскільки копія відповідної заяви боржника та доданих до неї документів надсилається йому до відкритого судового засідання.

Однак слід відзначити, що практики не поділяють нашого ентузіазму з приводу розгляду заяви про скасування судового наказу у відкритому судовому засіданні, про що свідчать результати проведеного нами анкетування суддів[2]. На нашу думку, це зумовлено тим, що, як правило, судді підтримують тенденцію спрощення цивільного процесу, а вищезазначений крок законодавця дещо ускладнив наказне провадження.

Варто відмітити, що процесуальні можливості суду при розгляді заяви про скасування судового наказу досить вузькі і полягають лише у дослідженні заяви про скасування судового наказу та позицій боржника та стягувача щодо цієї заяви. Жодних інших питань у даному засіданні суддя вирішувати не може.

Ч. 8 ст. 105-1 ЦПК України передбачає, що за результатами розгляду заяви про скасування судового наказу суд має право: 1) залишити заяву про скасування судового наказу без задоволення; 2) скасувати судовий наказ та роз'яснити, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті у позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову; 3) змінити судовий наказ.

Про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення та про скасування судового наказу суд постановляє ухвалу, а в разі зміни судового наказу видає судовий наказ.

Отже, сьогодні в ході розгляду заяви про скасування судового наказу суд може змінити судовий наказ, що не було передбачено раніше. Такий крок законодавця слід

[2] *Див. Вербіцька М. В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. В. Вербіцька. – Львів, 2011. – 202 с. (Додаток Б «Зведені результати проведеного анкетування серед суддів»).*

розглядати як вдалий, оскільки у заяві про скасування судового наказу боржник може не погоджуватися не зі всіма вимогами стягувача, щодо яких видано судовий наказ, а лише з їх частиною. Якщо у відкритому судовому засіданні він зможе обґрунтувати свої заперечення, суд повинен змінити судовий наказ, залишивши у ньому вказівку щодо стягнення грошових коштів в тій частині вимог стягувача, які не були предметом заяви про скасування судового наказу.

Вважаємо за необхідне зауважити, що боржник у заяві про скасування судового наказу може вказувати на наявність підстав для закриття наказного провадження (ст. 205 ЦПК України) або залишення заяви стягувача без розгляду (ст. 207 ЦПК України).

Відповідно до попередньої редакції ЦПК України судовий наказ не підлягав оскарженню в апеляційному порядку, тому що в разі відсутності заперечень проти нього зі сторони боржника він після спливу встановленого ЦПК строку набирав законної сили. Тепер ситуація щодо апеляційного оскарження судового наказу інша: відповідно до ч. 9 ст. 105–1 ЦПК України змінений судовий наказ чи судовий наказ, щодо якого суд прийняв ухвалу про залишення заяви про його скасування без задоволення,можуть бути оскаржені в апеляційному порядку. Таке правило стало можливим у зв'язку зі зміною всієї процедури скасування судового наказу.

Попри це слід звернути увагу, що більшість практиків вважає, що не було потреби вводити ревізійні повноваження апеляційного суду стосовно зміненого судового наказу та наказу, щодо якого суд постановив ухвалу про залишення заяви про його скасування без задоволення.

Висновки. Підсумовуючи, можемо відзначити, що, безумовно, деякі зміни в правовій регламентації наказного провадження є прогресивними, такими, що стали результатом глибокого та детального дослідження судової практики, тобто зумовленими об'єктивною дійсністю. Деякі, на наш погляд, є поспішними кроками законодавця, спрямованими на форсоване впровадження судової реформи, проте не завжди продуманими, і як показує практика, не зовсім ефективними. Про це свідчать статистичні дані, відповідно до яких, зокрема, у 2012 році суди видали 303,4 тис. судових наказів, що майже наполовину менше, ніж в попередньому році (найбільше видано судових наказів про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення) [2].

Таким чином, ми вважаємо, що сучасна редакція ЦПК України в частині регламентації наказного провадження є ще неостаточною, глибокий науковий аналіз та судова практика дозволять створити найоптимальнішу і максимально ефективну модель наказного провадження у найближчому майбутньому.

Література:

1. Балюк М. І. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції / М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник. – Х. : Харків юридичний, 2008. – (Серія «Судова практика»). –708 с.
2. Зведена статистика [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E4549252C88A2C5BC2257B9B002F464C.
3. Узагальнення судової практики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/.
4. Чундак М. А. Стягнення аліментів в порядку наказного провадження. Основні проблеми та шляхи до вдосконалення законодавчих норм / М. А. Чундак / Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – № 15. – С. 1-6.

Вербицкая М. В. Анализ основных изменений, внесенных в правовую регламентацию приказного производства Законом Украины «О судоустройстве и статусе судей»

Аннотация. Статья посвящена исследованию основных тенденций развития и совершенствования правовой регламентации приказного производства в Украине.

Ключевые слова: приказное производство, судебный приказ, должник, взыскатель.

Verbitska M. The analysis of major changes to the legal regulation of the ordering proceedings by the law of Ukraine named «On the Judicial System and Status of Judges»

Summary. The article is investigated to the major trends in the development and improvement of the legal regulation of ordering proceedings in Ukraine.

Key words: ordering proceedings, court order, debtor, creditor.

УДК 347 (77+78)

Гаценко О. О.,
головний спеціаліст юридичного відділу
Чернігівської міської ради

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ВИЗНАЧЕННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ЧАСТКИ У СПАДЩИНІ ПРИ СПАДКУВАННІ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню питання можливості застосування положень про обов'язкову частку у спадщині при переході права автора на винагороду в порядку спадкового правонаступництва, визначення обов'язкової частки при спадкуванні виключних прав на використання твору, а також розгляду питання про захист особистих немайнових прав автора особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Ключові слова: обов'язкова частка у спадщині, законодавство України, спадкування, особисті немайнові права, спадкове правонаступництво.

Постановка проблеми. Однією з невирішених на законодавчому рівні проблем, пов'язаних із спадкуванням авторських прав, залишається питання про застосування положень про обов'язкову долю у спадщині – правового інституту, відомого ще з часів римського права.

В юридичній літературі з цього питання висловлювались різні позиції: від твердження про те, що майнові права автора взагалі не повинні враховуватися при визначенні обов'язкової частки у спадщині, до твердження, що до цих прав повинні застосуватися в повному обсязі загальні правила про спадкування.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Теоретичну основу дослідження становлять праці з питань права інтелектуальної власності і спадкового права таких вчених, як Е. Гаврилов, А. Сергєєв, Г. Кулакова та ін.

Метою цієї статі є дослідження питання можливості застосування положень про обов'язкову частку у спадщині на практиці при переході права автора на винагороду в порядку спадкового правонаступництва, визначення обов'язкової частки при спадкуванні виключних прав на використання твору, а також розгляд питання про захист особистих немайнових прав автора особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Викладення основного матеріалу. При розгляді окресленого питання насамперед необхідно проаналізувати, хто має право на отримання обов'язкової частки у спадщині і які наслідки може мати застосування положення про обов'язкову частку у спадщині при спадкуванні авторських прав.

Цивільним кодексом України, яким регламентовано право на обов'язкову частку у спадщині, визначено коло осіб, які мають право на отримання спадщини, навіть якщо заповідач не призначив їх своїми спадкоємцями, а також встановлено розмір успадкованої частки. Так, відповідно до ст. 1241 Цивільного кодексу України малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки спадкують, незалежно від змісту заповіту, половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка) [1,356].

Закон України «Про авторське право і суміжні права» закріплює за автором виключні права дозволяти або забороняти здійснення дій, перелік яких зазначений у частині 3 статті 15 Закону, що охоплюють усі основні можливі види використання твору. Перехід виключних майнових прав автора до спадкоємців означає фактично надання їм юридичної можливості визначати подальшу «долю» твору після смерті автора: чи буде він доступним публіці, на яких умовах тощо.

Національне законодавство на даний час, на жаль, не містить ніяких положень, які б дозволяли боротися з випадками зловживання спадкоємцями правами, набутими в порядку спадкування. Так, цілком зрозуміло, що автор створив і оприлюднив твір зовсім не для того, щоб потім він був недоступним для публіки, проте спадкоємці можуть не лише контролювати використання твору, але й в загалі заборонити будь-яке його використання, тобто позбавити інших осіб доступу до нього на весь час охорони авторських прав.

Більш того, спадкоємці можуть знищити примірники творів, які є в їхньому розпорядженні, і в переважній більшості випадків відсутня будь-яка можливість цьому запобігти.

Ураховуючи наскільки складні відносини складаються у творчих особистостей зі своїми близькими родичами (дітьми, чоловіком (дружиною), батьками), подібна ситуація видається не такою вже нереальною. Достатньо навести приклад знищення одним із спадкоємців архіву декількох поколінь сім'ї композиторів Штраусів.

У деяких випадках архівні матеріали можуть бути знищені або права на твори можуть не реалізовуватись навіть за відсутності умислу, лише через необережність спадкоємців, халатне ставлення до творчої спадщини, небажання докладати зусиль для реалізації набутих прав.

Теоретично автор може уникнути виникнення подібної ситуації, зазначивши у заповіті осіб, які успадкують його авторські права. Однак в цьому випадку воля автора щодо розпорядження своїми правами може вступити у протиріччя з положенням цивільного

законодавства, яким передбачено доволі широке коло осіб, які мають право на отримання обов'язкової долі у спадщині. Варто зазначити, що несправедливість такого положення завжди викликала неприйняття у багатьох спеціалістів у галузі авторського права, які намагалися усунути пов'язані з нею наслідки за допомогою обмеженого тлумачення. Наприклад, професор Е. Гаврилов зазначав, що «при спадкуванні майнові права автора не оцінюються і при визначенні обов'язкової частки у спадщині…не враховуються» [2,127].

Проте професор А. Сергєєв вважав, що зазначена позиція «не відповідає ні змісту чинних правил спадкування, ні практиці, яка склалась», і намагався обґрунтувати власний погляд на питання про те, «чи можуть…особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, претендувати на авторське право, яке переходить у спадщину» [3,174].

Згідно з підходом, запропонованим науковцем, хоча повне ігнорування прав на обов'язкову частку у спадщині при спадкуванні авторських прав не відповідало б законодавчо закріпленим положенням, проте до спадкоємців, які мають право на отримання такої частки, повинні переходити не виключні права, а тільки право на отримання частини винагороди: «виходячи зі змісту норм закону про обов'язкову долю, основне призначення якої складається в матеріальному забезпеченні спадкоємців, які, як правило, не мають самостійних джерел для існування, можна говорити про які-небудь особливі права цих осіб лише стосовно права на винагороду, що входить до складу спадщини. Зазначені особи не залежно від отримання іншого спадкового майна можуть отримати не менше половини частки винагороди за використання твору, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом, якщо тільки між спадкоємцями не буде досягнуто іншої угоди про розподіл спадкового майна» [3,176].

Незважаючи на те, що позиція А. Сергєєва має аргументи на свою користь, проте якщо більш детально її проаналізувати, вона викликає критичні зауваження. Дійсно, не можна не погодитись із науковцем, що запропонований ним підхід є абсолютно правильним з точки зору тих цілей, які стояли перед законодавцем при закріпленні положення про обов'язкову частку у спадщині, проте все ж таки, на нашу думку, така позиція є суперечливою. Так, стосовно зроблених науковцем висновків про спадкування обов'язковими спадкоємцями лише частки у праві на винагороду, але не частки у виключних правах може бути наведено такий самий аргумент про відсутність будь-якого законодавчого положення для подібних висновків. Оскільки на сьогодні відсутні у законодавстві положення, які б виводили майнові права автора із сфери дії загальних норм, які регулюють спадкові відносини, зокрема і право на обов'язкову частку у спадщині.

З часом Е. Гаврилов змінив свою позицію, висловивши думку, що «при спадкуванні майнові права повинні оцінюватися і при обчисленні обов'язкової частки у спадщині враховуватися поруч з іншими майновими правами. Діаметрально протилежна позиція, яка висловлюється сьогодні деякими дослідниками, є неправильною» [4,193].

Дійсно, якщо виходити із буквального тлумачення чинного законодавства, то згідно з правом на обов'язкову частку у спадщині до спадкоємців, які мають право на її одержання, переходить половина частки, яка б належала їм при спадкуванні за законом. Жодного винятку із цього правила Цивільним кодексом України не передбачено і ніяких підстав для застосування обмеженого тлумачення цієї норми не існує, у тому числі не лише права на винагороду, яке передбачено статтями 17, 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права», але й при спадкуванні виключних прав автора.

Для того, щоб визначити, які саме наслідки буде мати застосування цих положень на практиці, вважаємо за доцільне проаналізувати такі наслідки для трьох груп відносин:

1) пов'язаних зі спадкуванням права на винагороду, виплата якого передбачена статтями 17, 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права»;

2) пов'язаних зі спадкуванням виключних прав на використання твору;

3) пов'язаних із можливістю захисту особистих немайнових прав автора.

Стосовно першої групи відносин, пов'язаних зі спадкуванням права на отримання винагороди у тих випадках, коли Закон допускає можливість використання твору без згоди осіб, яким належить зазначене право, але з виплатою їм винагороди (ст. 25 Закону), або передбачає виплату «справедливої» винагороди (ст. 17 Закону), то слід зазначити, що ніяких особливих проблем із застосуванням положення про обов'язкову частку у спадщині при цьому не виникне. Це пов'язано насамперед із тим, що мова йде тільки про розподіл винагороди, яка виплачується за використання твору, і від спадкоємців не вимагається надання яких-небудь дозволів на використання творів. Положення про обов'язкову частку у спадщині призводять за загальним правилом лише до перерозподілу частини винагороди від спадкоємців за заповітом до спадкоємців за законом, які мають право на обов'язкову частку у спадщині. Підтвердженням цієї позиції є судова практика, зокрема відповідно до абзацу 3 пункту 35 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 року № 5 винагорода за використання твору розподіляється між спадкоємцями відповідно до часток у спадщині [5,24].

Набагато складніше ситуація з вирішенням питань, пов'язаних зі спадкуванням виключних прав на використання творів. Закон України «Про авторське право і суміжні права» закріплює за автором виключне право на використання твору у будь-якій формі і будь-яким способом, що означає також право дозволяти або забороняти дії, перелічені в частині 3 ст. 15 Закону.

Як зазначалося, перехід виключних майнових прав автора до спадкоємців означає надання останнім юридичної можливості вирішувати подальшу долю твору після смерті автора. Наявність осіб, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, може суттєво

ускладнити реалізацію спадкових прав автора, призвести на практиці до різного роду зловживань.

На відміну від випадків спадкування об'єктів речових прав, до яких можуть бути застосовані різні додаткові механізми для розподілу майна, передбачені цивільним законодавством (наприклад, встановлення порядку його використання за рішенням суду), ситуація зі спадкуванням виключних прав на використання творів кардинально протилежна. Для правомірного використання твору вимагається отримання згоди від усіх осіб, якім належить авторське право на твір, тобто якщо права перейшли до декількох спадкоємців, то відмова одного з них від укладання договору фактично «паралізує» права інших спадкоємців і робить неможливим правомірне використання творів.

Якщо відносно випадків нероздільного співавторства (коли твір утворює одне нерозривне ціле) абзац 5 частини 1 статті 13 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплює неможливість заборони використання твору одним із співавторів «без достатніх підстав», то стосовно спадкоємців таке положення у законодавстві не передбачено, проте відповідно до зазначеної постанови Верховного Суду України права, що перейшли до спадкоємців, складають одне ціле, і жоден із спадкоємців не вправі без достатніх для цього підстав відмовити іншим у дозволі на опублікування, інше використання або зміну твору [5,24].

Таким чином, можна зробити висновок про необхідність встановлення особливого порядку застосування положень про обов'язкову частку у спадщині у випадках, коли об'єктом спадкування є авторські права. При цьому, на нашу думку, важливо виходити із загального правила про те, що положення про обов'язкову частку у спадщині не повинно створювати перешкоди для використання творів і ускладнювати їх використання. Повною мірою положення про виділ обов'язкової частки у спадщині повинні застосовуватись лише в тих випадках, коли мова йде про спадкування права на винагороду.

У зв'язку з цим варто на законодавчому рівні закріпити положення, які б передбачали, що особи, які мають право на отримання обов'язкової частки у спадщині, не мають права вимагати переходу до них виключних прав на використання творів, а можуть претендувати лише на отримання частини винагороди, виплата якої передбачена положеннями Закону України «Про авторське право і суміжні права» (частина 2 статті 17, частина 2 статті 25 Закону), і частини доходів, отриманих від реалізації іншими спадкоємцями виключних прав на використання творів.

При цьому право на обов'язкову долю у винагороді за використання творів повинно реалізовуватися тільки шляхом пред'явлення відповідних вимог до спадкоємців за заповітом, які прийняли спадщину й отримують винагороду за використання твору, з виключенням можливості пред'явлення будь-яких вимог про виплату винагороди до користувачів, які на законних підставах використовують твір, проте особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, повинні мати можливість вимагати від користувачів надання їм відомостей про суми винагороди, які виплачені спадкоємцям за заповітом або їх правонаступникам. Важливо також передбачити, що при виявленні порушень майнових прав на твори, стосовно яких такі особи мають право претендувати на частину доходів, отриманих від їх використання, вони мають право вживати заходи, необхідні для захисту прав на такі твори, лише в тому випадку, якщо власник відповідних виключних прав не здійснює їх захист.

Окремої уваги заслуговує питання про визначення кола спадкоємців, яким надається право вживати заходів, необхідних для захисту особистих немайнових прав померлих авторів.

Відповідно до частини 2 статті 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права» спадкоємці мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора [6,214].

Закон, на жаль, ніяким чином не обмежив коло таких спадкоємців. Як наслідок, особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, і стали, цілком можливо, спадкоємцями належного автору майна навіть проти його волі, формально отримують право втручатися у вирішення питань, пов'язаних із захистом його особистих немайнових прав, наприклад, із визначенням порядку зазначення імені автора, особливо, якщо автор сам за життя не вирішив це питання, пред'явленням претензій до користувачів, які здійснили переробку твору або внесли, цілком можливо, виправдані та погоджені з іншими спадкоємцями зміни до змісту творів, якщо при цьому, на їхню думку, могло бути завдано шкоди репутації автора.

Висновок. Таким чином, розгляд питання про можливість застосування положень про обов'язкову частку у спадщині при спадкуванні авторських прав дає можливість говорити про те, що національне законодавство на сьогодні не містить будь-яких положень, які дозволяли б відмовляти в застосуванні цих положень при спадкуванні авторських прав, не зважаючи на те, що це може призвести на практиці до цілої низки негативних наслідків.

З метою усунення окреслених недоліків необхідно внести до вітчизняного законодавства зміни в частині встановлення особливого порядку застосування положень про обов'язкову частку у спадщині стосовно випадків спадкування авторських прав.

Для випадків спадкування виключних прав вважаємо за доцільне використовувати більш продумані підходи, зокрема, засновані на розширенні можливості для вирішення спорів про встановлення умов використання творів у судовому порядку, що дало б змогу суду з урахуванням конкретних обставин справи відмовляти в застосуванні цього права або вносити необхідні корективи до порядку його реалізації у всіх необхідних випадках.

Вважаємо за доцільне закріпити на законодавчому рівні положення про те, що при наявності спадкоємців за заповітом особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, не входять до кола спадкоємців, яким згідно з положенням статті 29 Закону України

«Про авторське право і суміжні права» надається право вживати заходів, які необхідні для захисту особистих немайнових прав померлого автора (права авторства на твір, права на ім'я, права на захист репутації автора). В іншому випадку особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, можливо, навіть проти волі автора, набудуть право втручатися у вирішення питань, пов'язаних із захистом його особистих немайнових прав, у тому числі з визначенням, наприклад, порядку зазначення імені автора (якщо автор за життя не вирішив цього питання), пред'явленням претензій до користувачів, які здійснили переробку твору чи внесли зміни до змісту твору, погоджені з іншими спадкоємцями.

Література:

1. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – С. 356
2. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах / Э.П. Гаврилов. – М. : Фонд «Правовая культура», 1996. – С. 127.
3. Сергеев А.П. Гражданское право. / А.П. Сергеев. – М. : Проспект, 2010. – Т. 3. – 494 с.
4. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. / Э.П. Гаврилов – [4-е изд. перераб. и доп.] – М. : Экзамен, 2005. – С.193
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 року N 5 // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 6. – С. 24.
6. Закон України «Про авторське право і суміжні права» № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 43. – С. 214.

Гаценко О. А. Совершенствование правового регулирования вопросов определения обязательной доли в наследстве при наследовании авторских прав

Аннотация. Статья посвящена исследованию вопроса возможности применения положений об обязательной доле в наследстве при переходе права автора на вознаграждение в порядке наследственного правопреемства, определение обязательной доли при наследовании исключительных прав на использование произведения, а также рассмотрение вопроса о защите личных неимущественных прав автора лицами, имеющими право на обязательную долю в наследстве.

Ключевые слова: обязательная доля в наследстве, законодательство Украины, наследование, личные неимущественные права, наследственное правопреемство.

Gatsenko O. Improvement of the legal regulation of certain compulsory share in the inheritance of copyright

Summary. The article investigates the issue of application of the provisions on the compulsory share in the inheritance of the transition of the author's compensation in the order of hereditary succession, determining a compulsory share of inheritance of the exclusive rights to use the work, the question of the protection of the moral rights of the author by the persons entitled to a compulsory share in inheritance.

Key words: compulsory share of inheritance, legislation of Ukraine, inheritance, personal non-property rights, hereditary succession.

УДК 346.7:339.338(477)

Єжель О. Л.,
аспірант ІІІ року навчання кафедри господарського права та процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ТЛУМАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНИХ ПОТРЕБ У СФЕРІ ДЕРЖАВНОГО ЗАМОВЛЕННЯ

Анотація. Стаття присвячена вирішенню питання розмежування поняття «державне замовлення» та «державні потреби» та тлумачить поняття «державні потреби» в сфері державного замовлення.

Ключові слова: державне замовлення, державні потреби, інтерес, публічний інтерес, публічні потреби.

Постановка проблеми. Державне замовлення може бути визначено як система відносин між державою (державними замовниками) та суб'єктами господарювання усіх форм власності (виконавцями державного замовлення), пов'язаних з плануванням, формуванням, розміщенням та виконанням планового акту на поставку товарів, виконання робіт, надання послуг шляхом укладення державного контракту у зазначених межах для задоволення державних потреб за рахунок бюджетного та іншого джерела фінансування. Основною метою процесу реалізації державного замовлення є задоволення державних потреб.

Легальне визначення поняття державних потреб передбачено Законом України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22 грудня 1995 року [1], в якому під пріоритетними державними потребами розуміють потреби України в товарах, роботах і послугах, необхідних для розв'язання найважливіших соціально-економічних проблем, підтримання обороноздатності країни та її безпеки, створення і підтримання на належному рівні державних матеріальних резервів, реалізації державних і міждержавних цільових програм, забезпечення функціонування органів державної влади, що утримуються за рахунок Державного бюджету України.

Головним вважається те, що законодавче визначення поняття «пріоритетні державні потреби» має важливе значення для визначення специфіки державного замовлення як засобу державного регулювання сфери господарювання [2, с. 82]. Але, незважаючи на легальне визначення даного поняття, існують науковці, які ототожнюють поняття «державні потреби» та «державне замовлення» та недостатньо правильно тлумачать поняття «державні потреби» в сфері державного замовлення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дану проблематику щодо визначення державних потреб розглядала невелика кількість науковців. Серед них можна визначити таких українських вчених, як С. М. Чистов та В. В. Добровольська, а також російських вчених - Л. М. Давлетшина, К. В. Кичик, Л. Каратанова та М. О. Курц. Але у зв'язку зі зміною ролі держави у сучасній економіці та державного впливу на обґрунтованість та ефективність бюджетних видатків ці дослідження мають бути переглянуті та актуалізовані. Саме тому метою статті є розмежування понять «державне замовлення» та «державні потреби» та тлумачення поняття «державні потреби» в сфері державного замовлення.

Окремі автори стверджують, що поняття «державне замовлення» вужче, ніж поняття «державні потреби». Зокрема, Л. М. Давлетшина вважає, що досить часто поняття держзамовлення трактується як потреби чи потреба органів державного управління в товарах, роботах або послугах, або як сукупність укладення державного контракту на поставку товарів, виконання робіт, надання послуг за рахунок державного бюджету, тобто змішуються терміни держзамовлення, державні потреби і держзакупівлі. Тому поняття державні потреби формально дещо ширше, ніж поняття державне замовлення, оскільки і в широкому, і у вузькому сенсі цього слова держзамовлення є належним чином узагальненим і оформленим виразом державних потреб [3, с. 13].

Прихильниками даного твердження також є К. В. Кичик, Л. Каратанової та М. О. Курц. Але, розглядаючи дану позицію науковців, потрібно стверджувати, що не слід ототожнювати вищевказані поняття. Адже «державне замовлення» і «державні потреби» – це два різнопорядкові поняття. Державне замовлення є системою відносин між державою та суб'єктами господарювання усіх форм власності для реалізації основної мети – задоволення державних потреб.

Виклад основного матеріалу дослідження. На основі державних потреб формується державне замовлення, що поширюється на всі сфери правовідносин за участю не тільки державних органів, а й інших одержувачів бюджетних коштів, що повинні визначатися та затверджуватися у відповідності із законодавчою базою в сфері державного замовлення.

Під поняттям «державні потреби» слід розуміти потреби держави в повному об'ємі цього слова, а не потреби органів державної влади чи суб'єкта господарювання, індивіда.

Прикладом цього є винесена Постанова Вищого господарського суду України від 26 квітня 2007 року по справі № 31/449 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Олександрівська фабрика діаграмних носіїв технічної інформації» до Державного підприємства матеріально-технічного забезпечення залізничного транспорту України «Укрзалізничпостач» про стягнення заборгованості у сумі 28 868,40 грн., яка виникла в результаті неналежного виконання відповідачем взятих на себе зобов'язань за договором щодо оплати поставленої позивачем продукції.

Згідно з цією постановою, Вищий господарський суд України залишив в силі рішення Господарського суду міста Києва та скасував постанову Київського апеляційного господарського суду тому, що апеляційний господарський суд посилався на те, що відповідачем є державне підприємство «Укрзалізничпостач», і тому договір поставки спрямований на задоволення державних потреб. Апеляційний господарський суд не вказав, за яких підстав він визначив, що спірний договір між сторонами спрямований на задоволення державних потреб. Оскільки державні потреби і потреби державного підприємства не співпадають, діяльність Державного підприємства не була пов'язана з виконанням державних замовлень та задоволення державних потреб, тому умови договору мають бути обов'язковими для виконання.

Порівнюючи вітчизняне законодавство із законодавством Російської Федерації в сфері державного замовлення Російської Федерації виділяють крім поняття державних потреб і поняття муніципальних потреб та потреб бюджетних установ, що передбачені ст. 3 Закону «Про розміщення замовлень на поставки товарів, виконання робіт, надання послуг для державних і муніципальних потреб» [4] від 21 липня 2005 року № 94-ФЗ, сформоване шляхом визначення ознак потреб відповідних суб'єктів. Згідно Закону Російської Федерації «Про поставку продукції для федеральних державних потреб» від 13 грудня 1994 року 60-ФЗ державні потреби визначені як потреби Російської Федерації в продукції, необхідній для вирішення завдань життєзабезпечення, оборони і безпеки країни [5].

Отже, під державною потребою слід розуміти потребу, що спрямована на розв'язання найважливіших соціально-економічних проблем, реалізацію державних і міждержавних програм та функціонування суб'єктів державного замовлення за рахунок державного бюджету та інших джерел фінансування.

Існує наукова думка, що під державними потребами слід визначати особливі публічні інтереси, що задовольняються за допомогою спеціально розробленого правового механізму [6, с. 78]. Поняття «публічні інтереси» слід детально розглянути внаслідок актуальності розгляду державних потреб як публічні інтереси.

Під поняттям інтерес розуміється складне структурне явище, що базується на потребах. Інколи до складових будь-якого інтересу відносять власне потребу, способи та засоби її задоволення [7, с. 86], інколи – також блага та цінності, наявність яких сприяє задоволенню відповідної потреби [8, с. 12], існує об'єктивно, але в той самий час відображається в свідомості свого носія [9, с. 51].

Поняття «публічні інтереси» науковці трактують по-різному. Одні вчені розуміють публічні інтереси як визнані державою й забезпечені правом інтереси соціальної спільноти, задоволення яких слугує умовою й гарантією її існування й розвитку [10, с. 4-5], інші визначають публічний інтерес як життєво необхідний стан великих соціальних груп (включаючи суспільство в цілому), обов'язок щодо реалізації якого лежить на державі [11, с. 25] або як об'єктивно існуюче й охоронюване державою намагання досягти соціально значимого позитивного результату в рамках існуючих суспільних відносин [12, с. 35].

В. Чернадчук влучно визначає публічний інтерес як об'єктивну категорію, що за формою є суспільними відносинами, змістом яких є публічна потреба, що має соціальний характер, який і робить її публічним інтересом [13, с. 83]. Предметом публічного інтересу слугує те благо, яке необхідне для повноцінного функціонування і розвитку суспільства, окремих соціальних груп [14, с. 111].

Німецький вчений з державного права Отто Майєр зазначає, що категорію «публічний інтерес» слід розмежовувати від «державного інтересу» [15, с. 10]. Дану наукову думку підтримує Ю. Тихомиров та стверджує, що публічний інтерес є ширшим поняттям, ніж державний інтерес, оскільки публічний інтерес не можна розуміти лише як інтерес держави, відокремлено від інтересів громадян та суспільства. Публічний інтерес – це суспільні інтереси, без задоволення яких неможливо, з одного боку, реалізувати приватні інтереси, з іншого – забезпечити цілісність, стійкість і нормальний розвиток організацій, держав, націй, соціальних верств, нарешті суспільства в цілому [10, с. 55]. О. М. Вінник зазначає про доцільність використання у нормативно-правових актах поняття «публічні інтереси» як більш універсального, ніж «державні інтереси», і, відповідно, – необхідність розширення повноважень прокурора шляхом закріплення за ним права подання позовів на захист усіх видів публічних інтересів, а також визнання його в цьому разі самостійною стороною в процесі [16, с. 5-6].

Деякі вітчизняні дослідники, розглядаючи категорію «інтерес» з об'єктивної сторони, визначають, що поняття «публічний інтерес» містить у собі поняття «суспільний інтерес» [17, с. 117]. К. Тот'єв стверджує, що публічність інтересу визначено через його суб'єкт (носій), яким виступає суспільство як органічне ціле. Найбільшою мірою спільності володіють інтереси всього суспільства (суспільні інтереси). Вони відображають базові потреби людей і у багатьох зумовлюються необхідністю соціального розвитку [18, с. 25].

При дослідженні публічного інтересу слід виходити з того, що основним елементом є важливі для суспільства потреби та блага. Тож, варто погодитися з М. Васильєвою, яка при визначенні поняття «публічні інтереси» стверджує про два рівні їх прояву. По-перше, державний – в тій частині, яка відображає інтереси суспільства в цілому. По-друге, суспільний як інтереси громадянського суспільства тією мірою, яка відповідає рівню їх пізнання і яка може бути забезпечена правовим захистом [19, с. 64].

Поняття «державні потреби» – це правове поняття, але «публічні інтереси» – більш широке поняття. Поняття державних потреб має за основу поняття публічних інтересів, що виступають як усвідомлені і визнані державою суспільні інтереси. За допомогою забезпечення державних потреб задовольняються потреби всього суспільства та держави взагалі. Потреби мають економічний та соціальний зміст. Тому найчастіше поняття «потреби» тісно зв'язано з поняттям «інтерес».

Внаслідок цього особливостями публічних потреб є: по-перше, їх загальність для суспільства, держави та, разом із тим, цінність до кожної особистості. По-друге, визначеність в нормативно-правовому акті. По-третє,

наявність засобів реалізації, які мають виключно правовий характер і зазначені в діяльності органів державної влади, що забезпечують публічний інтерес. По-четверте, фінансування з бюджетних і не бюджетних джерел, що спеціально залучаються для цих цілей.

Наявність публічного інтересу виключається за відсутності хоча б однієї з перелічених ознак, оскільки тільки відповідність всім згаданим критеріям здатна дійсно досягти безпосередніх цілей публічного інтересу – забезпечити оптимальне узгодження різноманітних конкуруючих, а часто й конфліктних інтересів, які реалізуються в приватноправових відносинах [20, с. 69].

Висновки. Отже, поняття «державне замовлення» і «державні потреби» – це два різнопорядкові поняття. Основною метою реалізації державного замовлення є задоволення державних потреб. Тому під державною потребою варто розуміти потребу, що спрямована на розв'язання найважливіших соціально-економічних проблем, реалізацію державних і міждержавних програм та функціонування суб'єктів державного замовлення за рахунок державного бюджету та інших джерел фінансування. Враховуючи тлумачення поняття «державні потреби» в сфері державного замовлення доцільно запропонувати замість терміна «державні потреби» вживати термін «публічні потреби», тобто внести зміни до ст. 1 Закону України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб». Це дозволить наблизити визначення державних потреб до реальних економічних відносин (інтересів).

Література:

1. Закон України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22 грудня 1995 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 3. – Стаття 9.
2. Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх та ін..; За ред. О. П. Подцерковного. – 2-ге вид., доп. І перероб. – Х. : Одіссей, 2011. – 640 с.
3. Давлетшина Л. М. Государственный заказ как инструмент проведения промышленной политики (на примере Республики Татарстан): дис. … кандидата экон. наук : 08.00.05 / Давлетшина Лейсан Мидехатовна. – К., 2007. – 212 с.
4. Закон Російської Федерації «Про розміщення замовлень на поставки товарів, виконання робіт, надання послуг для державних і муніципальних потреб» від 21 липня 2005 року № 94-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ecgz.ru/zakonodat.htm?razd=1.
5. Закон Російської Федерації «Про поставки продукції для федеральних державних потреб» від 13 грудня 1994 року № 60-ФЗ ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.duma.gov.ru/.
6. Добровольська В. В. Правове забезпечення державного регулювання економіки : моногр. / В. В. Добровольська. – Одеса : Фенікс, 2010. – 258 с.
7. Патюлин В. А. Государство и личность в СССР. Правовые аспекты взаимоотношений / В. А. Патюлин. – М. : Наука, 1974. – 244с.
8. Степанян В. В. Социальные интересы и социалистическое право / В. В. Степанян – Ереван : Изд-во АН АрмССР. – 1980 – 137 с.
9. Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве / В. П. Грибанов // Современное государство и право. – 1967. – № 1. – С. 51.
10. Тихомиров Ю. А. Публичное право : учебник / Ю. А. Тихомиров. – М. : БЕК,1995. – 496 с.
11. Тотьев К. Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве / К. Ю. Тотьев // Государство и право. – 2002. – № 9. - С. 22-27.
12. Маслаков А. В. Публичные интересы и их классификация / А.В. Маслаков // Право и государство: теория и практика. – 2009. – № 2 (50). – С. 33-37.
13. Чернадчук В. До питання об'єкта бюджетних правовідносин / В. Чернадчук // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 3. – С. 79-84.
14. Кузьменко О. А. Публічний інтерес у міжбюджетних правовідносинах: характеристика та взаємозв'язок з об'єктом / О. А. Кузьменко // Південноукраїнський правничий часопис. – 2009. – № 4. – С. 110-114.
15. Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht / Otto Mayer.- Berlin: Duncker & Humblot., 1924. - S. 10.
16. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарські товариствах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / О. М. Вінник ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2004. – С. 5-6.
17. Мельничук О. Ф. Публічний та приватний інтерес у контексті забезпечення права людини на освіту / О. Ф. Мельничук // Публічне право. – 2011. – № 1. – С. 116-121.
18. Тотьев К. Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве / К. Ю. Тотьев // Государство и право. – 2002. – № 9. – С 25.
19. Васильева М. И. Публичные интересы в экологическом праве / М. И. Васильєва. – М. : Изд-во МГУ, 2003. – 424 с.
20. Кубко А. До питання про публічний інтерес при регулюванні приватно-правових відносин / А. Кубко // Юридична Україна. – 2006. – № 2. – С. 64-70.

Ежель Е. Л. Толкование понятия государственных нужд в сфере государственного заказа

Аннотация. Статья посвящена решению вопроса разграничения понятия «государственный заказ» и «государственные нужды» и толкует понятие «государственные нужды» в сфере государственного заказа.

Ключевые слова: государственный заказ, государственные потребности, интерес, публичный интерес, публичные потребности.

Ezhel O. The interpretation of the concept of public needs in the area of public procurement

Summary. This article is devoted to solving issues distinction of «public order» and «public purpose» and interprets the term «public purpose» in the field of public procurement.

Key words: public order, public needs, interest, public interest, public needs.

УДК 347.4

Іваненко М. А.,
аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ РЕСТИТУЦІЇ ТА ВІНДИКАЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Анотація. Дану статтю присвячено дослідженню питання місця реституції в системі схожих за правовою конструкцією інститутів цивільного права України. Здійснюючи аналіз норм права, якими регламентуються підстави та порядок застосування реституції, автором було окреслено особливості співвідношення даного цивільно-правового інституту з такими правовими категоріями, як віндикація, кондикція, безпідставне збагачення. Окрім того, в даній статті зроблено спробу виділи види реституції – реституцію володіння та компенсаційну реституцію, залежно від властивостей предмету, який передається в якості виконання за недійним правочином. Здійснивши дослідження, автор дійшов висновку, що реституція хоч і має схожі з іншими інститутами цивільного права риси, є самостійним способом захисту та відновлення порушеного права.

Ключові слова: реституція, реституційний позов, безпідставне збагачення, віндикація, кондикція.

Постановка проблеми та стан дослідження. Дослідженню питань цивільно-правової природи реституції, його місця в системі інститутів цивільного права та його співвідношення із схожими правовими конструкціями присвячено чимало науковий праць як вітчизняних, так і зарубіжних цивілістів. На жаль, на сьогодні єдиної позиції щодо співвідношення таких цивільно-правових інститутів, як реституція та віндикація, так і не було сформовано, що викликає чимало суперечливих моментів саме під час практичного застосування досліджуваних способів захисту права. Серед науковців, які займалися дослідженням окресленого вище питання, слід зазначити таких авторів, як Ансон В., Брагинський М.И., Витрянський В.В., Дженкс Е., Карабань В.Я., Кетс Х., Климович А.В., Кривенко В.В., Макарова О.В., Матвєєв Ю.Г., Ротань В.Г., Саватье Р., Семчик В.І., Солом'яний В.Р., Сергеєв А.П., Скловський К.И., Толстой Ю.К., Тузов Д.О., Флейшиц Е.А., Цвайгерт К., Шапп Я., Ярема А.Г. та інші.

Виклад основного матеріалу. Цивільно-правовий інститут реституції можна розглядати як різновид віндикації. Саме таку точку зору висловлюють деякі науковці. Зокрема, Н.В. Рабинович, Д.О. Тузов. Останній навіть наголошує, що реституція може бути як різновидом віндикації, так і різновидом безпідставного збагачення. В залежності від того, на якому позові базується витребування майна, Тузов Д.О. розрізняє реституцію володіння та реституцію компенсаційну. Перша реалізується на підставі віндикаційного позову, – якщо мова йде про повернення речей, визначених індивідуальними ознаками, в другому випадку – в разі повернення речей з родовими ознаками – пред'являється кондикційна вимога. Той факт, що річ була отримана на підставі недійсного правочину, не в змозі вплинути на правову природу позову про її витребування. Саме з цієї причини реституцію володіння можна розглядати як приватний випадок віндикації, з тією лише особливістю, що в якості віндиканта та незаконного володільця виступають сторони недійного правочину [1, с. 93].

Для того, щоб впевнено відповісти на питання, яким чином співвідносяться цивільно-правові інститути реституція і віндикація, необхідно проаналізувати характерні риси та особливості обох правових категорій. Отже, по-перше, як нами вже було зазначено, віндикація – це вимога неволодіючого власника до володіючого невласника. Тобто основне, на що слід звернути увагу, – це наявність переходу права власності на річ від однієї особи до іншої. На відміну від цього, у випадку з реституцією у набувача не виникає і не може виникнути права власності (іншого права титульного володіння) на індивідуально визначену річ, а тому його не можна розглядати як безпідставно збагаченого [2, с. 211], тобто такого, який збагатився за рахунок іншої особи без достатніх для цього правових підстав. Загальновідомо, що недійсний правочин не спричиняє виникнення права власності, навіть якщо сторони по ньому в якості виконання передали одна одній певні речі. Наприклад, особа, так званий відчужувач, передав річ, а набувач її прийняв, а останній, в свою чергу, передав гроші і відчужувач виступив уже в ролі набувача. Оскільки реституція застосовується у двосторонніх правочинах, то, відповідно, обидві сторони одночасно є і відчужувачем, і набувачем у зобов'язанні, яке вони створили для себе. Однак в силу специфічності правочину – його недійсності, особи не набувають права власності на передане їм в якості виконання, адже вже в момент такої передачі у них виникає обов'язок повернути одна одній те саме майно. Саме такої думки Тузов Д.О., наголошуючи на тому, що такий обов'язок продовжує існувати до тих пір, доки передане зберігається в натурі, не втрачаючи своїх індивідуальних ознак [1, с. 86]. Одразу наголосимо, що вбачається за доцільне вести мову не лише про речі, хоча, як правило, мається на увазі саме певний об'єкт матеріального світу, а й про надані послуги, адже сторона у недійсному правочини зобов'язана «в разі неможливості такого повернення (речей – *автор*), зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, – відшкодувати вартість того, що одержано за цінами, які існують на момент відшкодування» (ст. 236 ЦК України). На наш погляд, з позицією Тузова Д.О. можна погодити-

ся частково. Так, якщо мова йде про недійсний нікчемний правочин, то зобов'язання сторін по поверненню всього отриманого за ним, безперечно, виникає в момент його укладення. Однак, якщо недійсним визнано оспорюваний правочин, то відповідь вже не є такою категоричною. Як ми знаємо, оспорюваним є такий правочин, недійсність якого прямо не встановлена законом, але він може бути (а може й ні!) визнаний таким у судовому порядку, якщо одна із сторін або зацікавлена особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом. В першій ситуації, коли оспорювання дійсності правочину здійснюється його сторонами, то передбачити можливі наслідки виконання обов'язку за таким правочином можна вже в момент його укладання, адже сторони знають (або не знають, але мали знати) про наявні в укладеному правочині недоліки і свідомо (але не обов'язково) замовчали їх. Жодного порушення, якщо керуватися загальними нормами цивільного законодавства, вони не допустили, адже недійсність оспорюваного правочину не є безперечним його наслідком. Відповідне рішення залежить виключно від волі судді, який приймає рішення, керуючись нормами права. Щодо другої ситуації, то ініціатором припинення зобов'язальних правовідносин між сторонами і визнання укладеного між ними правочину недійсним, виступає стороння особа. Закон (ст. 215 ЦК України) називає її «заінтересована особа», однак в чому її «інтерес» законодавець прямо не вказав і, лише аналізуючи конкретні правочини, що передбачені в чинному законодавстві, можна визначити, чи можуть бути порушені в кожній конкретній ситуації права третіх осіб і які, а отже встановити наявність і характер «інтересу» у цих осіб. Однак в описаному нами випадку права безпосередньо сторін правочину також порушуються: правочин, що вони уклали між собою, в цілому відповідає вимогам чинного законодавства, і сторони стали вчинювати певні дії, спрямовані на його належне виконання. А отже, в момент передачі виконання за правочином у них не було і не мало бути обов'язку повернути одна одній так зване «передане виконання». Такий обов'язок виникає у сторін з моменту визнання судом правочину недійсним, іншими словами – офіційного визнання неправомірності виконання зобов'язання, що випливає із такого правочину. Ще один аргумент, який можна додати на підтримання нашої позиції, – це перехід права власності на передане в якості виконання за оспорюваним правочином. У випадку з абсолютно недійсним (нікчемним) правочином такий перехід юридично неможливий – нікчемний правочин не є юридичним фактом, а отже, не породжує жодних прав та обов'язків. На відміну від цього дійсність оспорюваного правочину презюмується чинним законодавством, адже в загальному вигляді, він відповідає правовим нормам і його недійсність є лише вірогідним, а не обов'язковим наслідком.

Друга різниця між реституцією та віндикацією полягає у відмінностях у суб'єктному складі, а точніше, у обмеженості кола суб'єктів, які можуть застосувати реституцію. Щодо віндикації, то тут такої обмеженості немає – витребувати свою річ власник або інша особа, яка володіє річчю на підставі якогось титулу (титульний володілець), має право у будь-якого незаконного володільця. На відміну від цього коло суб'єктів, які можуть стали учасниками реституційного правовідношення суттєво обмежено. Оскільки чинне законодавство прямо не називає осіб, які мають право пред'явити реституційну вимогу, то для визначення їх кола необхідно проаналізувати норми ЦК України, якими регламентуються правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону. Норми чинного законодавства прямо зазначають осіб, які можуть вимагати застосування реституції. Насамперед безпосередньо сторони правочину, недійсність якого і є підставою для застосування реституції; по-друге, зацікавлені особи (треті особи – суб'єкти цивільного права, чиї права та законні інтереси порушуються, внаслідок укладеного між сторонами правочину); по-третє, суд – суб'єкт державної влади, який хоча і виділений в окрему категорію, однак також є зацікавленою особою, його інтерес полягає у відновленні нормального правопорядку і усуненні порушень закону. Одразу постає питання: який правовий статус цих осіб у реституційному правовідношенні? Адже з першого погляду видно, що він не є однаковим, адже інтерес кожної із зазначених осіб є різним, а отже і мета визнання правочину недійним також різниться.

Для відповіді на ці питання, а отже підтримання або спростування нашої тези, необхідно проаналізувати положення ст. 215 ЦК України. Так, із вказаної норми випливає, що нікчемний правочин не є юридичним фактом і, відповідно, не може створювати будь-яких цивільних прав чи обов'язків. Іншими словами – абсолютна недійсність нікчемного правочину прямо встановлена законом і жодних додаткових дій (підтверджень) для правомірності та допустимості застосування реституції не вимагається. На відміну від нікчемного оспорюваний правочин не є таким, що суперечить чинному законодавству і, в цілому, презюмується його правомірність, яка може бути спростована компетентним рішенням суду. Таке рішення може бути винесено на підставі позову про визнання правочину недійсним, який подається двома категоріями суб'єктів. По-перше, це безпосередньо сторони такого правочину або одна із них, а по-друге, інша заінтересована особа. Щодо першої категорії, то тут не виникає жодних питань, адже укладення та виконання правочину, про недійсність якого вони заявляють, порушує саме їх права та інтереси. Із другою категорією не все так однозначно, адже якщо ще раз перечитати відповідне положення закону та не вставатися до якогось глибокого аналізу та тлумачення, то виявляється, що подати позов про визнання правочину недійсним може будь-яка особа, оскільки що таке «заінтересованість» і які її межі, законодавчо не встановлено.

На нашу думку, відповідь на питання, чи може сторонння (адже, в цілому, вона не має жодного відношення до правочину) особа пред'явити вимогу про визнання правочину недійсним, а отже розраховувати і на реституцію, є прямо залежним від того, в чому саме полягає її інтерес від таких дій. Вбачається, що заінтересованість особи, яка не є стороною у правочині, про визнання якого недійсним вона заявляє, має місце в тому разі, якщо наслідки виконання обов'язків за таким правочином порушують її права або зачіпають якість інтереси. Вимога будь-якої особи повинна бути дійсною, законною та обґрунтованою.

Можливість витребування майна за допомогою віндикаційного позову залежить від добросовісності чи недобросовісності набувача речі (на момент пред'явлення позову – її володільця). Щодо недобросовісного набувача (особа, яка знала або повинна була знати, що відчужувач, у якого вона отримала майно, не мав права його відчужувати), то тут закон є категоричним – така особа зобов'язана негайно повернути майно особі, яка має на нього право власності або інше право відповідно до договору або закону, або яка є добросовісним володільцем цього майна. У разі невиконання недобросовісним володільцем цього обов'язку заінтересована особа має право пред'явити позов про витребування цього майна (ст. 400 ЦК України).

На відміну від однозначної позиції у випадку із недобросовісний набувачем, з разі добросовісності набувача (ним визнається особа, яка не знала і не мала знати про те, що відчужувач майна не має права здійснювати відповідні дії по передачі такого майна) законодавець розмежував можливість витребування майна від такої особи залежно від, скажемо так, «платності набуття». Так, якщо майно було набуто безвідплатно від особи, яка не мала права його відчужувати, власник має право витребувати його від добросовісного набувача у всіх випадках (ч.3 ст.388 ЦК України). Якщо ж майно за відплатним договором придбане в особо, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати, власник має право витребувати це майно від набувача лише у випадках, визначених нормою ст. 388 ЦК України. Таким чином, пред'явлення віндикаційного позову можливе лише у випадках, чітко визначених законом, на відміну від цього, можливість пред'явлення реституційної вимоги не має таких обмежень. Іншими словами, неможливість витребування речі у добросовісного набувача за оплатним правочином, позбавляє реституцію тієї переваги, яка могла виправдати конкуренцію досліджуваного нами цивільно-правового інституту та віндикаційного позову, відповідачем по яким є третя особа.

Оскільки питання щодо співвідношення реституції та віндикації досить жваво обговорюється сучасними цивілістами, то і однозначної позиції щодо місця даних цивільно-правових інституцій в системі цивільного права не сформовано. Так, досліджуючи правове становище добросовісного набувача у правочині та способи захисту його набутої власності, деякі автори спростовують загальноприйняте положення, що добросовісний набувач є власником речі, а отже захищається від будь-яких вимог щодо її витребування. Вище ми вже вказували на виключення із даного правила та перелічили випадки, коли таке витребування допускається в силу прямої вказівки закону, тому не будемо повторюватися. Отже, як зазначає Скловський К.І., «не право власності обумовлює захист, а захист обумовлює право власності, останнє виникає у набувача за давністю володіння, тобто тому, що протягом певного строку річ не може бути у нього вилучена [4, с. 38]. На думку Вітрянського В.В., визнати виникнення права власності у добросовісного набувача також не виявляється можливим: «недійсний правочин з моменту його вчинення не викликає жодних правових наслідків, а отже і титулу власника у добросовісного набувача» [5, с. 654].

На думку автора даного дослідження, окреслена позиція вказаних науковців спростовується тією обставиною, що добросовісний набувач є захищеним від витребування речу на підставі віндикаційного позову саме з тієї причини, що він вже став її власником. Аналогічної точки зору і Тузов Д.О., адже якщо погодитися із позицією Скловського К.І. та Вітрянського В.В., то, фактично виходить, зазначає він, що приналежність речі і право власності набувача будуть повністю залежати він бажання позивача, від того, яка саме вимога буде ним обрана. Якщо позивач зупинить свій вибір на реституції, яка надає можливість витребувати річ, набувачеві прийдеться повернути останню своєму контрагенту, що буде свідчити про відсутність у нього права власності на дану річ. Якщо ж позивачем буде обрана віндикація, то набувач захищений від пред'явленої до нього вимоги, а отже повинен вважати себе власником [1, с. 91]. На наш погляд, процитована точка зору є досить обґрунтованою, адже наявність будь-якого правовідношення, його виникнення, розвиток тощо, не може бути поставлено у залежність від особистого вибору одного із його учасників.

Таким чином, наявність або відсутність добросовісності третьої особи, яка отримала річ на підставі оплатного правочину, визнаного недійсним, не впливає на можливість застосування реституції між нею та власником речі. А отже, єдиним випадком допустимості застосування реституції залишається правовідношення між сторонами недійсного правочину, внаслідок наявності якого сторони (або одна із них) і вимагає відновити своє попереднє становище. Особою, яка вимагає повернення майна – позивачем, завжди буде його власник або інший титульний володілець, а відповідачем – набувач, контрагент за правочином, який незаконного отримав майно у своє володіння.

На нашу думку, слід погодитися з висновками вітчизняних науковців щодо співвідношення віндикації та реституції, які насамперед зазначають, що «цивільне законодавство України не втілює в собі принцип привілейованого захисту речового права перед зобов'язальним або протилежний принцип» [6, с. 836]. На думку цих же авторів, колізія між нормами речового та зобов'язального права за законодавством України повинна вирішуватися відповідно до загальних правил правозастосування.

Аналізуючи конкуренцію цивільно-правових інститутів віндикації та реституції, автори науково-практичного коментарю до цивільного законодавства України не заперечують, що з вимогою про витребування майна може бути пов'язана вимога про визнання правочину недійним. Якщо ж вимога буде задоволена, то зацікавлена особа має право пред'явити позов про витребування (повернення) майна, яке є предметом цього недійсного правочину. Але такий позов не належить до категорії віндикаційних..., оскільки він ґрунтується на ... спеціальних нормах ЦК України. Відповідно до ст. 387 ЦК України, позов може бути пред'явлений тільки тоді. Коли відповідач незаконно заволодів річчю. Якщо відповідачеві річ передана позивачем, останній може витребувати річ, пред'являючи позов або про визнання правочину недійсним і про повернення сторін до первісного майнового стану, або про розірвання договору і про покладення на відповідача обов'язку повернути раніше передану за договором річ, або про повернення речі у зв'язку з односторонньою (передбаченою законом) відмовою від дого-

вору, або про повернення в натурі безпідставно набутого майна... [6, с. 837].

Враховуючи зазначене вище, вбачається, що пред'явлення віндикаційного позову у вказаних випадках не виявляється можливим, адже для захисту права в такому разі повинні застосовуватися інші спеціальні норми і, відповідно, передбачені ними способи захисту цивільного права. Однак, з іншого боку, якщо річ шляхом двох або більше правочинів виявилась у володінні особи, якій передав її не власник, а інша особа, то власник не повинен вимагати визнавати недійсним всього ланцюгу правочинів, або частини правочинів, або останнього правочину, внаслідок яких річ виявилася у незаконному володінні відповідача. Адже в силу спеціального правила ст. 387 ЦК України власник наділений правом пред'явити віндикаційний позов про витребування майна із чужого незаконного володіння, не вдаючись до пред'явлення позову про визнання правочину недійним.

Наступна обставина, яка спростовує конкуренцію цивільно-правових інститутів реституції та віндикації, має практичний характер. Так, безпосередньо під час реалізації власником правомочностей, які випливають із права на віндикаційний або реституційний позови, проявляється перевага останнього способу захисту порушеного права. Такий висновок можна зробити з тієї причини, що особа, яка є стороною у недійному правочині і яка вимагає повернення їй речі, визначеної індивідуальними ознаками, як правило, є її власником. Однак, оскільки в деяких випадках (зокрема, коли мова йде про рухомі речі) досить важко довести особі своє право власності на річ, то більш раціонально застосувати саме реституцію, адже вона не потребує такого доведення.

Наступна відмінність реституції та віндикації полягає у різному характері легітимації (в пер. з лат. legitimus – визнання права, документа). Володарем активної легітимації за реституційним позовом може бути також і особа, яка не є власником майна, переданого за недійсним правочином [7, с. 51]. На відміну від віндикації, яка є засобом захисту, що ґрунтується виключно на праві, реституція – це правоохоронний засіб, який спитається лише на сам факт володіння річчю до моменту передачі її за недійсною підставою, а також власне таку передачу. Як ми вже зазначали раніше, формально вимагати застосування реституції може будь-яка заінтересована особа (ст. 216 ЦК України), навіть якщо вона спочатку незаконно заволоділа майном, а потім передала його третій особі (така передача сама по собі вже є незаконною, адже відсутня підстава).

Висновки. Таким чином, підтримуючи проаналізовані в даному параграфі доводи вітчизняних та зарубіжних цивілістів, автор вбачає за доцільне погодитися із твердженням, що реституція (а точніше її різновид – реституція володіння) співвідносяться із віндикацією як приватне і загальне, адже обидва способи захисту є ні чим іншим, як синонімічні назви однієї вимоги – позову про витребування майна із чужого незаконного володіння.

Література:

1. Тузов Д. О. Реституция в гражданском праве : дис. … на соиск. уч. степени канд.юрид.наук : 12.00.03 / Д. О. Тузов. – Томск, 1999. – 211 с.
2. Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда их неосновательного обогащения / Е. А. Флейшиц. – М. : Госюриздат, 1951. – 240 с.
3. Гражданское право : учебник. Часть 1. Изд. 3-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1998. – 632 с. – С. 474; Скловский К. И. Собственность в гражданском праве : учебно-практическое пособие / К. И. Скловский. – М. : Дело, 1999. – 512 с. – С. 107.
4. Скловский К. И. Защита владения, полученного по недействительной сделке / К. И. Скловский // Хозяйство и право. – 1998. – № 12.
5. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1997. – 682 с.
6. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4-х т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 1. – К. : А.С.К.; Севастополь: Ін-т юридичних досліджень, 2004. – 928 с.
7. Амфитеатров Г. Н. Война и вопросы виндикации / Г. Н. Амфитеатров // Учен. зап. ВИЮН. Вып. III. – М. : Госюриздат, 1945. – 209 с.

Иваненко М. А. Соотношение правовых институтов реституции и виндикации в гражданском праве Украины

Аннотация. Данная статья посвящена исследованию вопроса места реституции в системе схожих по правовой конструкции институтов гражданского права Украины. Анализируя нормы права, которые регламентируют порядок и основания применения реституции, автор очертил особенности соотношения данного гражданско-правового института с такими правовыми категориями, как виндикация, кондикция, неосновательное обогащение. Кроме этого, в данной статье сделана попытка выделить виды реституции – реституцию владения и компенсационную реституцию, в зависимости от особенностей предмета сделки – того, что передается в качестве исполнения по недействительной сделке. Осуществив данное исследование, автор пришел к выводу, что реституция хотя и имеет схожие с другими институтами гражданского права черты, является самостоятельным способом защиты и восстановления нарушенного права.

Ключевые слова: реституция, реституционный иск, неосновательное обогащение, виндикация, кондикция.

Ivanenko M. The ratio of legal institutions of restitution and vindication in the civil law of Ukraine

Summary. This article considers the question of the place of restitution in a system of similar legal structure in civil law of Ukraine. Analyzing the rule of law that shows how to use restitution, the author outlined the features of the relation of this civil-law institution with such legal categories as vindication, unjust enrichment. In addition, this article attempts to highlight the types of restitution – restitution of ownership and compensatory restitution, it depends on the characteristics of the object of the transaction. In this article author came to the conclusion that the restitution is an independent way to protect and restore the violated rights.

Key words: restitution, restitution claim, unjust enrichment, vindication, a claim of unjust enrichment.

УДК : 347.9

Ільїна Ю. П.,
старший викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

ФОРМУВАННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ОСКАРЖЕННЯ ДІЙ НОТАРІУСІВ В УКРАЇНІ

Анотація. Стаття присвячена теоретичному та нормативному дослідженню питань, що пов'язані з формуванням й розвитком інституту оскарження дій нотаріусів за законодавством України.

Ключові слова: нотаріат, інститут оскарження, цивільний процес, позовне провадження, нотаріальний процес.

Постановка проблеми. Відповідно до принципів непорушності права приватної власності та її рівноправності серед інших форм власності, регламентованих Конституцією України, громадянам гарантований захист їх прав та законних інтересів з боку державних органів, нотаріату та суду. У своїй щоденній практиці нотаріат забезпечує реалізацію багатьох прав і свобод, гарантованих чисельними національними і міжнародно-правовими актами.

За останні 10 років нотаріат в Україні зазнав значних змін, що пов'язані з прийняттям Закону України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року [1] (далі − Закон), започаткуванням судової реформи та відповідним реформуванням органів нотаріату. У даний час нотаріат є структурою, що знаходиться у стадії реформування з масою недоліків. Це стосується й питання правової природи оскарження дій нотаріусів, яке однозначно не вирішено у правової науці. Відповідь на нього необхідна не тільки для з'ясування місця інституту оскарження нотаріальних дій та відмови у їх вчиненні у цивільному процесі України, а й для вибору шляхів його подальшого вдосконалення та розробки моделі судового контролю за нотаріальною діяльністю як ефективного механізму захисту прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб із забезпеченням публічних інтересів суспільства та держави.

Аналіз останніх досліджень. Ступінь наукової розробки питань, пов'язаних із судовим порядком оскарження дій нотаріусів є недостатнім, хоча в останні роки в Україні значна кількість праць була присвячена окремими питанням нотаріату (В.В. Баранкова, О.О. Гріненко, Г.Ю. Гулевська, Н.В. Ільєва, Н.В. Карнарук, В.В. Комаров, І.С. Мельник, Я.П. Панталієнко, О.І. Поповченко, К.І. Федорова, Є.І. Фурса, С.Я. Фурса, В.М. Черниш, С.В. Хімченко, Л.Е. Ясінська та ін).

Також слід відзначити дисертаційну роботу російського науковця М.В. Швачкіної «Судовий розгляд справ по заявам на нотаріальні дії та відмову в їх вчиненні» (м. Москва, 2013 р.) [2].

Особливої уваги заслуговує дисертація вітчизняного правника К.Л. Зілковської за темою «Судовий порядок оскарження нотаріальних дій та відмови у їх вчиненні» [3] (м. Одеса, 2013 р.), в якій містяться слушні пропозиції щодо законодавчого врегулювання судового порядку оскарження дій нотаріусів. Однак, ці пропозиції не повинні обмежуватися новелами Закону України «Про нотаріат» та Цивільного процесуального кодексу України [4], (далі – ЦПК України). Тому розкриття даної проблематики потребує комплексного підходу, яким слід передбачити, перш за все, визначення правової природи інституту оскарження дій нотаріусів та його місця в цивільному процесі України, що дозволить внести відповідні зміни до процесуального законодавства України.

Тому метою цієї статті є здійснення комплексного аналізу низки вказаних проблемних питань та окреслення напрямів їх вирішення.

Виклад основних положень. У зв'язку із невизначеністю правової природи інституту оскарження дій нотаріуса правовій системі в Україні, вітчизняне законодавство поки ще не містить відповідних норм, якими би чітко регламентувався спеціальний порядок звернення до суду щодо оскарження нотаріальних дій, відмови у їх вчиненні.

Згідно зі ст. 50 Закону нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду, без зазначення яким шляхом, тобто подачі позову, чи скарги, та в якому судочинстві, – адміністративному чи цивільному. Це, у свою чергу, призводить до формування різних підходів щодо визначення виду судочинства, в якому мають розглядатися спори, пов'язані з оскарженням нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні, та процесуального порядку судового розгляду цих спорів.

Слід зазначити, що у ЦПК України від 18 липня 1963 року [5] оскарження дій або бездіяльності нотаріуса регулювалося окремою главою під назвою «Окреме провадження», та у п. 6 ст. 254 цього Кодексу до справ, розглядуваних судом в порядку окремого провадження було віднесено справи про оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні.

Згідно зі ст. 255 ЦПК України 1963 р., справи окремого провадження суд розглядав з участю заявника і заінтересованих осіб, органів державного управління, державних підприємств, установ, організацій, колгоспів, інших кооперативних організацій, їх об'єднань, інших громадських організацій.

Але чинний ЦПК України щодо оскарження дій нотаріусів містить тільки посилання у розділі XI «Прикінцевих та перехідних положень», зазначене у п. 8, яким встановлено, що скарги, заяви щодо нотаріальних дій чи відмови у їх вчиненні, подані до набрання чинності цим Кодексом відповідно до глави 39 ЦПК України 1963 року, розглядаються за правилами позовного про-

вадження. Отже, ця норма процесуального закону стосується лише тих скарг на дії нотаріусів, які були подані в порядку окремого провадження до набрання чинності діючим ЦПК України, а тому не дає відповіді на питання, в якому порядку мають розглядатися такі скарги (позови), що подаються після набрання чинності ЦПК України, який не містить спеціального порядку оскарження нотаріальних дій.

Застосовуючи аналогію закону можна припустити, що ця категорія спорів має розглядатися в цивільному судочинстві в порядку позовного провадження. Однак аналогії та припущення, на жаль, часто призводять до неоднозначного правозастосування, за якого однотипні спори розглядаються як загальними судами в порядку цивільного судочинства, так і в адміністративному порядку, встановленому Кодексом адміністративного судочинства України [6]. За таких умов формування сталої та уніфікованої судової практики у цій сфері правовідносин виключається, порушуються базові принципи гарантування судового захисту прав та законних інтересів осіб, їх рівності перед законом і судом.

Значним кроком у розвитку нотаріату і законодавчого закріплення інституту оскарження нотаріальних дій чи відмови в їх вчиненні став Закон, який не лише започаткував реформування системи нотаріату, став поштовхом для розвитку приватного нотаріату, а й заклав правові засади оскарження дій нотаріусів – як державних, так і приватних. Зокрема, у статті 50 Закону було закріплено порядок оскарження нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні. Так, Законом було передбачено судовий порядок розгляду таких скарг (районним (міським) народним судом) у порядку, встановленому цивільним процесуальним законодавством України, а у випадку спору про право, основаному на вчиненій нотаріальній дії – судом або арбітражним судом у порядку позовного провадження.

Слід зазначити, що з 1993 року по теперішній час до Закону було внесено ряд змін та доповнень, які були обумовлені реформуванням низки цивільних, сімейних, фінансових, податкових та інших правовідносин.

У сьогоднішніх реаліях нотаріат України існує, виходячи з тих змін у чинному Законі, які привнесла так звана мала реформа нотаріату, здійснена прийнятим Верховною Радою України Законом України від 1 жовтня 2008 року «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» [7].

У зв'язку з цим зазнав змін й інститут оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні. На відміну від попередньої редакції Закону ст. 50 містить лише вказівку на те, що нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду без визначення підвідомчості та підсудності справ про оскарження нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні та визначає того, хто має право оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні – особу, прав та інтересів якої стосуються такі дії чи акти.

Діючий ЦПК України у розділі IV «Окреме провадження» не містить положення про розгляд справ по скаргам на нотаріальні дії чи відмову в їх вчиненні.

Все вищезазначене свідчить про те, що, з одного боку, інститут оскарження займає одне з найважливіших місць у механізмі захисту прав та законних інтересів людини і громадянина, забезпечуючи реалізацію правоохоронних функцій нотаріату, а з іншого – норматив¬не регулювання його функціонування перебуває ще не на належному рівні, що зумовлює потребу у прийнятті важливих нормативних рішень.

З цього приводу слід зауважити, що до Верховної Ради України народними депутатами І.Г. Бережною, І.А. Горіною було внесено новий варіант законопроекту про нотаріат, який було зареєстровано у Верховній Раді України 22 березня 2013 року (реєстр. № 2627)» [8].

У проекті Закону України «Про нотаріат» статтею 83 встановлено, що спір про неправильно вчинену нотаріальну дію або незаконність у вчиненні нотаріальної дії, або відмову у вчиненні нотаріальної дії розглядається судом за правилами позовного провадження цивільного судочинства.

За висновком Головного науково-експертного управління від 4 червня 2013 року на проект Закону України «Про нотаріат»[9], Управління в цілому підтримує прийняття нового Закону України «Про нотаріат», оскільки це сприятиме забезпеченню підвищення рівня захисту прав громадян України, юридичних осіб та держави. Ще однією важливою причиною, яка обумовлює оновлення законодавчого регулювання нотаріальної діяльності, є те, що чинний Закон України «Про нотаріат», прийнятий у 1993 році, незважаючи на певні зміни, які вносилися до нього, не відповідає сучасним вимогам як щодо організації нотаріальної діяльності, так і щодо порядку здійснення нотаріальних дій. Управління дійшло висновку, що за результатами розгляду у першому читанні проект Закону України «Про нотаріат» може бути прийнятий за основу з наступним урахуванням висловлених зауважень і пропозицій.

Водночас, при розгляді подальших перспектив реформування інституту оскарження дій нотаріусів є певна необхідність звернутися до законопроекту Нотаріального процесуального кодексу України.

За думкою народного депутата І.Г. Бережної, не треба зайвий раз переконувати, що законодавче регулювання українського нотаріату потребує комплексних та логічних реформаторських кроків, шляхом внесення законодавчої ініціативи про запровадження Нотаріального процесуального кодексу України [10], (далі – НПК України).

На сьогодні проект НПК України (реєстр. № 3197 від 19.09.2008 р.), поданий народним депутатом України І.Г. Бережною, проходить певну процедуру доопрацювання на підставі Постанови Верховної Ради України від 19 квітня 2011 року «Про повернення на доопрацювання проекту Нотаріального процесуального кодексу України» [11].

Треба звернути увагу на те, що в запропонованому проекті НПК України [12] у статті 10 встановлено, що державний контроль за нотаріальною діяльністю здійснюється у вигляді адміністративного контролю за організацією нотаріальної діяльності та судового розгляду справ, пов'язаних із вчиненням нотаріальних дій. Незаконність нотаріальних дій, а також незаконність або необгрунтованість нотаріальних актів встановлюється виключно у судовому порядку.

Адже для нотаріусів важливе значення має розмежування двох видів контролю за нотаріальною діяльністю: адміністративного та судового. Контроль за законністю вчинення нотаріальних дій може здійснювати виключно суд. Відповідно органи юстиції мають право тільки на адміністративний контроль за організацією нотаріальної діяльності.

В окремій статті 79 проекту НПК України, що регулює питання визнання нотаріального акту недійсним, визначається, що спір про право, пов'язаний із вчиненням нотаріальної дії, розглядається судом цивільної юрисдикції у порядку позовного провадження. Стаття 80 проекту НПК України присвячена оскарженню незаконності нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні. У цій статті також встановлено, що розгляд таких справ провадиться у порядку позовного провадження цивільного судочинства.

Вважаємо, що будь-яка правозастосовча діяльність має бути чітко врегульована законодавством, для того, щоб пересічні громадяни і юристи були здатні в законі знайти свої права та обов'язки, а також для створення реальних механізмів контролю за правильністю дій уповноважених осіб.

Таким чином, прийняття НПК України дозволить ефективно регламентувати процесуальні аспекти нотаріальної діяльності, створити чіткі та передбачувані процедури вчинення кожної нотаріальної дії і можливості її оскарження. І безперечно, НПК України – це ще один крок до гармонізації українського законодавства до норм права ЄС та міжнародного латинського нотаріату, адже в багатьох розвинутих державах, в тому числі в країнах Євросоюзу, вже не одне десятиріччя функціонують подібні кодекси, які довели свою ефективність регламентації правил вчинення нотаріальних дій.

На думку К.І. Чижмарь, потребують також вирішення такі нагальні питання, як створення в Україні єдиного нотаріату, утворення самоврядної професійної організації нотаріусів, що, у свою чергу, є необхідним для вдосконалення нотаріату і забезпечення належного захисту прав юридичних та фізичних осіб [13, с. 9].

Висновки. При розробці нового Закону та НПК України треба особливу увагу приділяти не лише організації діяльності нотаріусів, порядку вчинення нотаріусами нотаріальних дій, а й зосередитися на регламентації процедури оскарження дій нотаріусів, враховуючи вимоги цивільного процесуального законодавства.

Література:

1. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – № 39. – Ст. 383.
2. Швачкина М. В. Судебное рассмотрение дел по заявлениям на нотариальные действия и отказ в их совершении : автореф. дис. … на соискание ученой степени кандидата юридических наук : специальность 12.00.15. – гражданский процесс, арбитражный процесс / М. В. Швачкина – 2013. – 26 с.
3. Зілковська К. Л. Судовий порядок оскарження нотаріальних дій та відмови у їх вчиненні : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / К. Л. Зілковська ; Міжнародний гуманітарний університет – Одеса, 2013. – 24 с.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст. 492.
5. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 липня 1963 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0009.html.
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005р. – № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України від 09.09.2005р., № 35, / 35-36, 37 /, ст. 446.
7. Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» : Закон України від 1 жовтня 2008 р. № 614-VI // Відомості Верховної Ради України. –2009. – № 13. – Ст. 161.
8. Проект Закону України «Про нотаріат» від 22 березня 2013 р. № 2627 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46289.
9. Висновок Головного науково-експертного управління від 4 червня 2013 року на проект Закону України «Про нотаріат» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46289
10. 10.Бережна І. Щодо обговорення проекту Нотаріального процесуального кодексу України [Електронний ресурс] / І. Бережна // Ліга. Блоги від 10.12.2008 р. – Режим доступу : http://blog.liga.net/user/berezhnaya/article/2131.aspx.
11. 11.Постанова Верховної Ради України від 19 квітня 2011 р. № 3250-VI «Про повернення на доопрацювання проекту Нотаріального процесуального кодексу України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3250-17.
12. 12.Проект Нотаріального процесуального кодексу України № 3197 від 19 вересня 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF2GT00A.html.
13. 13.Чижмарь К. І. Концепція реформування органів нотаріату в Україні / К. І. Чижмарь // Нотаріат для вас. – 2009. – № 6. – С. 9-12.

Ильна Ю. П. Формирование и развитие института обжалования действий нотариусов в Украине.

Аннотация. Статья посвящена теоретическому и нормативному исследованию вопросов, связанных с формированием и развитием института обжалования действий нотариусов по законодательству Украины.

Ключевые слова: нотариат, институт обжалования, гражданский процесс, исковое производство, нотариальный процесс.

Ilina Y. The formation and development of the institution of appeal to notaries in Ukraine.

Annotation. The article is devoted to theoretical and normative research issues related to the formation and development of the institution of appeal to notaries under the laws of Ukraine.

Key words: notary, the institution of appeal, civil procedure, civil proceedings, the notarial process.

УДК 347.1

Канева С. Ю.,
эксперт Федерального фонда обязательного медицинского страхования,
соискатель кафедры частного права юридического факультета ИЭУП РГГУ

ОСОБЕННОСТИ ПЕРСОНИФИЦИРОВАННОГО УЧЕТА ПРАВ ЗАСТРАХОВАННЫХ ЛИЦ В ЧАСТИ РЕЛИГИОЗНЫХ И ИНЫХ УБЕЖДЕНИЙ В СФЕРЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО МЕДИЦИНСКОГО СТРАХОВАНИЯ

Аннотация. Целью данной статьи является освещение прав застрахованных лиц в части религиозных и иных убеждений, и их персонифицированный учет в сфере обязательного медицинского страхования.

Ключевые слова: Российская Федерация, обязательное медицинское страхование, персонифицированный учет, застрахованное лицо, религиозные и иные убеждения.

Постановка проблемы. Россия – социальное государство, которое заботится о своем народе и в первую очередь о его здоровье.

Федеральный закон № 326-ФЗ от 29 ноября 2010 № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 326-ФЗ) [1] направлен на усиление гарантий прав застрахованных лиц на бесплатное оказание медицинской помощи, основные положения которого соответствуют Федеральному закону от 16.07.1999 № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования» [2].

Изложение основного материала исследования. Приоритетность развития страхования в социальной сфере воспринята и в положениях Конституции Российской Федерации [3], где провозглашено поощрение социального страхования, а гарантии бесплатной медицинской помощи обеспечиваются за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений.

В соответствии со статьей 14 Конституции Российской Федерации религиозные объединения отделены от государства и равны перед законом.

На основании статьи 6 Конституции Российской Федерации каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные права, предусмотренные Конституцией Российской Федерации. На территории Российской Федерации права и обязанности граждан закреплены, в том числе и в ряде федеральных законов, подлежащих исполнению.

Статьей 16 Федерального закона № 326-ФЗ определено, что застрахованные лица имеют право на выбор страховой медицинской организации путем подачи заявления в порядке, установленном правилами обязательного медицинского страхования.

Согласно приказу Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 25.01.2011 № 29н «Об утверждении Порядка ведения персонифицированного учета в сфере обязательного медицинского страхования» [4] ведение регионального сегмента единого регистра застрахованных лиц осуществляет территориальный фонд на основании сведений о застрахованных лицах, предоставляемых страховой медицинской организацией.

В сфере обязательного медицинского страхования ведется персонифицированный учет сведений о застрахованных лицах и персонифицированный учет сведений о медицинской помощи, оказанной застрахованным лицам. Сведения о застрахованном лице и об оказанной ему медицинской помощи относятся к информации ограниченного доступа и подлежат защите в соответствии с законодательством Российской Федерации (статья 44 Федерального закона № 326-ФЗ).

Персонифицированный учет представляет собой особый вид деятельности, связанный со сбором, обработкой, хранением и обменом информацией о застрахованных лицах с целью оптимизировать и обеспечить возможность оказания медицинской помощи в рамках программ обязательного медицинского страхования таким лицам.

Персонифицированный учет осуществляется для сбора не любой информации о застрахованных лицах, а только той, которая позволяет идентифицировать данное лицо и отличить его от иных лиц, и содержит информацию, связанную с получением таким лицом медицинской помощи в рамках программ обязательного медицинского страхования (т.е. законодатель устанавливает пределы для сбора такой информации).

Такая информация позволяет прежде всего определить потребность в медицинской помощи в том или ином регионе Российской Федерации по видам необходимой помощи и заболеваниям, прогнозировать потребность в медицинской помощи в будущем, то есть проводить анализ заболеваемости.

На основе данных персонифицированного учета в том числе осуществляют расчет потребности в объемах медицинской помощи путем установления нормативов такой помощи в программах обязательного медицинского страхования в расчете на 1 человека (расчет которых регулируется Правилами обязательного медицинского страхования, утвержденные приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 28.02.2011 № 158н) [5].

Статьей 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее - Федеральный за-

кон № 152-ФЗ) [6] установлено, что целью настоящего Федерального закона является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 6 Федерального закон № 152-ФЗ обработка персональных данных допускается в том числе, в случае если обработка персональных данных необходима для достижения целей, предусмотренных международным договором Российской Федерации или законом, для осуществления и выполнения возложенных законодательством Российской Федерации на оператора функций, полномочий и обязанностей.

В соответствии со статьей 10 Федерального закона № 152-ФЗ обработка персональных данных осуществляется в соответствии с законодательством об обязательных видах страхования, со страховым законодательством.

В соответствии с пунктом 9 статьи 9 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» [7] порядок доступа к персональным данным граждан (физических лиц) устанавливается Федеральным законом № 152-ФЗ, согласно статье 6 лицо, осуществляющее обработку персональных данных по поручению оператора, не обязано получать согласие субъекта персональных данных на обработку его персональных данных.

Информационный ресурс в сфере обязательного медицинского страхования, в котором содержатся персональные данные, сформирован на основании требований законодательства Российской Федерации об обязательном медицинском страховании. Действующим законодательством об обязательном медицинском страховании удаление персональных данных застрахованных лиц из единого регистра застрахованных лиц не предусмотрено.

В заявлении о выборе (замене) страховой медицинской организации застрахованное лицо (или представитель застрахованного лица) отмечает «отказ от получения полиса» в том случае, если застрахованное лицо отказывается от получения носителя полиса вообще, независимо от вида носителя.

Отказ от получения полиса обязательного медицинского страхования не означает отказ застрахованного лица от получения медицинской помощи, оплачиваемой за счет средств обязательного медицинского страхования.

В случае, когда застрахованное лицо (или представитель застрахованного лица) в заявлении о выборе (замене) страховой медицинской организации отмечает «отказ от получения полиса», полис обязательного медицинского страхования застрахованному лицу (или его представителю) не выдается.

В связи с этим застрахованное лицо, отказавшееся от получения полиса обязательного медицинского страхования, при наступлении страхового случая может обратиться за подтверждением наличия его в едином регистре застрахованных лиц по обязательному медицинскому страхованию в территориальный фонд обязательного медицинского страхования по месту оказания помощи.

В соответствии с частью 2 статьи 2 Федерального закона от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» [8] права человека и гражданина на свободу совести и свободу вероисповедания регулируются федеральным законом.

Законы и иные нормативные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации и затрагивающие реализацию права на свободу совести и свободу вероисповедания, а также деятельность религиозных объединений, должны соответствовать настоящему Федеральному закону. В случае противоречия настоящему Федеральному закону нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации по вопросам защиты права на свободу совести и свободу вероисповедания и по вопросам деятельности религиозных объединений действует настоящий Федеральный закон.

Положения Федерального закона № 326-ФЗ и изданные в целях обеспечения реализации Федерального закона № 326-ФЗ Правила обязательного медицинского страхования не регулируют сферу религиозных прав граждан (религиозных убеждений).

Выводы. Учитывая изложенное, положения Правил обязательного медицинского страхования не застрагивают Конституционных прав застрахованных лиц в части религиозных и иных убеждений, и не противоречат законодательству Российской Федерации, включая законодательство о свободе совести и религиозных объединениях.

На основании пункта 4 статьи 13 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» [9] предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия гражданина или его законного представителя допускается в целях осуществления учета и контроля в системе обязательного социального страхования.

Согласно статье 16 Федерального закона № 326-ФЗ, застрахованные лица имеют право на защиту персональных данных, необходимых для ведения персонифицированного учета в сфере обязательного медицинского страхования. Отказ от получения полиса обязательного медицинского страхования не означает отказ от получения медицинской помощи.

В случае нарушения прав пациента он может обращаться с жалобой непосредственно к руководителю или иному должностному лицу лечебно-профилактического учреждения, в котором ему оказывается медицинская помощь.

Литература:

1. Федеральный закон от 29.11.2010 № 326–ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации».
2. Федеральный закон от 16.07.1999 № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования.
3. Федеральный закон от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях».
4. Конституция Российской Федерации принята всенародным голосованием 12.12.1993.
5. Приказ Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 25.01.2011 № 29н «Об утверждении Порядка ведения персонифицированного учета в сфере обязательного медицинского страхования».
6. Правила обязательного медицинского страхования, утвержденные приказом Министерства здравоохранения и социаль-

ного развития Российской Федерации от 28.02.2011 №158н.
7. Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».
8. Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».
9. Федеральный закон от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях».
10. Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах здравоохранения граждан в Российской Федерации».

Канева С. Ю. Особливості персоніфікованого обліку прав застрахованих осіб у частині релігійних та інших переконань у сфері обов'язкового медичного страхування

Анотація. Метою даної статті є висвітлення прав застрахованих осіб у частині релігійних та інших переконань, і їх персоніфікований облік у сфері обов'язкового медичного страхування.

Ключові слова: Російська Федерація, обов'язкове медичне страхування, персоніфікований облік, застрахована особа, релігійні та інші переконання.

Kaneva S. Features of personalized accounting rights of persons insured and other religious belief in mandatory health insurance

Summary. The purpose of this article is to highlight the rights of the insured persons of religious or other beliefs, and their records, staff in the field of compulsory health insurance.

Key words: Russian Federation, compulsory health insurance, a personalized account, the insured person, religious or other beliefs.

УДК 347.764 (477)

Кізлова О. С.,
доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

ВИКОРИСТАННЯ ДЕФІНІЦІЇ «ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ» У СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Анотація. Дана стаття присвячена комплексному аналізу загальнотеоретичних проблем правового регулювання договірних зобов'язань, визначенню ефективності цивільно-правового регулювання відносин, пов'язаних з їх виникненням та виконанням.

Ключові слова: договірні зобов'язання, договір, цивільне законодавство, галузі законодавства.

Мета статті. Мета дослідження полягає в комплексному аналізі загальнотеоретичних проблем правового регулювання договірних зобов'язань, визначенні ефективності цивільно-правового регулювання відносин, пов'язаних з їх виникненням та виконанням.

Постановка проблеми. Обрана тема є актуальною, оскільки в світлі реформування цивільного законодавства України пріоритетного значення набувають приватно-правові інтереси суб'єктів економічного обігу. У зв'язку з цим Цивільний кодекс України закріпив свободу договору як одну з загальних засад цивільного законодавства, надавши їй, таким чином, нормативний характер. Однією з найдавніших та найтиповіших юридичних конструкцій є договір. В теоретично повному та розгорнутому вигляді вчення про договір було сформовано римськими цивілістами і прослужило об'єктом рецепції на багато століть. За цей час конструкція «договір» не зазнала якихось кардинальних змін, проте, враховуючи розвиток суспільних відносин, вона модифікується. Сучасний етап розвитку України характеризується значним підвищенням ролі і значення договорів, що особливо виникають у рамках окремих галузей права (цивільного, комерційного та ін.). Ця тенденція передусім пов'язана з активізацією участі суб'єктів права у сфері правового регулювання, стимулюванням правомірної поведінки.

Теоретична основа дослідження. Вперше про необхідність створення загального вчення про договір заговорили Р.О. Халфіна та М.К. Сулейманов. Проблеми договірного регулювання досліджували такі спеціалісти в галузі загальної теорії права, як С.С. Алексєєв, С.Н. Братусь, Т.В. Кашаніна, В.В. Лазарев, О.В. Міцкевич, Ю.О. Тихомиров, А.Ф. Черданцев, Л.С. Явич, а Ш.В. Калабеков у своєму дисертаційному дослідженні всебічно аналізує договір як універсальну правову конструкцію. Найчастіше конструкція договору розглядається у межах конкретних галузей права, зокрема цивільного, де вона найбільше досліджена.

Виклад основного матеріалу дослідження. Правове регулювання договірних відносин економічного обігу, що здійснюється, крім Цивільного кодексу України, досить значною кількістю нормативно-правових актів (сукупність норм цих актів, що регулюють зобов'язальні відносини, можна іменувати зобов'язальним законодавством), надає цим відносинам форму зобов'язальних правовідносин, серед яких особливе місце належить договірним зобов'язальним правовідносинам (договірним зобов'язанням). Договірні зобов'язання у цивільному праві – це зобов'язання, що виникають на підставі договору (у ряді випадків – на підставі судового рішення), і опосередковують як майнові цивільні відносини (договірні цивільно-правові зобов'язання), так і господарсько-виробничі майнові відносини (господарсько-договірні зобов'язання).

Внаслідок регулятивного характеру договірні зобов'язання визначають правомірну поведінку суб'єктів цивільних правовідносин, забезпечують її дотримання усіма учасниками цивільного обігу, а у разі порушення правил цієї поведінки – створюють можливість для застосування відповідних заходів цивільно-правової відповідальності.

Усі договори відрізняються спеціальними ознаками, обумовленими специфікою регулюючої їх галузі. Оскільки право як систему галузей можна умовно розділити на приватну і публічно-правову підсистеми, найбільш загальним буде розмежування договорів на приватноправові і публічно-правові. До останніх відносяться міжнародні, конституційні, адміністративні, фінансові, податкові й інші договори. Самий виразний зразок приватноправових договорів – цивільний.

Оскільки на сьогодні договори застосовуються в більшості галузей права, тому доцільно вести мову про загальну конструкцію договору у межах теорії права. Ідея створити загальне вчення про договір виникла у 70-х рр. минулого століття. Р.О. Халфіна, визнаючи за договором важливу роль в оформленні різноманітних суспільних відносин, писала, що «...визріли умови для розробки загальної теорії договору, що охоплюють застосування цієї правової форми в різних сферах життя суспільства» [1].

Договірна конструкція має такі ознаки: 1) вільне волевиявлення учасників; згідно з ч. 3 ст. 203 ЦК України, «волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі»; але в трудових договорах умови договору розробляються однією стороною, а інша може або погодитись з ними або прийняти умови договору, незгоду з умовами також можна вважати проявом волевиявлення;2) визначеність прав та обов'язків сторін, а також поведінку, яка може виражатися в дії або бездіяльності; 3) спрямованість на встановлення, зміну або припинення правовідносин; 4) спрямованість на досягнення конкретної мети, яка не повинна суперечити

нормам позитивного права (ст.ст. 203, 215 ЦК України передбачають недійсність правочину, зміст якого суперечить моральним засадам суспільства); 5) об'єктивізація в певній формі, яка встановлена законодавчо для певних видів договорів, або обирається сторонами; недотримання передбаченої законом форми веде в окремих випадках до недійсності договору; 6) універсальність договору; кожна галузь права, в якій застосовується конструкція договору, вносить в неї певні особливості, але її сутність при цьому не змінюється.

Регулювання договірних відносин у цивільному законодавстві України здійснюється цілим масивом нормативних актів, різного підпорядкування. По-перше, унікальність правового регулювання договірних відносин пов'язується, насамперед, із наявністю кодифікованих актів, а саме: Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, Земельного кодексу України, КТМ України (наприклад, договір морського агентування), Митного кодексу України (наприклад, відповідно до ст. 425 МК України взаємовідносини утримувача митного складу відкритого типу з особами, які розміщують товари на цьому складі, визначаються відповідним договором) та іншими кодифікованими законодавчими актами, якими часто одні й ті ж самі аспекти правової дійсності визначаються та регламентуються по-різному.

ЦК України містить цілий Розділ «Загальні положення про договір». Окрім норм цього розділу, на договори розповсюджуються норми про правочин та зобов'язання. Цивільний кодекс України визнав підвищену роль договору. Це знайшло своє формальне відображення в тому, що тільки у Книзі п'ятій із загальної кількості 710 статей, що регулюють окремі види зобов'язань, 508 присвячено окремим видам договорів. Лише одне це приблизно в два з половиною рази переважає кількість спеціальних «договірних» статей у ЦК УРСР 1963 р.

Крім того, регулювання договірних відносин здійснюється нормами поточного законодавства, а саме, наприклад, законами України «Про іпотеку», «Про заставу», «Про оренду майна державних підприємств та організацій», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про транспортно-експедиторську діяльність», «Про акціонерні товариства» та іншими.

По-третє, велику частину нормативної бази, яка регламентує договори, складають підзаконні акти, окремі постанови КМУ, міністерств та відомств. Так, наприклад, Порядок державної реєстрації договорів щодо розпоряджання майновими авторськими правами (авторських договорів) визначається Постановою Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права авторів на твір» від 27 грудня 2001 р. № 1756.

Але джерелом регулювання договірних відносин є саме договори. Власне вони, на думку Р.Б. Шишки [2], є мононормами права і регулюють відносини між сторонами цього договору та є обов'язковими для застосування судами при вирішення спорів. На цьому рівні слід мати на увазі що при колізії моделі норми позитивного права та договору пріоритет надається договору. Ст. 6 ЦК України розрізняє укладення договорів, взагалі не передбачених актами цивільного законодавства, і договорів, які передбачені такими актами. При цьому значна увага приділяється договорам (як «звичайним», так і міжнародним), що, на думку Є.О. Харитонова [3], виглядає цілком природним, оскільки відповідає загальній тенденції підвищення ролі волевиявлення суб'єктів цивільних відносин.

У кожній галузі права існують певні конструкції, розробка яких є одним з показників техніко-юридичного рівня розвитку тієї галузі права. Особливість договору в цивільному праві полягає в тому, що норми цивільного права диспозитивні, що дозволяє сторонам у тих чи інших ситуаціях діяти на свій розсуд. Інструментом для реалізації цієї можливості виступає саме договір, конструкція якого найширше використовується саме в цивільному праві.

Дія принципу свободи договору зумовлює те, що більшість договорів. які укладаються в умовах ринкової економіки, є вільними, тобто такими, укладення котрих залежить виключно від розсуду сторін. Слід погодитися з думкою А. В. Луць [4] про те, що зміст договірної свободи повністю не розкривається у статтях 6 та 627 ЦК Украйни. Її складовими є також право сторін на вибір форми правочину (договору), якщо інше не передбачено законом (ч. 1ст. 265 ЦК України), на обрання одного з видів забезпечення виконання договірного зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦК України), на встановлення форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань (ч.ч. 2-3 ст. 551 ЦК України, ч.ч. 2-3 ст. 624 ЦК України), на зміну або розірвання укладеного договору за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК України).

Потрібно зазначити, що не отримала остаточного розв'язання проблема сутності свободи договору. Вчені, які зверталися до проблем договірної свободи у цивільному праві України, або називають її принципом цивільного права [4], або з посиланням на ст. 627 ЦК України беззастережно визнають її принципом договірного права [5].

Окрім цього, ЦК України у ст. 6 передбачає можливість укладення договорів, прямо не передбачених актами цивільного законодавства, за умови їхньої відповідності загальним засадам цивільного законодавства, вимогам розумності та справедливості та звичаям ділового обороту. Таким чином, знаходить свій розвиток положення ст. 11 ЦК України про те, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, які не передбачені цивільним законом, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Укладення таких договорів є результатом автономної правотворчості сторін, що здійснюється на засадах аналогії закону та аналогії права.

Що стосується таких договорів, які взагалі не передбачені актами цивільного законодавства, то тут важливим є те, що допускається вчинення будь-якого договору, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. При цьому не має значення, чи згадується взагалі такий договір у законодавстві, чи ні: головне, щоб його положення відповідали засадам цивільного законодавства, зокрема, тим, що вказані у ст.3 ЦК України. Разом з тим зобов'язання можуть виникати і з договорів, хоча і не передбачених цивільним законодавством, але і не суперечних йому (наприклад договір ноу-хау) [6].

Такі договори отримали назву пойменованих. Тож існує ціла низка непоіменованих договорів – не передбачених цивільним законодавством, наприклад про реструктуризацію боргу. Вони, власне, є єдиним джерелом регулювання відносин між сторонами. Крім цього, при укладені договору його сторони можуть відійти від ідеальної моделі і передбачити інші умови. Вони можуть укласти так звані комплексні та змішані договори.

У ЦК України прямо передбачене і право сторін укласти договір, що містить елементи різних договорів (змішаний договір). Згідно з ч. 2 ст. 628 ЦК України, змішаним є договір, в якому містяться елементи різних договорів. До відносин сторін у цьому випадку застосовуються положення цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі. Однак сторони мають право відступити від цієї норми, передбачивши інший порядок регламентації своїх відносин за змішаним договором, тобто замінивши положення акта цивільного законодавства власною домовленістю. Окрім цього, відмова від застосування норм ЦК України щодо окремих договорів-складових змішаного договору можлива, якщо це випливає з сутності, тобто природи такого договору. Зазначений диспозитивний підхід законодавця ґрунтується на усвідомленні умовно-змодельованого характеру договірних видів, передбачених у ЦК України. Як приклад змішаних договорів можна навести інвестиційні договори у сфері будівництва, що містять елементи договорів купівлі-продажу, підряду та позики, здійснення торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента розміщення (підписки, продажу) цінних паперів (ст. 17 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»).

Але серед цивільно-правових договорів, які є формою правових норм, виокремлюють такі, які обмежують свободу договірних відносин. До вказаних відносять договір, укладений на підставі правового акту органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору. Особливостями такого договору є те, що: по-перше, його зміст має відповідати змісту зазначеного акта; по-друге, особливості його укладення встановлюються актами цивільного законодавства (ст. 648 ЦК України); по-третє, розбіжності, які виникають між сторонами при укладенні цього договору, в силу прямого законодавчого припису вирішуються судом (ч. 1 ст. 649 ЦК України).

Серед таких договорів окремо виділяють публічний договір, який передбачений ст. 633 ЦК України. Безпосередньо у ЦК України міститься вказівка на публічний характер договорів роздрібної купівлі-продажу (ч. 2 ст. 698 ЦК України), прокату (ч. 3 ст. 787 ЦК України), побутового підряду (ч. 2 ст. 865 ЦК України), перевезення транспортом загального користування (ч. 2 ст. 915 ЦК України), зберігання на складах (у камерах, приміщеннях) загального користування (ч. 3 ст. 936 ЦК України), банківського вкладу, вкладником за яким є фізична особа (ч. 2 ст. 1058 ЦК України).

Цікавим є питання щодо визначення співвідношення «звичайних» цивільних договорів та міжнародних договорів, які ЦК України згадує окремо. Слід зазначити, що, виходячи з конституційних положень, міжнародні договори однозначно є частиною національного законодавства України. Це витікає і з Закону України від 10 грудня 1991 року «Про дію міжнародних договорів на території України», відповідно до якого укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори складають невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. У статті 9 Конституції України закріплено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Зокрема під впливом міжнародного законодавства сформовані уніфіковані вимоги щодо договору, правил розрахунків, обігу векселів тощо. Наприклад, господарські договори все більше підпорядковуються Правилам Інкотермс, навіть при їх застосуванні на національному рівні.

У національне законодавство України про міжнародні договори входять такі нормативно-правові акти:

- Конституція України;
- Закон України від 22 грудня 1993 року «Про міжнародні договори»;

Закон України від 10 грудня 1991 року «Про дію міжнародних договорів на території України»;

- Постанова Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 р. № 422 «Про затвердження Положення про порядок укладання, виконання і денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру» та ін.

Прийняття Конституції України 1996 року стало важливою соціально-політичною подією, що мала не тільки внутрішньодержавний, але й міжнародний аспект. Одним із суттєвих аргументів, що підтверджують такий міжнародний аспект, стала конституційна регламентація міжнародних договорів України, що визначає її правове поводження на міжнародній арені.

У сімейному праві зростає тенденція до розширення сфери договірного регулювання. Сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками (ст. 7 ч. 2 СК України). Сімейно-правові договори включають шлюбний договір, угоду про сплату аліментів, розподіл майна подружжя і деякі інші угоди, а навіть і сам шлюб, оскільки він ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка (ст. 24 СК України). Шлюбний договір є найбільш суттєвою і важливою новелою сімейного законодавства. Ним регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки. Особливості конструкції шлюбного договору – суб'єктний склад – особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжя, час укладення - до моменту реєстрації шлюбу (набирає чинності у день реєстрації) та після реєстрації (набирає чинності у день його нотаріального посвідчення) і розірвання. Предмет договору – лише майнові відносини між подружжям, їх майнові права та обов'язки. У шлюбному договорі може бути визначене майно, яке дружина, чоловік передає для використання на спільні потреби сім'ї, а також правовий режим майна, подарованого подружжю у зв'язку з реєстрацією шлюбу. Сторони можуть домовитись про можливий порядок поділу

майна, у тому числі і в разі розірвання шлюбу (ст. 97 СК України). Встановлені і обмеження щодо предмета шлюбного договору, зокрема ним не регулюються особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми, не можна зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені кодексом, а також ставити одне з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне положення.

Висновки. У трудовому праві різновиди договору відіграють важливу роль у регламентації процесу праці. Формою реалізації права на працю є трудовий договір (ст. 21 КЗпП України) – угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. У трудовому праві договори (трудовий, колективний, про повну матеріальну відповідальність), по суті, є інститутами галузі і формулюються по-різному. Критерієм розмежування цих договорів є регламентація самого процесу праці і підпорядкування працівника правилам внутрішнього трудового розпорядку. Останнє і є важливою особливістю трудового договору.

Література:

1. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М. : Юрид. лит., 1974. – 348 с.
2. Цивільне право України : курс лекцій : у 6 т. / Р. Б. Шишка, Л. В. Красицька, В. В. Сергієнко, О. В. Смотров, О. Р. Шишка ; за ред. Р. Б. Шишки. – Т. 5. Кн. 1. Загальні положення зобов'язального права. – Харків : Еспада, 2005. – 177 с.
3. Цивільне право України : підруч. : в 2-х т. / Є. О. Харитонов, О. В. Дзера, В. В. Дудченко [та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. – Х. : Одіссей. – Т. 1. – 2008. – 832 с.
4. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03 / А. В. Луць. – К., 2001. – 18 с.
5. Бервено С. М. Принцип свободи в договірному праві України : монографія [Текст] / С. М. Бервено // Договірне право України. Загальна частина / за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С 136-155.
6. Гражданское право : учебник. Ч. 1 / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1996. – С. 466-471.

Кизлова Е. С. Использование дефиниции «договорные обязательства» в современном законодательстве

Аннотация. Данная статья посвящена комплексному анализу общетеоретических проблем правового регулирования договорных обязательств, определению эффективности гражданско-правового регулирования отношений, связанных с их возникновением и исполнением.

Ключевые слова: договорные обязательства, договор, гражданское законодательство, отрасли законодательства.

Kizlova E. Using the definition of «contractual obligations» in the current legislation

Summary. The article discusses on the comprehensive analysis of the general theoretical problems of legal regulation of contractual obligations, determining the effectiveness of civil regulation of relations connected with their appearance and performance.

Key words: contractual obligations, contract, civil law section of the legislation.

УДК 349.6:559.8

Кірін Р. С.,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного та господарського права
ДВНЗ «Національний гірничий університет»

ГЕОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ТРАНСГАЛУЗЕВОЇ КОДИФІКАЦІЇ

Анотація. Стаття присвячена вирішенню проблем кодифікованих актів геологічного та адміністративного законодавства при розкритті складів правопорушень в сфері геологічного вивчення надр, зокрема – порушення права власності на надра, вимог щодо охорони надр, правил і норм проведення геологічних робіт.

Ключові слова: адміністративні правопорушення, геологічне вивчення надр, кодифікація, правила і вимоги.

Постановка проблеми. Приналежність надр до об'єктів права власності Українського народу вимагає від органів державної влади, що здійснюють права власників, відповідних заходів правової охорони зазначеного виду природних ресурсів. Серед подібних заходів важливе місце посідає встановлення юридичної відповідальність за порушення законодавства про надра (далі – ЗпН). У свою чергу, найбільш поширеним її видом є адміністративна. Остання передбачена у двох основних кодифікованих актах: адміністративного законодавства – Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП); законодавства про надра – Кодексі України про надра (далі – КпН). Таким чином, норми останнього реалізуються через інститут адміністративної відповідальності.

Однак співставлення окремих приписів цих законодавчих актів, зокрема щодо складів правопорушень в сфері геологічного вивчення надр (далі – ГВН), а саме 1) порушення права власності на надра: 1.1) самовільне ГВН, як вид користування надрами 1.2) укладення угод, які в прямій чи прихованій формі порушують право державної власності на надра (ст. 47 КпАП); 2) порушення вимог щодо охорони надр: 2.1) невиконання правил охорони надр та вимог щодо безпеки людей, майна і навколишнього природного середовища (далі – НПС) від шкідливого впливу робіт, пов'язаних з ГВН; 2.2) знищення або пошкодження спостережних режимних свердловин на підземні води; 2.3) знищення або пошкодження маркшейдерських і геодезичних знаків; 2.4) невиконання вимог щодо приведення бурових свердловин, які ліквідуються або консервуються, в стан, що забезпечує безпеку населення; 2.5) невиконання вимог щодо збереження бурових свердловин на час консервації; 2.6) порушення особливих умов спеціального дозволу (далі – спецдозволу) на ГВН, якщо це не пов'язано з отриманням доходу у великих розмірах (ст. 57 КпАП); 3) порушення правил і вимог проведення робіт по ГВН: 3.1) порушення правил і вимог проведення робіт по ГВН, яке може призвести чи призвело до недостовірної оцінки розвіданих запасів корисних копалин або умов для будівництва та експлуатації підприємств по видобуванню корисних копалин (далі – ВКК), а також підземних споруд, не зв'язаних з ВКК; 3.2) втрата геологічної документації, дублікатів проб корисних копалин і керна, необхідних при дальшому ГВН і розробці родовищ (ст. 58 КпАП), свідчить про наявність низки проблемних питань транскодифікаційного характеру, що ускладнюють правозастосовну практику.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичною основою досліджень у галузі вітчизняного геологічного права є праці В.І. Андрейцева, Г.І. Балюк, А.Г. Бобкової, О.А. Грицан, І.М. Козьякова, М.В. Краснової, О.В. Леонової, О.Ю. Макаренка, Н.П. Медведєвої, О.М. Олійника, С.В. Разметаєва, Ю.С. Шемчушенка, О.П. Шем'якова, В.К. Філатової, І.В. Хохлової та інших.

Так, В.К. Філатова однією з перших в юридичній науці України виконала комплексне дослідження сукупності правових приписів, присвячених ГВН [1], а О.М. Олійник зробив акцент у своїй роботі на окремих аспектах правового регулювання охорони надр і, зокрема, на понятті та видах юридичної відповідальності у цій сфері [2]. Однак питання співвідношення приписів кодифікованих актів адміністративного законодавства та ЗпН, породжене наявністю колізій і прогалин щодо адміністративної відповідальності за геологічні правопорушення залишається таким, що потребує подальшого додаткового вирішення.

Одним із свідчень наявних проблем розвитку геологічного та адміністративного законодавства є ситуація із виконанням Указу Президента України від 06.06.2003 р. № 485/2003 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 червня 2003 року», «Про невідкладні заходи щодо підвищення ефективності надрокористування в Україні» [3], яким Кабінету Міністрів України (далі – КМ) було доручено в місячний строк внести на розгляд парламенту законопроект про внесення змін до КпАП щодо запровадження адміністративної відповідальності за незаконне ВКК місцевого значення. Втім остання вимога і досі залишається не виконаною.

Метою цієї статті є формулювання пропозицій щодо розв'язання проблем кодифікованих актів ЗпН та адміністративного законодавства при розкритті складів правопорушень у сфері ГВН.

Виклад основного матеріалу дослідження. Чинний КпН (ст. 65) закріплює, що порушення ЗпН тягне за собою, серед інших видів юридичної відповідальності, й адміністративну – згідно з законодавством України. У свою чергу, порушення сформульованих в КпН правил,

тягне за собою відповідальність, передбачену в КпАП.

Так, ст. 47 «Порушення права державної власності на надра» КпАП встановлює стягнення за самовільне користування надрами, укладення угод, які в прямій чи прихованій формі порушують право державної власності на надра. В той же час, згідно зі ст. 4 КпН, угоди або дії, які в прямій або прихованій формі порушують право власності Українського народу на надра, є недійсними.

Аналіз складу останнього виду правопорушення був детально розглянутий в попередніх дослідженнях [4; 5], і наразі потребує лише узгодженого формулювання положень ст. 65 КпН та ст. 47 КпАП з урахуванням положень тієї ж ст. 4 КпН та ст. 13 Конституції України. Отже, логічною уявляється пропозиція, за якою в обох кодифікованих актах слід використати наступну редакцію: *«Самовільне користування нарами, укладення договорів та вчинення інших правочинів, які в прямій чи прихованій формі порушують право власності Українського народу на надра».*

У другій групі геологічних правопорушень «Порушення вимог щодо охорони надр», викладених у ст. 57 КпАП, можна виділити принаймні 6 окремих складів (вищезазначені пункти 2.1-2.6), однак по кожному з них мають місце більші чи менші відхилення від формулювань складів таких правопорушень, наведених у ст. 65 КпН.

Причина цих міжгалузевих відхилень полягає в тому, що склад геологічних правопорушень, запропонований у ЗпН (ст. 65 КпН), було сформульовано в редакції його кодифікованого акту від 31.08.1994 р., а диспозиції кодифікованого акту адміністративного законодавства – в редакції від 01.06.1985 р. (ст.ст. 47, 57, 58 КпАП), який, у свою чергу, орієнтувався на диспозиції, представлені ще у Кодексі Української РСР про надра в редакції від 01.11.1976 р. (ст. 105). Отже наявні проблеми трансгалузевої кодифікації сучасного адміністративного та геологічного законодавства є не тільки хронічними в правотворчому аспекті, а й небезпечними в правозастосовному напрямі, а, отже, такими, що потребують актуального вирішення.

Так, склад правопорушення, наведений у п. 2.1 (ч. 1 ст. 57 КпАП), не співпадає із складом, що містить п.7 ст. 65 КпН, по таким елементам: а) невиконання вимог щодо охорони – невиконання вимог щодо безпеки; б) охорона довкілля, будівель і споруд – безпека людей, майна і навколишнього природного середовища (далі – НПС). У даному випадку, виходячи з конституційних положень (ст.ст. 3, 50), вказані приписи пропонується сформулювати в наступній редакції *«невиконання правил охорони надр та вимог щодо безпеки людей, майна і довкілля від шкідливого впливу робіт, пов'язаних з користуванням надрами».*

Відносно складу правопорушення, сформульованому у п. 2.2, пропонується віддати перевагу редакції ч. 2 п. 8 ст. 65 КпН шляхом вилучення з редакції ч. 1 ст. 57 КпАП словосполучення *«на підземні води»*, адже останнє звужує коло спостережних режимних свердловин.

Слід акцентувати увагу й на тому факті, що серед складів правопорушень ст 57 КпАП відсутній склад, наведений у ч. 1 п. 8 ст. 65 КпН, а саме – знищення або пошкодженні геологічних об'єктів, що становлять особливу наукову і культурну цінність. Пропозиція щодо вирішення цієї проблеми була викладена автором у раніше опублікованій роботі [6].

Склад п.10 ст. 65 КпН уявляється більш вдалим, ніж його редакція згідно з ч. 3 ст. 57 КпАП (п.п. 2.4 та 2.5), втім і її пропонується вдосконалити наступним формулюванням: *«невиконання вимог щодо приведення гірничих виробок і свердловин, які ліквідовано або законсервовано, в стан, який гарантує безпеку людей, майна та довкілля, а також вимог щодо збереження родовищ, гірничих виробок і свердловин на час ліквідації або консервації».*

Що стосується складу п. 2.6 (ч.4 ст. 57 КпАП), то тут необхідно внести пропозицію щодо доповнення чинного КпН (ст. 65) аналогічною редакцією, оскільки така диспозиція в останньому досі відсутня. Хоча, зазначу, що у разі порушення вимог, передбачених спецдозволом, згідно зі ст. 26 КпН, користування надрами припиняється. При цьому слід мати на увазі, що до особливих умови спецдозволу відносяться:

- *правила і стандарти користування* конкретними ділянками надр;
- якість продукції або робіт;
- технологія видобування та переробки корисних копалин;
- порядок ВКК, зокрема з метою запобігання негативним екологічним наслідкам і забезпечення безпеки забудованих територій;
- види, обсяги і строки виконання робіт на ділянці надр;
- припинення діяльності, пов'язаної з використанням ділянки надр [7].

Третя група складів геологічних правопорушень, викладених в редакції від 01.06.1985 р. у ст. 58 КпАП, показує, що сформульована диспозиція «порушення правил і вимог проведення робіт по ГВН» дещо вужча від сформульованої у ст. 65 КпН – «порушення норм, правил і вимог щодо проведення робіт по ГВН» в редакції від 31.08.1994 р. Проте у обох випадках виникає питання щодо конкретизації окремих складових наведених конструкцій. Якщо позиція «вимоги щодо проведення робіт по ГВН» більш менш зрозуміла, адже останні наведені у ст. 38 КпН, то відносно «правил» і «норм» щодо проведення робіт по ГВН однозначності явно бракує. Крім того, гіпотеза ст. 58 КпАП, уточнює, що норма вступає в дію лише якщо подібне порушення може призвести чи призвело до недостовірної оцінки розвіданих запасів корисних копалин або умов для будівництва та експлуатації підприємств по ВКК, а також підземних споруд, не зв'язаних з ВКК. Отже, відповідь на питання «які правила і норми щодо проведення робіт по ГВН можуть бути порушені користувачем надр, внаслідок чого останній, при настанні певних умов, може бути притягнутий до адміністративної відповідальності?» є надзвичайно актуальною не тільки для практичної діяльності суб'єктів ГВН, а й для подальшого вдосконалення згаданих кодифікованих актів.

Вирішення даної ситуації розпочнемо з аналізу приписів кодифікованого акту ЗпН. По-перше, проведення робіт по ГВН, згідно ст 37. КпН, організується та координується Державною службою геології та надр Украї-

ни (далі – Держгеонадра) на основі такої документації: а) державних комплексних або цільових програм; б) міжгалузевих і галузевих планів, в) проектів; г) *відповідних норм і правил.*

По-друге, для ГВН, у тому числі для дослідно-промислової розробки родовищ корисних копалин (далі – ДПР РКК) загальнодержавного значення, надра надаються у користування без надання гірничого відводу після одержання спецдозволу на ГВН (ст. 20 КпН). У свою чергу, порушення *вимог спецдозволу* є підставою для припинення права користування надрами (п. 5 ст. 26 КпН). По-третє, ДПР РКК загальнодержавного значення здійснюється на підставі *проекту робіт*, погодженого з Державною службою гірничого нагляду та промислової безпеки України. По-четверте, відповідно до ст. 62 КпН орган державного геологічного контролю (далі – ДГК)) перевіряє, у тому числі:

- виконання *вимог щодо охорони надр* під час ведення робіт з ГВН;

- виконання *державних програм геологорозвідувальних робіт* (далі – ГРР), *геологічних завдань і замовлень*;

- обґрунтованість застосування *методик* з ГВН;

- виконання рішень з питань методичного забезпечення робіт з ГВН;

- *дотримання нормативів, стандартів та інших вимог щодо ГВН, умов спецдозволів та угод про умови користування надрами*;

- відповідність ГРР і наукових досліджень *державним контрактам і замовленням*, а також *проектам* щодо проведення таких робіт;

- відповідність *установленим вимогам введення в експлуатацію* розвіданих РКК; - *обґрунтованість напрямів* пошукових, ГРР та інших робіт з ГВН;

- правильність державної реєстрації робіт з ГВН, виконання *умов, передбачених спецдозволом*.

Крім того, Держгеонадра мають право припиняти всі види робіт по ГВН, що проводяться з порушенням *стандартів та правил* та зупиняти діяльність підприємств і організацій, що займаються ГВН з порушенням передбачених *спецдозволом умов*.

Як бачимо, безпосередньо терміни «правила» і «норми» у КпН зустрічаються лише один раз і лише як декларація підстави для проведення робіт по ГВН (ч. 2 ст. 37). Надалі по тексту кодексу можна зустріти різноманітні види документації, що пов'язані із здійсненням робіт по ГВН, проте мають інші назви – *плани, проекти, спецдозвіл, вимоги, завдання, замовлення, методика, методичне забезпечення, нормативи, стандарти, контракти, обґрунтування* тощо. Для відповіді на питання – чи припустимо вважати перелічені види документів правилами або нормами – слід звернутися до загальновизнаного, енциклопедичного розуміння значення цих термінів.

Отже, поняття «правило» означає: а) *вимога для виконання якихось умов* всіма учасниками якої-небудь дії (судового процесу, організації, установи), за виконання якого передбачено заохочення, а за невиконання покарання; б) *положення*, що виражає певну закономірність, постійне співвідношення яких-небудь явищ, відправне положення; в) принцип, що виступає *керівництвом* у чомусь; г) *настанова*, що лежить в основі чогось; д) норма поведінки, прийнятий кимось *зразок дій*; є) *припис, що встановлює порядок* чого-небудь.

Під поняттям «норма» (від лат. norma – керівне начало, правило, зразок) розуміється: а) узаконена чи загальновизнана у певній сфері *настанова*; б) звичайний, встановлений або визнаний обов'язковим *порядок*; в) встановлена міра чого-небудь; г) *норматив*; д) звичайний *стан* чого-небудь; є) *правило* поведінки. Таким чином, розглянуті категорії за своїм змістом дуже близькі, а іноді й просто тотожні (правило – норма поведінки, норма – правило поведінки).

Певною мірою допомагає у просуванні до відповіді на поставлене питання аналіз повноважень Держгеонадр, до яких, згідно зі ст. 6 Закону України «Про державну геологічну службу України», у тому числі, належать:

- контроль за дотриманням користувачами надр, незалежно від форм власності, вимог ЗпН, а також встановлених стандартів, норм і правил щодо ГВН;

- виконання робіт із стандартизації, метрології, сертифікації у сфері ГВН;

- погодження норм відбору, втрат корисних копалин на підприємствах, що видобувають тверді, рідкі та газоподібні корисні копалини і гідромінеральні ресурси [8].

Крім того, Держгеонадра розробляє та вносить пропозиції щодо проектів *типових документів з планування, фінансування, проектування і визначення кошторисної вартості ГРР,* що виконуються за кошти держбюджету [9].

Тобто, з вищенаведеного слідує, що, по-перше, користувачі надр зобов'язані дотримуватися *встановлених стандартів, норм і правил щодо ГВН* і, по-друге, дотримуватися *норм відбору, втрат корисних копалин.* Згадування в законі такого документу, як «стандарт», що не фігурує а ні в ст. 65 КпН а ні в ст. 58 КпАП вимагає дослідження і його значення у технічному регулюванні ГВН. Справа в тім, що саме на технічне регулювання та можливість здійснення належного контролю за проведенням робіт з ГВН, направлених на досягнення оптимального рівня достовірності геологічної інформації, отримуваної всіма суб'єктами господарювання на території України спрямовані Правила нормативного забезпечення ГВН [10]. Вимоги останніх є обов'язковими для всіх суб'єктів господарювання під час проведення робіт і досліджень, пов'язаних з ГВН на території України, які підлягають державній реєстрації та за результатами яких отримана геологічна інформація про надра надається у вигляді звіту щодо результатів ГВН на постійне зберігання (депонування) до геологічного інформаційного фонду України Державного науково-виробничого підприємства «Геоінформ». Підставою для обов'язкового застосування вищезазначених Правил нормативних документів (далі – НД) суб'єктом господарювання під час виконання робіт з ГВН на території України є: 1) НД, які затверджені центральним органом виконавчої влади у сфері стандартизації, що стосуються ГВН; 2) НД, що включені до офіційного актуалізованого переліку чинних НД (далі – Перелік) з проведення геологічних досліджень, пошуку, розвідки та оцінки запасів і ресурсів корисних копалин, затверджених або схвалених Держгеонадрами розпорядчим документом останнього. У випадках, коли виконання конкретної роботи з НД урегульоване двома і більше

НД, суб'єкт господарювання може вибрати один НД, який забезпечує оптимальні умови виконання геологічного (технічного) завдання.

При цьому слід мати на увазі, що перевірку дотримування суб'єктами господарювання вимог Правил під час виконання робіт з ГВН, контроль відповідності отриманої геологічної інформації НД, застосування яких є обов'язковим, здійснюють під час: а) планових та позапланових перевірок суб'єктів господарювання службами ДГК; б) проведення службами метрології та стандартизації метрологічної експертизи документації *(технічних завдань, нормативних документів, конструкторської, проектної та технологічної документації)* та звітів щодо результатів ГВН перед розглядом їх науково-технічними радами та затвердженням; в) проведення державної експертизи та оцінки запасів і ресурсів корисних копалин; г) схвалення звітів щодо результатів ГВН, підготовлених до видання комплектів карт та інших матеріалів геологічного змісту Науковою редакційною радою; - схвалення матеріалів з оцінки ресурсів твердих корисних копалин Науковою радою з прогнозування ресурсів корисних копалин; д) приймання на постійне зберігання (депонування) ДНВП «Геоінформ».

Ведення зазначеного Переліку здійснює Український державний геолого-розвідувальний інститут (далі – УкрДГРІ) – головна організація із стандартизації Держгеонадр і єдина в Україні науково-дослідна установа, що здійснює науковий супровід усіх стадій ГРР на всі види корисних копалин. Крім того, УкрДГРІ акредитований Держгеонадрами на здійснення моніторингу та наукового супроводження надрокористування, а до його основних напрямів діяльності відносяться:

- розробка *галузевих стандартів з ГВН*;
- створення та ведення *галузевого фонду НД*;
- методичне керівництво впровадженням та використанням *НД* з *ГВН* у геологічних виробничих підприємствах [11].

Відповідно до Правил, у Перелік повинні бути включені чинні НД, окрім НД, затверджених центральним органом виконавчої влади у сфері стандартизації, за такими розділами: І. «Перелік НД з ГВН, чинних станом на 01.01.2005», до якого повинні бути включені НД, що стосуються ГВН, включаючи галузеві НД колишнього СРСР; ІІ. «Перелік НД, які затверджені спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з ГВН після 01.01.2005»; ІІІ. «Інші НД, затверджені після 01.01.2005». НД перед затвердженням УкрДГРІ присвоює відповідне позначення за схемою **К 73.1-В.Д:Р**, в якому: К – *категорія НД*: СОУ – *стандарт організації України*; ТУ У – *технічні умови України*; КНД – *керівний нормативний документ*; П – *положення*; ПР – *правила*; ІН – *інструкція*; МВВ – *методика виконання вимірювання*; МВ – *методика випробувань*; МА – *методика атестації*; МК – *методика калібрування*; **73.1** – код підкласу «Дослідження та розробки в галузі природничих та технічних наук» за ДК 009-96 (з 1 січня 2012 року – ДК 009:2010); **В** – код виду і напрямку геологічної діяльності з усталеною ознакою належності НД до галузі геології; **Д** – порядковий номер документа у виді або виді та напрямку діяльності; **Р** – рік затвердження та надання чинності.

В даній ситуації слід враховувати також й положення ст. 15 Господарського кодексу України, згідно з яким, для технічного регулювання у сфері господарювання застосовуються:

- *технічні регламенти;*
- *стандарти;*
- *кодекси усталеної практики;*
- *класифікатори;*
- *технічні умови.*

При цьому застосування стандартів чи їх окремих положень є обов'язковим для: а) суб'єктів господарювання, якщо на стандарти є посилання в технічних регламентах; б) учасників угоди (контракту) щодо розроблення, виготовлення чи постачання продукції, якщо в ній (ньому) є посилання на певні стандарти; в) виробника чи постачальника продукції, якщо він склав декларацію про відповідність продукції певним стандартам чи застосував позначення цих стандартів у її маркуванні. Розкриває зв'язок ланки «технічний регламент–стандарт» визначення першого терміну у ст. 1 Закону України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» [12], відповідно до якої технічний регламент – закон України або нормативно-правовий акт (далі - НПА), прийнятий КМ, у якому визначено характеристики продукції або пов'язані з нею процеси чи способи виробництва, а також вимоги до послуг, включаючи відповідні положення, дотримання яких є обов'язковим. Отже, можемо констатувати факт наявності у законі (ст. 62 КпН) посилання на стандарт і відсутність обов'язковості його дотримання, адже згадки про нього ст. 65 КпН не містить.

Ще одним важливим документом у сфері ГВН є Положення про проведення моніторингу та наукового супроводження надрокористування, затверджене наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 11.03.2013 р. № 96 [13], згідно з яким, уповноважений Держгеонадрами суб'єкт має надавати допомогу надрокористувачеві у дотриманні вимог *НПА, загальнодержавних та галузевих НД*. Останній перелік, як уявляється, найбільш повно та універсально охоплює всю множинність перелічених вище видів «норм і правил».

Нарешті, конкретизацію наведених понять можна знайти у наказі Міністерства екології та природних ресурсів України від 28.03.2013 р. № 133 «Про затвердження форм документів у сфері здійснення державного геологічного контролю» [14], яким, серед інших, затверджені три форми актів перевірки дотримання вимог законодавства у сфері ГВН, у тому числі ДПР РКК загальнодержавного значення: 1) металічні руди, неметалічні корисні копалини, горючі тверді корисні копалини; 2) горючі газоподібні та рідкі корисні копалини; 3) води, грязі лікувальні. Проте найцікавішими, в напряму вирішення поставленого завдання, є перелік питань щодо дотримання вимог законодавства у сфері ГВН, у тому числі ДПР РКК загальнодержавного значення, а саме: - наявність оригіналів документів; - вимоги до переоформлення документів; - вимоги щодо внесення змін до документів; - дотримання вимог проектних та дозвільних документів; - виконання особливих умов, встановлених спецдозволом; - виконання угоди про умови користування надрами; - виконання програми ро-

біт; - дотримання вимог ЗпН та охорони НПС; - підстави для припинення права користування надрами; - виконання приписів, розпоряджень або інших розпорядчих документів щодо усунення порушень вимог законодавства, виданих за результатами проведення планових заходів органом державного нагляду (контролю), а також перелік НПА та НД, на підставі яких складено та яким відповідають питання, передбачені актом перевірки: - кодекси України; - закони України; - постанови КМ; - накази міністерств та інших органів виконавчої влади. При цьому, в останньому переліку відносно НПА та НД обов'язково вказуються: а) позначення; б) назв; в) вид та найменування органу, яким він затверджений; г) дата та номер.

Висновки. Таким чином, проведений порівняльно-правовий аналіз положень ст. 57 КпАП та ст. 65 КпН в частині порушення правил і вимог проведення робіт по ГВН дозволяє дійти наступних висновків.

1. Формулювання диспозицій статей кодифікованих актів адміністративного законодавства та ЗпН в частині відповідальності за порушення правил і вимог проведення робіт по ГВН відрізняються, але не суттєво, однак їх розуміння у викладених редакціях не можна визнати таким, що має однозначне тлумачення.

2. Для усунення трансгалузевої неузгодженості пропонується внести у згадані приписи КпАП (ст. 58) та КпН (ст. 65) відповідні зміни в наступних однакових редакціях: *«... порушення вимог нормативно-правових актів, загальнодержавних та галузевих нормативних документів щодо проведення робіт по геологічному вивченню надр ...»*.

3. Для однозначності тлумачення наведених редакцій диспозицій вказані статті доповнити роз'ясненням наступного змісту: *«Під загальнодержавними та галузевими нормативними документами щодо проведення робіт по геологічному вивченню надр слід розуміти документи, які встановлюють правила, загальні принципи чи характеристики різних видів геологічної діяльності або їх результатів, у тому числі національні і галузеві стандарти, настанови, кодекси усталеної практики, класифікатори та технічні умови»*.

Література:

1. Філатова В. К. Правове регулювання геологічного вивчення надр [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Філатова Вікторія Костянтинівна, Націон. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2008. – 192 арк.
2. Олійник О. М. Правове регулювання охорони надр за законодавством України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Олійник Олександр Миколайович; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2010. – 205 арк.
3. Офіційний вісник України. – 2003. – № 24 (27.06.2003). – Ст. 1127.
4. Кірін Р. С. Об'єктивна сторона порушення права власності на надра / Р. С. Кірін / Законодавство України: проблеми систематизації та перспективи розвитку : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Херсон, 1-2 березня 2013 р. Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2013. – С. 74-75.
5. Кірін Р. С. Самовільне користування надрами: варіативність суб'єктів та об'єктивної сторони правопорушення / Роман Станіславович Кірін // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 7 (141). – С. 97-104.
6. Кірін Р. С. Адміністративно-правова охорона геологічних об'єктів / Р. С. Кірін / Правове забезпечення соціально-економічного розвитку регіону : матеріали регіональної науково-практичної конференції (12 квітня 2013 р.) / За ред. А. Г. Бобкової. – Донецьк : ДонНУ, 2013. – С. 155-156.
7. Постанова Кабінету Міністрів України від 30.05.2011 р. № 615 «Про затвердження Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами» // Офіційний вісник України. – 2011. – № 45 (24.06.2011). – Ст. 1832.
8. Офіційний вісник України. – 1999. – № 48 (17.12.99). – Ст. 2335.
9. Указ Президента України від 06.04.2011 р. № 391/2011 «Про Положення про Державну службу геології та надр України» // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29 (26.04.2011). – Ст. 1228.
10. Наказ Державного комітету природних ресурсів України від 13.12.2004 р. № 244 «Про затвердження Правил нормативного забезпечення геологічного вивчення надр» // Офіційний вісник України. – 2005. – № 7 (04.03.2005). – Ст. 411.
11. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrdgri.gov.ua/.
12. Офіційний вісник України. – 2005. – № 52 (11.01.2006). – Ст. 3246.
13. Офіційний вісник України. – 2013. – № 25 (09.04.2013). – Ст. 856.
14. Офіційний вісник України. – 2013. – № 36 (24.05.2013). – Ст. 1289.

Кирин Р. С. Геологические правонарушения: проблемы трансотраслевой кодификации

Аннотация. Статья посвящена решению проблем кодифицированных актов геологического и административного законодательства при раскрытии составов правонарушений в сфере геологического изучения недр, а именно – нарушении права собственности на недра, требований по охране недр, правил и норм проведения геологических работ.

Ключевые слова: административные правонарушения, геологическое изучение недр, кодификация, правила и требования.

Kirin R. Geological offense: the problems of transbranch codification

Summary. The article is sanctified to the decision of problems of codified acts of geological and administrative legislation at opening of compositions of offences in the field of geological study of bowels of the earth, namely - violation of right of ownership on the bowels of the earth, requirements on the guard of bowels of the earth, rules and norms of realization of geological works.

Key words: administrative offenses, geological studies, codification regulations and requirements.

УДК 347.61/.64

Кожевникова В. О.,
доцент кафедри охорони інтелектуальної власності,
цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Анотація. У статті досліджується чинне цивільне та сімейне законодавство шляхом порівняльно-правового аналізу системи принципів двох галузей права. На основі аналізу автор дає власне визначення форм нормативного вираження принципів.

Ключові слова: система принципів, цивільне та сімейне законодавство, галузь права, правовідносини.

Постановка проблеми. Становлення та розвиток українського законодавства суттєво вплинули на розвиток принципів цивільного та сімейного права. В науковій літературі переважно досліджені лише загальні положення принципів цивільного і сімейного права, відсутній єдиний підхід щодо розуміння цих принципів. Це є суттєвим недоліком, бо саме принципи дозволяють нам визначити, як співвідноситься сімейне та цивільне право. Крім цього, в сучасній науковій літературі відсутнє повноцінне дослідження спільних та відмінних ознак принципів цивільного та сімейного права; немає однозначної думки щодо спільності чи відмінності загальних принципів, що містяться в цивільному та сімейному праві.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Проблематика ролі та місця сімейного права в системі приватного права була предметом досліджень науковців як в радянський період, так і в сучасний. Принципи як керівні ідеї є важливим чинником при здійсненні правовідносин. Слід відмітити значний внесок в розвиток теоретичних положень принципів С. С. Алексєєва [1], О. С. Іоффе [2], Д. І. Мейєра [3], В. Ф. Яковлева [4], В. Ф. Маслова [5], А. М. Нечаєва [6], Н. В. Вітрук [7], І. В. Жилінкової [8, с. 25], О. В. Дзери [9], Ю. К. Толстого [10], Б. А. Джандарбек [11], Л. М. Пчелінцевої [12], С. М. Братуся [13], Е. М. Ворожейкіна [14], Г. К. Матвеєва [15], В. М. Антокольської [16], Р. П. Мананкової [17], Я. М. Шевченко [18], Є. О. Мічуріна [19], Е. О. Харитонової [20] тощо.

Вказаним проблемам в сфері цивільно-правових та сімейно-правових відносин приділялась увага таких дослідників, як М. К. Сулейменов («Право як система», 2011) [11], І. Ф. Александров («Правове регулювання сімейних відносин : співвідношення сімейного та цивільного законодавства», 2003) [22], Н. С. Шерстнева («Принципи російського сімейного права», 2007) [23], З. В. Ромовська («Українське сімейне право», 2011) [26]. Утім, в цих наукових роботах досліджувалася система, надавалася класифікація принципів сімейного права або співвідношення сімейного чи цивільного законодавства.

Співвідношення принципів цивільного та сімейного права у порівняльно-правовому аспекті у повній мірі не досліджувалося, зважаючи на різні предмети дослідження (виходячи з позиції зазначених науковців). Не приділялася достатня увага тим принципам сімейного права, які відображені у основоположних засадах цивільного законодавства та є ідентичними за своєю сутністю і які можуть застосовуватися в обох галузях права, що свідчить про їх подібність.

Мета статті – знайти співвідношення принципів цивільного та сімейного права.

Завданням є виявлення доктринальних підходів та аналіз чинного законодавства щодо співвідношення принципів цивільного та сімейного права, дослідження спільності характерних рис притаманних галузі цивільного та сімейного права.

Виклад основного матеріалу. Роль принципів цивільного та сімейного права полягає в тому, що вони у загальному вигляді виражають основоположні керівні ідеї певної галузі права. Принципи гарантують правову політику держави, сприяють належній дії правових норм, їх тлумаченню, застосуванню та заповненню прогалин, що містяться в законодавстві. Ті значні зміни, які трапилися в економіці, політиці, праві суттєво вплинули на формування правових принципів, у тому числі і галузі цивільного та сімейного права. Становлення та розвиток українського сімейного права, як самостійної галузі суттєво стосується змісту правових норм. Правові норми, які за радянських часів були притаманні обом галузям (цивільного і сімейного права), вміщуються в різних кодексах України – Цивільному та Сімейному. Науковці, що займаються проблематикою сімейного права України, наголошують на існуванні низки спеціальних принципів, які є характерними виключно галузі сімейного права, і які не можуть існувати у інших галузях, зокрема цивільному [26, с. 39]. Об'єктивно виникає необхідність у виявленні їх сутності, аналізі змісту з урахуванням об'єктивних змін у праві, що відбулися за останні десятиріччя.

У той же час необхідно відзначити внесок у розвиток теоретичних уявлень про принципи права тих науковців, які стверджували та на доктринальному рівні доводили подібність принципів цивільного та сімейного права, оскільки, на їх думку, місце сімейного права в системі приватного і є складовою його частиною – С. С. Алексєєва [1], О. С. Іоффе [2], Д. І. Мейєра [3], І. В. Жилінкової [8, с. 25], Б. А. Джандарбека [11], М. К. Сулейменова [11, с. 21].

Самостійність сімейного права як галузі та відмежування принципів сімейного права від цивільно-

го підтримувалися науковцями В. М. Антокольською [16], В. Ф. Масловим [5], Р. П. Мананковою [17], З. В. Ромовською [24, 26], Я. М. Шевченко [18] та підтверджувалося законодавцем.

Ще за радянських часів сталим залишалося твердження О. С. Іоффе, який вважав, що сімейне право – не самостійна галузь права, а одна із складових цивільного права. Але така його складова, що не характеризується великою своєрідністю і відрізняється рядом суттєвих особливостей [2]. В повній мірі погоджуючись із зазначеною точкою зору, необхідно відмітити, що хоча предмет та метод правового регулювання дійсно є основним критерієм поділу права на галузі та інші правові утворення, однак, поміж тим, існують й інші юридичні особливості галузей права. Поряд з предметом та методом правового регулювання приналежність сімейного права до складу цивільного характеризують принципи. Передбачається, що у принципах виражається інтелектуально-вольовий зміст галузі, який є показником юридичної особливості чи тотожності галузі права. Звідси С. С. Алексєєв робить висновок, що в юридичній науці та в законодавстві категорія правових принципів сформулювалась сама по собі [1, с. 259]. Разом з тим у профілюючих галузях права, де принципи також присутні, але загальним показником юридичної специфіки є метод та механізм регулювання, категорія принципів залишається чітко не сформульованою. Зазначене вище повністю підтверджується на прикладі сімейного права, яке має притаманні галузі принципи, і які є вирішальним показником місця сімейного права в системі приватного [1, с. 12].

Принципи в сімейному праві, як зазначає Н. С. Шерстнева, відображають сутність регулюючих галуззю сімейного права суспільних відносин, визначають соціальне призначення та склад норм права, слугують направляючою основою для вдосконалення законодавства та досягнення одноманітності в судовій практиці [23, с. 8]. Дане визначення принципів в повній мірі можливо застосувати і в цивільному праві. Є. О. Мічурін, визначаючи поняття принципів, вказує, що це основоположні, найбільш глобальні ідеї, положення, відповідно до яких здійснюється цілісне правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин [19, с. 8]. Аналізуючи правову категорію принципів сімейного та цивільного права, необхідно зазначити спільність понять категорії принципи цих двох галузей, оскільки за допомогою керівних засад здійснюється регулювання особистих немайнових та майнових відносин, які складають предмет як цивільного, так і сімейного права.

І. В. Жилінкова зазначає, що в законі не визначаються ті сутнісні ознаки (принципи), що притаманні сімейним відносинам, які б давали можливість відмежувати їх від відносин, що складають предмет галузі цивільного права [8, с. 8]. Це дає підставу науковцям зробити обґрунтований висновок про те, що сімейні відносини, які регулюються нормами СК України, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, і тому вони є різновидом цивільних відносин [20, с. 14].

Положення СК України (ст. 7) відображають загальні засади регулювання сімейних відносин, які в певній мірі є подібними основним засадам цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України) та містять низку аналогічних принципів, на яких будуються як сімейні, так і цивільні правовідносини. Виняток становлять лише спеціальні принципи, що притаманні лише галузі сімейного права, які уособлюють її.

Тому не виникає необхідності розділяти принципи на ті які застосовуються в цивільному праві і ті, які використовуються в сімейному, оскільки більшість з них є подібними за своїм змістом. Розглядаючи дану проблематику, на мій погляд, необхідно зазначити загальні принципи, притаманні обом галузям права (цивільного та сімейного).

Принцип рівноправності суб'єктів. Як сімейні, так і цивільні правовідносини виникають між учасниками, які є рівними у своїх правах. Рівність суб'єктів цивільних правовідносин, означає рівну правоздатність громадян, рівне положення громадян та організацій на обох сторонах цивільних правових відносин. Рівність сімейних правовідносин закріплена у ст. 7 СК України, в якій визначено, що чоловік та жінка мають рівні права і обов'язки у сімейних правовідносинах, шлюбі та сім'ї. Здійснення сімейних прав та виконання сімейних обов'язків відбувається на засадах рівності. Дружина та чоловік мають рівні права на зміну прізвища, однаково рівні права на материнство та батьківство, на майно, що є спільною сумісною власністю, рівні права та обов'язки щодо дитини. Більш того, в юридичному сенсі правовідносини батьків та дітей – правовідносини горизонталі, відносини рівних сторін. Тому рівність сторін, у першу чергу, може розглядатись як ознака саме відносин, що регулюються цивільним та сімейним правом. Знаходячи свій відбиток у правових нормах, рівність сторін набуває юридичного закріплення і визначає сутність правового регулювання відносин, тих юридичних принципів, які залучаються до їх регулювання [8, с. 8]. У деяких випадках, де учасником є, наприклад, орган опіки та піклування (при всиновленні дитини), не слід вказувати на відносини рівності суб'єктів у сімейному праві. Але це є виключенням.

Відносини між членами сім'ї (батьками, дітьми, подружжям й іншими членами сім'ї) засновані на принципі рівноправності (рівності). Саме ці відносини вважаються сімейними. Відносини з державою та її органами, з чого б вони не випливали та чого б не стосувались, у тому числі і захисту прав дитини, не є сімейними відносинами.

Принцип майнової самостійності. Кожен з учасників цивільних та сімейних відносин розглядається як особа, яка має відповідну майнову самостійність, власні майнові права незалежно від обсягу своєї дієздатності. Завжди можна визначити, яке саме майно належить тому чи іншому учаснику правовідносин як в цивільному, так і в сімейному праві (на праві власності, володіння, обтяжене воно боргами чи ні, які майнові права та обов'язки має особа по відношенню до третіх осіб) [22, с. 38]. Учасники цивільних та сімейних правовідносин здійснюють свої майнові права безпосередньо або за допомогою інших осіб (опікунів, піклувальників, представників), що не змінює осно-

вної концепції, відповідно до якої кожен з учасників має свою майнову самостійність.

Принцип автономії волі учасників правовідносин є також однією з ознак, характерних цивільному і сімейному праву і який означає безперешкодне здійснення прав фізичної і юридичної особи, яка набуває право за своїм власним бажанням задля задоволення власного інтересу. Якості автономії волі притаманні відносинам, що регулюються цивільним правом та залишаються невід'ємними для сімейних правовідносин (аліментні зобов'язання характеризують їх тотожність) [22, с. 38]. Кожна особа в сімейному праві визначається як окремий суб'єкт права незалежно від віку та здатності здійснювати свої права власними діями. Навіть якщо мова йде про малолітню (неповнолітню) дитину, то враховуючи цей природній факт, в праві існує чимало спеціальних механізмів, які дають змогу, з одного боку, розглядати дитину як вольову «одиницю», а з іншого – передати право формулювати та визначати її волю іншим особам, які за своїми природними якостями здатні це робити – батьки, опікуни, піклувальники. Ці особи завжди мають діяти так, як діяла б сама особа, здійснювала свою власну вольову поведінку у власних інтересах.

Характерною рисою принципу автономії волі є те, що сімейне право, зазвичай, пов'язує між собою членів сім'ї, близьких родичів, тобто близьких між собою людей, на відміну від цивільного права. Проте, справа не в родинних зв'язках, а в природі відносин, які виникають між суб'єктами (родичами).

Принцип свободи договору передбачає, що можливе вільні укладення договору, вибір контрагента та визначення умов договору з урахуванням вимог ЦК України та інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості, тобто будь-які умови договору, які б не суперечили чинному цивільному законодавству (ст. 627 ЦК України) [8, с. 29-30].

Сімейне право також передбачає договірні відносини, шлюбний договір, договір про передачу дитини на виховання у прийомну сім'ю, договір про патронат. Ці договори чітко регламентовані за своїм змістом та мають специфічні особливості, але за своєю природою договірні відносини притаманні обом галузям права.

Чітка індивідуалізація їх учасників, невідчужуваність сімейних прав та обов'язків є характерною рисою принципу свободи договору, проте це також не є специфікою сімейного права. Досить згадати спадкові та авторські правовідносини в цивільному праві.

Принцип легалізації окремих юридичних фактів є різновидом загально-правового принципу законності, який є характерним більшості галузей права та принцип визнання шлюбу, укладеного лише в органах РАЦС в сімейному праві є аналогічними за своєю природою. Прибічники самостійності цивільного права, як галузі визначають зазначені засади за характерну ознаку, яка виділяє сімейне право поміж інших галузей права, зокрема, цивільного. Необхідність державної реєстрації шлюбу закріплена в законодавстві більшості розвинених європейських держав (Франції, Німеччині, Бельгії, Нідерландів) [12, с. 21]. Як правило, вимагається державна реєстрація та інші сімейні акти (розірвання шлюбу, визнання батьківства, всиновлення). По суті, державна реєстрація шлюбу є легалізаційною процедурою, що публічно закріплює факт укладення шлюбу. Деяку аналогію можна провести щодо аналогічних легалізаційних процедур в цивільному праві. Так, державна реєстрація права власності на нерухоме майно має на меті легалізацію публічно закріплених відносин в праві власності на нерухоме майно. Реєстраційна процедура є способом закріплення окремих юридичних фактів у державних реєстрах, що притаманні цивільному і сімейному праву.

Характерною рисою принципу легалізації є публічність. В регулюванні сімейних правовідносин, які виникли, переважають загалом публічні відносини, особливо коли мова йде про захист порушених прав дитини [22, с. 37].

Принцип забезпечення пріоритетного захисту прав та інтересів недієздатних членів сім'ї. Сім'я як об'єднання осіб, заснована на шлюбі або кровному спорідненні, передбачає надання членам сім'ї моральної та матеріальної підтримки та допомоги і, перш за все, тим особам, які є недієздатними за станом свого здоров'я (інваліди першої, другої, третьої групи, особи пенсійного віку) чи малолітні, неповнолітні особи. Даний правовий принцип, як зазначає у своїх наукових працях І. Ф. Александров, має місце виключно в сімейному праві, оскільки не є характерним для цивільних правовідносин, які передбачають оплатність наданих послуг та виконаних зобов'язань [22, с. 42]. Важко погодитись із зазначеним твердженням оскільки принципи пріоритетного захисту прав та інтересів осіб, або як ще його іменують справедливості є загальновживаним в договірному праві. Він слугує засобом відновлення дисбалансу між економічно нерівними контрагентами, якщо більш могутня сторона зловживає своїм економічним становищем; також є засобом відновлення рівноваги інтересів сторін, на які вплинули різноманітні обставини об'єктивного характеру, що не залежать від їх волі. Принципи пріоритетного захисту прав та інтересів осіб завжди на боці економічно більш слабкої сторони договору або сторони, інтереси якої постраждали внаслідок істотної зміни обставин, в яких повинно відбутися виконання (В. Мілаш)[1].

В спадковому праві існує захист прав утриманців, яку спадкодавець не має права залишити без спадщини, якщо відсутні для цього поважні підстави. Спадкодавець при складанні заповіту має розуміти, що з його боку протиправним є позбавляти спадкоємця повністю або зменшувати долю спадкового майна деяких членів сім'ї, які економічно менш захищені, але мають право на обов'язкову частку спадщини. Законом передбачено коло обов'язкових спадкоємців, котрі отримують обов'язкову частку спадщини незалежно від волі спадкодавця: неповнолітні чи непрацездатні діти спадкодавця, у тому числі й всиновлені; непрацездатні батьки, окрім того, всиновлювачі спадкодавця; інші непрацездатні особи, які знаходяться на утриманні у спадкодавця) ст. 1241 ЦК України. Тобто тут мова йде

1 Цит. за: Александров И. Ф. Правовое регулирование семейных: соотношениесемейного и гражданского права : дис. ... канд. юрид. наук / И. Ф. Александров. – М. : РГБ, 2003. – С. 42.

про спеціальний суб'єктний склад, близькі зв'язки між спадкоємцем та спадкодавцем за заповітом.

В договірному праві існують також засади захисту слабкої сторони договору, а прикладом може слугувати договір купівлі-продажу, де законодавець знаходиться на боці покупця (більш «слабкої» сторони договору).

СК України є спеціальним нормативним актом по відношенню до цивільного, оскільки стосується спеціальних відносин – сімейних, це в повній мірі узгоджено в ст. 1 ЦК України. Оскільки як цивільним, так і сімейним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Характерною рисою сімейного права є й те, що воно виникає з таких юридичних фактів: шлюбу, спорідненості, всиновлення і т. д., тобто юридичних фактів-стану, однак зазначена специфіка нічого не доводить, та як зазначають самі прибічники самостійності сімейного права, в сімейному праві зазначаються юридичні факти, що притаманні цивільному праву (наприклад, шлюбний договір).

Подібні норми є, по суті, публічними і в Цивільному кодексі України (реєстрація). Але деякі подібні норми притаманні і праву власності, хоча і не є характерними для предмету цивільно-правового регулювання.

Варто зазначити, що сімейні правовідносини мають низку спеціальних принципів, притаманних галузі сімейного права, однак їх наявність відображає соціальну сутність правового регулювання відносин через норми сімейного права. Слід зазначити, що спеціальні риси, які містяться у даній галузі, в жодному випадку не можуть характеризувати її самостійність.

Зокрема, тривалість існування (вони є невизначеними у часі), принцип пріоритету сімейного виховання дітей, правового статусу дитини, забезпечення здійснення прав дитини та ряд інших. Отже, опираючись на ці ознаки можна стверджувати, що принципи сімейного права тісно пов'язані з принципами цивільного права.

Здійснюване в межах гносеологічного підходу розділення права на приватне та публічне, відображає те загальне, що споріднює галузі права та об'єднує їх в єдину групу [25, с. 78]. Так, Ч. Н. Азімов відмічає, що принципи, які знаходяться в основі приватного права слугують базою не лише для цивільного права але й для інших «цивілістичних» галузей [27, с. 90], якою, зокрема, вважав і галузь сімейного права. Тому спорідненість принципів галузі цивільного та сімейного права є досить аргументованою та обидві галузі права мають однозначну єдність.

Висновок. Проведений порівняльно-правовий аналіз сутності принципів цивільного та сімейного права, їх нормативне вираження та практика застосування дозволяє зробити висновок, що цивільне та сімейне право має ряд загальних принципів, притаманних обом галузям права, які мають особливе соціальне значення. При аналізі норм Сімейного кодексу України чітко виявляється їх залежність та одноманітність з нормами цивільного законодавства, яке слугує правовою базою для сімейних правовідносин.

В системі принципів сімейного права виділені дві основні групи принципів: загальні, притаманні обом галузям цивільного та сімейного права та спеціальні, які виділяють сімейне право, однак не підтверджують самостійність як галузі.

Своєрідність цих принципів, способів безпосередньо підтверджує висновок про цивільно-правову природу розглянутих принципів, оскільки загальні засади знаходять своє пряме вираження в особливостях предмету та методу цивільного та сімейного права.

Принципи сімейного права характеризують зазначену галузь як невід'ємну частину цивільного права, оскільки є допоміжними щодо засад цивільного права. Однак, проаналізувавши проблематику дослідження, напевно можна зазначити, що ідентичні за своїм змістом принципи притаманні, як галузі цивільного, так і галузі сімейного права.

СК України являється спеціальним нормативним актом по відношенню до цивільного, оскільки стосується спеціальних відносин – сімейних (це в повній мірі узгоджено ст. 1 ЦК України).

Література:

1. Алексеев С. С. Общие теоретические проблемы советского права / С. С. Алексеев. – М. : Госюриздат, 1961. – 187 с.
2. Иоффе О. С. Советское гражданское право : курс лекций. Ч. 3. / О. С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. – 347 с.
3. Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2-х частях: По исправленному и дополненному 8-му изданию, 1902 г. Ч. 2 / Д. И. Мейер. – М. : Статут, 1997. – 455 с.
4. Яковлев В. С. Гражданский Кодекс РСФСР. Т. 1 / В. С. Яковлев. – Свердловск, 1968.
5. Маслов В. Ф. Имущественны еотношения в семье (Научно-практический коментарий действующего семейного законодательства). Изд. второе / В. Ф. Маслов. – Х. : Вища школа, 1974.
6. Нечаева А. М. Семейное право : Актуальныепроблемытеории и практики / А. М. Нечаева. – М. : Юрист. – 328 с.
7. Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности / Н. В. Витрук. – М. : Норма, 2009. – 259 с.
8. Сімейний Кодекс України : Науково- практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. – Х. : Ксилон, 2008. – 855 с.
9. Дзера О. В. Сімейне право України : навч. посіб. для студентів юрид. вузів та факультетів / О. В. Дзера. – К., 1997.
10. Гражданское право В 3-х томах / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. – Т. 1. – М., 2005. – 765 с.
11. Сулейменов М. К. Право как система : монография / М. К. Сулейменов. – Алматы : Зангер, 2011. – 334с.
12. Пчелинцева Л. М. Семейное право России : учеб. для вузов / Л. М. Пчелинцева. – М. : Норма, 2002.
13. 13.Братусь С. Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод / С. Н. Братусь. – М., 1963.
14. Ворожейкин Е. М. Правовые основы брака и семьи / Е. М. Ворожейкин. – М., 1969.
15. Матвеев Г. К. Советское семейное право : учеб. / Г. К. Матвеев. – М., 1985.
16. Антокольська В. М. Семейное право : учеб. / В. М. Антокольская. – М., 1996.
17. Мананкова Р. П. Правовые проблемы членства в семье / Р. П. Мананкова. – Томск, 1985.
18. Шевченко Я. Н. Совершенствование законодательства о семье / Я. Н. Шевченко. – К., 1986.
19. Мічурін Є. О. Цивільне право України. Альбом схем : навч. посіб. Вид. 3-тє, перероб. та доп. / за заг. ред. Є. О. Мічуріна. – Харків : ФОП Мічуріна Н.О., 2010. – 448 с.
20. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / за ред. Є. О. Харитонова. – Х., 2006.

21. Сулейменов М. К. Договор в гражданском праве Республики Казахстан: проблемы теории и практики // В кн. : Договор в гражданском праве : проблемы теории и практики. Том 1 // Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию образования НИИ часного права КазГЮА (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы. 6-7 апреля 2000 г. / отв. ред. М. К. Сулейменов. – Алматы : КазГЮА, 2000.
22. Александров И. Ф. Правовое регулирование семейных отношений: соотношение семейного и гражданского права : дис. … канд. юрид. наук / И. Ф. Александров. – М. : РГБ, 2003.
23. Шерстнева Н. С. Принципы российского семейного права : дис. … докт. юрид. наук / Н. С. Шерстенева. – М., 2007. – 452 с.
24. Ромовська З. В. Сімейне право – перспективи розвитку / З. В. Ромовська // Основні напрямки реформи цивільного права України : зб. статей та матеріалів. – Київ, 1997.
25. Жилінкова І. В. Правовой режим имущества членов семьи / І. В. Жилінкова. – Х. : Ксилон, 2000. – 395 с.
26. Ромовська З. В. Українське сімейне право / З. В. Ромовська. – К. : Вид. Правова єдність, 2009.
27. Азімов Ч. Н. О соотношении частного и гражданского права / Ч. Н. Азімов // Проблемы законности. –1995. – № 30.

Кожевникова В. А. Принципы гражданского и семейного права: сравнительно-правовой аспект

Аннотация. В статье исследуется действующее гражданское и семейное законодательство путем сравнительно-правового анализа системы принципов двух отраслей права. На основе анализа автор дает собственное определение форм нормативного выражения принципов.

Ключевые слова: система принципов, гражданское и семейное законодательство, отрасль права, правоотношения.

Kojevnikova V. Principles of civil and family law: comparative legal aspect

Annotation. This article examines range of problems of current civil and family law through comparative legal analysis of principles system of two law branches. Based on the analysis the author gives his own forms definition of normative expression of principles.

Key words: principles system, civil and family law, law branch, legal relations.

УДК 347.12

Короєд С. О.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного, господарського та кримінального права Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

ОХОРОНА ПРАВ ТА ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ЯК САМОСТІЙНІ ЗАВДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В АСПЕКТІ ПІДВИЩЕННЯ ЙОГО ЕФЕКТИВНОСТІ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню співвідношення понять «охорона прав», «розгляд і вирішення справ» і «вирішення спорів» як завдань цивільного судочинства; з'ясуванню відповідності цих завдань призначенню правосуддя в цивільних справах; а також визначенню напрямів забезпечення реалізації завдань сучасного цивільного судочинства.

Ключові слова: правосуддя, цивільне судочинство, охорона прав та інтересів, вирішення цивільних справ, вирішення спорів, завдання, ефективність.

Постановка проблеми. Україна за часів своєї незалежності зазнала не один етап реформування цивільного судочинства. Перший етап пов'язаний із схваленням Верховною Радою України у 1992 р. Концепції судово-правової реформи в Україні, якою серед основних принципів реформи було визначено створення такого судочинства, яке максимально гарантувало б право на судовий захист, а суди мали б забезпечити захист прав і свобод громадян. Один із наступних етапів реформування цивільного судочинства пов'язаний із схваленням Президентом України у 2006 р. Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, якою було закріплено, що цивільне судочинство слід розглядати як послугу держави щодо вирішення приватноправових спорів сторонам, які самостійно не можуть їх урегулювати. Суд повинен вирішувати спори, про розв'язання яких просять сторони. Отже, ці Концепції завдання цивільного судочинства пов'язують саме із «захистом прав» та «вирішенням (розв'язанням) спорів».

Виклад основного матеріалу дослідження. Розкриття завдань цивільного судочинства через «охорону (захист) прав» здійснювалося в ЦПК України 1963 р. й донині здійснюється в деяких ЦПК країн СНД (Республіка Казахстан, Азербайджанська Республіка, Киргизька Республіка). Водночас новий ЦПК України 2004 р. змінив завдання цивільного судочинства в Україні та визначив ними справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. Таким же чином визначаються завдання цивільного судочинства й в деяких країнах СНД (Республіка Білорусь та Російська Федерації) [1, с. 238-239]. Отже, з наведеного випливає, що раніше процесуальне законодавство визначало завданням цивільного судочинства «охорону прав», а сьогодні – «розгляд і вирішення справ». А Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів завдання цивільного судочинства пов'язує саме із «вирішенням (розв'язанням) спорів».

Питання, які стосуються завдань цивільного судочинства, є важливими для науки цивільного процесуального права, адже якість виконання таких завдань є критерієм оцінки ефективності цивільного судочинства та ключовим чинником забезпечення громадянам гарантованого їм Загальною декларацією прав людини права на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами. Зазначені питання пов'язані передусім із цивільною процесуальною формою в цілому та окремими аспектами забезпечення її ефективності та в тій чи іншій мірі розглядалися такими вченими-процесуалістами, як В.В. Баранкова, С.С. Бичкова, В.А. Бігун, С.В. Васильєв, Є.В. Васьковський, М.А. Вікут, К.В. Гусаров, В.М. Жуйков, В.В. Комаров, С.А. Курочкін, П.І. Радченко, Н.О. Рассахатська, І.В. Решетнікова, Н.Ю. Сакара, В.І. Тертишніков, Г.П. Тимченко, М.К. Треушніков, І.В. Удальцова, С.Я. Фурса, А.В. Цихоцький, Н.А. Чечіна, М.Й. Штефан, М.С. Шакарян, В.В. Ярков і ін., а також суддями – Д.Д. Луспеником, В.В. Кривенком, П.І. Шевчуком, А.Г. Яремою. Водночас науковцями не розкривалося питання співвідношення таких завдань цивільного судочинства, як «охорона прав», «розгляд і вирішення справ» і «вирішення спорів», та не вивчалося, яке з цих завдань має бути головним в цивільному судочинстві України як соціальній, правовій державі, яка визнає людину найвищою соціальною цінністю та гарантує своїм громадянам право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами. Порушення і дослідження цих питань й ставить за мету наша стаття.

Так, в юридичній літературі немає єдиної точки зору, що становить охорона цивільних правовідносин і що відноситься до їх захисту. Найбільш поширеною є точка зору вчених-цивілістів, що охорона являє собою систему засобів, які спрямовані на те, щоб не допустити порушення прав і інтересів учасників цивільних правовідносин, а захист вступає в дію, коли порушення прав і інтересів вже відбулося. Охорону і захист вчені-цивілісти пов'язують із реалізацією охоронного цивільного правовідношення, яке спрямоване на боротьбу з цивільними правопорушеннями та проявляється в заходах захисту і заходах відповідальності, та залежить від

способу, який відображений в правоохоронному правовідношенні [2, с. 6, 10-11]. Отже, визначаючи завданнями цивільного судочинства охорону прав та законних інтересів, ЦПК 1963 р. «охорону прав» пов'язував як із здійсненням захисту прав відповідними способами, так й з протидією порушенням правопорядку (зокрема шляхом винесення окремих ухвал чи застосуванням заходів процесуального примусу).

Визначення «охорони прав» завданням цивільного судочинства, на наш погляд, було зумовлено позицією судді, яка, як зазначали вчені-процесуалісти, не могла бути нейтральною [3, с. 41]. Так, з'ясовуючи у позивача суть заявлених вимог, суддя повинен був допомогти йому визначити підстави і предмет позову. Встановивши при підготовці справи, що представлені докази недостатньо підтверджують вимоги позивача чи заперечення відповідача або не містять у собі всіх необхідних даних і заповнити їх сторони не можуть, суддя за власною ініціативою зобов'язаний був вжити заходів до витребування доказів, необхідних для вирішення справи. Справа не могла бути призначена до розгляду, якщо не витребувано доказів, необхідних для підтвердження фактів, які підлягають встановленню по даній категорії цивільно-правових спорів (пункти 6, 12, 14 постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 05.03.1977 «Про підготовку цивільних справ до судового розгляду»).

Таким чином, «охорона прав» як завдання цивільного судочинства була зумовлена активною роллю судді та частковим втручанням суду в диспозитивні і змагальні права сторін з метою реального забезпечення виконання вказаного завдання: тобто суд фактично «допомагав» позивачу правильно визначити спосіб захисту та забезпечував представлення суду всіх можливих доказів у межах визначеного предмету доказування з метою встановлення судової істини та правильного застосування на підставі встановлених даних норм матеріального права, які регулюють спірні правовідносини сторін.

Зміна цього завдання цивільного судочинства в новому ЦПК 2004 р. на інше – «розгляд і вирішення цивільних справ», відбулася, на наш погляд, під впливом дії Конституції України та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, зі змісту яких випливає необхідність розширення диспозитивних і змагальних прав учасників цивільного судочинства та надання суду пасивної ролі в процесі з'ясування обставин справи та перевірки їх доказами, а також позбавлення його обов'язку допомагати позивачу правильно уточнити позовні вимоги, що фактично перетворило суд на стороннього спостерігача за змаганням сторін.

Для розкриття змісту поняття «розгляд і вирішення цивільних справ» варто з'ясувати, в яких значеннях вживається поняття «цивільна справа». Так, цивільна справа – це правове питання, що виникає з цивільного, сімейного, трудового, земельного чи іншого права, і вимагає розгляду і вирішення юрисдикційним органом згідно із встановленою для цього процедурою. Цивільною справою також часто називають судовий розгляд таких питань (тобто цивільний процес) [4].

Отже, випливає, що завданням цивільного судочинства, за ЦПК 2004 р., є розгляд і вирішення відповідного правового питання. До правових питань належать й правові спори (юридичні конфлікти). Обов'язок суду вирішувати спори передбачено також й Концепцією вдосконалення судівництва.

Порівнюючи вищенаведені завдання цивільного судочинства, варто зауважити, що «захист прав» як завдання цивільного судочинства, за ЦПК 1963 р., завжди буде реалізовано судом при розгляді будь-якої цивільної справи, оскільки цивільне процесуальне законодавство не пов'язувало завдання цивільного судочинства із захистом права саме заявника чи фактом його порушення, а тому ми вважаємо, що захист прав міг відбуватися як при задоволенні позову (захист прав позивача), так і при відмові в позові (захист прав відповідача). Або ж, якщо при відмові в позові захист прав та інтересів відповідача не відбувається через відсутність факту їх порушення чи оспорення позивачем, то тоді міг відбуватися захист публічних інтересів і охорона правопорядку. Тобто «охорона права» завжди мала місце, а відтак, завдання цивільного судочинства в будь-якій справі завжди було виконано.

Водночас, за ЦПК 2004 р., неможливий «захист права» в будь-якій справі; він може мати місце лише за умови встановлення факту його порушення. Проте, як і в ЦПК 1963 р., відсутні обмеження щодо кола осіб, на яких «захист прав» поширюється.

Крім того, виконання цього завдання («захист (охорона) права») за часів дії ЦПК 1963 р., до посилення диспозитивних і змагальних засад в цивільному судочинстві у 1996 р., було можливим завдяки процесуальній активності суду не лише в процесі доказування, але й при уточненні позовних вимог. Це фактично покладало на суддю повну відповідальність перед сторонами за правильність вирішення (розв'язання) спору.

Разом з тим варто зазначити, що таке завдання цивільного судочинства, як «охорона (захист) права», пов'язане з матеріально-правовою стороною правосуддя в цивільних справах та фактично вказує на його наслідки, а не процес, яким є цивільне судочинство. У свою чергу, таке завдання цивільного судочинства, як «розгляд і вирішення цивільних справ», вказує на процесуальну сторону правосуддя в цивільних справах, характеризуючи таким чином сам його процес, спрямований на розв'язання правового питання, а також захист прав та інтересів, якщо їх порушення мало місце.

Вчені-процесуалісти також пов'язують завдання судової влади з процесуальною діяльністю щодо усунення правового конфлікту, встановлення правомірності вимог, визначення виду і обсягу суб'єктивних прав і юридичних обов'язків суб'єктів права [5, с. 175-176; 6, с. 249; 7, с. 19-21]. Звідси робимо висновок, що судова процесуальна діяльність своїм завданням має саме вирішення правового спору (цивільної справи), а не охорону прав, як це було передбачено в ЦПК 1963 р.

До речі, окремі науковці прямо зазначають, що якщо сприймати кожну цивільну справу як певну спірну або конфліктну правову ситуацію, то завданням цивільного судочинства постає вирішення спорів, ліквідація правопорушень і відновлення порушених прав і законних інтересів [8, с. 56].

Отже, можна зробити висновок, що визначення завдань сучасного цивільного судочинства через «вирі-

шення справ» відповідає призначенню правосуддя та юрисдикційній функції суду. Такий висновок також відповідає кореляційному зв'язку між завданням і метою цивільного судочинства з одного боку, та призначенню цивільного процесуального права – з іншого. Тобто процесуальне право має своїм завданням забезпечення реалізації норм матеріального права (коли їх учасники не можуть самостійно реалізувати свої права через виникнення правового спору, розв'язати який має суд), а тому завданням цивільного судочинства має бути саме «вирішення справи» (розв'язання правового спору або усунення правового конфлікту), а матеріально-правовим наслідком (метою) такої процесуальної діяльності може бути «захист права».

Звідси випливає, що «захист права» (як мета сучасного цивільного судочинства) може й не відбутися з різних причин (наприклад, при необґрунтованості вимог позивача та відсутності факту порушення інтересів відповідача, коли суд інтереси жодної з сторін не захищає). Водночас завдання цивільного судочинства – «вирішення справи» (тобто «розв'язання правового спору») – має повністю реалізуватися незалежно від матеріально-правових наслідків вирішення правового спору (наприклад, при пред'явленні надуманого позову про захист вигаданого права правовідносини між сторонами відсутні, тому суд, відмовляючи в позові, лише владно підтверджує відсутність таких правовідносин і, таким чином, припиняє спір, при цьому не захищає права та інтереси відповідача, яких, через відсутність правовідносин, не існує).

Вище ми вже зазначали, що «розгляд і вирішення цивільної справи» означає «розгляд і вирішення спору». Вказівка в завданні на «вирішення» означає успішне завершення цивільно-правового спору, тобто остаточне усунення правового конфлікту між сторонами. Це, на наш погляд, є можливим, коли порушене право позивача отримало судовий захист, тобто було відновлено або захищено в інший спосіб, яке б забезпечило ефективне поновлення в правах або справедливу компенсацію шкоди, або ж коли суд владно підтвердить відсутність між сторонами спірних матеріальних правовідносин і відсутність у позивача права, за захистом якого він звернувся до суду, або ж за наявності спірних матеріальних правовідносин дійде висновку про незаконність чи недоведеність позовних вимог позивача, захистивши таким чином інтереси відповідача. У зв'язку з цим варто приєднатися до думки І.В. Решетнікової і В.В. Яркова, що треба не лише розглядати справу, але й знайти законний шлях вирішення конфлікту, який відповідатиме інтересам сторін [9, с. 27, 28], адже саме судді, які є юристами і діють іменем України, мають створити громадянам всі умови щодо реалізації ними права на справедливий судовий розгляд та ефективний судовий захист.

Разом з тим ефективність виконання цього завдання цивільного судочинства не буде високою через деякі значні перешкоди цьому. Так, по-перше, запровадження активної моделі змагального судочинства (активні сторони–пасивний суд) позбавляє суд можливості з власної ініціативи формулювати предмет доказування і визначати коло необхідних доказів та їх витребовувати з метою встановлення всіх необхідних обставин справи, що входять до предмету доказування, встановлення наявності чи відсутності яких є необхідною умовою застосування відповідної норми матеріального права у спірних правовідносинах та встановлення дійсних прав та взаємовідносин сторін, у випадку змагальної пасивності сторони з різних підстав (наприклад, юридична безграмотність, неявка в судове засідання тощо). Ухвалення в таких випадках заочного рішення про задоволення позову (на підставі «неспростування» відповідачем доводів позивача) або ухвалення формального рішення про відмову в позові (через «ненадання» позивачем потрібних доказів) призводить до формального правосуддя, коли лише завершується судова процесуальна діяльність, а правовий конфлікт між сторонами, що був предметом судового розгляду, залишається не усуненим. Тобто судова діяльність відбулася, а завдання цивільного судочинства не реалізовані.

По-друге, розширення диспозитивних засад цивільного судочинства переклало на позивача всю відповідальність за правильність визначення ним підстав і предмету позову та змісту позовних вимог з урахуванням характеру спірних правовідносин, а суд перетворило в стороннього спостерігача, який має не розв'язувати конфліктну ситуацію, що є завданням цивільного судочинства, а повинен лише «перевіряти» сформульовані позивачем позовні вимоги на предмет їх законності і обґрунтованості, за правильність формулювання яких позивач не може нести відповідальність у вигляді формальної відмови в позові, адже законодавство не зобов'язує його мати юридичну освіту чи користуватися правової допомогою адвоката. В цьому випадку слушним є висловлювання Г.П. Тимченка: «допомогу тому, хто не вміє, – це обов'язок судді» [10, с. 8].

Вищенаведені два головні чинники, які пов'язані із частковим втручанням суду в диспозитивні і змагальні права сторін, коли це необхідно в правосудних цілях (раніше ми вже з'ясували, що активна роль суду зумовлюється функціями судової влади та зацікавленістю суспільства у справедливому вирішенні спору і одноманітному застосуванні законодавства [11, с. 90]), свідчать про потребу законодавчого запровадження активної позиції суду, яка, на слушну думку науковців, з точки зору організації процесу, виступає гарантією досягнення завдань цивільного судочинства, а тому має велике значення для його оптимізації [12, с. 67]. В цьому аспекті варто також приєднатися до думки М.А. Вікут [13] та А.В. Цихоцького [14, с. 159], які наголошують на необхідності збереження активності суду, його прагненні виконати завдання щодо захисту порушеного права, інакше цілі правосуддя не будуть досягнуті і правосуддя не набуває властивостей ефективності.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що на сьогодні цивільне судочинство має своїм завданням (а не метою) вирішення цивільно-правового спору, тобто остаточне усунення правового конфлікту між сторонами, що за своїм змістом відрізняється від завдання цивільного судочинства, що було закріплено в ЦПК 1963 р. («охорона права»), яке стосувалося матеріально-правової сторони правосуддя і вказувало на його наслідки, а не процес, яким є ци-

вільне судочинство. Разом з тим «розгляд і вирішення цивільних справ» пов'язане із процесуальною стороною судочинства, характеризуючи сам його процес по усуненню правового конфлікту, а також захист прав та інтересів, якщо їх порушення мало місце.

Розмежування зазначених завдань цивільного судочинства має не лише теоретичне значення, а й практичне, оскільки завдання визначають зміст і спрямованість всього цивільного судочинства, є критерієм оцінки його ефективності та є вектором для реформування положень процесуального законодавства (наприклад, щодо меж змагальності і диспозитивності), які сьогодні не дозволяють належним чином виконувати зазначене завдання.

Література:

1. Короєд С. О. Завдання цивільного судочинства за законодавством України та країн СНД: аналіз складових чинників / С. О. Короєд // Порівняльно-правові дослідження. – 2012. – № 1–2. – С. 236–242.
2. Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах / За загальною редакцією академіка НАПрН України Я. М. Шевченко. – К. : Харків юридичний, 2011. – 528 с.
3. Цивільне процесуальне право України : [Підруч. для юрид. вузів і фак. / В. В. Комаров, В. А. Бігун, П. І. Радченко та ін.] ; За ред. В. В. Комарова. – Х. : Основа, 1992. – 416 с.
4. Гражданское дело [Электронный ресурс] / Официальный сайт Википедии – свободной энциклопедии. – Режим доступа : http://ru.wikipedia.org/wiki/Гражданское дело.
5. Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса / Под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова. – М. : Издательство «Зерцало», 2003. – 464 с.
6. Дегтярев С. Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве: теоретико-прикладные проблемы / С. Л. Дегтярев. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 376 с.
7. Гражданский процесс : учебник / под ред. проф. Комарова В. В. – Х. : ООО «Одиссей», 2001. – 704 с.
8. Цивільний процес України: академічний курс : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. ; за ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2009. – 848 с.
9. Решетникова И. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России / И. В. Решетникова, В. В. Ярков. – М. : НОРМА, 1999. – 302 с.
10. Тимченко Г. П. Принцип доступності судового захисту в історичному та теоретичному аспектах / Г. П. Тимченко // Судова апеляція. – 2010. – № 3 (20). – С. 6–12.
11. Короєд С. О. Проблема активності суду в цивільному процесі / С. О. Короєд // Судова апеляція. – 2012. – № 2 (27). – С. 83–90.
12. Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні : монографія / Берестова І. Е., Бичкова С. С., Бобрик В. І. та ін., за ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 180 с.
13. Викут М. А. Обеспечение судами прав лиц, участвующих в гражданском деле, как одно из условий эффективности правосудия / М. А. Викут // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве : материалы Всероссийской научно-практической конференции, 31 января–1 февраля 2001 г. – М., 2001 [Электронный ресурс] / Веб-сайт Юридической фирмы «Лиджист». – Режим доступа : http://www.legist.ru/conf/_Vikut.htm.
14. Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. – Новосибирск : «Наука», 1997. – 392 с.

Короед С. А. Охрана прав и разрешение гражданских дел как самостоятельные задачи гражданского судопроизводства в аспекте повышения его эффективности

Аннотация. Статья посвящена исследованию соотношения понятий «охрана прав», «рассмотрение и разрешение дел» и «решение споров» как задач гражданского судопроизводства; выяснению соответствия этих задач назначению правосудия по гражданским делам, а также определению направлений обеспечения реализации задач современного гражданского судопроизводства.

Ключевые слова: правосудие, гражданское судопроизводство, охрана прав и интересов, разрешение гражданских дел, решение споров, задачи, эффективность.

Koroed S. Protection of the rights and resolution of civil cases as independent tasks of civil proceedings in the aspect of improving of its efficiency

Annotation. Article is dedicated to investigation of the correlation between the concepts «protection of rights», «adjudication and resolution of cases» and «settlement of disputes» as the task of Civil Procedure; clarification of the adequacy of these tasks to the purpose of justice in civil cases, as well as the definition of areas of implementation of the tasks of the modern civil proceedings.

Key words: justice, civil proceedings, protection of rights and interests, resolution of civil cases, settlement of disputes, objectives, effectiveness.

УДК 343 (075.8)

Кравцов О. Л.,
здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ

ГЕНЕЗИС І РОЗВИТОК КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ: ВІД ДАВНЬОРУСЬКОГО ПРАВА ДО ЗАКОНОДАВСТВА ПОЧАТКУ XX СТОЛІТТЯ

Анотація. У статті розглянуто історичний розвиток корпоративного права дорадянського періоду на території сучасної України. Доведено, що у будь-який період дорадянської історії головним джерелом норм, які регулюють торговий оборот, у тому числі і корпоративні відносини, було загальноцивільне зобов'язальне право.

Ключові слова: корпоративне право, історія корпоративного права, підвідомчість корпоративних спорів.

Постановка проблеми. Загострення корпоративних проблем в сфері економіки України, питання протидії рейдерству примушує ретельніше придивлятися до досвіду попередніх поколінь, бачити в цьому раціональні способи впорядкування корпоративних відносин, вивірені століттями прийоми вирішення корпоративних конфліктів. Тому вивчення формування правових традицій корпоративних відносин українського народу та їх офіційного оформлення в нормативно-правових актах з давніх часів до початку XX ст. набуває особливого змісту і значення. Крім того, актуальність теми дослідження обумовлена тим, що дотепер відсутні узагальнюючі роботи з цієї теми. Ті праці, що є в розпорядженні дослідників, як правило, мають загальноросійський характер, а дані, що повідомляються, на жаль, є фрагментарними.

Тому метою цієї статті є вивчення й узагальнення досвіду діяльності корпорацій як правової форми об'єднання капіталів для ведення бізнесу, дослідження правових основ корпоративних відносин на території України із найдавніших часів до 1917 року.

Теоретичне підґрунтя дослідження становлять праці Архипова І.В., Балуха В.С., Вернадського Г.В., Карповича М.М., Субтельного О., Сурілова А.А., Шершеневича Г.Ф. та інших істориків і правознавців.

Виклад основного матеріалу дослідження. Найдавнішою формою корпорації можна вважати просте господарське (торгове) товариство, яке активно використовувалося з найдавніших часів купцями для ведення торгових операцій. Така форма дозволяє легко об'єднувати капітали підприємців, не вимагаючи при цьому спеціального апарату управління.

Взагалі, ще у стародавніх римлян вважалося за загальне економічне правило, що краще мати участь невеликими частками в декількох спекуляціях, ніж здійснювати самостійні спекуляції на свій власний ризик. Катон радив капіталісту не споряджати на свій власний рахунок окремий корабель, а разом із 49 капіталістами відправити у море 50 кораблів і мати в кожному з них п'ятдесяту частку [1, с. 420].

Якщо звернутися до історії власне України, то перш за все слід зазначити, що Г.В. Вернадський, а також багато інших істориків, підкреслюють комерційну спрямованість економіки Київської Русі, зазначаючи, що вона не мала специфічно феодальних рис, притаманних Західній Європі [2]. О. Субтельний підкреслює, що на противагу середньовічному Заходу, де земельна аристократія ухилялася від торгової діяльності, в Київській Русі торговлею займалися не лише бояри, але й сам князь [3, с. 73]. Значний розвиток торгівлі і товарно-грошових відносин зумовив необхідність як особистого об'єднання купців, так і об'єднання капіталів. Г.В. Вернадський зазначав, що «об'єднання купців рано склалися в Київській Русі. Із русько-візантийских договорів десятого століття нам відомо, що греки повинні були виділяти кошти на утримання руських купців окремо по містах. Зазвичай купці одного міста являли собою щось схоже на спільне підприємство. Відомо, що в Новгороді вони об'єднались в «сотні». Заможні купці, що приймали участь в зовнішній торговлі, утворили своє власне товариство під назвою «Іваново сто». Вступний внесок до нього доходив до п'ятдесяти гривень сріблом плюс невизначена кількість полотна» [2, с. 142].

Розвиток торгівлі в імперський період викликав появу господарських товариств в новому вигляді. В 1750-х рр. в Росії з'являються перші акціонерні товариства – Темерниковська, Персидська і Середньоазіатська компанії. Заснування в 1799 р. Російсько-американської кампанії було унікальним явищем в історії Россії кінця XVIII-начала XIX ст. Маючи риси акціонерного товариства, компанія також виконувала державно-адміністративні функції [5]. В 20-х роках XIX сторіччя акціонерні підприємства з'являються частіше, а після кримської війни кількість їх швидко зростає, розповсюджуючись на різні галузі народногосподарської діяльності, часто у супровожденні притаманної їм хвороби - акціонерної горячки [2, с. 144].

У кінці XIX-на початку XX такими вченими, як Цитович, Башилов, Гольмстен, Федоров, Шершеневич, була розроблена теорія юридичної особи і, зокрема, господарського товариства.

Узагальнюючи стан законодавства на початок XX століття і практику Правлячого Сенату, Г.Ф. Шершеневич виділяв наступні види товариств:

а) артіль;
б) повне;
в) командитне (на вірі);
г) акціонерне [6, с. 93];
д) також визначаючи виділення із акціонерних то-

вариств новий для того часу вид товариства на паях, близький аналог нинішнього товариства з обмеженою відповідальністю [6, с. 141].

Разом з тим Шершеневич зазначає про наявне на той час падіння корпоративних підвалин купецтва порівняно з попередніми часами, можливо, маючи на увазі розмивання купецтва як суспільного стану, яке знайшло законодавче вираження у Законі від 8 серпня 1898 р. [6, с. 65, 87].

В Россії і до 1917 року, і під час НЕПу більшість купецьких торгових домів існувало саме в формі повних товариств або товариств на вірі. Повні товариства, широко розповсюджені в дореволюційній Росії, як правило, були формою сімейного бізнесу (часто зустрічались товариства братів, батька і синів тощо). До 1917 року разом із терміном «повне товариство» широко використовувався термін «товариство», без вказання на його вид. Замість терміну «учасник» широко використовувався термін «товариш». Така термінологія вказує на історичну давність повного товариства і на особливу, особисто-довірительну природу його утворення.

Шершеневич визначає повне товариство так: «торгове товариство, з боку своєї юридичної природи, є договорним поєднанням особистих або майнових сил, обо тих і інших разом, для провадження торгового промислу від спільного імені. Не можна не бачити в цьому визначенні близької схожості з визначенням купця, і дійсно торгове товариство є колективним купцем» [6, с. 106]. Порядок створення, ліквідації товариства, обмеження на участь в загальних рисах не відрізняются від сучасних норм, встановлених для повного товариства.

Під іменем товариства на вірі розумілося договірне об'єднання осіб для провадження спільними засобами торгового промислу з круговою порукою одних учасників всім своїм майном, інших - лише певним вкладом. Крім ознак, спільних у всіх товариств, товариство на вірі характеризувалося ще особливими ознаками.

а) В товаристві на вірі існує подвійна відповідальність: одні учасники (товариші) відповідають по зобов'язанням товариства всім своїм майном, інші учасники (вкладники) – тільки певним вкладом. Ця обмежена відповідальність сприяє залученню до цієї форми об'єднання більшого числа осіб, ніж до повного товариства.

б) в середині товариства на вірі із учасників з необмеженою відповідальністю складається повне товариство, яке підкоряється правилам, встановленим для цієї форми [6, с. 130-131].

Іноземний бізнес навпаки, заходив у Росію у вигляді акціонерних товариств [5, с. 140-142]. Акціонерне товариство визначалося як договорне об'єднання осіб для спільного провадження торгового промислу, з обмеженою певним вкладом відповідальністю кожного учасника [5, с. 139], і мало особливості:

а) акціонерне товариство представляло об'єднання осіб. Це можуть бути особи як физичні, так і юридичні;

б) в основі об'єднання лежить договор, який виражається для первісних акціонерів в підписці на акції, а для їх наступників – в передачі акцій;

в) характерною ознакою акціонерного товариства представляється обмежена відповідальність всіх членів об'єднання. Цією ознакою відрізняється акціонерне товариство від повного, в якому всі члени відповідають необмежено, від товариства на вірі, де обмежена відповідальність поєднується з необмеженою. Обмеженість відповідальності виражена в певному вкладі, все рівно, у формі акції чи пая;

г) мета об'єднання – провадження торгового промислу. По цій ознаці акціонерні товариства слід відрізняти від акціонерних спілок, які переслідують мету наукову, художню, благодійну [5, с. 140-142].

Також Шершеневич помітив початок утворення нового виду господарських товариств – товариства з обмеженою відповідальністю: «в останній час виникає у нас не мало товариств на паях, які за своєю юридичною природою нічим не відрізняються від акціонерних товариств. Фактично розбіжність зводиться до наступного: а) вклад в акціонерних товариствах приймає форму акції, в товариствах на паях він значиться по книгам; b) в товариствах акціонерних ціна акції звичайно невелика, рідко більша 500 руб., в товариствах на паях одиниці вкладів визначаються в декілька тисяч; c) тому число учасників в товариствах акціонерних більше, в товариствах на паях воно не велике. Абсолютно правий Сенат, стверджуючий, що основою пайового товариства, як і акціонерної компанії, є обмежена відповідальність, якою обусловлюється вся будова і організація товариства. Тому жодної різниці між тими і іншими з точки зору закону не існує: це один вид товариства по основам, формі і по характеру (ріш. кас. деп. 1898, № 31)» [5, с. 141].

Описуючи історію і взаємопов'язаність цивільного і господарського права в Русі, потім Росії, Шершеневич зазначив: «В Россії не було історичних підстав до обособлення торгового права».

В стародавній Россії не було розділу суспільства на стани, які у взаємній боротьбі висунули б свої привілеї. Навпаки, російська історія представляє єдність всього громадянського суспільства. Тому не було грунту для з'явлення феодального або купецького права. Якщо іноді торговий оборот вимагав для себе деяких юридичних особливостей, то вони знаходили собі місце в загальних законодавчих пам'ятниках, а не відокремлювались в особливу систему. Такі, наприклад, встановлення про займ і поклажу в Руській Правді, Псковській Судній Грамоті.

Та ж єдність права спостерігається і в московський період російської історії. В боротьбі за свою політичну самостійність Московська держава сформувала такий суспільний лад, в якому не могло бути місця становій автономії. Все населення являло одну масу, яка служила государю, як представнику ідеї державності. Суспільні класи різнились не по привілеям, а по обов'язкам. Тому судебники Івана III і Івана IV є загальними законами для усіх. Такий же характер носить і Уложеніє Олексія Михайловича. Новоторговий Устав 1667 г. не складає виключення, так як не має взагалі норм приватного права, а лише поліцейські і фінансові постановлення. Будь-які спроби російських діячів поставити російське купецтво, по прикладу західного, на автономну ногу, розбивались о нездатність цього класа відокремитися юридично.

Сословні ідеї входять в російське життя в другій по-

ловині XVIII сторіччя, з великим запозненням. І навіть тут, при створенні для торгового класу особливої юрисдикції, законодавець незмінно наполягав на тому, щоб спеціальні суди керувались загальним правом. Розділ на гільдії отримав виключно фіскальний характер.

Ця ідея єдності приватного права збереглася і в Своді Законів. … Хоча в Своді Законів поряд з цивільними законами (т. X, ч. 1) стоїть Торговий Устав (т. XI, ч. 2), але ближчий розгляд цього розділу виявляє, що в тому вигляді, який він мав при перших виданнях Своду, він наближався до Новоторгового Устава, а не до торгових кодексів. Його зміст складали не норми приватного права, паралельні цивільному, а адміністративно-фінансові постановлення. Коли в 1887 р. при новому виданні цього розділу Свода Законів із нього виділили фінансові і поліцейські положення і відокремили устави вексельний, про неспроможність, торгового судоустрію и судочинства, – в торговому уставі, крім морского права, залишилось лише невелика кількість норм, які стосуються приказчиків и товариств. В останній час Устав Торговий знову поповнюється нормами адміністративного права і по організації торгово-промислового представництва. Звідси очевидно, наскільки небгрунтовано співвдношення нашого торгового устава з сучасними торговими кодексами.

Таким чином, в Росії відсутні історичні традиції на користь відокремленого купецького права. Її діюче право не знає дуалізму приватного права, тому що існування декількох норм, які стосувалися б виключно торгового оборота, так само мало дає підстав говорити про самостійну систему російського торгового права в сучасний час, як і в епоху Руської Правди. Внесений осінью 1913 р. Міністерством юстиції в Державну Думу проект зобов'язального права повністю об'єднує цивільні і торгові правочини» [5, с. 37-38].

Отже ми бачимо, що основною метою створення Торгових уставів (Господарських кодексів) було не регулювання специфічних відносин, які виникають у господарському обороті, а регулювання відносин між державою, владою, і купцем, підприємцем. Тобто те, що сьогодні дослідниками виділяється в адміністративно-господарське право (Кравцова Т.М., Мельник Р.С. та ін.) [7; 8; 9; 10].

Тому логічним є висновок Шершеневича [5, с. 30] «Із сказаного про співвідношення торгового і цивільного прав є наслідком, що торгове право не являє самостійної науки. Воно складає лише частину цивільного правознавства, більш детально розроблену в інтересах окремого викладання. Обособленість же викладання пояснюється значним суспільним інтересом до цієї сфери відносин, складністю останніх, яка породжує практичні труднощі…

Таким чином, торгове право розглядає: а) правові інститути і положення, які складають виключну складову торгового обороту, наприклад, право на фірму; b) правові інститути и положення, хоча і не чужі цивільному обороту, але які мають головне значення в торговому обороті, наприклад, товариства; с) правові інститути і положення, які використовуються як у торговому, так і в цивільному обороті, наприклад, купівля-продаж.

Спроби визначення торгового права з розрахунку на наукову точність не досягають своєї мети. Одні визначають торгове право як сукупність юридичних норм, регулюючих торгові відносини (Азаревич, Цитович, Нерсесов-Гусаков, Нечаєв, Камінка). Це невірно: а) тому що торгове право регулює і не торгові відносини, наприклад, залізничне перевезення домашньої обстановки; b) тому що торгові відносини регулюються і не торговим правом, наприклад, всією загальною частиною зобов'язального права. Інші коммерціалісти розуміють під торговим правом сукупність норм, які використовуються виключно до торгових відносин (Гольмстен, Федоров). Але таких норм надто мало і вони надто уривчасті, щоб можна було скласти із них предмет окремого викладання».

Виходячи з вищезазначеного, не вважається дивним, що XIX сторіччя в Русі, Україні і Росії не існувало ні окремого судочинства для господарських спорів, ні окремих судів. При Петрі I була зроблена спроба створити окремі купецькі суди при магістратах, але вони мали цілком сословний характер і не прижилися, про причини було сказано вище. В 1808 році було засновано Одеський комерційний суд, перший з комерційних судів Російської Імперії. Основна мета створення окремого комерційного суду – спрощення і прискорення судочинства з комерційних спорів в умовах Одеського порто-франко. До початку судової реформи XIX століття він був уже не унікальним явищем – комерційні суди існували також в Таганрозі, Феодосії, Архангельську, Ізмаілі, Петербурзі, Москві, Тифлісі, Ревелі, Варшаві тощо [11, с. 26, 68, 70]. Діяльність комерційних судів в той період регулювалась Указом Імператора від 14 травня 1832 р., яким було затверджено «Устав судопроизводства торгового» [12]. Після судової реформи XIX сторіччя кількість комерційних судів почала зменшуватися. В 1895г. їх було 7, а до початку XX ст. залишилося лише 4 – в Москві, Варшаві, Одесі, Санкт-Петербурзі. При тому Варшавский комерційний суд було ніби вбудовано в систему загальних судів, він використовував при провадженні справ Устав цивільного судочинства [13]. Причина зменшення кількості комерційних судів – судова реформа 60-х років XIX сторіччя, після якої комерційне судочинство не мало переваг перед цивільним судочинством, а значить окреме комерційне судочинство стало непотрібним і залишилось виключно в великих комерційних центрах. Разом з тим слід зазначити, що територіальна юрисдикція окремого комерційного суду визначалася параграфом 145 Устава наступним чином: «ведомство каждого коммерческого суда простирается не далее того города, в котором он учрежден, и уезда оного, разве при самом учреждении суда или впоследствии к нему будут приписаны другие смежные города и уезды. Подсудность по делам, подлежащим ведомству суда, распространяется как на жительствующих в том городе и уездах, так равно и временно пребывающих в оном». Таким чином, зважаючи на нечисленність комерційних судів, більшість справ, які нині відносяться до господарських, завжди розглядалася загальними судами. Комерційні суди діяли до 1917 р., коли Декретом про суд № 1 радянська влада їх ліквідувала.

Що стосується власне юрисдикції корпоративних спорів, то Архіпов І.В. зазначає, що станом на початок XX сторіччя «Найбільш слабкою ланкою в торговому процесі було визначення підвідомчості комерційних су-

дів. Устав судочинства торгового відносив до їх ведення всі спори по торговим оборотам, спори між товаришами, спори між «хозяевами и приказчиками» [13]. Шершеневич же зазначає наступне [5, с. 142]: «згідно зі ст. 2132, т. X, ч. 1 (Своду законів Російської імперії), всі без винятку спори акціонерних товариств розглядаються і вирішуються в загальних, а не в комерційних судах».

Висновки. Таким чином, дорадянську історію розвитку корпоративного права можна поділити на три періоди, яким умовно дамо назву: патріархально-традиційний (до XIX ст), імперський (перша половина XIX ст), імперсько-капіталістичний (друга половина XIX–1917 роки). Законодавче закріплення корпоративних відносин в майже сучасному вигляді відноситься до третього періоду.

Під час цього розвитку в руському і російському праві «торгове право» так і не відокремилося від цивільного. У будь-який період дорадянської історії головним джерелом норм, які регулюють торговий оборот, було загальноцивільне зобов'язальне право. Короткий півсторічний період існування окремої комерційної юрисдикції поряд із загальноцивільною юрисдикцією як торгових, так і корпоративних спорів показав абсолютну непотрібність окремих торгових судів.

Література:

1. Моммзен Т. История Рима. В 5 т. Т. 1. Кн. 3. До битвы при Пидне: Пер. с нем. – М. : ООО «Издательство АСТ»; Харьков : «Фолио», 2001. – 524 с.
2. Вернадский Г. В., Карпович М. М. История России. Ч. 2. Киевская Русь: Пер. с англ. – М., Тверь, Аграф, 1996. – 565 с.
3. Субтельний О., Україна. Історія: Пер. с англ. – К. : «Либідь», 1993.– 718 с
4. Советский энциклопедический словарь. – М.: «Советская энциклопедия», 1984 – 1599 с.
5. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). – М. : Фирма «СПАРК», 1994. – 335 с.
6. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Вступительная статья, Е. А. Суханов. – М. : Фирма «СПАРК», 1995. – 556 с.
7. Кравцова Т. М. Виконавча влада і проблеми регуляторної політики в Україні : монографія. – Суми : Видавничо-виробниче підприємство «Мрія» ТОВ, 2007. – 194 с.
8. Кравцова Т. М. Державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності: організаційно-правові засади реалізації / За заг. ред. академіка Академії правових наук України О. М. Бандурки : монографія. – Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. – 266 с.
9. Кравцова Т. М. Державне регулювання господарської діяльності: адміністративно-правові аспекти : монографія. – Суми : ВВП «Мрія» ТОВ, 2006. – 184 с.
10. Мельник Р. С. Система адміністративного права України /Докторська дисертація. Спеціальність: 12.00.07. – ВНЗ : Харківський національний університет внутрішніх справ, 25.01.11. – 370 с.
11. Балух В. С. Сурилов А. А. Одесский арбитражный суд: два века истории. – Одесса : Юридическая литература, 2001. – 328 с.
12. Устав судопроизводства торгового // Полное Собрание Законов Российской Империи. Том VII, 1832. От № 5053-5876. Собрание Второе. – СПб. : Типография Второго отделения собственного Его Императорского Величества Канцелярии, 1833. – № 5360.
13. Архипов И. В. Коммерческие суды и торговый процесс в России // Правоведение. – 1994. – № 4. – С. 108-120.

Кравцов О. Л. Генезис и развитие корпоративного права на территории Украины: от древнерусского права до законодательства начала XX в.

Аннотация. В статье рассмотрено историческое развитие корпоративного права досоветского периода на территории современной Украины. Доказано, что в любой период досоветской истории основным источником норм, которые регулируют как торговый оборот, так и корпоративные отношения, было общегражданское обязательное право.

Ключевые слова: корпоративное право, история корпоративного права, подведомственность корпоративных споров.

Kravtsov O. The corporative law evolution in Ukraine region: from Old Russian law to law of the beginning of XX c.

Summary. The article reviews pre-Soviet period the corporative law evolution in Ukraine. It is proved that the civil liability right was the main source of rules which govern sales and corporate relations in any period of pre-Soviet history.

Key words: corporate law, the history of corporate law, jurisdiction of corporate cases.

УДК 347.122 : 347.918

Кравцов С. О.,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ

Анотація. Стаття присвячена теоретико-практичним питанням визнання та виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, «внутрішнє» та «іноземне» арбітражні рішення.

Постановка проблеми. Визнання і виконання рішень МКА є найбільш важливим питанням в арбітражному механізмі врегулювання спорів. Якщо арбітражне рішення, винесене в одній країні, не може бути визнане і виконане в іншій країні, це зводить нанівець ефективність МКА. Тому, якщо сторона, що програла спір в арбітражному розгляді, не виконує рішення, винесене арбітром добровільно, то необхідно застосувати примусові засоби виконання даного рішення в державних судах.

Виклад основного матеріалу дослідження. Виконання арбітражних рішень в зарубіжних країнах забезпечується та гарантується багатосторонніми конвенціями, двосторонніми договорами та національним законодавством. Серед цих конвенцій і договорів Нью-Йоркська Конвенція 1958 р. є найбільш глобально прийнятим і найуспішнішим інструментом. З метою забезпечення ефективності та практичності системи вирішення спорів, договірні держави повинні дотримуватися правил, які зазначені у Нью-Йоркській Конвенції 1958 р.

Незважаючи на важливість Нью-Йоркської Конвенції 1958 р., слід зазначити, що вона певним чином обмежує сферу юридичного захисту арбітражних рішень і залишає на розгляд державного суду порядок визнання і приведення до виконання арбітражного рішення. Відповідно, державні суди при розгляді клопотань про визнання та виконання арбітражних рішень наділені правом відмовити у визнанні та виконанні арбітражних рішень. У цьому відношенні при вирішенні цих питань може виникнути проблема співвідношення Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. та внутрішнього законодавства країн, де відповідне рішення виконується.

Проблема визнання та виконання рішень МКА, крім визначення, власне, механізму, процедур визнання та виконання зводиться і до того, який режим визнання та виконання так званих «внутрішніх» та «іноземних» рішень МКА.

Існування і юридичне закріплення як в міжнародних конвенціях, так і в національному законодавстві, поняття «іноземне» арбітражне рішення обумовлює необхідність визначення поняття «внутрішнє» арбітражне рішення.

На жаль, ні Нью-Йоркська Конвенція, ні будь-які міжнародні конвенції з питань МКА не містять ні дефініції «внутрішнього» арбітражного рішення, ні яких-небудь рекомендацій з питання про те, якими критеріями слід користуватися при такій кваліфікації арбітражного рішення.

Сфера застосування Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. визначена надзвичайно широко. Так, відповідно до п. 1 ст. І Конвенції повинні визнаватися і виконуватися будь-які арбітражні рішення, винесені за межами території держави, в якій вимагається таке визнання і виконання. При підготовці тексту Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. були відхилені пропозиції, спрямовані на звуження сфери застосування Конвенції, зазначаючи, що спори, які передані на розгляд до арбітражу, мають бути обов'язково включати іноземні елементи. Таким чином, країни – учасниці Конвенції добровільно погодилися з можливістю обмеження повноважень їх національних судів по розгляду значної частини спорів, які можуть бути пов'язані з діяльністю громадян і комерційних підприємств, що мають тісний зв'язок з їх територією. Достатньо лише, щоб арбітражне рішення було ухвалено на території іншої держави – таким є перший і основний критерій віднесення арбітражного рішення до сфери застосування Нью-Йоркської Конвенції 1958 р.

Більше того, навіть арбітражні рішення, ухвалені на території тієї ж держави, в якій вимагається їх визнання і виконання, будуть підпадати під дію Нью-Йоркської Конвенції 1958 р., тільки якщо вони не вважатимуться «внутрішніми», – це другий критерій, що є додатковим по відношенню до першого.

Якщо застосування першого критерію – умови про ухвалення арбітражного рішення на території іншої держави не викликає особливих труднощів, то другий критерій – положення про те, що рішення не має бути «внутрішнім», – є менш регламентованим.

Деякі країни, на відміну від України, зробили спробу чіткіше розмежувати сферу застосування Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. і внутрішнього національного законодавства про арбітраж, спираючись на другий критерій, сформульований в п. 1 ст. І Конвенції, яка передбачає, що Конвенція застосовується у відношенні визнання і виконання арбітражних рішень, винесених на території держави іншої, ніж та держава, де запитується визнання і виконання таких рішень. Наприклад, в США в Законі від 30 вересня 1970 р., яким Нью-Йоркська Конвенція 1958 р. була введена в дію на території цієї держави, вказується, що спори між сторонами, які є тільки громадянами США або компанії, що інкорпоровані або мають своє основне комерційне підприємство в США, якщо ці спори не передбачають виконання дій

або приведення до виконання за кордоном або не мають зв'язку з іноземними державами, вважатимуться такими, що не підпадають під дію Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. Разом з тим, американський Закон сформульований таким чином, що залишається відкритим питання про те, дається в нім тлумачення тільки другого критерію сфери застосування Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. (про «внутрішнє» арбітражне рішення, винесене на території держави, де вимагається його визнання і виконання) або ж цей Закон відноситься і до першого критерію і тим самим звужується сфера застосування Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. Якщо останнє припущення вірне, то іноземне арбітражне рішення, винесене по спору, сторонами якого є американські компанії, і предмет якого не пов'язаний з діяльністю за межами США, не буде виконано в США на підставі Нью-Йоркської Конвенції 1958 р., зважаючи на обмежувальне тлумачення сфери її застосування, даного в Законі від 30 вересня 1970 р.

У Англії Законом про арбітраж 1975 р. було введено поняття «внутрішнє *(domestic)* арбітражне рішення», як арбітражне рішення, ухвалене на підставі внутрішньої арбітражної угоди в повній відповідності з другим критерієм п. 1 ст. I Нью-Йоркської Конвенції.

В ході підготовки Закону Англії «Про арбітраж» 1996 р., що діє на території Англії з певними умовами – і в Північній Ірландії і Уельсу, також була зроблена спроба сформулювати дефініцію «внутрішнього» арбітражного рішення. Згідно ст. 85 вказаного Закону арбітражне рішення визнається «внутрішнім» при дотриманні двох умов : а) його сторони є підданими або резидентами Великобританії або юридичними особами, інкорпорованими в Великобританії або чиї органи управління знаходяться в Великобританії; б) місцем арбітражу є Великобританія. Таким чином, британське законодавство, на відміну від американського, не містить критерію розумного зв'язку з іноземними державами, необхідного для віднесення арбітражного рішення, винесеного на території Великобританії, до сфери застосування Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. Проте, на відміну від американського законодавства, прийнятого безпосередньо у виконання Нью-Йоркської Конвенції 1958 р., і Типового закону ЮНСІТРАЛ, націленого саме на міжнародний арбітраж, Закон Англії про арбітраж 1996 р. є комплексним актом, який регулює питання як внутрішнього, так і міжнародного арбітражу (включаючи виконання рішень, що відносяться до сфери застосування Конвенції). При цьому дефініція внутрішнього арбітражного рішення включена в розділ цього Закону, який присвячений виключно внутрішньому арбітражу. Більше того, ст.ст. 85-87 Закону Англії «Про арбітраж» 1996 р. так і не набули чинності, оскільки вказана дефініція «внутрішнього» арбітражного рішення була визнана такою, що суперечить законодавству Європейського Союзу з огляду на те, що згідно цієї дефініції проводиться межа між резидентами Англії і резидентами інших країн.

Слід зазначити, що в різних країнах арбітражні рішення кваліфікуються як «внутрішні» (за другим критерієм п. 1 ст. I Нью-Йоркської Конвенції 1958 р.) по-різному. Найбільш ліберальний підхід до цього питання демонструє законодавство Німеччини, яке передбачає, що рішення арбітражу, винесене на її території, проте не розглядатиметься як внутрішнє, якщо сторони підпорядкували арбітраж іноземному праву [1].

Отже, проаналізувавши підходи до розуміння арбітражних рішень, можна зробити висновок, що в п. 1 ст. I Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. сфера її застосування визначається таким чином, щоб максимально обмежити можливість подальшого втручання державного суду при ухваленні арбітражного рішення (з урахуванням подальших положень Нью-Йоркської Конвенції 1958 р., особливо ст. V). Як наслідок, суди країн – учасниць Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. не можуть ні відмінити іноземне арбітражне рішення, ні переглянути його по суті. Спростування такого рішення можливе лише в суді тієї держави, на території якого ухвалене відповідне арбітражне рішення, причому такий суд формально не пов'язаний нормами Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. при вирішенні питання про скасування чи зміну арбітражного рішення. Якщо відносно другого критерію віднесення арбітражного рішення до сфери застосування Конвенції можливі різні тлумачення поняття «внутрішнього арбітражного рішення», то при використанні першого критерію – критерію іноземного місця ухвалення арбітражного рішення – не виникає серйозних труднощів. Під цей критерій підходять абсолютна більшість рішень, визнання і виконання яких вимагається відповідно до Конвенції.

За загальним правилом арбітражне рішення, незалежно від того, в якій країні воно було винесене, підлягає добровільному виконанню сторонами. Добровільність виконання арбітражного рішення цілком відповідає правовій природі міжнародного комерційного арбітражу, оскільки сторони, що добровільно обрали арбітраж як спосіб врегулювання спору, передбачають ще на стадії укладання арбітражної угоди добровільність виконання прийнятого арбітражного рішення. Проте на практиці дуже часто виникає ситуація, коли сторона, проти якої винесено рішення, ухиляється від його добровільного виконання.

В сучасній доктрині МКА виникає певна кількість проблемних питань стосовно визнання та виконання іноземних арбітражних рішень. Першим, і на наш погляд ключовим проблемним питанням, є намагання ототожнити визнання і виконання іноземних арбітражних рішень та іноземних судових рішень.

Питання визнання і примусового виконання іноземних арбітражних рішень як прототипу іноземного судового рішення, знаходить кардинально протилежні відповіді в різних правових системах і в доктрині МКА.

Так, Постановою Ради (ЄС) 44/2001 від 22 грудня 2000 р. «Про юрисдикцію, визнання і приведення у виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах» і раніше Брюссельською конвенцією 1968 р., а також Луганською конвенцією 1988 р., було виключено поняття «арбітраж» із сфери виконання і визнання іноземних судових рішень.

При визначенні обсягу цього виключення в Брюсельській Конвенція 1968 р., Апеляційний суд Великобританії у своєму рішенні по справі Marc Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti Spa зазначив, що міжнародні

угоди, зокрема, Нью-Йоркська конвенція 1958 р., встановлюють правила, за якими сторони спору передають розгляд спору до арбітражу, а також визнання та виконання арбітражних рішень. Звідси випливає, що, виключаючи арбітраж зі сфери дії Брюсельської Конвенції 1968 р. на тій підставі, що він вже підпадає під дію міжнародних конвенцій, договірним сторонам передбачається виключення арбітражу в повному обсязі, в тому числі у справах, порушених в національних судах [2].

Практика в різних державах різноманітна. За англійським правом, якщо сторона отримує рішення іноземного суду, за допомогою якого іноземне арбітражне рішення провадиться у виконання, відповідно таке рішення в Англії може бути виконано відповідно до правил, які застосовуються до виконання рішень іноземних судів.

За німецькими законами процедура екзекватури не може бути визнана або виконана в Німеччині. Однак, якщо арбітражне рішення об'єдналося з рішенням іноземного суду, то кредитори за своїм розсудом мали можливість обрати чи буде виконання «об'єднаного» арбітражного рішення або рішення по так званій процедурі «подвійної екзекватури». Але Федеральний Верховний Суд Німеччини у своєму рішенні дав остаточне вирішення цьому питанню, вважаючи, що тільки арбітражне рішення має право на визнання і виконання [3, с. 34].

У відповідності до § 1 (е) Федерального закону США «Про визнання і приведення у виконання іноземних судових рішень» закон не поширюється на ... (III) арбітражні рішення і іноземні судові рішення, пов'язані з арбітражним рішенням», тобто положення, аналогічне тому, яке має місце в Брюсельській Конвенції 1968 р. Тим не менш § 1 (а) Федерального закону США «Про визнання і приведення у виконання іноземних судових рішень» закріпив, що цей Закон поширюється на іноземні судові рішення, окрім:... (III) іноземних арбітражних рішень або ухвал суду у відношенні угод про арбітраж.

Окремим доктринальним проблемним питанням є порядок визнання іноземного арбітражного рішення, що не вимагають виконання.

Пункт 2 ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» містить норму, згідно з якою, «арбітражне рішення, незалежно від того, в якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим». Таким чином, по тексту цього Закону, для визнання іноземного арбітражного рішення в Україні не потрібно ніякої судової чи іншої процедури – воно визнається автоматично. З цією логікою узгоджується норма п. 4 ч. 2 ст. 122 ЦПК України, відповідно до якої суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим. Таким чином, на перший погляд здається, що ЦПК України визнає преюдиціальну силу в Україні за будь-яким винесеним арбітражним (третейським) рішенням, у тому числі іноземним, якщо в його виконанні не було вже відмовлено державним судом, обґрунтовуючи, тим самим, відсутність в нашому праві спеціальних правил для визнання арбітражних рішень, що не вимагає виконання. Якщо арбітражне рішення автоматично отримує преюдиціальну силу без додаткової процедури його визнання, то – за логікою законодавця – спеціальних правил для визнання без приведення у виконання просто не потрібно, чим досягається передбачена п. 1 ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітра» обов'язковість рішень міжнародних арбітражів.

Зазначимо, що в нашому законодавстві існує спеціальна процедура звернення за відмовою у визнанні іноземного арбітражного рішення, що не вимагає приведення у виконання, і така процесуальна дія в державному суді в принципі можлива. Підставою для нього є норми Указу Президії Верховної Ради СРСР від 21 червня 1988 № 9131-X1 «Про визнання та виконання в СРСР рішень іноземних судів і арбітражів» (далі – Указ). Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 р. «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України», з питань визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів, не врегульованих законодавством України, згідно з Постановою Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» (1545-12) застосовуються у встановлених нею межах відповідні положення Указу Президії Верховної Ради СРСР від 21 червня 1988 р. «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражі». Згідно зі ст. 10 і 11 Указу.»10. Рішення іноземних судів, які не підлягають примусовому виконанню, визнаються без будь-якого подальшого провадження, якщо з боку зацікавленої особи не надійдуть заперечення проти цього. Зацікавлена особа може протягом місячного терміну після того, як йому стало відомо про наявність рішення іноземного суду, заявити до Верховного Суду союзної республіки (в республіках, які не мають обласного поділу), Верховного Суду автономної республіки, крайового, обласного, міського суду, суду автономної області і суду автономного округу за місцем свого проживання (перебування) заперечення проти визнання цього рішення. Заперечення заінтересованої особи проти визнання рішення іноземного суду розглядаються у відкритому судовому засіданні з повідомленням цієї особи про час і місце розгляду. Неявка без поважної причини зацікавленої особи, щодо якої суду відомо, що повістка їй була вручена, не є перешкодою до розгляду заперечень. Якщо зацікавлена особа звернеться до суду з клопотанням про перенесення часу розгляду заперечень і це клопотання буде визнана судом поважним, суд переносить час розгляду і сповіщає про це заінтересовану особу. За розглядом заперечень проти визнання рішення іноземного суду виноситься відповідна ухвала. Копія ухвали у триденний строк з дня її винесення направляється судом особі, на користь якого було винесено рішення іноземного суду, або його представнику і особі, який заявив заперечення проти визнання рішення. Ухвала суду може бути оскаржена до вищестоящого суду в порядку і строки, передбачені законодав-

ством Союзу РСР і відповідної союзної республіки. 11. Положення статей 2-10 цього Указу, за винятком частини другої статті 3, пунктів 1-4 і 6 частини другої статті 5 та частини сьомої статті 10, застосовуються також до іноземних арбітражних рішень, визнання і виконання яких передбачені відповідним міжнародним договором СРСР. Якщо міжнародний договір, на підставі якого запитується визнання та виконання в СРСР арбітражного рішення, не встановлює перелік документів, які додаються до клопотання про дозвіл примусового виконання, або підстави для відмови у визнанні та виконанні, перелік таких документів і такі підстави визначаються за правилами відповідно статей IV і V Конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень, ратифікованої Президіумом Верховної Ради СРСР 10 серпня 1960» [4].

Норми ст. 10 Указу про те, яким чином російський суд може відмовити у його визнанні рішення, що не вимагає приведення у виконання, зберігають свою силу, так як в ЦПК України немає жодних положень, яким вони б суперечили (звичайно, з урахуванням правил ЦПК України про підвідомчість і підсудність, які замінюють собою відповідні положення Указу). Таким чином, для того щоб вважатися визнаним, що не вимагає приведення у виконання в нашій країні, згідно з Указом іноземне арбітражне рішення повинно відповідати лише одному критерію - ставитися до категорії таких арбітражних рішень, які можуть бути визнані і приведені у виконання на підставі міжнародного договору, в якому бере участь Україна, наприклад Нью-Йоркської конвенції.

В. В. Ярков висловлює припущення про те, що іноземні арбітражні рішення, що не вимагають виконання, можуть визнаватися в тому ж порядку, в якому визнаються і виконуються іноземні судові рішення [5, с. 415]. Втім, він не наполягає на цій позиції, вказуючи, що це лише один з варіантів, причому в якості іншого варіанту він посилається на ст. 10 Указу Президії ВР СРСР «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражів» від 21.06.1988 р.

На думку Н.І. Маришевої, питання про визнання іноземного судового рішення, що не вимагає виконання, є в процесуальному законодавстві пробільним і тому повинен вирішуватися на підставі норм ст. 10 Указу Президії ВР СРСР «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражів» від 21.06.1988 р., що є досі єдиним нормативним актом, що безпосередньо регулює це питання [6, с. 19]. Ту ж оцінку можна розповсюдити і на іноземні арбітражні рішення.

Дійсно, норм, що регулюють процедуру, відповідно до якої зацікавлених особа може звернутися до державного суду за визнанням іноземного арбітражного рішення, що не вимагає приведення у виконання, ні в ЦПК України, ні в Указі немає. Така логіка українського законодавця не цілком узгоджується з міжнародною практикою, яка вважає, що визнання рішення, що не потребує приведення у виконання, є самостійною «оборонною» зброєю, до якого заінтересована сторона вдається з метою не допустити передачі дозволеного арбітражем спору на розгляд до державного суд. Таким чином, за кордоном процедура визнання арбітражного рішення (без приведення у виконання) має самостійну процесуальну цінність. Проте, хоча з академічної точки сформульована вище позиція, відповідно до якої в відсутність в ЦПК України спеціальних норм про визнання в нашій країні іноземного арбітражного рішення, що не вимагає приведення у виконання, повинні застосовуватися правила ст. 10 Указу, представляється переконливою, вважаємо, що з практичної точки зору в державних судах таки можливо здійснити таку процесуальну дію, як звернення із заявою про визнання іноземного рішення, що не вимагає приведення у виконання.

Річ у тому, що різниця між детально описаною в українському процесуальному законодавстві процедурою «визнання і виконання» і відсутньою в ньому процедурою «визнання без виконання» дуже тонка, і без звернення до п. 1 ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і ст. 10 Указу Президії ВР СРСР «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражі» від 21.06.1988 р. навряд чи може дати відповіді на всі процедурні питання щодо визнання та виконання арбітражних рішень.

Швидше за все, у судді не виникне складнощів в тому, щоб застосувати правила Конвенції про визнання і приведення у виконання іноземного арбітражного рішення (і українського процесуального законодавства про її реалізацію) до справи про власне визнанні іноземного арбітражного рішення, адже на перший погляд Конвенція регулює обидва ці питання.

Сформульований вище практичний висновок підтверджується наступним прикладом з діяльності Верховного Суду України. До Верховного Суду України надійшло клопотанням заступника генерального директора ВАТ «Алнас» про визнання та виконання на території України рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при торгово-промисловій палаті Російської Федерації від 18 березня 2003 року. В мотивації свого клопотання ВАТ «Алнас» зазнав, що в березні 2003 року рішенням Міжнародного комерційного арбітражного суду при торгово-промисловій палаті Російської Федерації з ТОВ «Хімресурс» на користь ВАТ «Алнас» стягнуто 1 114 634,5 рублів. В липні 2003 р. заступник генерального директора ВАТ «Алнас» звернувся до суду із клопотанням про визнання та виконання на території України зазначеного рішення. Ухвалою апеляційного суду Харківської області від 17 вересня 2003 р. заступнику генерального директора ВАТ «Алнас» у клопотанні відмовлено, мотивуючи це тим, що рішення набрало законної сили і примусовому виконанню не підлягає. Верховний Суд України в своїй ухвалі від 15 грудня 2006 р. погодився із доводами апеляційного суду Харківської області касаційну скаргу ВАТ «Алнас» відхилив [7].

Висновки. Таким чином, можна зробити висновки, що процедура визнання та виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу є досить не визначеною, щодо тлумачення законодавцем дефініцій «внутрішнього» та «іноземного» арбітражного рішення. Також не визначеним залишились питання щодо порядку визнання іноземних арбітражних рішень, що вимагають примусового виконання, оскільки наявна певна неузгодженість в нормативному регулюванні

даного питання (наявність «мертвої» норми, яка закріплена в ст. 10 Указу Президії ВР СРСР «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражі» від 21.06.1988 р.). Подоланням вказаних проблемних питань є приєднання України до єдиноуніфікованої у світі процедури визнання та виконання рішень МКА та відповідно внесення певних змін до діючого законодавства.

Література:

1. German Civil Code – Bürgerliches Gesetzbuch [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iuscomp.org/ gla/statutes/BGB.htm.
2. Marc Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61989J0190&lg=en.
3. Walter, B. Einfuhrung in das Recht der Budesrepublik Deutschland, 6, Aufl. – Muchen, 1992. – S. 172.
4. Указ Президії ВР СРСР «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражі» від 21.06.1988 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_224.
5. Арбитражный процесс : учебник / отв. ред. проф. В. В. Ярков. – М. : Волтерс Клувер, 2003. – 498 с.
6. Марышева, Н. И. Вопросы признания и исполнения в России решений иностранных судов [Текст] / Н. И. Марышева // Журнал российского права. – 2006. – № 8. – С. 9-22.
7. Ухвала Верховного Суду України від 15.12.2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/351302.

Кравцов С. А. Проблемные вопросы признания и исполнения решений международного коммерческого арбитража

Аннотация. Статья посвящена теоретико-практическим вопросам признания и исполнения решений международного коммерческого арбитража.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, «внутреннее» и «иностранное» арбитражные решения.

Kravtsov S. Problems of recognition and enforcement of international commercial arbitration

Summary. The article is devoted to theoretical and practical issues of recognition and enforcement of international commercial arbitration.

Key words: international commercial arbitration, arbitration agreement, «domestic» and «foreign» arbitral awards.

УДК 347.91/95 (477)

Курило М. П.,
кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедрою правосуддя
Сумського національного аграрного університету

СУДОВІ РІШЕННЯ В РІЗНИХ ГАЛУЗЯХ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: МОЖЛИВОСТІ УНІФІКАЦІЇ

Анотація. У статті розглядається поняття судового рішення, його суть, структура, зміст у різних галузях процесуального права. Розмежовуються поняття «рішення суду»,»судове рішення» і «постанова суду». Досліджується поняття «нарадча кімната» та її роль в ухваленні судового рішення. Доводиться можливість уніфікації інституту судового рішення в єдиному Судовому процесуальному кодексі.

Ключові слова: судове рішення, структура судового рішення, особливості судового рішення, зміст судового рішення, нарадча кімната.

Постановка проблеми у загальному вигляді. Конституція України проголошує права і свободи людини і громадянина найвищою цінністю держави, визначаючи основні принципи побудови і функціонування системи органів правосуддя, покликаних забезпечувати захист і відновлення порушених прав. Право на судовий захист є конституційним правом людини (ст. 55 Конституції України), яке не може бути обмежене, крім випадків, передбачених Конституцією України (ст. 64).

Конституційні гарантії втілюються шляхом реалізації процесуальних механізмів судового захисту прав і законних інтересів, установлених галузевим законодавством, зокрема й через ухвалення судом у межах галузевого провадження судових рішень.

Виходячи з цього, ми можемо говорити про розмежування видів судового рішення залежно від виду судочинства: судове рішення в цивільному судочинстві, судове рішення в господарському судочинстві, судове рішення в адміністративному судочинстві, судове рішення в кримінальному судочинстві.

Незважаючи на постійну увагу науковців, питання щодо судового рішення продовжують залишатися одними з найбільш дискусійних у процесуальних галузях права. Дослідники тривалий час намагаються зрозуміти природу судового рішення, його суть, структуру, зміст, вплив на суспільні відносини, обов'язковість його виконання, застосування норм матеріального і процесуального права тощо. Необхідність системного аналізу поняття судового рішення в різних галузях процесуального права зумовила актуальність нашого дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Значним внеском у розвиток теорії судових рішень є наукові праці таких авторів, як С. Абрамов, В. Авер'янов, Н. Александрова, О. Бандурка, Ю. Битяк, І. Голосніченко, М. Гурвич, Е. Демський, А. Клейнман, В. Комаров, Ю. Педько, В. Тертишніков, Н. Чечіна, Д. Чечот, М. Шакарян, П. Шевчук, М. Штефан, К. Юдельсон, В. Ярков, М. Ясинок та інших.

Формулювання основних цілей дослідження. Метою нашого дослідження є визначення суті, структури, змісту поняття судового рішення в різних галузях процесуального права з метою його уніфікації в єдиному Судовому процесуальному кодексі.

Виклад основного матеріалу дослідження. У науковій літературі існують різні погляди щодо визначення поняття судового рішення, що свідчить про складність та багатоаспектність даного питання.

Так, представник цивільного процесуального права А.Ф. Клейнман розглядав судові рішення як постанови суду, у яких дається відповідь на позовні вимоги і визначаються права та обов'язки сторін, що виникають із спірних правовідносин [1, с. 239].

Д.М. Чечот розумів судове рішення як постанови, у яких вирішується по суті матеріально-правовий спір, який є об'єктом процесу з метою захисту прав та інтересів суб'єктів даного спору [2, с. 6].

Набагато пізніше М.Й. Штефан у підручнику «Цивільне процесуальне право України» визначав поняття судових рішень, виходячи з основних складових судового засідання, зазначаючи, що «судові рішення – це акти правосуддя у справі, які ґрунтуються на встановлених у судовому засіданні фактах і застосуванні норм матеріального і процесуального права» [3, с. 402].

М.М. Ясинок стверджує, що судове рішення є індивідуалізованим процесуально-правовим документом, який ухвалюється судом від імені і іменем держави, на підставі норм цивільного процесуального права, зміст якого спрямований на захист прав, свобод та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб. При цьому судове рішення повинно бути загальнообов'язковим, безумовним, законним, обґрунтованим, остаточним з можливою інстанційною оскаржуваністю [4, с. 60]. Дане визначення можна доповнити словами Д.Д. Луспеника про те, що дотримання процесуальних норм, які регулюють порядок ухвалення рішення та процесуальної форми, якій рішення повинно відповідати, гарантує його законність, обґрунтованість та справедливість [5, с. 10].

Науковці в галузі адміністративного процесуального права Н.В. Александрова і Р.О. Куйбіда характеризують дане поняття з точки зору адміністративної суті судового процесу, зазначаючи, що в адміністративному процесуальному праві суд постановляє постанови, якими вирішує вимоги адміністративного позову по суті, усуваючи в такий спосіб публічно-правовий спір [6, с. 131].

У господарсько-процесуальному праві, на думку В.Д. Чернадчука, В.В. Сухоноса, поняття рішення пов'язується з його ухваленням відповідно до норм матеріального і процесуального права та фактичних

обставин справи, із достовірністю встановлених судом [7, с. 161].

У той же час В.І. Тертишніков, говорячи про судове рішення, вказує, що судове рішення – це найважливіший документ суду, оскільки воно є владним актом по суті розглянутої справи. Як документ судове рішення ухвалюється від імені держави і іменем держави. Рішення являє собою наказ, веління, імператив, що адресується як учасникам процесу, так і відповідним органам держави. Разом з тим судове рішення є процесуальним документом, оскільки воно містить ряд даних інформаційного характеру. Судове рішення є підсумком судової діяльності і містить остаточний висновок суду про права та обов'язки сторін, приписує їм певну поведінку на майбутнє. Отже, судове рішення, підсумовує дослідник, – це акт судової влади, що здійснює захист порушених або оспорюваних прав громадян, юридичних осіб, суспільства та держави шляхом підтвердження наявності або відсутності правовідносин та припису суб'єктам певної поведінки в майбутньому [8, с. 209-210].

Як бачимо, науковці різних процесуальних галузей права демонструють однотипне уявлення про зміст судового рішення та ті вимоги, яким останнє повинно відповідати. Виходячи з таких теоретичних підстав, ми можемо визначити уніфікаційні позиції та виокремити характерні уніфікаційні ознаки інституту судового рішення, зокрема: а) судове рішення є процесуально-правовим документом, який має виключно письмову форму; б) судове рішення є юридичним фактом, зміст якого є обов'язковим для виконання всіма фізичними та юридичними особами без винятку на всій території України; в) ухвалення судового рішення здійснюється виключно судом відповідно до норм процесуальних кодексів (цивільного, господарського та адміністративного) іменем держави і проголошується від імені держави; г) у судовому рішенні зазначається суть матеріально-правового спору та порядок його вирішення відповідно до норм матеріального та процесуального права; д) судові рішення є структурованими, з притаманним кожній із його частин змістом; є) у судовому рішенні зазначається можливість його оскарження в інстанційно-процесуальному порядку.

При цьому судові рішення мають свої особливості: а) вони діють у необмеженому просторі й часі; б) після набуття чинності вони є незмінними; в) судові рішення породжують, відновлюють, визнають права, свободи та інтереси як фізичних, так і юридичних осіб; г) судові рішення підлягають примусовому виконанню і з цих підстав є джерелом обов'язкової сили, оскільки вони ухвалюються від імені держави та її іменем на основі норм процесуального права, зміст якого втілюється в конкретні процесуальні правовідносини; д) судове рішення є матеріалізованою формою захисту суб'єктивних прав, свобод та інтересів особи, яке має імперативний характер.

Незважаючи на те, що в кожному із трьох процесуальних проваджень є свій предмет спору, усе ж вищезазначені особливості є характерними для всіх судових рішень без винятку.

На нашу думку, доцільно зупинитися на розмежуванні таких понять як «рішення суду», «судове рішення» і «судова постанова». Словосполучення «рішення суду» має місце як в Цивільному процесуальному (ст. 213, 215 ЦПК), так і в Господарському процесуальному кодексах України (ст. 82, 83, 84, 85, 87, 88 ГПК). У той же час у главі 5 КАС України міститься лише назва «судові рішення». Частина 1 ст. 158 КАС України зазначає, що «судове рішення, яким суд вирішує спір по суті, викладається і виконується у формі постанови», а судове рішення, яким суд зупиняє, закриває провадження у справі, залишає позовну заяву без розгляду або приймає рішення щодо інших процесуальних дій, клопотань, викладається у формі ухвали (ч. 2 ст. 158 КАС України). Таким чином, законодавець не розмежовує поняття «судове рішення» і «постанова суду», вважаючи дані поняття синонімами. Разом з тим В.І. Тертишніков у науково-практичному коментарі до Цивільного процесуального кодексу України зазначає, що словосполучення, яке вжито у ст. 208 ЦПК України: «судові рішення викладаються у формі рішення» та «судові рішення викладаються у формі ухвали» є не зовсім вдалими як з точки зору теорії, так і з точки зору судової практики. При цьому автор, не обґрунтовуючи своєї позиції, зазначає, що «більш вдалим є словосполучення «судові постанови», які у свою чергу поділяються на судові рішення та ухвали» [9, с. 260].

Ми вважаємо, що поняття «судове рішення» є більш традиційним і змінювати його на поняття «судова постанова» сьогодні є недоречним.

Кожне судове рішення ухвалюється судом у нарадчих кімнатах. Проте законодавець мало приділив уваги поняттю «нарадча кімната», оскільки жоден із процесуальних кодексів не розглядає порушення таємниці нарадчої кімнати як безумовну підставу для скасування судового рішення (ч. 3 ст. 309 ЦПК України), незважаючи на те, що дана частина судового процесу є однією з найважливіших у судочинстві, оскільки в цій частині судового процесу формується і в цілому складається один із найважливіших і основних процесуальних документів – судове рішення. Слід зауважити, що «на практиці поняття нарадчої кімнати, як і її таємниці, в окремих випадках виявляється фікцією. За даними Державної судової адміністрації України переважна більшість судів розміщується у приміщеннях, у яких через брак площі немає можливості створити належні умови для здійснення правосуддя: немає достатньої кількості залів судових засідань та нарадчих кімнат [10, с. 56].

Нарадча кімната – це спеціальне, передбачене процесуальними нормами права, приміщення (ч. 1 ст. 195 ЦПК, ч. 1 ст. 153 КАС, 82 – 1 ГПК), у межах якого продовжується судове засідання в закритій формі, де принцип гласності судового засідання не діє. Ухвалення судового рішення вважається суто технічною частиною судового процесу. З одного боку, це так, але з іншого – укладення судового рішення є звуженими процесуальними діями суду, оскільки останні виконуються виключно судом і не пов'язуються з безпосередніми процесуальними правовідносинами. Разом з тим такі дії є невід'ємною частиною процесуальної форми судових

процесів. Тому вважати, що судове засідання закінчується із закінченням судових дебатів – неправомірно. Усі дії суду по ухваленню судових рішень у нарадчих кімнатах є процесуальними і включають у себе аналітично-процесуальну роботу суддів. При цьому необхідно звернути увагу на те, що таємниця нарадчої кімнати має два заборонних сегменти. Це таємниця щодо ухвалення судового рішення як процесуального документа (це висловлення суду щодо змісту доказів, їх переконливості, обговорення доказів тощо) і таємниця дій суддів. Суть такої роботи полягає у великій за обсягом і часом дослідницькій роботі суду, яка потребує великої концентрації уваги, фізичних сил та практичного досвіду. Суд оцінює докази, які були предметом дослідження в судовому засіданні, зіставляючи їх зміст між собою. Оцінюючи докази, суд повинен зважати на їх належність до предмету доказування та допустимість таких доказів з точки зору їх змісту, форми засвідчення тощо. Таким чином, суд за допомогою змістовної частини доказів відтворює ті чи інші події, які мали місце в минулому, порівнюючи їх одночасно між собою та тією вимогою і тим матеріальним законом, який діє чи діяв на момент тих чи інших цивільних, господарських чи адміністративних правовідносин.

Такий підхід дає можливість суду зрозуміти суть конфлікту. Так, мотивувальна частина судового рішення включає в себе: а) установлені судом обставини і визначені щодо них правовідносини; б) мотиви, з яких суд вважає встановленими або відсутніми ті чи інші факти. Ураховуючи дані обставини, суд зазначає, які докази він бере до уваги, а які відхиляє, викладаючи в цій частині свої мотиви таких дій. Крім того, суд обов'язково повинен зазначити ті нормативно-правові акти, які регулюють встановлені судом правовідносини, тобто точно вказати назву статті, її частину, абзац, пункт, підпункт закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуальний закон, яким суд керувався.

Треба зазначити, що вимоги закону, які регулюють зміст цих трьох частин судового рішення (постанови), є не тільки обов'язковими для цивільного, господарського чи адміністративного судочинства, але й змістовно однаковими.

Так, у резолютивній частині як ключовій частині судового рішення міститься суть відповіді суду на ті чи інші вимоги матеріально-правового характеру. Така відповідь являє собою юридичний висновок суду, який випливає з описової і мотивувальної частини судового рішення. Юридичний зміст цієї частини ґрунтується на висновках суду про задоволення позову або відмову в задоволенні позову повністю або частково; висновки суду по суті позовних вимог; розподіл судових витрат; строки і порядок набрання рішенням законної сили та його оскарження. Резолютивна частина судового рішення повинна бути повною, тобто охоплювати висновки щодо кожної вимоги позивача та зустрічного позову відповідача в разі його наявності. Вона повинна бути зрозумілою, чіткою, вичерпною, безумовною із зазначенням прізвищ сторін, найменувань юридичних осіб.

Аналогічні вимоги до змісту судового рішення мають як Господарський процесуальний кодекс, так і Кодекс адміністративного судочинства України. Така ідентичність усіх частин судового рішення, їх змісту говорить про реальну уніфікаційну можливість інституту судового рішення з відтворенням в ньому єдиних вимог, які будуть передбачені в Судовому процесуальному кодексі України.

Разом з тим як цивільні, так і господарські та адміністративні справи за своєю складністю, навіть в межах однакових їх категорій, не є однаковими. Є категорії справ, у яких матеріально-правовий спір об'єднує три, чотири і навіть п'ять вимог. У той же час є справи, у яких наявна одна чи дві вимоги. Безумовно, їх розгляд потребує, з одного боку, витрат різного процесуального часу, а з іншого – різного обсягу судових рішень. Зрозуміло, це не означає, що всі цивільні, господарські чи адміністративні справи обов'язково повинні оскаржуватися в апеляційному порядку. У цій частині не можна не погодитися з думкою Фазикош Г. В., яка вважає, що «у практиці є достатньо випадків, коли сторони не мають наміру оскаржувати рішення, мотиви суду їх взагалі не цікавлять, і, одержавши лише виписку із рішення, вони не звертаються до суду за його повним текстом. Зокрема, це частина рішень у справах про розірвання шлюбу, про передачу безхазяйного нерухомого майна у комунальну власність, про встановлення факту родинних відносин та ін. Виникає запитання: чи є потреба витрачати час на виготовлення повного тексту рішення у цих випадках. Очевидно, що ні. Тому ми вважаємо, що доцільно змінити процесуальний закон, зобов'язавши суд виготовити повний текст судового рішення лише у випадках подачі на нього заяви про апеляційне оскарження чи апеляційної скарги, у разі проголошення рішення (неповного тексту) за відсутності сторони, а також за письмовою заявою сторони, поданою у десятиденний строк» [11].

Ми підтримуємо думку дослідниці і вважаємо, що настав час змінити структуру судових рішень у нескладних справах, вилучивши з них мотивувальну частину. До таких справ можна віднести справи про розірвання шлюбу, стягнення аліментів на неповнолітніх дітей чи дружину, справи окремого провадження тощо. Практика показує, що сьогодні судові рішення у справах дітей війни, чорнобильців є однотипними. Це ж стосується і справ про банкрутство. Мотивувальна частина таких рішень просто переписується суддями з рішення в рішення.

На нашу думку, суди без жодної правової шкоди можуть ухвалювати судові рішення, наприклад, у частині розірвання шлюбу, у скороченому варіанті – без мотивувальної частини. Це може мати місце і в судових рішеннях про стягнення аліментів, а також у всіх вищезазначених справах.

Разом з тим ми не ставимо за мету усунути мотивувальну частину з судового рішення. Ми говоримо про те, що мотивувальну частину судового рішення суди можуть складати по нескладних справах лише тоді, коли на такі судові рішення подано апеляційну скаргу. Про те, що такі зміни об'єктивно назріли, засвідчує і судова статистика.

Так, у 2010 році місцеві загальні суди з ухваленням судового рішення розглянули 1 млн. 398 тис. цивільних

справ. До апеляційних судів надійшло 341 тисяча 700 справ. Таким чином, 1 млн. 57 тис. справ, які мали мотивувальну частину, не оскаржувалися в апеляційному порядку. Це означає, що для сторін це не мало жодного значення, написання ж мотивувальної частини, відігравало лише роль контролю за суддями місцевих судів.

Сьогодні все більшого значення набуває суддівська правотворчість, яка включає в себе прецеденті рішення Верховного Суду України, Конституційного суду України, Європейського суду з прав людини. Необхідно зазначити, що питання прецедентного права в Україні до цього часу ще не набуло своєї завершеної доктринальної форми.

У той же час суддівська правотворчість мала місце й раніше, оскільки судові рішення ухвалювалися і ухвалюються більшістю голосів, якщо така справа слухається в колегії суддів, але це, як правило, стосується апеляційного та касаційного суду. На рівні загальних судів першої інстанції, окрім деяких справ окремого провадження (ч. 4 ст. 234 ЦПК України – справи про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення в цивільній дієздатності особи; визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою, усиновлення; надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку; обов'язкова госпіталізація до протитуберкульозного закладу розглядається у складі судді і двох народних засідателів), питань пов'язаних з процедурою банкрутства в господарському судочинстві та адміністративних судах у разі їх «особливої складності» (ч. 2 ст. 24 КАС) розглядається колегіально. Такий різний підхід до складу суду не дає точного уявлення про те, у якому складі суди України повинні ухвалювати судові рішення. Так, стягнення коштів по заборгованості заробітної плати, за затримку розрахунку, трудової книжки, поновлення на роботі в цивільному судочинстві будуть розглядатися суддею одноособово, незважаючи на жодну складність таких справ. У той же час аналогічні справи, які подав до адміністративного суду державний службовець, за його клопотанням можуть розглядатися колегіально у складі трьох професійних суддів (ч. 2 ст. 24 КАС). Зрозуміло, це сприяє більш суттєвому судовому захисту державних службовців порівняно з іншими працівниками. Уніфікація процесуальних кодексів зумовить однотипне розуміння змісту процесуальних норм під час розгляду різних категорій справ у всіх судах.

Висновки. Проведене нами дослідження доводить, що суть, структура, зміст судового рішення в різних галузях процесуального права є однотипними, а значить, є всі можливості для уніфікації інституту судового рішення в єдиному Судовому процесуальному кодексі.

На нашу думку, уніфікація інституту судового рішення, безумовно, призведе до єдиного розуміння його змісту, структури, форми, підстав для його оскарження, скасування та ухвалення нових рішень. Такий підхід надасть можливість сконцентрувати вимоги до цього важливого процесуального документа в одному процесуальному кодексі з єдиним розумінням процесуально-правових понять та їх правозастосування.

Література:

1. Клейнман А. Ф. Советский гражданский процеКлейнман А. Ф. Советский гражданский процесс / А. Ф. Клейман. – М. : Изд-во МГУ, 1954.
2. Чечот Д. М. Постановление суда первой инстанции по гражданским делам / Д. М. Чечот. – М., 1959.
3. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України / М. Й. Штефан. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре»«, 2005.
4. Ясинок М. М. Судове рішення в позовному та окремому провадженні цивільного процесуального права (теоретичний аспект) / М. М. Ясинок // Бюлетень Міністерства юстиції України: Офіційне видання: Міністерство юстиції України. – 2008. – № 5. – С. 56–62.
5. Луспеник Д. Д. Законність, обгрунтованість і справедливість судового рішення – основні чинники авторитету судової влади / Д. Д. Луспеник // Вісник Верховного Суду України – 2010. – № 1. – С. 10–12.
6. Александрова Н. В. Основи адміністративного судочинства в Україні : навч. посіб./ Н. В Александрова, Р. О. Куйбіда. – К. : Конус-Ю, 2006.
7. Господарське процесуальне право України : підруч. / В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос, В. П. Нагребельний, Д. М. Лук'янець. – Суми : ВТД «Університетська книга», 2006.
8. Тертишніков В. І. Цивільний процес України : наук.-практ. посіб. / В.І. Тертишніков. – Харків : Юрайт, 2012.
9. Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. – Харків : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2007.
10. Організаційне забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції України у 2006 році. Інформаційно-аналітичні матеріали / Державна судова адміністрація України. – К. : Державна судова адміністрація України, 2007.
11. Фазикош Г. В. Судове рішення в цивільному судочинстві: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Фазикош Ганна Василівна. – Харків, 2008.

Курило Н. П. Судебные решения в разных отраслях процессуального права: возможности унификации

Аннотация. В статье рассматриваются понятие судебного решения, его суть, структура, содержание в разных отраслях процессуального права. Определяются понятия «решение суда», «судебное решение», «постановление суда». Исследуется понятие «совещательная комната» и его роль в постановлении судебного решения. Доказывается возможность унификации института судебного решения в едином Судебном процессуальном кодексе.

Ключевые слова: судебное решение, структура судебного решения, особенности судебного решения, содержание судебного решения, совещательная комната.

Kurylo N. To the problem of defining the concept of the object of legal relations in different branches of procedural law

Summary. The article considers views of scientists studying different branches of law on definition of the object of legal relations. The author studies the essence of the concept, and its content in different branches of procedural law. The author gives unified definition of the object of legal relations that will be included in the Integrated Court Procedural Code.

Key words: procedural legal relations, object of legal relations, content of procedural legal relations, proceedings, interest.

УДК 346.2

Лукач І. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ СУБ'ЄКТІВ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Анотація. Стаття присвячена визначенню поняття, ознак та видів суб'єктів корпоративних правовідносин.

Ключові слова: суб'єкти корпоративних правовідносин, корпоративні правовідносини, корпоративне управління, корпорації.

Постановка проблеми. Питання визначення особи суб'єктом корпоративних правовідносин є важливим завданням як для теорії, так і для практики. У залежності від того, чи визнаємо ми особу суб'єктом корпоративних правовідносин, буде залежати спосіб захисту її інтересів тощо. Коло суб'єктів корпоративних відносин є специфічним, яке відрізняється від кола інших суб'єктів господарських правовідносин. Особливістю є те, що деякі суб'єкти можуть вступати виключно в корпоративні відносини, тоді як в інших правовідносинах вони не можуть нести суб'єктивні права та обов'язки. До того ж корпоративне право – дуже динамічна галузь права і деякі особи, яких ми поки не згадуємо в цьому дослідженні, згодом можуть стати суб'єктами корпоративних правовідносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Суб'єктами корпоративних правовідносин у своїх працях займалися О. М. Вінник, Кравчук, В. С. Щербина тощо. Втім, потреби часу потребують переосмислити підходи до визначення суб'єктів корпоративних відносин та передивитися підходи до їх класифікації, що і є метою нашої статті.

Виклад основного матеріалу дослідження. З позицій доктрини теорії радянського права визнання особи суб'єктом радянського права відбувалося в силу розповсюдження на дану особу чи організацію радянських законів [1, 12]. З категорією суб'єктів правовідносин тісно пов'язане поняття правосуб'єктності. Правосуб'єктність – це здатність особи бути суб'єктом права, тобто учасником правовідносин, носієм суб'єктивних юридичних прав та обов'язків. Воно включає в себе як здатність самостійно мати права та обов'язки, так і здатність до їх самостійного здійснення [2, с. 145].

Для того, щоб визначити суб'єктів корпоративного права, потрібно виділити їх особливості. Першою особливістю є те, що суб'єкти корпоративних правовідносин вступають у відносини з корпоративного управління та здійснення корпоративних прав, що складають об'єкт корпоративних правовідносин. Як правило, при визначенні суб'єктів корпоративних правовідносин виходять чи з права особи на корпоративні права, чи з права корпоративного управління та найчастіше згадують корпорації. Однак це штучно розділяє корпоративні правовідносини та не дає цілісне уявлення про їх суб'єктний склад (зауважимо, що з'ясування поняття корпоративних правовідносин не є предметом цієї статті). Таким чином, всі особи, які вступають у зазначені правовідносини, позначені нами як корпоративні, стають суб'єктами корпоративного права.

Другою особливістю є формалізація суб'єктів. Потрібно зазначити, що коло суб'єктів корпоративних відносин, хоча і є широким, але обмеженим. Тобто, будь-який учасник господарських відносин не може стати суб'єктом корпоративних відносин. Таке входження, як правило, є формалізованим, тобто на те, що особа є учасником корпоративних відносин, має бути відповідна вказівка в певному нормативному акті. Можна привести приклад з трудовим колективом, який довгий час не згадувався в Законі України «Про господарські товариства» (лише Законом № 622-XIV(622-14) від 05.05.99 їм було надане право брати участь в роботі наглядової ради з правом дорадчого голосу), проте ч. 1 ст. 34 Закону України «Про акціонерні товариства» надав їм право бути присутніми на загальних зборах за запрошенням особи, що скликає збори. Таким чином, трудовий колектив став суб'єктом корпоративних правовідносин і здатен нести права та обов'язки.

Третьою особливістю суб'єктного складу є його виключність. Річ у тому, що деякі суб'єкти корпоративних відносин можуть вступати виключно в корпоративні відносини та не мати правомочностей на вступ до інших господарських відносин. Мова йде про органи корпоративного управління, дослідженню яких присвячена окрема наша стаття. Вони не вступають в інші, окрім корпоративних, правовідносини. Також такими суб'єктом є, наприклад, вже згадані органи корпоративного управління та трудовий колектив.

Четвертою особливістю є наявність суб'єктів із спеціальним статусом. Акціонери, учасники, члени кооперативу, органи корпоративного управління тощо, вступаючи в корпоративні відносини, набувають спеціального статусу, який відмінний від їх статусу як фізичної чи юридичної особи. Наприклад, тільки особа, що набула статусу акціонера та є власником простих акцій, має право на участь в управлінні акціонерним товариством; отримання дивідендів; отримання у разі ліквідації товариства частини його майна або вартості частини майна товариства;отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства (ч. 1 ст. 25 Закону України «Про господарські товариства»).

П'ятою особливістю є підпорядкованість учасників. У цьому зв'язку ми не згодні з позицією, що корпоративні учасники є рівними. Погоджуючись з тим, що

учасники корпоративних відносин мають рівні критерії виникнення, зміни чи припинення у них корпоративних прав [3, с. 200], їх практична реалізація є абсолютно різною. При цьому, тут не іде мова про просту економічну очевидність – те, що великі акціонері мають більшу можливість на вплив діяльності акціонерного товариства через свої значні пакети акцій. Наприклад, порядок реалізації значного пакету акцій (ст. 64 Закону України «Про акціонерні товариства») суттєво відрізняється від продажу однієї акції. Підпорядкованість також проявляється і в залежності одних суб'єктів від інших. Наприклад, дочірні підприємства залежні від холдингової компанії (тут використовується наукова, а не законодавча термінологія). Корпоративні правовідносини є чітко ієрархічні та прописані на рівні законів та підзаконних актів, а також локальних актах корпорації.

Шостою ознакою є конфлікт інтересів суб'єктів корпоративних правовідносин. Цю ознаку всебічно розкрила О. М. Вінник у своїй монографії [4]. У зв'язку з цим зазначимо, що інтереси в корпоративних правовідносинах часто можуть заводити суб'єктів в різні боки і породжувати конфлікти. Ці конфлікти суттєво відрізняються від, наприклад, договірних, оскільки можуть тривати досить довго та залучати все більше коло суб'єктів. Наприклад, продаж значного пакета акцій вже створює конфлікт – колишній-майбутній акціонер та саме акціонерне товариство, однак можуть бути зачеплені інтереси міноритарних акціонерів, трудового колективу та органів корпоративного управління. Саме тому нормативне закріплення інтересів суб'єктів корпоративних правовідносин відбувається досить деталізовано і з регулюванням можливих конфліктів.

Разом з тим, ми не згодні, що в суб'єктному складі корпоративних правовідносин обов'язково має бути присутнім суб'єкт господарювання, до яких належать і господарські товариства [4, с. 130-131]. Наведемо приклад, у випадку купівлі-продажу частки у статутному капіталі ТОВ правовідносини виникають між учасником ТОВ та покупцем. Не можна не згадати, що на деяких стадіях цього процесу саме ТОВ також може приймати участь, але саме в момент купівлі-продажу ТОВ не вступає у корпоративні відносини.

Класифікація поглядів на види суб'єктів господарювання уявляється досить складною, оскільки суб'єктів корпоративного права є багато. Тому ми наведемо думки, які найбільш характерними для класифікації суб'єктів. Для цієї мети ми оберемо вузький та широкий підхід.

У рамках вузького підходу, до суб'єктів вносять лише учасників та корпорацію. Так, при аналізі праці Д. В. Ломакін, який замовчує питання класифікації суб'єктів корпоративних правовідносин, можна прийти до висновку, що такими є корпорація, та учасники корпорації (хоча він вводить органи управління до Глави про суб'єктів корпоративних правовідносин проте робить висновок, що вони такими не є) [5, с. 237-334].

В рамках вузького підходу В. А. Бєлов висловлює оригінальну думку, що за своїм суб'єктним складом корпоративні відносини діляться на: 1) відносини учасників загальної діяльності по відношенню один до другого; 2) відносини учасників загальної діяльності зі створенням для її втілення штучним суб'єктом; 3) відносини між конкретними учасниками; 4) відносини за участю осіб, що виконують функції штучного суб'єкта, що втілює загальну діяльність [6, с. 66, 60, 69]. Фактично, тут мова іде про участь суб'єктів у корпоративних правовідносинах, які автор класифікує як загальна діяльність. При їх дослідженні уявляється, що загальна діяльність є майже еквівалентом майнових відносин у розумінні В. С. Щербини [7, с. 239], а відповіді на те, хто ж є конкретним суб'єктом корпоративних правовідносин – немає. При аналізі тексту випливає, що вчений притримується вузького підходу, вводячи туди таких суб'єктів, як компанії-реєстратори.

Вузького підходу притримуються автори монографії «Корпоративне управління», хоча досить детально аналізують діяльність органів корпоративного управління, але не визнаючи за ними статусу суб'єкта корпоративних правовідносин [3, с. 337-448]. Такого ж підходу дотримуються автори підручника «Корпоративне право України» [8, с. 16-18, 88].

Широкий підхід включає до складу суб'єктів корпоративних відносин органи корпоративного управління та органи корпоративного управління [9, с. 22-23]. В підручнику «Корпоративне право» під редакцією І. А. Еремичева класифікація суб'єктів відсутня, проте з аналізу змісту випливає, що автори підтримують широкий підхід [10]. Те ж саме можна сказати про підхід Т. В. Кашаніної [11]. В. С. Щербина також включає до корпоративних правовідносин органи корпоративного управління [7, с. 239-250]. Ми є прибічниками широкого підходу, оскільки він дає змогу всебічно представити весь спектр корпоративних правовідносин.

Ще ширше суб'єктів корпоративних правовідносин розуміє О.М. Вінник. Зокрема, вводиться такий вид учасників корпоративних відносин як опосередковані – кредитори товариства (при зменшенні статутного фонду товариства, в процесі його реорганізації чи ліквідації), НКЦПФР (у разі участі її представника при проведенні реєстрації акціонерів, що прибули для участі в загальних зборах), АМК (у разі порушення законодавства в процесі придбання контрольного чи блокуючого пакету акцій) [4, с. 133]. Ми підтримуємо таку позицію, оскільки опосередковані учасники мають виконати певні дії, щоб суб'єкти корпоративних відносин просто не змогли б реалізувати свої права та обов'язки. Наприклад, згідно з ч. 6 ст. 52 ЗУ ПРО ГТ у випадку зменшення статутного капіталу ТОВ кредитори мають бути повідомлені та мають право вимагати дострокового припинення або виконання відповідних зобов'язань товариства та відшкодування їм збитків.

Попри очевидність можливої участі опосередкованих осіб у корпоративних правовідносинах, не всі науковці поділяють цю точку зору, аргументуючи тим, що управління корпоративними правами держави здійснює уповноважена особа на підставі договору, а безпосереднім суб'єктом корпоративних правовідносин є держава [13, с. 51]. Ми маємо декілька аргументів на заперечення даної думки. На нашу думку, питання правосуб'єктності суб'єктів корпоративних прав держави має вирішуватися за аналогією з іншими обкатами державної власності. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» управління

об'єктами державної власності – здійснення КМУ та уповноваженими ним органами, іншими суб'єктами, визначеними цим Законом, повноважень щодо реалізації прав держави як власника таких об'єктів, пов'язаних з володінням, користуванням і розпоряджанням ними, у межах, визначених законодавством України, з метою задоволення державних та суспільних потреб. З цього визначення випливає наступне. Держава є власником об'єктів державної власності, по-друге, управління об'єктами державної власності здійснює не держава, а її органи. Примітивно кажучи, в іншому випадку не було б зрозуміло – що кому належить і хто за що відповідає. Особливості ж корпоративного управління державним майном полягають в тому, що організаційно-господарських відносин в них набагато більше, ніж у звичайному управлінні, тому вони мають бути більш детально закріплені в нормах права.

Кравчук В. М. до кола суб'єктів корпоративних правовідносин вводить юридичну особу (тобто, корпорацію – наше уточнення), учасників, які мають корпоративні права, органи корпоративного управління та органи державного управління корпоративними правами держави [14, с. 13]. Потім його позиція була уточнена наступними суб'єктами: засновники [15, с. 38]. У цьому зв'язку, ми погоджуємося, що засновники є учасниками корпоративних правовідносин, ці відносини виникають ще до реєстрації корпорації [5, с. 31; 17, с. 308].

Наведемо ще одну класифікацію. Англійському праву про компанії притаманна така класифікація суб'єктів: інсайдери або акціонери, та аутсайдери – всі, хто протистоять акціонерам в корпоративних відносинах [17, с. 5].

Зауважимо, що при класифікації суб'єктів корпоративних правовідносин можна досить легко піти шляхом запозичення економічних класифікацій, які не мають юридичного значення. Ми хотіли б запропонувати дві авторські класифікації дві авторські класифікації суб'єктів корпоративних правовідносин. Перша класифікація за критерієм участі суб'єктів в інших господарських правовідносинах: учасники корпоративних та інших господарських правовідносин (сама корпорація, її учасники, кредитори, органи державної влади та місцевого самоврядування)та учасники виключно корпоративних правовідносин (органи корпоративного управління, суб'єкти управління, групи акціонерів, асоційовані особи та трудовий колектив). Хочемо зауважити, що така класифікація має не тільки теоретичне, але і практичне значення. Не можна не погодитися з тим, що у другої групи права та обов'язки є урізаними. Так, їх реалізація судового захисту на сьогодні є дуже обмеженою. Як правило – це чи «корпоративний» позов у рамках п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК, або ж трудовий позов. Щодо інших суб'єктів, ми вже давали оцінку, чому ми їх включаємо до зазначеного переліку, тому дамо оцінку трудовому колективу. Його як раз, на нашу думку, несправедливо забувають науковці при дослідженні корпорацій за поодинокими виключеннями. Так, О. М. Вінник згадує трудовий колектив, як осіб, яким належать приватні інтереси в господарському товаристві та пропонує механізм його залучення до корпоративного управління [4, с. 142]. Ми вважаємо, що трудовий колектив є учасником корпоративних правовідносин з наступних міркувань. На жаль, участь трудового колективу в корпоративному ТОВ та кооперативах не закріплена чинним законодавством України, а про його участь в управлінні акціонерними товариствами вже згадувалося вище. Тому на сьогодні вже можна говорити про трудовий колектив як суб'єкт корпоративних правовідносин. Втім, це закріплення не йде у порівняння з тим регулюванням участі трудового колективу в управління корпорації, які є в зарубіжних країнах.

У 2001 р. була прийнята Директива з участі працівників в Європейській компанії [18] (тобто не будь-якій, а яка була створена згідно із Статутом Європейської компанії). Основні ідеї, закріплені в Директиві, такі: 1. Директива пропонує три моделі участі працівників: їх представництво у наглядовому чи виконавчому органі; вони представлені як відділений орган; інші моделі, які б забезпечували представництво у наглядовому чи виконавчому органі, за якими рівень інформативності та консультативності був би таким же, як і у першому варіанті. 2. Закріплено, що представництво працівників має бути забезпечено на такому матеріальному та фінансовому рівні, щоб воно могло виконувати свою функцію. 3. Вводиться механізм представництва не менше 25% працівників при прийнятті рішення про злиття. Зауважимо ще раз, що ця Директива не розповсюджується на всі компанії ЄС, а лише на Європейську компанію. В рамках ЄС є різне закріплення представників працівників. Так, в Англії вони представництво в раді Директорів взагалі не закріплено [19]. Найбільш повно інтереси трудового колективу на участь в управлінні захищені в німецькому законодавстві. Приблизно 1/3 в раді директорів має належати представникам трудового колективу [20, с. 3].

О. М. Вінник пропонувала віддати в межах 1/3-1/4 посад у наглядовій раді представникам працівників [4, с. 344] на зразок німецької моделі. На нашу думку, національна корпоративна система до такого кроку поки не готова, як не готові інші корпоративні моделі, оскільки соціально орієнтована німецька модель є взірцевою, але далеко не всі держави навіть ЄС можуть з нею порівнятися, про що ми зазначаємо у нашій статті. З іншого боку, ми не погоджуємося з сьогоднішньою позицією законодавця про факультативну участь представників трудового колективу в загальних зборах. Пропозиції щодо їх можливої участі на засіданнях наглядової ради також не принесе користі працівникам, оскільки така участь є рекомендованою, а не обов'язковою. У перспективі представники трудового колективу мають увійти до наглядової ради з повноцінним правом для голосування. Зауважимо, що у Франції тільки зараз у результаті реформи всі компанії з більш ніж 5 тисячами працівників у Франції (і/або більш ніж 10 тисячами – в усьому світі) будуть зобов'язані включити представників працівників до складу своїх адміністративних або наглядових рад з повним правом голосу. В залежності від розміру ради виділятиметься одне або два місця [21]. До того ж мова має іти, на наш погляд тільки про представництво в ПуАТ, як компаній, в яких інтереси працівників можуть бути найбільш незахищені а важливими для держави виходячи з суспільної та економічної значущості цього виду корпорації. Ви-

ходячи з таких позицій, вважаємо, що в законодавстві потрібно закріпити обов'язкову участь представників працівників на загальних зборах та в наглядовій раді з правом дорадчого голосу.

Якщо спиратися на досвід Франції, то можна віднайти цікаву формулу участі в корпоративному управлінні для працівників державних підприємств. Ще до реформи вони входили до наглядової ради з повним голосом. Вважаємо, що з огляду на специфічну соціальну та економічну функції державних публічних акціонерних товариств, цей досвід може бути корисним для України.

Другою нашою класифікацією є поділ суб'єктів на суб'єктів управління та здійснення корпоративних прав. За великим рахунком, будь-який акціонер може бути суб'єктом контролю чи управління. Але, якщо подивитися правді у вічі, то про який контроль чи управління може іти мова, коли ми говоримо, про акціонера ПуАТ, у якого є лише одна акція. Теоретично його акція може стати вирішальною, однак навряд чи це може відбутися на практиці, така вірогідність є мізерною. Разом з тим у такого акціонера залишається право на інформацію, участь у загальних зборах, однак, якщо такий акціонер не вступив у блок з іншими, навряд чи його діяльність можна назвати контролем чи управління. Занадто мала його майнова участь в товаристві, щоб він його контролював чи управляв ним. Разом з тим ніхто не може позбавити його права на те, щоб бути присутнім на загальних зборах чи отримувати дивіденди. Саме тому такий акціонер не управляє чи контролює акціонерним товариством, а здійснює корпоративні права. Не можна не погодитися з тим фактом, що якщо такий акціонер вступає в блок із іншими, вони можуть отримати меншість у товаристві та отримують реальний вплив, однак, тут фігурує не один акціонер, а група. Тому саме група є суб'єктом корпоративного права, що здійснює контроль та управління, а не окремо взята людина. З огляду на таке, ми підтримуємо позицію О. М. Вінник про необхідність закріплення колективного позову в ГПК [4, с. 272].

Висновки. Таким чином, *суб'єктом господарських правовідносин – є особи, що мають суб'єктивні права та обов'язки, що закріплені в нормативних актах, вступають у відносини з корпоративного управління та здійснення корпоративних прав*. Ознаками суб'єктів господарських правовідносин є: 1) суб'єкти корпоративних правовідносин вступають у відносини з корпоративного управління та здійснення корпоративних прав; 2) формалізація суб'єктів; 3) виключність суб'єктного складу є його; 4) наявність суб'єктів із спеціальним статусом; 5) підпорядкованість суб'єктів; 6) конфлікт інтересів суб'єктів корпоративних правовідносин. Нами запропоновані наступні класифікації суб'єктів корпоративних правовідносин: 1) За участю суб'єктів в інших господарських правовідносинах: учасники корпоративних та інших господарських правовідносин, а також учасники виключно корпоративних правовідносин; 2) поділ суб'єктів на суб'єктів управління та здійснення корпоративних прав. Подальшого наукового дослідження потребує з'ясування суб'єктивних прав та обов'язків суб'єктів корпоративних правовідносин.

Література:

1. Мицкевич А. В. Субъекты советского права. – М. : Госюриздат, 1962. – 211 с.
2. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М. : Юрид. лит.,1966. – 187 с.
3. Корпоративне управління : монографія / І. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисова; За ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : Право, 2007. – 498 с.
4. Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення : монографія. – К. : Атіка, 2003. – 352 с.
5. Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. – М. : Статут, 2008. – 512 с.
6. Белов В. А. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики. – М. : Юрайт, 2009. – 678 с.
7. Щербина В. С. Суб'єктигосподарського права. – К. : ЮрінкомІнтер, 2008. – 263 с.
8. Корпоративне право України: підручник / за заг. ред. В. В. Луця. – К. : ЮрінкомІнтер, 2010. – 384 с.
9. Корпоративное право. Отв. ред. И. С. Шиткина. – М. :WoltersKluwer, 2007. – 648 с.
10. Корпоративное право : учебное пособие / Московский университет МВД России (МУ МВД); Закон и право; под ред. И. А. Еремичева; Е. А. Павлова. — 3-е изд., перераб. и доп.. – М. : ЮНИТИ-ДАНА Закон и право, 2010. – 440 с.
11. Кашанина Т. В. Корпоративное право. – М. : НОРМА– ИНФРА-М, 1999. – 486 с.
12. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правовіаспекти): Монографія / Заг. ред. В. В. Луця. – Тернопіль, Підручники і посібники, 2007. – 320 с.
13. Кравчук В. М. Корпоративне право. – К., 2005. – 720 с.
14. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : монографія. – Львів : Край, 2009. – 464 с.
15. Кибенко Е. Р. Корпоративное право : учебное пособие. – Х. : «Эспада», 1999. – С. 71.
16. Company law. P. 5. О. М. Вінник. – С. 142.
17. Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees //http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0086:EN:HTML.
18. The UK Corporate Governance Code 2012 // http://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-September-2012.aspx.
19. Larry Fauvera, and Michael E. Fuerst. Does Good Corporate Governance Include Employee Representation?
20. Evidence from German Corporate Boardshttp://www.biscayneconsulting.net/images/laborfuerst.pdf. C. 3 P. 47.
21. Франція: розширення участі трудящих в управлінні підприємствами // http://fpsu.org.ua/news/66-nasha-borotba/mizhnarodna-diyalnist/1787-frantsiya-rozshirennya-uchasti-trudyashchikh-v-upravlinni-pidpriemstvami.

Лукач И. В. Понятие и виды субъектов корпоративных правоотношений

Аннотация. Статья посвящена определению понятия, признаков и видов субъектов корпоративных правоотношений.

Ключевые слова: субъекты корпоративных правоотношений, корпоративные правоотношения, корпоративное управление, корпорации.

Lukach I. Concept and types of parties to corporate legal relations

Summary. The articleisdevotedtothedefinition as well asfeaturesandtypesofparties to corporatelegalrelations.

Key words: parties to corporate relations, corporate legal relations, corporategovernance, corporations.

УДК 349.2

Майкут Х. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ

ДО ПИТАННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ФОРМИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Анотація. Розглядається питання участі нотаріуса у захисті цивільних прав при вчиненні нотаріальних дій. Досліджується правова природа нотаріальної форми захисту цивільних прав, її значення, а також місце у системі юрисдикційних форм захисту цивільних прав та інтересів.

Ключові слова: нотаріат, захист та охорона цивільних прав, форма захисту цивільних прав, нотаріальні дії, вчинення виконавчого напису.

Постановка проблеми. Важливою гарантією реалізації прав та свобод учасників цивільних правовідносин є створення належного механізму їх правового захисту. З огляду на це, проблема захисту цивільних прав набуває неабиякої актуальності. Виходячи з положення про те, що захист цивільних прав є однією з найважливіших категорій цивільного права, у Цивільному кодексі України даній проблематиці присвячено окрему главу.

Проголошення України суверенною державою зумовлює потребу держави в утворенні міцної та стабільної інституційної системи охорони та захисту прав та законних інтересів осіб. Цьому, безперечно, має сприяти нотаріат як один із правозахисних інститутів, діяльність якого спрямована на забезпечення законності прав учасників цивільних правовідносин.

Стан дослідження. Інститут захисту цивільних прав та інтересів в цілому та окремі його аспекти неодноразово були предметом дослідження відомих науковців як у галузі теорії права, так і у галузі цивільного права, зокрема: М.М. Агаркова, С.С. Алексєєва, А.І. Базилевича, Л.М. Баранової, В.П. Грибанова, І.В. Жилінкової, О.В. Дзери, З.В. Ромовської, Б.Ю. Тихонової, Є.О. Харитонова, Я.М. Шевченко. Вагомий внесок у дослідження актуальних проблем нотаріальної форми захисту цивільних прав зробили І.Г. Бережна, Н.В. Василина, А.П. Вершинін, Ю.В. Желіховська, Р.А. Майданик, Я.П. Панталієнко, Т.М. Підлубна та інші.

Метою статті є з'ясування значення захисту цивільних прав нотаріусом, а також дослідження місця нотаріальної форми захисту у системі юрисдикційних форм захисту цивільних прав та інтересів.

Виклад основного матеріалу. Стаття 15 ЦК України [1] закріплює право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання.

Метою захисту цивільного права є його відновлення, а у разі неможливості цього – компенсація завданої порушенням цього права шкоди. Досягнення цієї мети залежить від наявності ефективного механізму захисту. Захист суб'єктивних цивільних прав здійснюється у встановленому законом порядку, тобто за допомогою застосування належних форм, засобів та способів захисту [2, с. 197-202].

У цивільному праві під формою захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів розуміється комплекс внутрішніх взаємоузгоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав, що відбуваються в рамках єдиного правового режиму і здійснюваних уповноваженими органами, а також самою уповноваженою особою (носієм права) [3, с. 50; 4, с. 63].

У науковій літературі представлено значну кількість думок щодо форм захисту цивільних прав та інтересів, що обумовлено застосуванням різних критерій для їх розмежування і класифікації.

Так, А.А. Добровольський і С.А. Іванова вказують на позовну та непозовну форму захисту цивільних прав та інтересів [5, с. 25].

С.В. Курилев форми захисту цивільних прав і законних інтересів класифікував за характером зв'язку юрисдикційного органу зі сторонами спору, виділяючи при цьому: 1) вирішення справи за допомогою юрисдикційного акту однієї зі сторін спірних правовідносин; 2) вирішення справи за допомогою акту органу, що не є учасником спірних правовідносин, але пов'язаного з одним або обома учасниками спірного правовідношення певними правовим або організаційним зв'язками; 3) вирішення справи органом, що не є учасником спірних правовідносин і не пов'язаний з ними правовими або організаційними відносинами, крім процесуальних [6, с. 145].

Взявши за критерій природу юрисдикційного органу, що здійснює захист, Є.О. Харитонов виділяє наступні форми захисту цивільних прав, а саме: судовий захист (ст. 16 ЦК України), адміністративний захист (ст. 17 ЦК України), захист нотаріусом (ст. 18 ЦК України), самозахист (ст. 19 ЦК України), захист за допомогою інших громадських, державних та міжнародних інституцій та органів [7, с. 183].

Враховуючи вищенаведені та інші погляди науковців, можна вказати на існуванні двох основних форм захисту цивільних прав: юрисдикційної та неюрисдикційної.

Суть юрисдикційної форми полягає в тому, що особа, право якої порушено, оспорюється чи не визнається, звертається за захистом до державного чи іншого компетентного органу, який уповноважений приймати необхідні міри для відновлення порушеного права або припинення правопорушення [2, с. 203]. У рамках юрисдикційної форми захисту цивільних прав та інтересів можна вести мову про загальний порядок захисту прав у судах і про спеціальний порядок захисту – адміністративний та нотаріальний.

Можливість захисту цивільних прав нотаріусом передбачено статтею 18 ЦК України. Стаття 5 Закону України «Про нотаріат» [8] зобов'язує нотаріуса сприяти громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав і захисті законних інтересів.

На відміну від різноманітних способів захисту цивільних прав у суді, нотаріус, відповідно до ст. 18 ЦК України, здійснює захист тільки в один спосіб – шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку передбачених законом.

Таке законодавче положення піддається критиці з боку окремих науковців. Так, В.М. Марченко та Н.В. Саутенко зазначають, що редакція ст. 18 ЦК України звужує роль нотаріуса лише до захисту цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису, ігноруючи охоронну функцію, та не відображає всієї суті нотаріату, що призводить до невикористання всіх можливостей та потенціалу цього інституту. На їх думку, поза увагою законодавця залишилися інші нотаріальні дії, що так чи інакше спрямовані на захист прав осіб, зокрема, накладення нотаріусами заборони щодо відчуження нерухомого майна (майнових прав на нерухоме майно) і транспортних засобів, що підлягають державній реєстрації; прийняття нотаріусами на зберігання документів; посвідчення фактів, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту, та фактів, що фізична особа є живою, перебування фізичної особи в певному місці, часу пред'явлення документів; прийняття нотаріусами в депозит грошових сум та цінних паперів; вжиття нотаріусами заходів щодо охорони спадкового майна, що за своєю суттю сприяють захисту нотаріусами цивільних прав громадян та юридичних осіб [9, с. 193-194].

Баранова Л.М. подібні міркування вважає спірними, стверджуючи, що лише у випадку вчинення виконавчого напису нотаріус здійснює захист цивільних прав. Всі ж перераховані вище нотаріальні дії спрямовані не на захист цивільних права, а на охорону або попередження їх порушення [2, с. 208].

У контексті вирішення зазначеної проблеми, важливим видається з'ясування співвідношення категорій «захист» та «охорона» цивільних прав.

Розглядаючи позиції науковців з питання співвідношення понять охорони та захисту цивільних прав та інтересів, Желіховська Ю.В. виділяє наступні групи поглядів: 1. Це різні, але схожі поняття (З.В. Ромовська, М.С. Малєін, В. Василькова та інші). 2. Це різні стадії існування суб'єктивного цивільного права (О.Ф. Скакун та інші). 3. Суб'єктивне право охорони включає в себе право на захист (Т.І. Ілларіонова, Л.О. Красавчикова, М.Й. Бару, О.А. Пушкін, А.С. Шевченко та інші). 4. Право на захист є ширшим і охоплює за своїм обсягом право охорони (Т.Є. Абова, О.П. Сергєєв, Г.М. Стоякін та інші) [10, с. 6].

На нашу думку, незважаючи на те, що правовий захист тісно пов'язаний з правовою охороною, це є різні поняття за змістом, які повинні розмежовуватися і використовуватися для позначення різних правових явищ. Розмежування цих взаємопов'язаних понять лежить в площині моменту настання порушення прав та інтересів.

У доктрині цивільного права під поняттям «охорона цивільних прав» розуміється система заходів, які здійснюють органи державної влади та громадські об'єднання та направлені на попередження порушень прав людини або усунення перешкод, що не є порушеннями, на шляху здійснення прав і свобод [11, с. 11]. Зазначена система включає заходи не лише правового, а й економічного, політичного, організаційного, виховного та іншого характеру, спрямовані на забезпечення усіх необхідних умов для здійснення суб'єктом своїх прав. До правових заходів охорони належать усі визначені законодавством цивільно-правові заходи, за допомогою яких забезпечується функціонування та розвиток цивільних правовідносин у їх нормальному, непорушному стані [12, с. 736].

У загальному вигляді, виходячи із положень глави третьої ЦК України «Захист цивільних прав та інтересів» випливає, що під захистом слід розуміти дії уповноваженого суб'єкта, а також діяльність юрисдикційних органів та осіб, які у передбаченому законом порядку зобов'язані вжити достатніх заходів для поновлення порушеного, оспорюваного чи невизнаного цивільного права [6, с. 144].

Виходячи з вищенаведеного, слідує, що тільки вчинення виконавчого напису здійснюється нотаріусом у той час, коли суб'єктивне цивільне право особи вже порушено. Дана нотаріальна дія є основним позасудовим безспірним способом примусового виконання зобов'язань, який дозволяє кредитору при дотриманні певних формальних вимог за допомогою нотаріуса здійснити швидке поновлення своїх порушених прав у разі невиконання боржником своїх обов'язків [13, с. 82].

Нотаріат як інститут громадянського суспільства виконує функцію охорони та захисту гарантованих Конституцією та законодавством України прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб шляхом вчинення нотаріальних дій нотаріусами від імені держави.

Той факт, що нотаріус діє від імені держави, дав підстави окремим науковцям віднести захист цивільних прав нотаріусом до адміністративної форми захисту. Такий підхід властивий насамперед для авторів радянського періоду, де нотаріат був державним і традиційно розглядався в якості органу державного управління [14, с. 12-15; 15, с. 60]. Та і сьогодні серед науковців не існує єдиної точки зору. Так, в науковій літературі пропонується віднести захист цивільних прав нотаріусом до адміністративної форми, пояснюючи це фактом призначення нотаріуса на посаду, а також контролем за виконанням професійних обов'язків нотаріуса органом юстиції [16, с. 20-21] , а нотаріальні органи вважати або органами державного управління з адміністративним характером діяльності [17, с. 15], або органами, які є по своїй суті адміністративними, але з особливим статусом [18, с. 21-22].

Даючи відповідь на питання, до якої форми захисту слід віднести захист цивільних прав нотаріусом, перш за все потрібно враховувати, що природу того чи іншого юрисдикційного органу визначає не стільки специфіка його утворення, а також контроль за його діяльністю, скільки сам характер цієї діяльності. У зв'язку з цим слушною видається думка В.В. Баранкової, яка зауважує, що адміністративні органи, будучи складовою механізму виконавчої влади,

покликані здійснювати особливий вид державної діяльності – виконавчо-розпорядчу, специфіка якої полягає у практичному виконанні вимог закону та інших нормативних актів. Очевидно, що органи юстиції, зокрема нотаріат, подібних завдань не виконують, оскільки є не виконавчо-розпорядчими, а правоохоронними органами і здійснюють діяльність щодо охорони права від порушень, захисту прав, а також попередження правопорушень [19, с. 190]. Нотаріус не працює на правах адміністративного органа, не управляє якою-небудь сферою, а застосовує норми права, як і суд. Правова природа нотаріату не управлінська, а правозастосовна. Хоча органи управління також займаються правозастосуванням, але для них більш характерне застосуванням норм права у формі оперативно-виконавчої діяльності, під якою розуміють організацію виконання правових норм, позитивне регулювання за допомогою індивідуальних актів [20, с. 45].

Крім того, адміністративний порядок захисту цивільних прав за своїм характером відповідає таким відносинам, які засновані на підпорядкуванні одного суб'єкта іншому. Специфіка розгляду справи нотаріальним органом полягає втому, що нотаріус не перебуває в особливих відносинах з особами, котрі звертаються за здійсненням нотаріальної дії, і не має ніякої зацікавленості в результаті [20, с. 45]. При здійсненні захисту цивільних прав нотаріус виступає як приватна особа, яка реалізує надані їй публічно-правові повноваження.

За своєю функціональною природою діяльність нотаріусів найбільш близька до діяльності суду, оскільки здійснюється в інтересах фізичних та юридичних осіб і має метою функцію контролю та врегулювання цивільних правовідносин. Нотаріат захищає інтереси, пов'язані з установленням очевидних фактів і обставин, тоді як суд установлює такі факти й обставини, існування яких не є очевидним і вимагає досить великого аналізу доказів [21, с. 14-15]. Іншими словами, на відміну від судової діяльності, предметом якої є переважно спори про право, специфіка розгляду справ нотаріальними органами полягає в тому, що повноваження нотаріуса поширюється винятково на вирішення безспірних справ. При цьому слід зазначити, що захист прав нотаріусами не має остаточного характеру. Дії нотаріальних органів можуть бути оскаржені в суді.

Висновки. Право на захист кожний учасник цивільних правовідносин здійснює на свій розсуд за власним волевиявленням. На сьогодні в уповноваженої особи є достатньо широкий вибір форм захисту цивільних прав та інтересів. У кожному конкретному випадку особа, права та інтереси якої порушені, самостійно вирішує всі питання, пов'язані з вибором засобів захисту та їх практичної реалізації, про ефективність і доцільність використання тієї чи іншої форми захисту, зокрема нотаріальної.

На сучасному етапі становлення і розвитку цивільно-правових засад нотаріату інтерес науковців до правових проблем у сфері нотаріальної діяльності поступово підвищується, оскільки нотаріат як інститут громадянського суспільства покликаний створювати належні умови для ефективної реалізації норм права фізичними та юридичними особами, захищати їхні суб'єктивні права. Відтак він є одним із важливих чинників формування правової держави.

Література:

1. Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.
2. Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб : колективна монографія / В. Л. Яроцький, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва, І. В. Жилінкова та ін. / За наук. ред. проф. В. Л. Яроцького. – Х. : Юрайт, 2013. – 272 с.
3. Базилевич А.И. Формы защиты субъективных гражданских прав : дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / А. И. Базилевич. – Ульяновск, 2001. – 205 с.
4. Ярова Т. М. Поняття і види форм захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів / Т. М. Ярова // Науковий вісник Чернівецького університету: Правознавство. – 2007. – Вип. 375. – С. 63–67.
5. Добровольский А. А. Основные проблемы исковой формы защиты права / А. А. Добровольский, С. А. Иванова. – М. : Изд-во МГУ, 1979. – 159 с.
6. Мацегорін О. І. Поняття та зміст захисту цивільних прав / О. І. Мацегорін // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 143–147.
7. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К. : Істина, 2003. – 776 с.
8. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 року № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
9. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 1: Загальні положення / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – 320 с.
10. Желіховська Ю. В. Охорона цивільних прав та інтересів нотаріусом : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ю. В. Желіховська. – К., 2012. – 20 с.
11. Тихонова Б. Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита: автореф. дис. … на соискание науч. степени канд. юрид. наук / Б. Ю. Тихонова. – М., 1972. – 26 с.
12. Цивільне право України : підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – 736 с.
13. Бережна І. Г. Способи захисту цивільних прав та інтересів нотаріусом / І. Г. Бережна // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 79–84 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://arhive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/12bigtin.pdf.
14. Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров / В. П. Воложанин. – Свердловск : Северо-Урал. книжн. изд-во, 1974. – 204 с.
15. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д.М. Чечот; Ленингр. ордена Ленина гос. ун-т им. А. А. Жданова. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1968. – 72 с.
16. Вершинин А. П. Способы защиты гражданских прав в суде : дис. … д-ра юрид. наук в форме науч. доклада : 12.00.03 / А. П. Вершинин. – СПб., 1998. – 56 с.
17. Радзієвська Л. К. Нотаріат в Україні / Л. К. Радзієвська, С. Г. Пасічник. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 525 с.
18. Дякович М. М. Нотаріальне право України : навч. посіб. / М. М. Дякович. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 686 с.
19. Баранкова В. В. Нотариальная деятельность как правовая форма / В. В. Баранкова // Проблемы законности. – 1996. – № 3.
20. Підлубна Т. М. Нотаріальна форма захисту цивільних прав та інтересів / Т. М. Підлубна // Науковий вісник Чернівецького університету: Правознавство. – 2010. – Вип. 533. – С. 44–48.
21. Чечот Д. М. Неисковые производства / Д. М. Чечот. – М. : «Юридическая литература», 1973. – 322 с.

Майкут К. В. К вопросу нотариальной формы защиты гражданских прав

Аннотация. Рассматривается вопрос участия нотариуса в защите гражданских прав при совершении нотариальных действий. Исследуется правовая природа нотариальной формы защиты гражданских прав, ее значение, а также место в системе юрисдикционных форм защиты гражданских прав и интересов.

Ключевые слова: нотариат, защита и охрана гражданских прав, форма защиты гражданских прав, нотариальные действия, совершения исполнительной надписи.

Maykut K. Concerning the notarial form of protecting civil rights

Summary. A notary's participation in protection of civil rights while performing notarial actions is considered. The legal nature of the notarial form of protecting civil rights, its importance and place in the system of jurisdiction forms of civil rights and interests are studied.

Key words: notarial system, protection of civil rights, form of protection of civil rights, notarial actions, writing a notary writ.

УДК 346:658:849.7

Молчанова М. Є.,
аспірант кафедри господарського права
Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ОГОЛОШЕННЯ ПРО ПРОВЕДЕННЯ ТОРГІВ

Анотація. У статті розглянуто доктринальні підходи до визначення юридичної природи оголошення про проведення аукціонних торгів, які існують у вітчизняному праві та у науці зарубіжних країн. Проведено ретельний аналіз законодавства України у галузі аукціонного товарообігу та досліджено прецедентне право держав англо-американської правової системи з цього питання. За результатами дослідження запропоновано доктринальне визначення юридичної природи оголошення про проведення господарських аукціонних торгів.

Ключові слова: торги, аукціон, господарський аукціон, оголошення про проведення торгів.

Постановка проблеми. Аукціонний товарообіг є вагомою складовою механізму реалізації товарів у країнах з ринковою економікою, до яких належить й Україна. Однак на сьогодні національна нормативна база у галузі аукціонної діяльності не врегульовує всіх аспектів проведення аукціонних торгів, одним з яких є порядок розміщення оголошення про проведення аукціону. Зазначене детермінує потребу в проведенні ґрунтовного доктринального дослідження даної проблематики з метою вироблення практичних рекомендацій для учасників аукціонної діяльності та винайдення шляхів подолання прогалин у законодавстві.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Юридична природа оголошення про проведення торгів у господарському праві й досі залишається невизначеною. В останні роки дослідження вказаної проблематики проводилося у рамках цивілістичної науки. Серед науковців, які вивчали особливості юридичної природи про проведення торгів, можна назвати як українських вчених: С.О. Бородовськоий, Н.Л. Полішко, Л.П. Долгополова, так і російських: Є.С. Рязанова, В.С. Груздєв та інші. Окрім того, дане питання є предметом дослідження англомовних юридичних праць К. Еліот, Ф. Квіна, Б. Волстон-Дунхама. Разом з тим проведення аналізу наукових робіт цих та інших авторів надає підстави констатувати відсутність єдиної загальноприйнятої концепції, яка детермінує сутність такої складової аукціону, як розміщення оголошення про проведення торгів.

Виклад основного матеріалу. Розміщення повідомлення про проведення торгів у юридичній науці розглядається по-різному. Так, О.С. Іоффе вважає, що вказана дія є одностороннім правочином організатора торгів, що зумовлює встановлення зобов'язальних правовідносин між особою, яка отримала таке повідомлення, та організатором аукціонного продажу. Деякі науковці, серед яких М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський та інші, розглядають повідомлення про проведення торгів як оферту, зазначаючи, що у разі її акцепту адресатом (будь-ким, хто відгукнувся) між ним та організатором укладається договір про проведення торгів. Російський правознавець В.С. Груздєв з цього приводу вважає, що теоретично вірним та практично виправданим є підхід, запропонований О.С. Іоффе, адже, на його думку, саме односторонній правочин організатора торгів тягне за собою виникнення його зобов'язань щодо проведення торгів до кінця [1, с. 26]. Однак, хочемо зауважити, що Господарський кодекс України не оперує поняттям «односторонній правочин», а відповідно до статті 202 Цивільного кодексу України, одностороннім правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Окрім того, в цій же статті ЦК України зазначено, що односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила [2, ст. 202]. Проте, зобов'язання організатора провести аукціонні торги виникає з моменту підписання між ним та продавцем договору про проведення аукціону, а розміщення повідомлення про проведення торгів є виконанням обов'язку організатора за умовами вказаного договору. Разом із тим слід зазначити, що підхід, який був запропонований О.С. Іоффе, та його обґрунтування, проведене В.С. Груздєвим, є доречним у випадках проведення аукціонних торгів без залучення організатора. Наприклад, відповідно до Положення про проведення Національним банком України валютних аукціонів, затвердженому Постановою Правління Національного банку України, рішення про проведення валютного аукціону приймається Національним банком України, який одночасно виступає продавцем іноземної валюти та організатором даного аукціону [3].

Стосовно концепції про визнання повідомлення про проведення аукціонних торгів офертою, вважаємо потрібним звернути увагу на наступне. У першій редакції статті 690 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) від 29 листопада 2001 року було прямо передбачено, що пропозиція укласти договір (оферта) може бути адресована одній чи декільком конкретним особам. В остаточній редакції ЦК від 16 січня 2003 року зазначену ознаку було виключено. Однак з частин 1 та 2 статті 641 чинного Цивільного кодексу України вбачається, що оферта має бути звернена до конкретних осіб (однієї чи кількох), а реклама та інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб – це запрошення робити пропозиції щодо укладення договорів, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях.

С.О. Бородовський з цього приводу зазначає, що запрошенням зробити пропозицію укласти договір є будь-яка пропозиція інформаційного характеру, спрямована на спонукання особи чи групи осіб звернутися до адресата цього запрошення з пропозицією укласти договір (офертою). Запрошення зробити пропозицію укласти договір не містить дійсного бажання сторони бути юридично пов'язаною і не має на меті виникнення зобов'язання та надання сторонам певних прав чи покладення на останніх обов'язків. Пропозиція, спрямована на укладення договору, яка не відповідає вимогам, встановленим законодавством щодо змісту оферти, є запрошенням зробити пропозицію про укладення договору [4, с. 10]. Окрім того, відповідно до законодавства оферта повинна містити вказівку на істотні умови майбутнього договору, тобто ті умови, що визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, або в погодженні яких зацікавлений оферент. З цього приводу слід зазначити, що для договору купівлі-продажу товару, який буде укладений за результатами проведення аукціонних торгів, істотною умовою є ціна, однак, враховуючи сутність аукціонної реалізації майна, вона не може бути визначена заздалегідь до проведення торгів у відповідному оголошенні. Також хочемо звернути увагу на те, що запрошення робити пропозиції до укладення договорів слід відрізняти від публічних оферт, що звернені до невизначеного кола осіб у рекламі, розміщеній у каталогах, засобах масової інформації тощо. Як вже було зазначено, такі запрошення зазвичай не містять істотних умов договору взагалі або ж дають неповний їх перелік, а тому їх слід розглядати як запрошення до оферти, яка може надійти від іншої особи і бути прийнята особою, яка розмістила рекламу. Якщо така пропозиція звернена до невизначеного кола осіб, але містить усі істотні умови договору, вона визнається публічною офертою. Разом із тим деякі науковці поділяють точку зору, відповідно до якої ціна не є істотною умовою договору, що на їх погляд, надає підстави для визнання оголошення про проведення торгів є публічною офертою. Так, наприклад, Н.П. Асланян зазначає, що «у випадках, коли в оплатному договорі ціна не передбачена та не може бути визначена, виходячи з умов договору, його виконання має бути здійснено за ціною, яка за певних обставин зазвичай стягується за аналогічні товари». Звідси, на думку автора зазначеної цитати, слідує висновок, що оголошення про торги відповідає всім ознакам публічної оферти [5, с. 204].

І.Б. Новицький, порівнюючи два можливих варіанти вирішення питання щодо природи оголошення про публічні торги, приходить до висновку, що організація публічних торгів є не пропозицією укласти договір, а лише запрошенням робити пропозиції.Особа, яка організовує аукціон, може або прийняти найкращу пропозицію, або припинити торги, не прийнявши жодної пропозиції, якщо ні одна з них не досягає певного ліміту. Проте, на думку М.І. Брагінського, такий висновок потребує деякого уточнення. Зокрема, запрошення брати участь у торгах дійсно офертою не є, однак воно не може зводитися до простого запрошення укласти договір. Пропозиція укласти договір по своїй суті є «нічим», а запрошення брати участь у торгах є «дещо» [6, с. 27]. Л.М. Долгополова, говорячи, що опублікування інформації (повідомлення) про торги слід розглядати як запрошення робити оферти у встановленому законом порядку, зазначає, що опублікування повідомлення про проведення торгів є односторонньою дією організатора торгів, у силу якого виникають передбачені законом наслідки. На відміну від договору, зазначена дія породжує наслідки, зумовлені не волею особи, яка вчинила дію, а безпосередньо законом [7, с. 251].

Наведені доктринальні підходи до визначення юридичної природи оголошення про проведення торгів вироблені вітчизняними науковцями та правознавцями країн СНГ з огляду на особливості романо-германської правової системи. Тому для проведення більш комплексного дослідження пропонуємо розглянути аспекти англо-американського погляду на цю проблему.

За загальним правилом, оголошення про проведення торгів у межах англо-американської системи розглядається як запрошення робити пропозиції. Наприклад, Кетрін Еліот та ФренціскКвінн зазначають, що оголошення про проведення аукціону у чітко визначений час є запрошенням робити пропозиції ціни, а не офертою. За загальним правилом, яке закріплено у статті 57(2) Закону про продаж товарів від 1979 року, оголошення про аукціон є запрошенням укласти договір, а кожна ставка на торгах – офертою, яка акцептується аукціоністом [8, с. 36-37]. Разом з тим у судовій практиці країн англо-американської правової системи наявний й інший підхід до визначення юридичної природи оголошення про проведення торгів. Так, у справі Варлоу проти Харрісона суд зазначив, що оголошення про торги є публічною офертою, яка здійснюється аукціоністом [8, с. 37]. Однак така концепція не є загальновизнаною та на теперішній час вживається лише на доктринальному рівні. Більшість судових органів дотримуються підходу щодо визнання оголошення про проведення аукціону запрошенням робити оферти. Наприклад, у справі у справі Пейна проти Кейва суд постановив, що запрошення до участі в аукціоні не є офертою, а уявляє собою запрошення робити оферти. Таким чином, кожний бід являється офертою, яка може бути відкликана до моменту її прийняття акцептантом-аукціоністом. У цій справі виставлений на аукціонний продаж лот мав ринкову вартість двадцять сім з половиною тисяч фунтів стерлінгів, а максимальна пропозиція складала лише двісті фунтів. Власник намагався зняти лот з аукціону, однак суд зобов'язав його укласти з переможцем торгів контракт на тій підставі, що аукціон проводився без заздалегідь установленого резерву. Рішення по цій справі стало приводом для наступного нормативного закріплення «правила резерву». Під «резервом» розуміється мінімальна ціна, нижче за яку товар не може бути проданий. Б. Велстон-Данем з цього приводу зазначає, що в розподілі ролей оферента та акцептанта ключовим моментом є поняття резерву. На думку науковця, аук-

ціон фактично містить у собі всі основні властивості оферти, адже у ньому є об'єкт, що може бути оглянутий та оцінений, та конкретні строки (період, протягом якого він виставляється на аукціон). Єдиною підставою для визначення, яка зі сторін робить оферту, є наявність або відсутність «резерву» при здійсненні продажу. Якщо при проведенні аукціону «резерв» установлений, в аукціоніста з'являється можливість не приймати «бід» (заявку) на покупку предмета навіть до закінчення строку його виставлення на аукціон. У такому випадку аукціоніст виконує функцію акцептанта, наділеного правом не приймати оферту. При проведенні аукціону, на якому «резерв» не встановлено, аукціоніст є оферентом [9, с. 341].

У справі Беррі проти Девіса, Варлоу проти Харрісона було встановлено, що якщо в оголошенні про проведення торгів прямо передбачено проведення аукціону без резерву, то аукціоніст зобов'язується продати товар бідеру, запропонувавшому bonafide (сумлінно) найбільшу ціну, та не може відкликати товар з аукціону на тій підставі, що максимальна запропонована ціна занадто низька. Це правило знайшло своє відображення в Єдиному торговому кодексі США та закріплено у статті 57 Закону про продаж товарів, відповідно до якої «на аукціоні, що проводиться без резерву, аукціоніст зобов'язаний продати товар будь-кому, хто запропонує найбільшу ціну» [5, с. 206].

Разом з тим прецедентне право англо-саксонської правової системи передбачає, що визнання торгів офертою або запрошенням робити пропозиції ціни залежить від формулювання. Так, у справі Міддлтон проти Бартона суд зазначив, що «у кожній подібній справі питання про те, було оголошення про торги простою декларацією умов чи являлося реальною пропозицією контракту, повинно вирішуватися правильним читанням формулювання оголошення про торги та з урахуванням конкретних фактичних обставин»[5, с. 206].

Таким чином, прецедентні рішення країн англо-саксонської системи права надають підстави зробити висновок, що оголошення про проведення торгів у цих країнах є оціночним поняттям, визначення якого залежить від формулювань та залишається на розгляд суду. З огляду на це, гарантії дотримання прав сторін залежать від їх намірів, а загальне правило не встановлює жорстких обмежень.

Слід зазначити, що переважна більшість з наведених доктринальних підходів до розуміння юридичної природи оголошення про проведення торгів існують у межах цивільного права. У галузі господарського права дане питання є порівняно не досліджуваним. Разом з тим, на наш погляд, наведена аргументація стосовно визнання розміщення повідомлення про проведення торгів запрошенням робити пропозиції укласти договір є застосовною й в межах господарсько-правового дослідження аукціонного товарообігу. Окрім того, за відсутності у Господарському кодексі України положень про оферту та/або сутність запрошення робити пропозиції укласти договір, доцільним є застосування норм цивільного законодавства. Так, у частині 2 статті 641 Цивільного кодексу України чітко визначено, що реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях. запрошення робити пропозицій до укладення договорів, які слід відрізняти від публічних оферт, що звернені до невизначеного кола осіб у рекламі, розміщеній у каталогах, засобах масової інформації тощо. Такі пропозиції зазвичай не містять істотних умов договору взагалі або ж дають неповний їх перелік. Їх слід розглядати як запрошення до оферти, яка може надійти від іншої особи і бути прийнята особою, яка помістила рекламу[2, ст. 641].

У такому випадку подання претендентами заявок на участь у торгах слід розглядати як прийняття такого запрошення, а пропозиції ціни, які висуватимуться претендентами на здобуття права на укладання договору купівлі-продажу лота у ході торгів, – офертою укласти договір, яка акцептується ліцитатором відповідно до правил проведення аукціону.

Висновок. Враховуючи вищевикладене, зазначимо, що в юридичній доктрині різних країн світу наявні прямо протилежні точки зору до визначення юридичної природи оголошення про проведення торгів, однак найбільш обґрунтованою та такою, що визнається переважною кількістю науковців, залишається концепція про визнання даного оголошення запрошенням робити пропозиції ціни на аукціонних торгах. Сприйняття та закріплення на законодавчому рівні наведеного підходу із врахуванням особливостей правила резерву ціни надасть змогу покращити врегулювання правовідносини між учасниками аукціону, які є резидентами України, та представниками зарубіжних держав у випадку прийняття ними участі в торгах, що проводяться на території нашої країни відповідно до вимог національного законодавства.

Література:

1. Груздев В. Торги: понятие, правовая природа, признаниенедействительными [Текст] / В. Груздев // Хозяйство и право. – 2004. – № 7. – С. 24-36.
2. Цивільний кодекс України [Текст] : за станом на 01 січня 2012 року// Відом. Верхов. Ради України. – 2003. - №№ 40-44. – С. 356.
3. Постанова Правління Національного банку України про затвердження Положення про проведення Національним банком України валютних аукціонів: станом на 21 грудня 2009 року [Електронний ресурс] офіційний сайт Верховної Ради України. Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0086-09.
4. Бородовський С. О. Укладання, зміна та розірвання договору у цивільному праві : автореф. дис. … к. ю. н. НУ внутрішніх справ. – Х., 2005. – 20 с.
5. Рязанова Е. С. Правовая природа сделок, заключаемых на торгах, в законодательстве и практике современных государств / Казанская наука: сб. научн. статей. – Каз.: Казанский издательский дом. – 2010. – № 3. – С. 204-207.
6. Полішко Н. Л. Особливості укладання договорів на торгах,аукціонах, конкурсах // Юридична наука. – 2011. – № 4-5. – С. 24-30.
7. Долгополова Л. Вади договорів, укладених на торгах // Вісник Академії правових наук України. – 2012. – № 1(68). – С. 250-257.
8. Elliott C., Quinn F. ContractLaw, 7th ed., Eng., 2009. – 434 p.
9. Walston-Dunham B. Introductiontolaw, 4th ed., 2003. – P. 744.

Молчанова М. Е. Проблема определения юридической природы объявления о проведении торгов

Аннотация. В статье рассмотрены доктринальные подходы к определению юридической природы объявления о проведении торгов, которые существуют в отечественном праве и в науке зарубежных стран. Проведен тщательный анализ законодательства Украины в отрасли аукционного товарооборота, исследовано прецедентное право государств англо-американской правой системы по данному вопросу. По результатам исследования предложено доктринальное определение юридической природы объявления о проведении хозяйственных аукционных торгов.

Ключевые слова: торги, аукцион, хозяйственный аукцион, объявление о проведении торгов.

Molchanova M. The Problem of the legal nature of definition of the auction announcement

Summary. In article doctrinal approaches to definition of the legal nature of the announcement of tendering which exist in the domestic law and in science of foreign countries are considered. The careful analysis of the legislation of Ukraine is carried out to branches of auction commodity turnover, the case law of the states of Anglo-American right system on the matter is investigated. By the results of research doctrinal definition of the legal nature of the announcement of carrying out the economic auction is offered.

Key words: Auction, economic auction, announcement of tendering.

УДК 346.2

Никитченко Н. В.,
кандидат юридических наук, докторант
Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ДО ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРИРОДИ КОНТРОЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню проблем правового розмежування природи правовідносин, які виникають між суб'єктами господарювання та органами, що уповноважені здійснювати контроль у сфері господарської діяльності, зокрема з'ясовано їх правову суть та сформульовано проблемні питання, які потребують правового удосконалення.

Ключові слова: правове регулювання, контроль, органи державного контролю, суб'єкти господарювання, правовідносини.

Постановка проблеми. В процесі організації, здійснення та завершення господарської діяльності суб'єкти господарювання вступають у організаційно-господарські відносини, які відповідно до п. 6 ст. 3 Господарського кодексу України (далі – ГК України) є відносинами, що складаються між господарюючими суб'єктами та суб'єктами організаційних повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Враховуючи, що між науковцями досі точаться дискусії з приводу однозначності розуміння такого роду відносин, обумовлюється актуальність необхідності наукового аналізу природи організаційного-господарських відносин з приводу здійснення державного контролю.

Стан дослідження. Проблема юридичної природи організаційного-господарських відносин досліджувалася у наукових працях: В. К. Мамутова, В.В. Лаптєва, Г. Л. Знаменського, О.П. Віхрова та інших науковців.

Метою є дослідження відносин, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційних повноважень у процесі здійснення контрольних заходів та розмежування їх юридичної природи для підготовки пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 19 ГК України держава здійснює контроль і нагляд за господарською діяльністю суб'єктів господарювання у таких сферах: збереження та витрачання коштів і матеріальних цінностей суб'єктами господарських відносин; фінансових, кредитних відносин, валютного регулювання та податкових відносин; цін і ціноутворення; монополізму та конкуренції; земельних відносин, за якістю і безпечністю продукції та послуг; виробництва і праці – за безпекою виробництва і праці, додержанням законодавства про працю; за пожежною, екологічною, санітарно-гігієнічною безпекою; за дотриманням стандартів, норм і правил, якими встановлено обов'язкові вимоги щодо умов здійснення господарської діяльності, а також з питань технологічної, економічної, екологічної та соціальної безпеки.

Тобто відносини контролю у сфері господарської діяльності – це відносини між Урядом України в особі його органів, що здійснюють управління в сфері господарювання з підконтрольними йому господарюючими суб'єктами. Державні органи в даному випадку виступають як учасники господарських відносин, що здійснюють господарсько-організаційну функцію держави. В той же час будь який контролюючий державний орган є адміністративним органом, відповідно методи, які він застосовує, регулюються адміністративним правом. Отже природа таких відносин має подвійний характер. Наприклад, за порушення вимог чинного законодавства щодо організації та ведення господарської діяльності до суб'єктів господарювання контролюючі органи, в передбачених законом випадках, застосовують адміністративно-господарські санкції. У той же час відносини, що складаються між згаданими органами влади, є організаційно-господарськими. Відтак потребує дослідження питання розмежування природи організаційно-господарських відносин, під якими по суті розуміють контроль і адміністративно-господарських – нагляду за господарською діяльністю суб'єктів господарювання.

Зокрема наковці з цього приводу пишуть, що основні відмінності змісту цих понять такі: нагляд здійснюється у відношенні організаційно непідпорядкованих об'єктів, а контроль – у відношенні організаційно підпорядкованих об'єктів і лише в окремих випадках у відношенні не підпорядкованих; в процесі контролю можуть застосовуватися заходи дисциплінарного впливу, в процесі нагляду – заходи адміністративного впливу; в межах контролю перевіряються різні сторони діяльності підконтрольних об'єктів, в процесі нагляду – перевіряється дотримання правил [1, с. 502].

Д. Н. Бахрах з цього приводу зазначає – нагляд – це обмежений контроль, нагляд обмежується перевіркою законності дій суб'єкта господарської діяльності без перевірки їх цільової доцільності [2, с. 460].

Отже, зміст понять «нагляд» і «контроль» різні, і основною відмінністю є те, що поняття «нагляду» – це перевірка законності дій на відміну від поняття «контроль», яке першочергово не включає повноваження на оперативне втручання в діяльність суб'єкта господарської діяльності, перевірку доцільності його дій [3, с. 31].

А тому, відмічаючи різну природу контролю та нагляду, слід дослідити і різну природу відносин, що складаються між учасниками господарських відносин.

Зокрема мова йде про «вертикальні» і «горизонтальні» договірні і пов'язані з ними організаційні відносини між органами влади і суб'єктами господарювання, що є предметом регулювання господарського права.

Державний контроль за дотриманням вимог законодавства за діяльністю суб'єктів господарської діяльності є організаційною формою державного регулювання підприємницької діяльності і саме він покликаний зміцнювати правопорядок у цій сфері. Тому останній доцільно розглядати з позиції актуальності забезпечення гарантій дотримання прав і інтересів підконтрольних об'єктів при здійсненні контрольних заходів [4, с. 357]. Адже ринкова динаміка значною мірою передбачає обмежену сферу безпосереднього державного управління економікою відповідно державний контроль також повинен адаптуватися до сучасних змін. Саме в даній сфері потрібний той розумний компроміс між приватноправовим і публічно-правовим регулюванням, який забезпечується шляхом підкорення усіх норм права вимогам правопорядку. Так прийнято вважати, що державний контроль це вертикальні відносини між суб'єктами господарювання та органами контролю і здійснюються вони в рамках жорстких відносин «влада-підкорення». З боку держави функція управління здійснюється державними органами влади, які відповідно до їх компетенції використовують інструменти контролю, що базується на специфічних принципах владного впливу на підконтрольний об'єкт. Для того, щоб державний контроль у сфері здійснення господарської діяльності виконував господарську функцію владний елемент у ньому повинен бути перепідпорядкований. А саме, як пише Г. Л. Знаменський: «владний елемент в цих відносинах присутній, але він підпорядковується не органу державної влади, а суспільному господарському порядку» [5, с. 54]. Автор також зазначає, що вертикальні відносини в даному випадку будуються не на підпорядкуванні однієї сторони іншій, а на взаємних обов'язках таких, які виникають у відносинах по горизонталі, кожна сторона отримує і права і обов'язки. Відповідно, будь-які дії чи акти органів державної влади, не основані на вимогах і правилах суспільного господарського порядку повинні визнаватися протиправними, та тягти за собою в необхідних випадках застосування заходів відповідальності [5, с. 55].

Однак дані положення фактично не реалізовані, оскільки державний контроль, як правило, сприймають як форму здійснення державної влади, що забезпечує дотримання законів та інших нормативних актів, виданих органами держави. Зокрема, під державним контролем розуміють контроль з боку державних органів за дотриманням законів, нормативних актів, правомірним веденням господарської діяльності, сплатою податків [6, с. 67].

Тобто науковці виділяють саме його адміністративну функцію – дотримання законності у сфері господарювання. В першу чергу це пов'язано з тим, що більшість ототожнює термін «контроль» з перевіркою. Цьому сприяв переклад з французького contrerole – «список, що ведеться у двох екземплярах». Від слова contrerole походить слово controle – контроль, що означає «перевірка, а також постійне спостереження з метою перевірки чи нагляду».

В результаті такого розуміння державного контролю останній по нині відіграє роль засобу адміністративного реагування і не ставить собі за мету допомогти суб'єкту господарювання, а не покарати його. Дещо позитивні зміни відбулися за рахунок прийняття Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» стаття 1 якого визначає державний нагляд (контроль) як діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їх територіальних органів, державних колегіальних органів, органів виконавчої влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування (далі – органи державного нагляду (контролю)) в межах повноважень, передбачених законом, щодо виявлення та запобігання порушенням вимог законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства, зокрема належної якості продукції, робіт та послуг, прийнятного рівня небезпеки для населення, навколишнього природного середовища. Однак дані положення на практиці залишилися декларативними, а фактично відбувається ототожнення державного контролю за діяльністю суб'єктів господарювання з суто фіскальним реагуванням у відношенні до підконтрольних об'єктів.

У той же час державний контроль з однієї сторони – це необхідна умова підтримання дисципліни, законності, правопорядку у сфері господарювання, а з іншої – охорона і захист прав та законних інтересів суб'єктів господарювання в процесі діяльності держави. При цьому останній буде ефективний лише у випадку коли органи державного контролю будуть діяти у законний спосіб та в межах законодавства. Так, для підтримання дисципліни контроль повинен володіти інструментами, які передбачені адміністративним законодавством. Зокрема останнє регулює організаційні відносин у сфері управління, а саме контроль та нагляд за господарською діяльністю адміністративними органами держави, прописуючи завдання та повноваження контролюючих органів.

Разом з тим контроль як спосіб державного публічного впливу являє собою також встановлення обов'язків органів держави і органів місцевого самоуправління спостерігати і в окремих випадках перевіряти стан справ суб'єкта підприємця, в передбачених законом випадках вживати належних заходів [7, с. 194]. Відповідно, природа державного контролю вимагає визначення господарсько-правового характеру стосунків суб'єктів господарювання з органами державного контролю при яких дії кожного з учасників підпорядковуються господарському правопорядку, а відтак останні стають партнерами.

В даному випадку доцільними стають визначення «контролю» науковцями-економістами, які тлумачать його як: елемент управління економічними об'єктами та процесами, який полягає у нагляді за ними з метою перевірки їх відповідності стану, передбаченому законами, юридичними нормативними актами, а також програмами, планами, договорами, проектами, угодами [8, с. 447]; процес забезпечення та досягнення цілей [9, с. 586]; управлінська діяльність, завданням якої є кількіс-

на та якісна оцінка і облік результатів роботи організації [10, с. 31]; одна із функцій управління, що припускає спостереження за керованими процесами, перевірку якості встановлення відхилень, збір інформації для оцінки ситуації [11, с. 15]; основна функція менеджменту, яка об'єднує види управлінської діяльності, пов'язані з формуванням інформації про стан і функціонування об'єкта управління (облік), вивченням інформації про процеси та результати діяльності (аналіз), роботою з діагностики й оцінки процесів розвитку та досягнення цілей, ефективності стратегій, успіхів і прорахунків у використанні коштів і методів управління [12, с. 94].

З огляду на сказане здається хибною думка, що відносини із здійснення контролю за господарською діяльністю лежать лише у площині регулювання адміністративного права. Хоча б тому, що останнє регулює відносини виконавчо-розпорядчого характеру і не має відношення до керівництва господарською діяльністю. Якщо основою виникнення адміністративних правовідносин є правопорушення, то організаційно-господарських – акт підпорядкування один одному. В адміністративно-правових відносинах уповноважений орган виступає від імені держави, а в організаційно-господарських – і від свого імені.

Саме господарське право може в повному обсязі забезпечити дієвий контроль за організацією реальних, наповнених змістом зв'язків всіх суб'єктів по вертикалі і горизонталі, оскільки не обмежене вузькими повноваженнями органів влади (щодо права припинення порушення закону, надання обов'язкових приписів чи притягнення винних осіб до відповідальності) та можливості, наданої господарюючим суб'єктам згідно зі ст. 19 Конституції України не виконувати вимоги державних органів з питань, що не входять у їх компетенцію. В галузі управління економікою складаються різні правові відносини. Однак контроль за такими відносинами відрізняються тим, що за змістом він відноситься насамперед до господарського, майнового. Організаційні елементи виконують в них допоміжну функцію. Якщо у адміністративних правовідносинах мова йде про владні повноваження у визначеній сфері по відношенню до чітко невизначеного кола людей, (громадян і організацій взагалі), то в організаційно-господарських правовідносинах – лише про компетенцію чітко визначених організацій. У зв'язку з цим використання інструментів контролю для визначення ефективності управління суспільним виробництвом, за дотриманням вимог чинного законодавства щодо виробництва товарів, робіт і послуг повинно також врегульовуватися господарським правом. Підтвердженням цього є той факт, що контроль є заключною стадією процесу управління виробництвом. Основою для виконання таких робіт є оперативний облік результатів виробничої діяльності підприємств. В процесі розробки виробничих програм і постановки завдань використовується інформація про поточний стан виробництва. Ця інформація відображає результати роботи підприємств за конкретно визначений період часу, накопичується, періодично обробляється і формується до початку нового планового періоду у вигляді відповідних звітних даних. Своєчасність надходження інформації, її повнота та достовірність безпосередньо впливають на якість програм, що розробляються. Тому ці чинники повинні застосовуватися в якості критеріїв створення системи контролю за господарською діяльністю підприємств. Інформація про стан виробництва товарів, робіт і послуг може використовуватися державою не лише при плануванні цільових програм, але й лежати в основі здійснення контролю за регулюванням виробничих процесів. Якими б не були якісно підготовленими програми, в ході їх реалізації виникають зміни і відхилення, що потребують коректування. А тому своєчасний і повний контроль дозволяє регулювати хід тих чи інших виробничих процесів, направляючи їх у відповідне русло, підвищуючи при цьому ефективність планування господарської діяльності.

Висновки. Таким чином, специфіка здійснення контролю у сфері господарювання в першу чергу пов'язана з відносинами, які складаються в ході організації контролю за діяльністю суб'єктів господарювання, а саме виробництвом, легітимацією підприємницької діяльності за допомогою реєстрації, оформлення її в формі підприємств, ведення звітності, сплати податків, встановлення порядку і правил виходу на ринок з товарами, роботами та послугами, взаємодії з іншими підприємствами і організаціями. Тому, по-перше, державний контроль в сфері господарської діяльності в частині виконанням економічних функцій органів влади носить господарсько-правовий характер і має на меті забезпечення активної участі суб'єктів господарювання у розвитку економіки як бази самостійності та самоуправління. По-друге, відносини, що складаються в результаті прийняття планових актів, затвердження державних замовлень, здійснення контрольних функцій власників по відношенню до підприємств, що отримали від них майно для ведення господарської діяльності, а також здійснення державного впливу шляхом встановлення норм і стандартів, антимонопольного нагляду складають значний масив регулювання, а тому також підлягають державному контролю. І такий контроль повинен проводитися по принципу допомогти суб'єкту господарювання діяти в законодавчому полі, стимулювати його до цього, а не будь що його покарати. Саме в цьому полягає господарсько-правова суть організації і здійснення державного контролю в сфері господарювання. І лише такі правовідносини між контролюючим органом і суб'єктом господарювання відображатимуть суть тих організаційно-господарських відносин, що формуються за допомогою господарського права.

Література:

1. Алехин А. П. Административное право Российской Федерации / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Зерцало, 1998. – 672 с.
2. Бахрак Д. Н. Административное право : учебник для вузов / Д. Н. Бахрак. – М. : НОРМА, 2000. – 640 с.
3. Беляев В. П. Сущность контроля и надзора, их сходство и различия / В. П. Беляев // Государство и право. – 2006. – № 7. – С. 31-42.
4. Предпринимательское (хозяйственное) право : учебник / [Вознесенская Н. Н. и др.] ; под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 560 с.
5. Знаменский Г. Л. Хозяйственное законодательство Украины:

формирование и перспективы развития / Г. Л. Знаменский. – К. : Наук. думка, 1996. – 63 с.
6. Райзберг Б. А. Современный экономический словарь / Б. А. Райзберг, Л. Ш. Лозовський, Е. Б. Стародубцева. – 4-е изд., перераб., испр. – М. : ИНФРА-М, 2003. – 479 с.
7. Мартемьянов В. С. Хозяйственное право. Курс лекций / В. С. Мартемьянов. – М. : БЕК, 1994. – Т 1. – 301 с.
8. Економічна енциклопедія: у трьох томах / Редкол.: С. В.Мочерний – К. : Академія, 2001. – Т. 2. – 848 с.
9. Мескон М. Х. Основы менеджмента / М. Х. Мескон, М. Альберт, Ф. Хдоури; пер. с англ. – М. : Дело, 1992. – 702 с.
10. Поршнев А. Г. Управление организацией : учебник / А. Г. Поршнев, З. П. Румянцева. – 2-е изд. – М. : ИНФРА-М, 1999. – 669 с.
11. Коротков Э. М. Исследование систем управления / Э. М. Коротков. – М. : ДеКа, 2000. – 336 с.
12. Менеджмент (Современный российский менеджмент) : учебник / под ред. Ф. М. Русинова, М. Л. Разу. – М. : ФБК-ПРЕСС, 1998. – 504 с.

Никитченко Н. В. К вопросу разграничения природы контрольных правоотношений в сфере хозяйственной деятельности

Аннотация. Статья посвящена исследованию проблем разграничения природы правоотношений, возникающих между субъектами хозяйствования и органами, уполномоченными осуществлять контроль в сфере хозяйствования, в частности исследована их правовая суть и сформулированы проблемные вопросы, требующие правового усовершенствования.

Ключевые слова: правовое регулирование, контроль, органы государственного контроля, субъекты хозяйствования, правоотношения.

Nykytchenko N. On the issue of delimitation of legal relationship nature while implementation of state control over economic activity.

Summary. The article is dedicated to the research of the problem of delimitation of legal relationship nature that arises between economic agents and authorities which carries out the control in the sphere of economic activity. In particular their legal essence is clarified and problem issues that need legal improvement are identified.

Key words: legal regulation, control, controlling authorities, economic agents, legal relationship.

УДК 346.1 : 346.3 : 347.741.8

Потудінська О. В.,
старший викладач кафедри права
Одеського інституту Міжрегіональної академії управління персоналом

ПРАВОВЕ ПРИРОДА КОМЕРЦІЙНОГО ПОСЕРЕДНИЦТВА

Анотація. У статті розглянути питання правової природи інституту комерційного посередництва в господарських відносинах України, досліджено окремі теоретичні проблеми його визначення та змісту.

Ключові слова: комерційне посередництво, комерційне представництво, торгове посередництво, комерційні операції, комерційні договори.

Вступ. Зміна в суспільно-економічному ладі України, вступ України до СОТ, інтеграційні процеси у світовій економіці сприяють подальшому розвитку і зміцненню ринкових інститутів, одним з яких є комерційне посередництво. Загальновідомо, «чим вище ступінь поділу праці в суспільстві, тим краще розвинене посередництво, тим сильніше спеціалізація посередницьких послуг» [1; 3]. В економіці України розвивається посередницька діяльність, збільшується частка агентських договорів в різних сферах господарювання, з'являються нові види комерційного посередництва.

Актуальність теми. Інститут комерційного посередництва є відносно новим. Його не було в Цивільному кодексі в редакції 1963 р., його немає і в чинній Цивільному кодексі України. Необхідність дослідження інституту комерційного посередництва зумовлена теоретичної і практичної складовими, оскільки на сьогоднішній день немає єдиної точки зору на його правову природу. Правильне розуміння сутності інституту комерційного посередництва сприятиме мінімізації помилок в реалізації агентських договорів в практиці господарської діяльності.

Мета статті – розглянути правову природу інституту комерційного посередництва в господарських відносинах України, проаналізувати окремі теоретичні проблеми його визначення та змісту, а також співвідношення з іншими правовими категоріями.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Певних проблем господарського регулювання комерційного посередництва, особливо у сфері фінансового і торгового посередництва, присвячені роботи вчених-економістів. Однак більша частина досліджень щодо правового інституту комерційного посередництва проведена юристами: В. А. Васильєвої, І.М. Галушиної, А.В. Грішиним, А. Л. Дядюк, А.В. Єгоровим, Р.О. Короткою, В.К. Мілаш, В.В. Резнікової, Г. І. Сальниковой, М.Р. Саркісян, С.А. Спиридоновим, Н.А. Субботіним, О.Х. Юлдашевим та іншими.

Виклад основного матеріалу дослідження. Комерційне посередництво – один з інститутів господарського права України. У Господарському кодексі України питання комерційного посередництва містяться в главі 31, яка називається: «Комерційне посередництво (агентські відносини) у сфері господарювання». Як випливає з цієї назви, комерційне посередництво визначається як агентські відносини. У той же час, ст.295 ГК України, яка називається «Агентська діяльність», вказує, що «Комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємницькою діяльністю, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє».

Отже, поняття «комерційне посередництво» рівнозначно поняттю «агентська діяльність», тобто законодавець визначає комерційне посередництво в одному випадку як відносини, в іншому – як діяльність. На мою думку, це явна термінологічна неоднозначність, яка потребує законодавчого уточнення.

Автори коментаря до Господарському кодексу України вважають, що в ст.295 ГК України наводиться визначення комерційного посередництва (агентської діяльності), яка має таки ознаки: а) це – підприємницька діяльність; б) предметом вказаної діяльності є надання послуг; в) послуги надаються виключно суб'єктам господарювання; г) послуги надаються шляхом посередництва; г) послуги надаються виключно у господарській діяльності; д) посередництво здійснюється від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого представляють [1, с. 478].

На погляд Вінник О.М., комерційне посередни¬цтво (агентська діяльність) – це різновид господарських правовідносин, що складаються на договірних засадах між аген¬том (суб'єктом агентської діяльності у сфері господарювання), принципалом і третіми особами щодо представницьких дій аген¬та, котрі здійснюються від імені, під контролем і за рахунок принципала з метою задоволення законних приватних інтересів учасників зазначених відносин (агента, принципала, третіх осіб) та з врахуванням публічних інтересів (дотриманням публічного господарського порядку) [2, с. 425].

Як самостійний вид підприємницької діяльності розглядає посередництво Г.І. Сальникова, яка вважає, що між особою, зацікавленою в одержанні посередницької послуги (клієнтом), і особою, що робить таку послугу, складується посередницьке правовідношення – договірне зобов'язання майнового характеру, при якому одна особа (посередник) зобов'язується сприяти іншій особі (клієнту) у встановленні, зміні або припиненні правовідносин у сфері підприємницького обороту, а клієнт зобов'язується оплатити надану послугу, з метою сприяння у встановленні нового правовідношення із третіми особами [3, с. 7].

В.А. Васильєва зазначає посередництво як послугу, що надається на підставі укладеного правочину, а посередницька діяльність полягає, на її думку, у наданні фактичних та юридичних послуг іншим особам (виробникам і споживачам) у реалізації чи придбанні товарів, у наданні інших, пов'язаних із товарним обігом послуг, або у здійсненні продажу і закупок товару за рахунок інших осіб [4, с. 123].

А.І. Дрішлюк вважає, що посередництво – це діяльність, яка спрямована на пошук контрагентів, підготовку та укладення; така діяльність здійснюється для досягнення певних економічних і соціальних результатів, а саме – для створення умов взаємодії між виробниками та споживачами продукції [5, с. 85].

Р.О. Коротка визначає комерційне посередництво (агентські відносини) як особливий вид підприємницької (комерційної господарської) діяльності - універсальні відносини, які можуть складатися в різних сферах суспільного буття [6, с. 83].

І.М. Галушина пропонує розуміти під посередництвом розуміти цивільні правовідносини, в силу якого одна особа (посередник) за винагороду за дорученням іншої особи (клієнта) від власного імені, але в інтересах і за рахунок клієнта здійснює дво- і багатосторонні угоди (договори) і (або) сприяє клієнту у їх вчиненні [7, с. 122].

На думку С.А. Спиридонова, посередництво – це вид підприємницької діяльності, заснований на довірі і здійснюваний від власного імені в інтересах клієнта(ів) шляхом вчинення фактичних та /або юридичних дій, що, як правило, носять характер послуг (агентування, комісія, довірче управління і т. п.) при укладанні, виконанні або розірвання різних угод [8, с. 7].

Дядюк А.Л. вказує, що комерційне посередництво – різновид підприємницької діяльності, який вживається для позначення агентських відносин та агентської діяльності, Це особливий правовій інститут, який поступово інтегрується в «юридичне посередництво» [9, с. 11]. С.М. Гришін, вважає, що інститут комерційного посередництва з часом трансформується в торговельне посередництво [10, с. 15].

Оскільки належного легітимного визначення комерційного посередництва немає, його найчастіше досліджують через порівняння з цивільним інститутом комерційного представництва. Відносини представництва розглядаються в ст. 243 ЦК України «Комерційне представництво», однак самого визначення цього поняття стаття не містить. В ній йдеться про комерційного представника, яким може бути особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності.

Погляди щодо співвідношення посередництва і представництва можна розділити на кілька груп: перша, представництво переростає в посередництво; друга, посередництво включає в себе і представництво; третя, представники такої точки зору вважають, що обидва підходи невірні, не відображають дійсності [11, с. 46].

Вважаю, що обидва цих правових інституту мають загальні риси, комерційне посередництво включає в себе елементи комерційного представництва, але вони різні правові категорії, окремі правові інститути.

Комерційне посередництво – це один з видів підприємницької діяльності, пов'язаний з наданням послуг. За чинним законодавством України, комерційне посередництво може здійснюватися у біржовій, страховій, торгової, туристичної діяльності; посередництво, пов'язане з випуском цінних паперів; морське агентування та ін.

Висновок. В умовах ринкової економіки України значення комерційного посередництва зростає, розширюються сфери застосування посередницьких відносин. З одного боку, звернення до посередника полегшить вирішення деяких питань, економлять час і гроші особи, що звернулося за допомогою до посередника. Разом з тим в деяких ситуаціях можливі зловживання з боку посередника. Інститут комерційного посередництва є правовим явищем, яке планомірно розвивається. Категорія посередництва в самих різних значеннях використовується в нормативно-правових актах, але поняття посередництва залишається законодавчо невизначеним. У даний час єдиного наукового підходу до тлумачення понять «комерційне посередництво» немає, поняття комерційного посередництва є предметом наукових дискусій. Комерційне посередництво як явище і правова категорія вимагає подальшого теоретичного дослідження та законодавчого врегулювання.

Література:

1. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В.С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.
2. Вінник О. М. Господарське право : курс лекцій. – К. : Атіка, 2004. – 463 с.
3. Сальникова Г. І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності : автореф. канд. дис. / Г. І. Сальникова. – Харьків. – 2003. – 14 с.
4. Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. – Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ Прик. нац. ун-ту. – 2006.– 345 с.
5. Дрішлюк А. І. До проблеми визначення агентського договору в сучасному цивільному та господарському законодавстві України / А. І. Дрішлюк // Університетські наукові записки. – 2005.– № 4(16). – С. 82-85.
6. Коротка Р. О. Місце інституту комерційного посередництва в господарському праві / Р. О.Коротка. – Юридична Україна. – 2007. – № 6. – С. 80-86.
7. Галушина И. Н. Посредничество в гражданском и торговом законодательстве Франции и Германии / И. Н. Галушина // Закон. – 2005. – № 2 – С. 122-124.
8. Спиридонов С. А. Посредничество как комплексный институт гражданского права Российской Федерации : автореф. канд. дис. / С. А. Спиридонов. – Москва. – 2007. – 45 с.
9. Дядюк А. Л. Правове регулювання комерційного посередництва (агентських відносин) у сфері господарювання : автореф. канд. дис. / А. Л. Дядюк. – Київ. – 2010. – 21 с.
10. Гришин С. М. Коммерческое представительство и посредничество в правопорядках Российской Федерации и стран континентальной Европы : дис. … канд. юрид. наук / С. М. Гришин. – Москва. – 2011.– 162 с.
11. Рєзнікова В. Державне регулювання посередництва у сфері господарювання / В. Резнікова. – Вісник КНУ ім. Тараса Шевченка. – № 86. – 2011. – 120 с.

Потудинская Е. В. Правовая природа коммерческого посредничества

Аннотация. В статье рассмотрены вопросы правовой природы института коммерческого посредничества в хозяйственных отношениях Украины, исследованы отдельные теоретические проблемы его определения и содержания.

Ключевые слова: коммерческое посредничество, коммерческое представительство, торговое посредничество, коммерческие операции, коммерческие договоры.

Potudinskaya E. Legal nature of commercial agency

Summary. The article considers the issues of the legal nature of the Institute of commercial agency in the economic relations of Ukraine, studied some theoretical problems of its definition andcontent.

Key words: commercial agency, commercial representation, trade mediation; commercial transactions, commercial contracts.

УДК 347.27.(01)

Рашківська В. В.,
здобувач кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ДО ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ ІПОТЕКИ

Анотація. Стаття присвячена науково-теоретичному дослідженню правової природи, класифікації іпотеки як складної правової категорії в цивільному праві України.

Ключові слова: цивільне право, іпотека, система способів забезпечення зобов'язань, договори, речове право, класифікація іпотеки.

Постановка проблеми. Іпотека (застава нерухомого майна) є одним з найбільш ефективних способів забезпечення зобов'язань. Об'єкти нерухомості мають, як правило, значну вартість. Крім того, ці об'єкти пов'язані з землею, тому їх неможливо сховати, таємно перемістити в інше місце, іншим способом вивести з –під контролю заставоутримувача [1, с. 39].

Іпотека в усьому світі розглядається і розглядалася як один з найбільш ефективних способів виконання договірних зобов'язань на ринку нерухомості. Вона найбільшою мірою сприяє розвитку довгострокового кредування в аграрній сфері, в житловому будівництві, та інших сферах економіки.

Виклад основного матеріалу дослідження. Іпотека для України є доволі новим інститутом, тому багато питань пов'язаних з реалізацією її на практиці потребують вивчення та подальшого удосконалення.

Поняття «іпотека» походить зі Стародавньої Греції, де так називали стовп із написом, на земельній ділянці, на межі якої встановлювався такий стовп, є забезпеченням позики. На певному відрізку історії іпотекою називали заставу нерухомого майна шляхом запису до публічних книг. Пізніше у країнах, які називали себе соціалістичними, внаслідок того, що земля не була об'єктом купівлі, продажу й застави, іпотека не існувала.

На сьогоднішній день поняття іпотеки змінилося і міститься в Законі України «Про іпотеку». Відповідно до вказаного Закону іпотека – це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні та користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання отримати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника в порядку, встановленому цим Законом [2, с. 1]. Отже, визначення іпотеки підкреслює, що іпотека – це не просто застава, а спеціальний (окремий) механізм, який можна розглядати як різновид застави.

Внаслідок такого розмежування ще багато питань залишаються дискусійними у теоретичному аспекті. Важливе значення для розвитку правового регулювання іпотечних відносин, вважає член-кореспондент НАН України, академік АПрН України В. Семчик, має розроблення концепції теорії іпотечного права. Частина правознавців відносять правове регулювання іпотечних відносин до зобов'язального права, оскільки, на їх думку, дія договору іпотеки спрямована на забезпечення виконання зобов'язань щодо надання кредиту і заставне забезпечення його повернення у встановлений договором строк та право заставоутримувача (за Законом про іпотеку –заставодержателя) вимагати від заставодавця предмет застави у разі невиконання ним зобов'язань з повернення боргу.

Іпотека, – далі визначає В. Семенчик, – це застава землі, нерухомого майна, за якою земля і майно або ж майно, що становлять предмет застави, залишаються у заставодавця чи третьої особи (майнового поручителя), а заставодавець набуває право на задоволення забезпеченого іпотекою зобов'язання, яке не виконується, за рахунок предмета іпотеки. Серед правових передумов для розвитку іпотеки ним наведені наступні: 1) правові гарантії права приватної власності на землю та інші види нерухомості; 2) правове визначення нерухомості, до якої належить земля, будівлі та споруди; 3) законодавча підтримка іпотеки; 4) підтримка розвитку і діяльності земельних, іпотечних та інших комерційних банків; 5) надання фінансово-економічних можливостей видавати довгострокові кредити під заставу землі і нерухомості; 6) вжиття правових заходів щодо запобігання злочинності у сфері заставних відносин [3, с. 11].

Але хоча і було прийнято цілу низку нових нормативних актів, які б, здавалося, могли повністю доповнити теоретичні та практичні прогалини, які існують у сфері використання іпотеки, але все ж такі є відносини, яких Закон України «Про іпотеку» або взагалі не торкнувся, або висвітлив поверхнево.

Наприклад, одним із таких недоліків є те, що поза межами Закону залишились питання класифікації іпотеки. Саме класифікація могла б, по- перше, значно спростити розуміння змісту окремих елементів іпотеки, правового механізму її дії, можливих варіантів її застосування задля досягнення оптимальної забезпеченості певного зобов'язання. На підставі розмежування іпотеки на види можна зробити окремі висновки щодо її правової природи в цілому. По-друге, це могло б допомогти юристам-практикам, які все одно тим чи іншим чином здійснюють поділ іпотеки на певні види для вдосконалення співпраці з клієнтами. По-третє, класифікація могла б допомогти у розвитку іпотечної системи.

Якщо проаналізувати кількість праць, які присвячені вказаній тематиці, то в Україні є незначний обсяг наукових досліджень у цій сфері.

В. Дмитренко вважає, що єдиним офіційним актом, який більш-менш системно визначає окремі види іпотеки, міг стати Указ Президента України «Про іпотеку». Тому щодо наведених положень слід здійснити певні уточнення [4, с. 92]. Указ містив наступні види іпотеки:

- звичайна іпотека, якою виконання основного зобов'язання забезпечується шляхом передачі в іпотеку одного об'єкта нерухомого майна, який належить заставодавцеві;

- об'єднана іпотека, якою виконання основного зобов'язання забезпечується шляхом одночасної передачі в іпотеку двох або більше об'єктів нерухомого майна, які належать іпотекодавцеві на праві власності. У разі невиконання іпотекодавцем основного зобов'язання продаж заставлених об'єктів нерухомого майна може здійснюватися в обсязі, необхідному для задоволення вимог кредитора (іпотекодержателя);

- спільна іпотека, якою виконання основного зобов'язання забезпечується шляхом передачі в іпотеку двох або більше об'єктів нерухомого майна, які належать на праві власності різним особам. За спільною іпотекою іпотекодержатель має право на задоволення своїх вимог за рахунок кожного з об'єктів нерухомого майна, якими забезпечено основне зобов'язання. Укладення наступної іпотеки щодо одного з об'єктів, що є предметом спільної іпотеки, допускається за нотаріально посвідченою згодою власників всіх інших об'єктів нерухомого майна, які передано в спільну іпотеку;

- майнова порука, якою виконання основного зобов'язання забезпечується шляхом передачі в іпотеку нерухомого майна, яке належить на праві власності третій особі (майновому поручителеві). У випадку продажу такого майна у зв'язку з невиконанням боржником основного зобов'язання майновий поручитель має право звернутися до нього з регресними вимогами про відшкодування заподіяних збитків;

- умовна іпотека, яка застосовується у разі, коли іпотечним договором встановлено, що: він набирає чинності з моменту виконання передбаченої ним умови, і вважається чинним до моменту виконання передбаченої цим договором умови. Якщо така умова не виконується з вини іпотекодавця (боржника), іпотекодержатель вправі вимагати дострокового виконання боржником основного зобов'язання [5, с. 1].

Але наведений в Указі перелік з теоретичної точки зору не можна визнати класифікацією тому, що з позицій логіки класифікація здійснюється за певними підставами, щоб уникнути накладення одного виду на інший за обсягом (наприклад, майнова порука згідно з Указом може одночасно бути і умовною іпотекою).

Але при цьому існують інші думки вчених щодо можливої класифікації. Так, М. Дякович здійснює поділ іпотеки за суб'єктами іпотечного договору. За такою підставою виділяє двосторонню іпотеку та іпотеку, поєднану з майновою порукою [6, с. 324].

Такий поділ у принципі випливає і з ряду положень Закону України Про іпотеку» (ч. 5 ст. 1, ст. 11), що тим самим встановлюють і деякі особливості правового режиму таких видів.

Інші дві підстави класифікації іпотеки не отримали закріплення в Законі України «Про іпотеку» і на даному етапі розвитку законодавства про іпотеку мають лише теоретичне значення та допомагають з'ясувати специфіку окремих елементів іпотеки.

В. Дмитренко пропонує здійснити наступну класифікацію іпотеки:

1) залежно від кількості предметів іпотеку можна класифікувати як просту (звичайну) та складну. Остання поділяється на об'єднану і спільну. При простій іпотеці наявний один предмет, а при складній – два чи більше. При цьому необхідно зробити деякі застереження:

а) особливим видом простої іпотеки є іпотека цілісного майнового комплексу, яка «має» одинпредмет, але зазначений предмет єскладним (складеним з кількох об'єктів навколишнього середо-вища), і кількість заставленихоб'єктів чітко не визначена;

б) становить правовий інтерес зміст об'єднаної іпотеки. Цей вид іпотеки фактично є аналогом так званої Gesamthypothek, вперше сформованої у германському цивільному праві. Проте логіка використання терміна «об'єднана» не є цілком зрозумілою, адже класично цей вид іпотеки визначають як «сукупну» чи «спільну» іпотеку (gesamt (нім.) – спільний, сукупний). Під спільною ж іпотекою в Указі розуміється складна юридична конструкція, що не зовсім характерна для іпотечної системи України. Традиційно ж у законодавствах європейських державіснує два підходи до розуміння спільної іпотеки:

- спільна іпотека охоплює і «об'єднану», і «спільну» іпотеку (наприклад Німецьке цивільне уложення);

- спільна іпотека включає лише «об'єднану» іпотеку, а категорія, аналогічна «спільній» іпотеці, взагалі не вживається (поняття в лапках – відповідно до термінології Указу Президента, словосполучення «спільна іпотека» виділене курсивом вживається відповідно до підходів європейського законодавства).

Параграф 1132 Німецького цивільного уложення передбачає, що спільна іпотека встановлюється на кілька предметів для забезпечення однієї вимоги (виконання одного зобов'язання). Зазначені ділянки можуть належати одному власнику («об'єднана» іпотека) або кільком («спільна» іпотека). Тож вважаю за доцільне вживати у законодавстві України терміни «проста» і «спільна» («сукупна», «складна») іпотека, таким чином уникаючи можливих проблем, пов'язаних з філологічним та логічним тлумаченням змісту подібних за обсягом понять, якто «об'єднана» і «спільна» іпотека;

в) історично існував ще один вид іпотеки у її класифікації за предметом, це – так звана генеральна іпотека. Цей вид іпотеки був характерний для римського приватного права та цивільного права більшості країн Європи до XIX століття. Генеральна іпотека поширювалась на все без винятку майно боржника – рухоме і нерухоме, наявне і те, що виникне у майбутньому. Проте з появою системи державної реєстрації іпотеки з'явилась потреба у чіткому записі обтяження права власності на нерухоме майно, тому в законодавстві більшості держав було зазначено, що іпотека може поширюватись лише на чітко визначене майно. На зміну генеральній іпотеці прийшла спільна іпотека. Тому, на його думку, такий різновид іпотеки має розглядатись як підвид простої іпотеки;

2) за умовами (змістом) іпотечного договору іпотеку можна розподілити на безумовну та умовну Указ Президента «Про іпотеку» визначає умовну іпотеку, під безумовною слід розуміти іпотеку, укладену на загальних підставах;

3) за підставою виникнення – договірна іпотека, законна іпотека та судова іпотека. У даному випадку, очевидно,

більш коректно було б у чинному законодавстві вживати формулювання «виникнення іпотечних правовідносин».

В окремих державах (наприклад ФРН, Швейцарія) на законодавчому рівні закріплений поділ іпотеки за особливостями обігу прав на предмет іпотеки чи заставну та обігову. Якщо використовувати термінологію Закону України «Про іпотеку», то при обіговій іпотеці можливий випуск заставної (і її подальший обіг), при забезпечувальній іпотеці випуск заставної заборонений, що збільшує її стабільність. Такий поділ дає кредитору змогу обрати оптимальний варіант поведінки: у разі, якщо він зацікавлений у рефінансуванні заставної, він обирає обіговує іпотеку; якщо ж кредитор бажає надійного забезпечення та вищих процентів, то він обирає забезпечувальну іпотеку. Закон «Про іпотеку» (ч. 1 ст. 20) відносить встановлення можливості чи неможливості обігу зазначених прав на розсуд сторін, така можливість має бути обов'язково закріплена в договорі. На практиці кредитні установи часто дають змогу обрати клієнту відповідний вид іпотеки і закріплюють його в договорі, тобто активно такі види іпотеки існують поза законодавчим регулюванням у реальному правовому житті. Нормативне закріплення таких видів, очевидно, дало б значну користь для закріплення іпотечних правовідносин у державі. Наведена вище класифікація безпосередньо випливає із положень зазначеного Указу [4, с. 92].

Найбільш поширеною підставою класифікації іпотеки є класифікація за родовою ознакою (суттю) предмета. Така класифікація випливала зі змісту ст. 30 Закону України «Про заставу», яка визначала іпотеку як заставу землі, нерухомого майна. Закон України «Про іпотеку» поглибив значення такої класифікації, виділивши в ст.ст. 14-16 особливості правового режиму іпотеки об'єктів права державної чи комунальної власності, іпотеки земельних ділянок та іпотеки об'єктів незавершеного будівництва [7, с. 65].

До вказаного переліку слід додати лише те, що в Україні є доцільним перейняти досвід Швейцарії та ФРН та запровадити такий вид іпотеки як ту, що укладається з випуском заставної та без неї. Такий вид іпотеки допоможе на практиці визначитися чи буде можливим здійснити право відступлення вимоги.

З викладеного вище випливає, що системне виділення видів іпотеки на офіційному рівні обмежується лише Законом Украъни «Про іпотеку». Чинне законодавство лише встановило окремі види іпотеки, не узгоджуючи їх між собою за обсягом. Таким чином, питання класифікації іпотеки виявилося переведеним у теоретичну площину.

Це дає змогу стверджувати, що доцільним було б зазначити у Законі України «Про іпотеку» хоча б деякі з наведених вище видів. Така фіксація (при належній до неї увазі законодавця) матиме не лише теоретичне, а й практичне значення, у тому числі значно полегшуватиме роботу правозастосовних органів і юристів-практиків. З вищевикладеного треба зробити висновок про те, що хоча Законом України «Про іпотеку» і було впроваджено таке нове явище, як іпотека, але все ж таки залишається багато невирішених питань як на практиці, так і на теоретичному рівні.

Висновки. Викладений матеріал свідчить про те, що Україна на перший поглад здійснила значний крок вперед для розвитку вказаного інституту, про що свідчать прийняття Закон України «Про іпотеку», який в цілому відповідає основним принципам іпотеки і майже визначив положення в регулюванні відносин у сфері застосування іпотеки, порівняно з раніше діючим Законом України «Про заставу», але він потребує доопрацювання, оскільки деякі його положення суперечать загальноприйнятим принципам іпотеки. Недоліком можна вважати і той факт, що закон посилається на законодавство, якого не існує, або яке має такі недоопрацьвані моменти, як і закон, що призводить до неможливості повноцінного існування механізму іпотеки.

В роботі було розглянути лише основоположні засади становлення та дії іпотеки, а за кутом зору залишилася ще ціла низка питань, які потребують розгляду та доопрацювання:

1. Розвиток сфери нотаріальних послуг, оціночної та страхової діяльності.
2. Наявність відповідних ринків цінних паперів.
3. Виділення на законодавчому рівні видів іпотеки.

Але, незважаючи на це, перспективний потенціал іпотечних відносин в Україні є досить значним і поступово реалізовуватиметься за умови прийняття відповідних нормативних актів, які в у повній мірі перетворили б законодавчі норми в діючі.

Література:

1. Юргелевич С. Деякі порівняльні аспекти зарубіжного іпотечного законодавства та проекту Закону України «Про іпотеку». – Українське комерційне право. – 2002. – № 2. – С. 39.
2. Закон України «Про іпотеку» № 898-IV від 19 червня 2003 року, зі змінами й доповненнями. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rada.gov.ua/. – С. 1.
3. Семенчик В. І. Організаційно-правові проблеми становлення і розвитку іпотеки в АПК// Організаційно-правові проблеми розвитку аграрного і земельного ринків в Україні : тези доповідей і наукових повідомлень на науково – практичній конференції. – К., 2004. – С. 11.
4. Дмитренко В. Класифікація іпотеки // Прокуратура, людина, держава. – № 8(50), серпень 2005. – С. 92.
5. Указ Президента України № 641/99 «Про іпотеку» (був заблокований ВРУ.) – С. 1
6. Дякович М. Іпотека як вид забезпечення виконання зобов'язань // Вісник Львівського національного університету: серія юридична. – 2002 р. – Вип. 37. – С. 324-327.
7. Пучковская И. И. Ипотека: залог недвижимости. – Харьков, 1997. – С. 39-65.

Рашковская В. В. К вопросу класификации ипотеки

Аннотация. Статья посвящена научно-теоретическому исследованию правовой природы, классификации ипотеки как сложной правовой категории в гражданском праве Украины.

Ключевые слова: гражданское право, ипотека, система способов обеспечения исполнения обязательств, договоры, вещное право, класификация ипотеки.

Rashkovskaya V. To the question classification of mortgage

Summary. The thesis is devoted to the research of the scientifically – to theoretical research of legal nature, classification of mortgage as difficult legal category in the civil law of Ukraine.

Key words: civil law, mortgage, system of methods of providing of execution of obligations, agreements, proprietary interest, classification of mortgage.

УДК 35.072.2+347.779

Репешко П. І.,
кандидат наук з державного управління,
старший викладач кафедри державної служби
Чорноморського державного університету імені Петра Могили

МЕХАНІЗМИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА ТВОРИ У ГАЛУЗІ НАУКИ (ПЕРЕШКОДЖАННЯ ПЛАГІАТУ)

Анотація. У статті висвітлено проблему боротьби з плагіатом у науковій діяльності. Досліджено сутність та інструменти охорони інтелектуальної власності на твори у галузі науки. Запропоновано механізм перешкоджання спробам плагіату у науковій діяльності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, авторське право, науковий твір, плагіат, наукова ступінь.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями. Вибір теми дослідження зумовлений визнаною потребою забезпечення ефективної правової охорони й захисту прав інтелектуальної власності на твори у галузі науки в нашій державі. Українські університети, інститути та науково-дослідні і науково-технічні установи поглиблюють співпрацю із закордонними університетами, установами та іншими організаціями. У таких умовах відкритість обумовлює необхідність дотримання встановлених правил поваги та захисту щодо права інтелектуальної власності на результати наукової діяльності як своєї, так і своїх колег. Сприяння ефективній реалізації регламентованих чинним законодавством на підзаконними актами механізмів боротьби з плагіатом у науковій діяльності становить собою важливий напрямок державної політики у сфері інтелектуальної власності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор. Дослідженню актуальних проблем охорони права інтелектуальної власності на твори у галузі науки присвячені праці таких видатних вітчизняних науковців, як: Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверська, С. С. Волков, І. І. Дахно, С. О. Довгий, В. О. Жаров, В. Л. Петров, О. А. Підопригора, О. О. Підопригора, О. Д. Святоцький, В. В. Клявлін, А. В. Кочеткова, П. П. Крайнєв, О. І. Кузьменков, Н. Г. Толочкова, О. Х. Юлдашев та ін. Однак тема захисту авторського права на твори у галузі науки, особливо тема боротьби з плагіатом у науковій діяльності потребує більш ґрунтовного дослідження.

Виділення невирішених раніше аспектів загальної проблеми, яким присвячується стаття. Порушення авторських прав на твори у галузі науки набуло суттєвого поширення у науковій діяльності, особливо при захисті дисертацій на здобуття наукових ступенів. Прояви плагіату у творчій науковій роботі завдає шкоду авторитету наукової діяльності та репутації університетів і науково-дослідних установ. Розроблені програми виявлення плагіату у наукових працях залишаються недостатньою мірою у боротьбі з порушеннями авторських прав. Необхідно розробити дієві, можливо, навіть радикальні інструменти та механізми перешкоджання поширенню плагіату у науковому середовищі та у навчальному процесі.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Мета статті полягає у визначенні інструментів та механізмів захисту права інтелектуальної власності на твори у галузі науки від плагіату в науковій діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Наукова діяльність – це самостійна чи колективна дослідницько-пошукова робота автора або колективу авторів з розробки певної наукової проблеми, побудові гіпотез, експериментів, оцінки результатів та формулювання висновків. Складність цього процесу інколи спонукає окремих науковців до обрання спрощеного підходу, який полягає у використанні результатів наукової діяльності інших авторів наукових праць. Такі запозичення можуть відбуватися цивілізованим шляхом з дотриманням усіх загальноприйнятих правил цитування, посилань тощо. До дотримання цих правил спонукають положення чинного законодавства, тому їх порушення є порушенням інтелектуальної власності авторських прав на твори у галузі науки, що має бути підставою для незворотного притягнення винних до належної відповідальності.

Несанкціоноване використання об'єктів права інтелектуальної власності окремими юридичними та фізичними особами, на переконання І. Шманько, завдає значної шкоди іміджу та економічним інтересам нашої країни та її громадян. На його переконання, матеріальна і моральна шкода суб'єктам права інтелектуальної власності завдається як з корисливих мотивів, так і через необізнаність значної частини нашого суспільства з питань створення, захисту та використання інтелектуальної власності [1]. З останнім можна погодитися, якщо мова йде про школярів або студентів першого року навчання. Проте, коли порушення права інтелектуальної власності стосовно авторських прав на твори у галузі науки допускають науковці, то про необізнаність з їх боку годі й говорити. Слід шукати інші спонукальні мотиви, серед який названий вище корисливий мотив є чи не найрушівнішим.

Проблема плагіату, як вважає І. В. Порало, все більше і динамічніше поглинає сучасне суспільство. Акти

порушень авторського права, правил професійної етики, норм вищої школи частішають щодня і це проблема не локальна, її масштаби відчуває вся світова спільнота. Але найбільш вразливою до плагіату сферою залишається вища освіта [2, с. 89]. Згідно з визначенням плагіату у словнику Merriam-Webster, здійснювати плагіат означає: 1) вкрасти ідею або слова іншої людини і видати їх як свої власні; 2) використовувати результати праці іншої людини без вказівки джерела, звідки вони запозичені, 3) вкрасти літературний твір і 4) подавати вже існуючу ідею (або продукт) як нову й оригінальну. Таким чином, плагіат – це шахрайство, що полягає в крадіжці роботи в іншої людини, в чому плагіатор не зізнається. Плагіат – це подача чужої роботи як своєї, використання чужих ідей чи фраз без вказівки джерел, а також надання неправильної інформації про джерело, звідки запозичена інформація. Інші випадки менш очевидні, оскільки пов'язані з порушенням правил цитування [3]. У Регенсбурзькому університеті (Universität Regensburg) на кафедрі слов'янських мов на підпис видається бланк «Plagiatserklärung» (довідка про відсутність плагіату). Текст її показовий: «Плагіат – це коли чужі ідеї і слова видаються за свої власні. При цьому не має значення ні джерело (книга, журнал, газета, Інтернет і т. д.), ні їх обсяг, ні той факт, дослівно вони відтворені, перекладені або переказані. Вирішальним фактором є вказівка джерела. Якщо воно замовчується, то плагіат, тобто, обман, – в наявності» [4]. Положення про академічний плагіат Української академії банківської справи Національного банку України визначає плагіат академічний як навмисне відтворення викладачем, докторантом, аспірантом або студентом у письмовій або електронній формі чужого твору, опублікованого на паперовому або офіційно оприлюдненого на електронному носії, повністю або частково, під своїм іменем без посилання на автора. Різновиди плагіату: 1) видання виконаної іншим автором роботи за свою без внесення в неї жодних змін та належного оформлення цитування; 2) копіювання значної частини чужої роботи в свою без внесення в запозичене жодних змін та належного оформлення цитування; 3) внесення незначних правок у скопійований матеріал (переформулювання речень, зміна порядку слів тощо) та без належного оформлення цитування; 4) парафраза – переказ своїми словами чужих думок, ідей або тексту [5].

Ознаками неправомірного використання авторських прав, на переконання Н. П. Бааджи, є те, що воно здійснюється без згоди автора, суперечить положенням законодавства, порушує майнові та немайнові права суб'єктів авторського права або створює загрозу порушення, завдає шкоду або створює загрозу завдання майнової та немайнової шкоди [6, с. 10]. Як повідомляє Ю. Маціївський, аналіз змісту багатьох академічних видань свідчить про те, що раз по раз можна зустріти запозичення окремих формулювань, а то й передрук цілих фрагментів тексту без посилань на оригінальне джерело. Толерування плагіату притупляє етичні вимоги до академічної діяльності та негативно впливає на якість наукової продукції. Недаремно на Заході існують досить жорсткі вимоги до будь-яких наукових публікацій, а підозра у плагіаті автоматично означає кінець наукової кар'єри [7, с. 67]. Звернувшись до досвіду викриття плагіату в країнах Європейського Союзу, слід визнати дієвість принципів наукової чесноти і невідворотність за порушення авторських прав на чужі твори у галузі науки. Після гучного скандалу з плагіатом у дисертації колишнього міністра оборони ФРН Карла Теодора цу Гуттенберга, який завершився у березні 2011 року його відставкою з посади, в Німеччині запідозрили в нечесних запозиченнях міністра освіти ФРН Аннетт Шаван. Зокрема, підозра стосується 60 сторінок її дисертації «Особа і совість – дослідження передумов, необхідності та вимог у сучасному формуванні совісті», де можуть бути некоректно оформлені використані цитати. До речі, Аннетт Шаван свого часу однією з перших виступила із засудженням цу Гуттенберга за плагіат, назвавши це «ганебним». Сама вона пішла у відставку у лютому 2013 року [8].

Президент Угорщини Ліг Шмитт змушений піти у відставку у квітні 2012 року після позбавлення його вченого ступеня із-за звинувачень в плагіаті в його докторській дисертації. Звинувачення в плагіаті на його адресу були висунуті на сторінках журналу HGV. В ньому, зокрема, наводилося, що дисертація Шмитта на тему «Аналіз програми сучасних Олімпійських ігор» містила в собі не змінені і не оформлені належним чином уривки з аналогічної роботи болгарського вченого Ніколая Георгієва. В Університеті Земмельвайса, де 20 років тому захищався майбутній президент, була створена спеціальна комісія, за підсумками роботи якої дисертацію Шмитта визнали такою, що не відповідає науковим стандартам, що потягло за собою позбавлення наукового ступеня [9]. Будапештський університет знайшов в кандидатській дисертації віце-прем'єра Угорщини Жолта Шемьена занадто великий відсоток чужого матеріалу. Керівництво університету відмітило, що велика частина докторської дисертації по теології, яку Шемьен захистив в 1992 році, запозичена з наукових робіт його керівника [10]. Прем'єр-міністра Румунії Віктора Понту звинуватили у плагіаті, більше половини його докторської дисертації, присвяченої роботі Міжнародного кримінального суду і захищеної у 2003 році в Університеті Бухаресту, є запозиченнями без належних посилань на першоджерела [11]. В Російській Федерації плагіату у дисертаційних роботах оголошено справжню війну. Лише 18 лютого 2013 року на сайті Міністерства освіти і науки РФ оприлюднені накази про позбавлення вченого ступеня доктора наук 6 осіб та кандидата наук 5 осіб [12].

Не стоїть осторонь і Україна, так 25 квітня 2013 року під головуванням Міністра освіти і науки Дмитра Табачника відбулося засідання Атестаційної колегії Міністерства освіти і науки України, на якому скасовано рішення спеціалізованих вчених рад щодо присудження наукового ступеня кандидата наук 7 здобувачам, доктора наук – 2. Позбавлено наукового ступеня одного доктора економічних наук [13].

Заслуговує окремої уваги й перший вітчизняний прецедент з позбавлення наукового ступеня у судовому порядку. 16 листопада 2012 року Шевченківський районний суд міста Києва задовольнив позов заступника декана філософського факультету Київського національного університету ім. Т. Шевченка Сергія Руденка до спеціалізованої вченої ради КНУ ім. Т. Шевченка про

скасування рішення про присвоєння наукового ступеня кандидата наук Ксенії Василенко (творчий псевдонім – «Соня Кошкіна» у виданні «Лівий берег»). У судовому засіданні було досліджено повторний висновок спеціалізованої вченої ради Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова, у якому міститься близько 20 сторінок вказівок на ті частини дисертації, де є плагіат. Київський апеляційний адміністративний суд у січні 2013 року відмовив захисникам Ксенії Василенко в апеляційній скарзі і залишив в силі рішення суду першої інстанції [14]. Атестаційній колегії Міністерства освіти і науки України не залишається нічого іншого, як прийняти судове рішення до виконання.

Звернувшись до нормативного регулювання захисту авторських прав на твори у галузі науки, знаходимо наступне. Статтею 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначено, що твори у галузі науки є об'єктами авторського права. До таких творів віднесені літературні письмові твори наукового, технічного або іншого характеру (книги, брошури, статті тощо), виступи, лекції, комп'ютерні програми, бази даних тощо. Охороні підлягають всі такі твори, як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені, незалежно від їх призначення, обсягу чи мети. Але правова охорона авторських прав на твори у галузі науки поширюється тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі. Система прав автора твору у галузі науки складається з особистих немайнових та майнових прав автора. Серед особистих немайнових прав передбачені такі, як: а) вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо; б) забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом; в) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора. До майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать: а) виключне право на використання твору; б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. Особисті немайнові права автора не можуть бути передані (відчужені) іншим особам, а майнові права автора (чи іншої особи, яка має авторське право) можуть бути передані (відчужені) іншій особі у встановленому положеннями статті 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права», після чого ця особа стає суб'єктом авторського права. Особисті немайнові права автора, передбачені чинним законодавством України, охороняються безстроково.

Автор наукового твору, чи інша особа, яка набула авторське право на науковий твір, має виключне право на використання цього твору у будь-якій формі і будь-яким способом, в тому числі дозволяти чи забороняти використання твору іншими особами. Ці права реалізуються шляхом надання дозволу чи накладення заборони на: а) відтворення творів; б) публічне виконання і публічне сповіщення творів; в) публічну демонстрацію і публічний показ; г) будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією, ніж та, що здійснила перше оприлюднення; ґ) переклади творів; д) переробки, адаптації та інші подібні зміни творів; е) включення творів як складових частин до збірників, антологій, енциклопедій тощо; є) розповсюдження творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом або шляхом здавання в майновий найм чи у прокат та шляхом іншої передачі до першого продажу примірників твору; ж) подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором; з) імпорт примірників творів [15]. І цей перелік не є вичерпним.

У зв'язку з відсутністю у чинному національному законодавстві визначення поняття «здійснення суб'єктивного права інтелектуальної власності», М. Ю. Потоцький пропонує власну дефініцію – це дії особи, спрямовані на матеріалізацією належних їй прав на об'єкти права інтелектуальної власності. Що стосується змісту здійснення суб'єктивного права інтелектуальної власності, то ним є система дій особи – носія цих прав, спрямованих на використання об'єкта права інтелектуальної власності, надання дозволу (ліцензії) на використання об'єкта права інтелектуальної власності, перешкоджання та (або) заборону неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності, передання виключних майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності. Здійснення права інтелектуальної власності можна об'єднати у такі групи: 1) дії щодо використання прав на об'єкти права інтелектуальної власності; 2) дії щодо використання об'єктів права інтелектуальної власності (тобто дії, спрямовані на використання матеріального носія, у якому втілено об'єкт права інтелектуальної власності) [16, с. 11].

За пунктом «в» статті 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права», визначається, що плагіат – це оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору, що у свою чергу є порушенням авторського права на твори у галузі науки, яке дає підстави для судового захисту [15]. Пунктом 1 Положення про Міністерство освіти і науки України, визначено, що це Міністерство є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України [17]. Згідно зі статтею 18 Закону України «Про вищу освіту» передбачено, що центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері освіти, серед іншого, розробляє і затверджує вимоги до рівня наукової кваліфікації здобувачів наукових ступенів, вченого звання старшого наукового співробітника та встановлює критерії атестації наукових кадрів вищої кваліфікації; забезпечує єдність вимог до рівня наукової кваліфікації осіб, які здобувають відповідно науковий ступінь кандидата або доктора наук чи вчене звання старшого наукового співробітника; проводить експертизу дисертацій для здобуття наукових ступенів та атестаційних справ для присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника;

затверджує рішення спеціалізованих вчених рад про присудження наукових ступенів і рішення вчених (наукових, науково-технічних, технічних) рад про присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, а також скасовує їх у разі невиконання державних вимог при атестації наукових і науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації; вирішує в установленому порядку питання переатестації наукових і науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації, позбавлення наукових ступенів, вченого звання старшого наукового співробітника, оформлення й видачі дипломів і атестатів, а також розглядає апеляції [18]. Згідно з пунктом 1 Положення про експертну раду з питань проведення експертизи дисертаційних робіт Міністерства освіти і науки України, експертна рада з питань проведення експертизи дисертаційних робіт є дорадчим органом, що утворюється для проведення експертизи дисертацій з метою здійснення контролю за їх науковим рівнем, науковою та практичною цінністю, роботою спеціалізованих вчених рад та дотриманням єдиних вимог до здобувачів наукових ступенів. У пункті 12 цього Положення визначено, що за результатами експертизи експерт готує проект атестаційного висновку. Якщо атестаційний висновок експертної ради позитивний, то експертна рада вносить міністерству пропозиції щодо затвердження рішення спеціалізованої вченої ради і видачі диплома про науковий ступінь. Якщо встановлено, що експертизу дисертації у спеціалізованій вченій раді проведено неякісно, висновок зазначеної ради недостатньо аргументований, то експертна рада вносить міністерству пропозиції щодо скасування рішення спеціалізованої вченої ради і відмови у видачі диплома про науковий ступінь [19].

Пунктом 40 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника передбачено, що особи, яким присуджено наукові ступені або присвоєно вчене звання старшого наукового співробітника, можуть бути позбавлені цих ступенів і звання Міністерством освіти і науки України на підставі клопотань, поданих спеціалізованими вченими радами, де проводився захист дисертацій, або вченими науково-технічними радами, що подавали клопотання про присвоєння вченого звання. При цьому окремо визначено, що розгляд питання про обґрунтованість присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання, стосовно яких рішення прийняті понад десять років тому, органами атестації не проводиться, за винятком виявлення текстових запозичень, використання ідей, наукових результатів і матеріалів інших авторів без посилання на джерело [20].

Міністерство освіти і науки України у пунктах 8.1–8.3 розділу VIII Положення про спеціалізовану вчену раду, визначило, що питання про позбавлення наукового ступеня порушується у випадку, коли до ради надійшли матеріали, які дають для цього підставу. Рада повинна протягом місяця розглянути матеріали, які підготувала комісія. Засідання ради проводиться у присутності особи, про позбавлення наукового ступеня якої порушується питання та яка повідомляється про це не пізніш як за 10 днів до засідання. Якщо вказана особа завчасно повідомить, що не може взяти участі в засіданні з поважної причини, то засідання ради переноситься [21]. Положення про атестаційну колегію Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, у передбачає, що атестаційна колегія відповідно до покладених на неї завдань бере участь, серед іншого, у позбавленні наукових ступенів і вчених звань в установленому МОНмолодьспортом порядку [21].

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку. Аналіз чинних вітчизняних нормативно-правових актів, спрямованих на охорону авторських прав на твори у галузі науки, на порядок атестації кадрів наукових та науково-педагогічних працівників, надає підстави для висновку про те, що в Україні створено дієвий механізм державного управління захисту авторських прав на твори у галузі науки. Про його дієвість свідчать результати роботи Атестаційної колегії Міністерства освіти і науки України. Проте відсутність серед осіб, яких рішеннями Атестаційної колегії позбавлено наукових ступенів та вчених звань, представників політичних та бізнесових кіл, стосовно яких у засобах масової інформації оприлюднюються документально підтверджені звинувачення у плагіаті, має ознаки вибірковості роботи Атестаційної колегії.

Пропонується ввести відповідальність для наукових керівників здобувачів наукового ступеня кандидата наук та офіційних опонентів у вигляді позбавлення наукового степеня у випадках виявлення плагіату в роботах здобувачів, до захисту яких ними були надані позитивні відзиви. Щодо випадків виявлення плагіату у дисертаціях на здобуття наукового ступеня доктора наук, то відповідальність така повинна розповсюджуватися не лише на офіційних опонентів та наукового консультанта, які надали позитивні відзиви, але й на подальше існування спеціальної вченої ради. Членам такої ради після встановлення факту присудження наукового ступеня за дисертаційну роботу, в якій виявлено плагіат, видається допустимим заборонити довічно приймати участь у роботі спеціалізованих вчених рад. Запропоновані заходи створять надійний заслін на шляху плагіату до наукової діяльності.

Література:

1. Шманько І. Основи інтелектуальної власності – необхідна складова вітчизняної загальної освіти / Ілля Шманько [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.zakinppo.org.ua/2010-01-18-13-44-15/694-osnovi-intelektualnoyi-vlasnosti--neobhidna-skladova-zmistu-vitchiznjanoyi-zagalnoyi-osviti.
2. Порало І. В. Інтелектуальний капітал України в полоні плагіату / І. В. Порало // Теорія і практика управління соціальними системами: філософія, психологія, педагогіка, соціологія. – 2009. – № 4. – С. 89-97.
3. Что такое плагиат, или О западных стандартах научной этики // Освітній портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.osvita.org.ua/articles/68.html.
4. Небезпечна комбінація, або Обережно, плагіат! // Освітній портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.osvita.org.ua/articles/1399.html.
5. Положення про академічний плагіат: ДВНЗ УАБС НБУ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uabs.edu.ua/images/stories/docs/VRada/1709_38.pdf.
6. Бааджи Н. П. Відшкодування шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Н. П. Бааджи ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2010. – 19 с.
7. Маційовський Ю. Між функціоналізмом та нормативізмом: академічна політологія в Україні на початку XXI ст. / Юрій

Мацієвський // Людина і політика: Український соціально-гуманітарний науковий журнал. – 2004. – № 5. – С. 61-69.
8. Министр образования стал новой жертвой охоты на плагиаторов в ФРГ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://obozrevatel.com/abroad/20437-ministr-obrazovaniya-stalo-novoj-zhertvoj-ohotyi-na-plagiatorov-v-frg.htm.
9. Президент Венгрии ушел в отставку из-за плагиата [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://obozrevatel.com/abroad/64718-prezident-vengrii-ushel-v-otstavku-iz-za-obvinenij-v-plagiate.htm.
10. Еще одного крупного политика из Венгрии уличили в плагиате [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://obozrevatel.com/abroad/60832-esche-odnogo-krupnogo-politika-iz-vengrii-ulichili-v-plagiate.htm.
11. Румынского премьера обвинили в плагиате [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://obozrevatel.com/abroad/73128-rumyinskogo-premera-obvinili-v-plagiate.htm.
12. Приказы о лишении ученой степени доктора наук, кандидата наук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vak.ed.gov.ru/ru/news/index.php?id54=681
13. МОН: Вчене звання професора присвоєно 67 науковим та науково-педагогічним працівникам [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=246299688&cat_id=244277212.
14. Соню Кошкіну суд позбавив вченого звання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.telekritika.ua/news/2012-11-16/76806; Байвидович О. Адвокат: суд отклонил апелляцию Сони Кошкиной / Ольга Байвидович [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://obozrevatel.com/crime/03451-advokat-sud-otklonil-apellyatsiyu-soni-koshkinoj.htm.
15. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.
16. Потоцький М. Ю. Правове регулювання інтелектуальної власності в Україні: загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Ю. Потоцький ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2009. – 20 с.
17. Указ Президента України «Питання Міністерства освіти і науки України» від 25 квітня 2013 року № 240/2013 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 34. – Ст. 1206.
18. Закон України «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 року № 2984-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 20. – Ст. 134.
19. Наказ Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України «Деякі питання експертних рад з питань проведення експертизи дисертаційних робіт Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України» від 14 вересня 2011 року № 1058 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 78. – Ст. 2894.
20. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника» від 7 березня 2007 року № 423 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 18. – Ст. 731.
21. Наказ Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України «Деякі питання присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань» від 14 вересня 2011 року № 1059 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 78. – Ст. 2895.

Репешко П. И. Механизмы государственного управления защиты авторских прав на произведения в области науки (препятствование плагиату)

Аннотация. В статье освещена проблема борьбы с плагиатом в научной деятельности. Исследована сущность и инструменты охраны интеллектуальной собственности на произведения в области науки. Предложен механизм препятствования попыткам плагиата в научной деятельности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, авторское право, научное произведение, плагиат, научная степень.

Repeshko P. Mechanisms of public administration copyright protection to products in the fields of science (obstacle plagiarized by)

Summary. The article deals with the problem of combating plagiarized in scientific activities. The essence of and tools of intellectual property protection to the products of science. The mechanism attempts to obstruct plagiarism in scientific activities.

Key words: intellectual property, copyright, academic work, plagiarism, academic degree.

УДК 4

Рибак О. С.,
аспірант кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВА ПРИРОДА СУДОВОГО ДОРУЧЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Анотація. У статті розглядаються правова природа судового доручення, положення діючого законодавства та теоретичні підходи науковців в цій сфері. На сучасному етапі розвитку актуальним постало питання щодо визначення правової природи судового доручення, оскільки існує наукова дискусія щодо означеного питання.

Ключові слова: правова природа, міжнародно-правова допомога, судова допомога, судове доручення.

Постановка проблеми. Правова допомога у цивільних справах є формою міждержавного співробітництва. Збільшення кількості звернень за правовою допомогою до судів іноземних держав поставило питання про необхідність теоретичного дослідження правової природи судового доручення. Це питання поки що не стало предметом серйозних наукових досліджень українських правознавців. Серед вчених існує дискусія щодо визначення означеного поняття. З огляду на це, надзвичайної актуальності та практичної значимості набуває питання з'ясування правової природи судового доручення.

Стан дослідження. Окремі аспекти означеного питання були досліджені у працях таких вчених, як: Д.Д. Аверіна, І.В. Гетьман-Павлової, Джон Був'єр (John Bouvier), Джон Коелт (John G. Koeltl), Джон Кіернан (John S. Kiernan), Г.Д. Дмітрієвої, І.В. Дробязкіної, А.В. Лесіна, М.М. Петрова, Л.З. Павлик, Г.А. Цірата та інших.

Метою цієї статті є аналіз та характеристика доктринальних підходів до визначення правової природи судового доручення суду іноземної держави у цивільному процесі та формулювання на цій основі своїх висновків щодо означеного питання.

Виклад основного матеріалу. З'ясування правової природи судового доручення означає визначення сутності цього поняття, а сутність означає зміст поняття, сукупність сутнісних ознак, які притаманні цьому інституту. Деякі вченні вказують ще на необхідності з'ясування нормативно-правового регулювання інституту, яке також складає основу поняття «правова природа».

Судове доручення є ефективним засобом за допомогою якого держави можуть надавати правову допомогу одна одній, а також це спосіб (засіб) за допомогою якого здійснюється міжнародне співробітництво судових та інших юрисдикційних органів різних держав.

Питання надіслання і виконання доручення суду іноземної держави у цивільному процесі на національному законодавчому рівні регулюється такими основними нормативно-правовими актами, як: Цивільно-процесуальний кодекс України (розділ Х, статті 415-419); Закон України «Про міжнародне приватне право» (стаття 80); Інструкція «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень» від 27.06.2008 та іншими.

Міжнародно-правова допомога у цивільних справах здійснюється у різних формах і за допомогою використання тих засобів, які передбачені нормами права на рівні національного та міжнародного законодавства. Ці норми складають джерела правового регулювання цивільно-процесуальних правовідносин ускладнених іноземним елементом.

Проаналізувавши міжнародні конвенції, необхідно зазначити, що на міжнародному рівні означене питання регулюється трьома основними документами (універсальними договорами):

- Гаазька конвенція з питань цивільного процесу 1954 року;
- Гаазька конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або торговельних справах 1965 року;
- Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів з цивільних і торговельних справ 1970 року.

У цих документах закріплено особливості надіслання і виконання судового доручення в залежності від об'єкта. Окремі аспекти означеного інституту визначаються за допомогою двосторонніх та багатосторонніх договорів укладених між Україною та іншими країнами. Сьогодні відбувається розширення міждержавного співробітництва, зокрема, про це свідчить тенденція збільшення випадків укладення договорів про правову допомогу між державами (розпорядження Президента України від 2 листопада 2012 року Про уповноваження О. Лавриновича на підписання Договору між Україною і Республікою Сенегал про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах; підписання Договору між Україною та Об'єднаними Арабськими Еміратами «Про взаємну правову допомогу у цивільних та комерційних справах» від 26.11.2012 року). Ця тенденція є позитивною, оскільки це сприяє більш ефективному забезпеченню майнових та особистих немайнових прав осіб у цивільному процесі, реалізації принципів рівності, процесуальної економії та виконанню основних завдань цивільного судочинства.

Варто зазначити, що серед науковців є різні підходи до визначення правової природи судового доручення. Одні вчені визначають його як вид правової допомоги, деякі – як форму взаємодії між уповнова-

женими органами держави, інші – як інструмент (засіб) за допомогою якого надається така допомога.

У юридичному словнику зазначається, що судове доручення – спосіб сприяння суду в збиранні доказів [1, с. 545]. Тобто у словнику судове доручення визначається як спосіб. Ми погоджуємося із такою позицією, проте вважаємо, що за обсягом тих сутнісних ознак, які містяться у ньому, воно повною мірою не розкриває зміст поняття. Так, оскільки доручення може стосуватися не лише збирання доказів, але й інших питань правового характеру, наприклад може містити звернення про вручення судових документів особам, які знаходяться на території іноземної держави та інших питань.

Г.А. Цірат зазначає, що надання правової допомоги, особливо у формі виконання судових доручень, є формою взаємодії органів публічної влади різних держав і це можливо лише за згодою або угодою між відповідними державами [2, с. 22]. Міжнародно-правова допомога є складовою частиною міжнародного цивільного процесу і здійснюється, зокрема, у формі вручення за кордоном судових та позасудових документів, в отриманні доказів та здійсненні інших процесуальних дій.

Джон Коелт (John G. Koeltl) та Джон Кіернан (John S. Kiernan) розглядають судове доручення як інструмент за допомогою якого можуть бути отриманні показання осіб. Це офіційний запит судового органу іноземної держави про допомогу в судовому розгляді у суду США [3, с. 251]. Судове доручення є традиційним механізмом міжнародного співробітництва. Це положення підтримується американською асоціацією юристів, про що зазначено у одній з їхніх праць «Довідник міжнародного антимонопольного співробітництва» («International Antitrust Cooperation Handbook») [4, с. 15].

Виконання судових доручень називається наданням (реалізацією) міжнародної правової допомоги. Обсяг правової допомоги, яка може надаватися судами України іноземним судам у проведенні окремих процесуальних дій, статтею 415 ЦПК України визначається у загальному вигляді [5, с. 584].

Д.В. Садчиков розглядає судове доручення як правовий акт, який має правореалізаційний характер. Вимога, яка міститься в дорученні, найчастіше є індивідуальним розпорядженням, воно постає елементом індивідуального правового регулювання [6, с. 210].

Звернення суду однієї держави за правовою допомогою у здійсненні процесуальних дій в іншій державі оформлюється шляхом складання судового доручення, зазначає І. В. Дробязкіна. Виконання доручень іноземних установ юстиції складає основу поняття «правова допомога» [7, с. 87].

Вважаємо, що виконання судового доручення є одним із важливих елементів у наданні правової допомоги. Істотне значення має правильне оформлення і надіслання доручення до суду іноземної держави, яке потім буде ним виконуватися. Вимоги щодо змісту і форми судового доручення регулюються як внутрішнім право кожної держави (наприклад, в Україні це питання регулюється статтею 416 ЦПК України), так і міжнародними нормативно-правовими актами (наприклад, стаття 3 Конвенції «Про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» від 18.03.1970).

Те, що судове доручення це є документ, який надсилається судом іншому суду підтримує і Джон Був'єр (John Bouvier) [8, с. 29]. Ми погоджуємося з цією позиції, оскільки судове доручення є документом встановленої процесуальної форми і водночас є засобом за допомогою якого надається міжнародно-правова допомога, зокрема, судово-правова допомога.

Проаналізувавши вищевикладене, необхідно зазначити, що ми є прихильниками означеного підходу, тобто, що це інструмент у наданні міжнародно-правової допомоги, оскільки вважаємо, що однією із кваліфікаційних (сутнісних) ознак судового доручення є те, що таке доручення виступає засобом реалізації судової взаємодопомоги, яка здійснюється у рамках цивільного судочинства у зв'язку з потребами, які виникли під час розгляду справи і вирішення цього проблемного питання неможливо ніяким іншим чином, окрім як звернення до інституту судового доручення.

На противагу цьому підходу існує й інший, де судове доручення розглядається як вид допомоги. Так, І.В. Гетьман-Павлова зазначає, що судове доручення - це вид правової допомоги, обов'язок надання якої фіксується в міжнародних угодах і національних законах. Основні форми правової допомоги, що надається в порядку виконання іноземних судових доручень:

- складання, засвідчення, пересилання, вручення документів;
- надання речових доказів;
- допит свідків, експертів та інших осіб для цілей судочинства [9, с. 543-544].

Але цей підхід не отримав широкої підтримки серед науковців. Дійсно судове доручення не може виступати у якості виду правової допомоги, оскільки саме по собі доручення (проаналізувавши його сутність та зміст) є лише процесуальним документом у якому міститься прохання, яке звернене до іноземної держави, про вчинення окремих процесуальних дій.

Н.І. Маришева виокремила такі види міжнародно-правової допомоги, як:

- виконання доручень про вчинення окремих процесуальних дій;
- надання інформації про право;
- передача компетенції;
- видача злочинців;
- надання правової допомоги у зв'язку з визнанням і виконанням судових рішень;
- правова допомога у зв'язку з визнанням і виконанням вироків іноземних судів [10, с. 16].

Тобто автором зроблена класифікація видів правової допомоги у цивільних та кримінальних справах. Важливо відмітити, що як різновид правової допомоги розглядаєтьсь саме виконання доручень про вчинення окремих процесуальних дій. Тобто, у якості виду виступають процесуальні дії, зокрема їх здійснення, а не безпосередньо саме судове доручення.

Т.Н. Нешатаєва як окремий вид правової допомоги розглядає не саме судове доручення, а судову допомо-

гу як видове поняття від такого родового поняття, як правова взаємодопомога [11, с. 489]. Подібної думки дотримується Т.В. Сахнова, яка зазначає, що правова допомога розуміється як взаємне правове співробітництво, яке охоплює також судову взаємодопомогу. Виконання судових доручень – лише один із аспектів правової допомоги, яка регулюється договорами про правову допомогу або за допомогою спеціальних угод про виконання судових доручень [12, с. 485].

Ми підтримуємо думку Н.І. Маришевої, Т.Н. Нешатаєвої, Т.В. Сахнової і вважаємо, що доцільним було б розглядати у якості окремого виду правової допомоги не саме судове доручення, а судову допомогу. Оскільки міжнародно-правова допомога – це комплексне поняття, до складу якого входять окремі види допомоги. Саме допомога, яка надається судом однієї держави іншій (т. зв. допомога у рамках цивільного судочинства), у загальному вигляді може вважатися видом правової допомоги. Перелік видів правової допомоги є невичерпним, про що, наприклад, зазначається в Інструкції «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень» від 27.06.2008 року, затверджена наказом Міністерства юстиції України, Державної судової адміністрації України від 27.06.2008 року №1092/5/54.

Як слушно зазначає М.С. Каменецька, правова допомога держав включає такі напрямки, як: вручення документів; виконання процесуальних та інших дій, передбачених законодавством запитуваної країни, в тому числі: складання та пересилання документів, проведення оглядів, вилучення та передача речових доказів, проведення експертизи, допит сторін, третіх осіб, свідків, експертів, розшук осіб, визнання та виконання судових рішень по цивільним справам і виконавчих написів. При розгляді справ, ускладнених іноземним елементом, часто виникає необхідність здійснення процесуальних дій на території іноземної держави і для цього використовується інститут судових доручень [13, с. 265-266].

Також це простежується з аналізу статті 1 Конвенції «Про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах» від 18.03.1970 (дата набуття чинності для України: 21.07.2001), де зазначається, що у цивільних або комерційних справах судовий орган Договірної Держави може відповідно до положень законодавства цієї Держави шляхом надіслання судового доручення звернутися до компетентного органу другої Договірної Держави з проханням отримати докази або провести інші процесуальні дії. Проаналізувавши означене положення, необхідно підкреслити, що судове доручення слугує процесуальною формою оформлення правовідносин у сфері надання міжнародно-правової допомоги.

Висновки. У міжнародних конвенціях, двосторонніх договорах міститься стаття щодо обсягу правової допомоги, де, зокрема, визначені процесуальні дії, напрямки надання правової допомоги і саме доручення суду іноземної держави у якості виду допомоги не передбачається. Щодо судового доручення, зазначається, що Центральний орган держави направляє запит іншій державі та отримує запити від іншої держави (суду), тобто судове доручення – це документ за допомогою якого здійснюється оформлення звернення до іншого суду за правовою допомогою у цивільних справах. За допомогою судового доручення оформлюється і приводиться в дію весь механізм надання міжнародно-правової допомоги.

Щодо обсягу понять необхідно зазначити, що найширшим поняттям є міжнародно-правова допомога. Одним із різновидів такої допомоги є судово-правова допомога у цивільних справах, а її підвидами є здійснення окремих процесуальних дій, наприклад вручення судових та позасудових документів, отримання доказів, що знаходяться за кордоном, допит осіб, що знаходяться за кордоном та інші процесуальні дії.

Таким чином, ми вважаємо, що судове доручення є інструментом (засобом) за допомогою якого здійснюється надання правової допомоги (це є процесуальне оформлення надання міжнародно-правової допомоги). Судове доручення, як документ процесуальної форми, відіграє роль засобу за допомогою якого стає можливим здійснення цивільного судочинства у справах з іноземним елементом та ефективний і швидкий розгляд справи.

Література:

1. Гончаренко В. Г. Правознавство: словник термінів. За редакцією В. Г. Гончаренка : навчальний посібник. – К. : Юристконсульт, КНТ. – 2007. – 636 с.
2. Цірат Г. А. Особливості міжнародно-правового регулювання надання правової допомоги у отриманні за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Київ, 2011. – С. 22-24.
3. John G. Koeltl, John S. Kiernan. The litigation manual: A promer for trial lawyers. – Publisher: American Bar Association. – 1999
4. International Antitrust Cooperation Handbook (Chicago: The American Bar Association, 2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://books.google.ru
5. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 624 с.
6. Садчиков Д. В. Судові доручення: поняття і ознаки // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2010. – № 1. – С. 208-213.
7. Дробязкина И. В. Международный гражданский процесс: проблемы и перспективы. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 321 с.
8. John Bouvier. Law dictionary, adapted to the Constitution and laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union: with references to the civil and other systems if foreign law. Vol. II. – 1870. – 732 p.
9. Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право : учебник / И. В. Гетьма-Павлова. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М. : Эксмо, 2009. – 704 с.
10. Марышева Н. И. Международная правовая помощь по гражданским и уголовным делам : диссертация в форме научного доклада. – М., 1996. – 109 с.
11. Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданський процесс : Учебный курс в трех частях. – М. : ОАО «Издательский дом «Городец»», 2004. – 624 с.
12. Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты / Т. В. Сахнова. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 696 с.
13. Каменецкая М. С. Международное частное право : учебно-практическое пособие. – М. : Изд. центр ЕАОИ, 2007. – 306 с.

Рыбак О. С. Правовая природа судебного поручения в гражданском процессе

Аннотация. В статье рассматриваются правовая природа судебного поручения, положения действующего законодательства и теоретические подходы ученых в этой сфере. На современном этапе развития актуальным стал вопрос об определении правовой природы судебного поручения, поскольку существует научная дискуссия по поводу этого вопроса.

Ключевые слова: правовая природа, международно-правовая помощь, судебная помощь, судебное поручение.

Rybak O. The legal nature of the letter of request (letter rogatory) in the civil procedure

Summary. The legal nature of the letter of request (letter rogatory), provisions of the legislation in force and theoretical approaches of scientists in this field are considered in the article. At the current stage of development, the urgent mater is to define the legal nature of a letter rogatory since there is scientific debate about this issue.

Key words: the legal nature, international legal assistance, judicial assistance, letter of request (letter rogatory).

УДК 614.2:614.251

Сізінцова Ю. Ю.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри соціальної медицини організації і управління охорони здоров'я та медико-соціальної експертизи ДЗ «Запорізька медична академія післядипломної освіти МОЗ України»

МЕДИЧНЕ ПРАВО В СИСТЕМІ ПРАВОВОЇ ПІДГОТОВКИ КЕРІВНИКІВ ЛІКУВАЛЬНО-ПРОФІЛАКТИЧНИХ ЗАКЛАДІВ УКРАЇНИ

Анотація. У статті розглянуті питання актуальності підготовки керівників лікувально-профілактичних закладів з медичного права, а також досліджені проблеми, які виникають в процесі надання медичної допомоги, що породжують в подальшому появу нових правовідносин між лікарем та пацієнтом.

Ключові слова: медичне право, освіта, правовідносини, відповідальність.

Постановка проблеми. Сфера охорони здоров'я потребує найбільшої уваги держави тому, що об'єднала цілий комплекс суспільних відносин, до яких можна віднести у першу чергу відношення, які виникають в медичній діяльності (діагностика, лікування пацієнта, хірургічне втручання, сфера охорони материнства і дитинства в державі, профілактика захворювань, питання медичної експертизи працездатності та ін.), фінансові та управлінські.

На думку І.Я. Сенюти, медичне право на сьогодні є актуальним і необхідним важелем для практика, який працює в медицині. І це невипадково. Значний обсяг питань, який виникає в процесі надання медичної допомоги породжує нові правовідносини між лікарем та пацієнтом, наслідком яких може бути поява позову до суду, а також написання скарги до державних органів і початок кримінального провадження відносно лікаря.

Мета роботи – вивчення стану впровадження навчальної дисципліни «Медичне право» серед студентів вищих медичних навчальних закладів, а також аналіз роботи закладів післядипломної освіти, щодо викладання даної дисципліни.

Викладення основного матеріалу. Розвиток в Україні ринку надання медичних послуг породжує потребу і необхідність приведення у відповідність з міжнародно-правовими стандартами механізму реалізації норм, які забезпечують права і свободи громадян у сфері охорони здоров'я. Ситуація, яка склалася на сьогодні, надає нам уявлення про те, що більшість медичних працівників закладів охорони здоров'я мають поверхове уявлення про законодавче забезпечення своєї діяльності. Питання інформованості, юридичної відповідальності, яка встановлена чинним законодавством за правопорушення у сфері охорони здоров'я повинні вивчатись лікарями. Це, по-перше, їх буде певним чином дисциплінувати, по-друге, зменшить ймовірність безпідставного притягнення до відповідальності. На допомогу їм повинні виступати і юристи лікувально-профілактичних закладів, але, на превеликий жаль, не всі заклади мають таку можливість.

У порівнянні з країнами Євросоюзу у кожному державному чи комунальному медичному закладі працюють спеціальні юридичні служби, директори яких повинні доводити до відома медперсоналу про останні зміни до законодавства, а також інформувати лікарів та їхніх пацієнтів про обов'язки та права. Крім того, у Франції працюють комісії із захисту прав пацієнтів, до складу яких входять представники керівництва медичних закладів, лікарі та члени пацієнтських організацій. Саме вони розглядають скарги громадян на протиправні дії або бездіяльність медиків і намагаються урегулювати існуючі конфлікти між пацієнтами та лікарями, що їх лікували. Тобто члени цієї Комісії виступають у ролі медіаторів, які допомагають знайти компроміс. Якщо цього не відбувається, потерпіла сторона подає позов до суду [1].

Медичне право повинно виступати як основна галузь в державі що регулює правовідносини, які виникають в процесі надання медичної допомоги. При цьому нормативну-правову базу складатиме велика кількість законодавчих документів: Конституція України, Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», Цивільний кодекс, Кримінальний та Кримінальний процесуальний кодекс, Кодекс про адміністративні правопорушення, Сімейний кодекс, Кодекс законів про працю та інші нормативно-правові акти.

Керівники лікувально-профілактичних закладів повинні здійснювати керівництво лікувально-профілактичним закладом відповідно до чинного законодавства України та нормативно-правових актів, що визначають діяльність підприємств, установ і організацій охорони здоров'я. В їх повноваження передбачається організація лікувально-профілактичної, адміністративно-господарської та фінансової діяльності закладу, взаємодія підрозділів лікувально-профілактичного закладу. Забезпечення надання якісної медичної та фармацевтичної допомоги населенню. Впровадження сучасних методах діагностики і лікування, лікувально-оздоровчого режиму, раціонального харчування. Організація роботи з добору, розстановки і використання медичних кадрів, забезпечення своєчасного підвищення їх кваліфікації. Створення належних виробничих умов, забезпечення додержання співробітниками правил внутрішнього трудового розпорядку, охорони праці та протипожежного захи-

сту. Керівники повинні аналізувати показники роботи закладу, вживати заходів щодо їх оптимізації, видавати відповідні директивні документи з цього питання. Організовувати проведення науково-практичних конференцій медичних працівників закладу з актуальних питань охорони здоров'я. До того ж керівник лікувально-профілактичного закладу повинен знати: чинне законодавство про охорону здоров'я та нормативні документи, що регламентують діяльність органів управління та закладів охорони здоров'я, основи права в медицині, трудове законодавство; директивні документи, що визначають завдання та функції медичних закладів; показники стану здоров'я населення; основи соціальної гігієни та організації охорони здоров'я, загальної і соціальної психології; організацію фінансово-економічної діяльності закладів охорони здоров'я; документи, що визначають потужність, структуру, штатний розклад закладу, укомплектованість підрозділів та потребу в кадрах; нормативні акти щодо підготовки, підвищення кваліфікації та атестації медичних працівників; порядок ведення облікової та звітної документації, обробки медичної статистичної інформації; потреби в медичній техніці, обладнанні, медикаментах; специфіку менеджменту і маркетингу в галузі медицини; передові інформаційні та Інтернет-технології; сучасну наукову літературу та науково-практичну періодику за фахом, методи її аналізу та узагальнення. Таким чином, не володіючи базовими знаннями з медичного права ми не можемо говорити про компетентність керівника закладу.

Лист Міністерства юстиції України від 20.06.2011 р. чітко визначає, що переважна більшість медичних працівників та навіть керівників закладів охорони здоровя мають поверхневе уявлення про юридичну відповідальність, яка встановлена чинним законодавством за правопорушення у сфері охорони здоровя. При цьому знання про підстави, види і наслідки юридичної відповідальності дисциплінує медичних працівників, з одного боку, а з іншого – зменшує ймовірність безпідставного притягнення їх до відповідальності. Тому вивчення медичного права в Україні постає нагальною потребою та необхідністю [2].

Затверджена програма Міністерства охорони здоров'я України щодо підготовки організаторів охорони здоров'я передбачає проходження циклу тематичного удосконалення, впродовж якого слухачі отримають необхідний обсяг теоретичних і практичних знань з медичного права, а також забезпечить належне здійснення службових і професійних обов'язків у сфері охорони здоров'я.

При вивченні даного циклу використовується чинна нормативно-правова база починаючи з міжнародно-правових стандартів, які є основою для вивчення законодавства України про охорону здоров'я; окреслення правового статусу суб'єктів медичних правовідносин, з'ясування питань юридичної відповідальності за вчинення професійних правопорушень, а також проблематику дефектів надання медичної допомоги; висвітлення форми, способи і засоби захисту прав медичних працівників і пацієнтів; аналіз юридичної практики в контексті розгляду медичних справ.

Наприкінці проходження тематичного удосконалення слухач повинен уміти: застосовувати набуті теоретичні знання на практиці, забезпечувати документообіг у закладі охорони здоров'я відповідно до вимог чинного законодавства України, забезпечувати розгляд звернень громадян згідно з законодавством України, створювати умови для забезпечення прав пацієнтів, захищати свої та очолюваного закладу, структурного підрозділу права та законні інтереси в необхідному обсязі; дотримуватись і поважати права пацієнтів. Курс «Медичне право» вивчається слухачами тематичного удосконалення у такому обсязі: лекції – 26 навчальних год., практичні заняття – 36 навчальних годин, семінарські заняття – 12 навчальних годин, підсумковий контроль – 4 навчальних год., всього на циклі – 78 навчальних годин [3].

Таким чином, вивчаючи актуальність впровадження дисципліни «Медичне право» у вищих навчальних закладах на післядипломному рівні можна зазначити, що це є вкрай необхідним як для медичних працівників, які працюють в лікувально-профілактичних закладах (далі – ЛПЗ), так і для всього суспільства, що формує загальну правову культуру громадян.

Але не можна не сказати про те, що саме з початку навчання студентам медичних навчальних закладах освіти необхідно надавати знання з медичного права. Розробка програми з першого курсу навчання надасть можливість підготувати фахівця, який в подальшому тільки буде удосконалювати свої правові знання щодо медичної діяльності а допомогою закладів освіти післядипломного рівня. Результатом даного впровадження буде зменшення конфліктних ситуацій в процесі реалізації прав пацієнтів, надання медичної допомоги низької якості, порушення умов та режиму лікування, зменшення випадків надання неправомірно та недостатньої інформації щодо захворювання, а в разі її надання – дотримання порядку правомірності інформованості пацієнта, що тягне розголошення лікарської таємниці, безпідставне вимагання плати за лікування. Всі ці обставини дають підстави на формування і приведенні у відповідність з міжнародно-правовими стандартами механізму реалізації норм медичного права, в забезпеченні прав та свобод громадян у сфері охорони здоров'я.

Законодавство у сфері захисту прав пацієнтів та медичних працівників повинно бути сформованим і чітко визначеним. Відсутність чітких норм, що регламентують права та обов'язки пацієнта приводить до обставин, які зовсім не покращують стан здоровя, а навпаки, діють усугубляючи. Страждають обидві сторони, як пацієнт, так і лікар, медичний заклад, посадові особи.

З іншої сторони – юристи, які отримуючи вищу юридичну освіту не вивчають в більшості норм медичного права, але в подальшому їм доводиться провадити розслідування суб'єктами злочинів яких є медичні працівники. Тому необхідність впровадження в систему освіти, як медичної так і юридичної, спеціалізованих дисциплін є потребою для суспільства.

Підготовка студентів та курсантів освітніх установ повинна здійснюватися в органічному взаємозв'язку з

цілісним розвитком особистості, з урахуванням всіх її особистісних властивостей й якостей, установок і мотивів, потреб, ідеалів, досвіду життя, загальних і професійних знань, навичок й умінь. Зазначений підхід є одночасним розгортанням процесів виховання і самовиховання, що є одним із провідних факторів у формуванні творчого, відповідального громадянина, спроможного самостійно приймати компетентні рішення й вміло будувати свою професійну кар'єру.

При визначенні значення вивчення норм медичного права керівниками лікувально-профілактичних установ треба дослідити основні проблемні питання, які поєднують в собі питання медицини і права.

У своїй роботі керівник ЛПЗ постійно звертається до питань трудового законодавства. Як визначає Антонов С.В., існує своя специфіка трудової діяльності працівників медичних закладів. Серед основних прав він виділяє наступні: право на роботу відповідно до умов трудового договору; право знати свої права та функціональні (посадові) обов'язки; право на ознайомлення з вимогами охорони праці та техніки безпеки; право на забезпечення працедавцем здорових та безпечних умов праці відповідно до вимог правил техніки безпеки, санітарних правил і норм, законодавства про працю України; право на виплату заробітної плати не нижче встановленого державою мінімуму та у терміни, встановлені трудовим договором, а також виплату премій, винагород, інших соціальних виплат та компенсацій; право на отримання матеріальної допомоги з урахуванням оцінки особистої трудової участі працівника в роботі медичного закладу в порядку, встановленому внутрішніми нормативними актами підприємства чи організації, з якими працівник уклав трудову угоду; право на соціальне страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, а також право на всі передбачені законодавством види соціального страхування; право на звернення до суду для вирішення трудових спорів незалежно від характеру виконуваної роботи або обійманої посади (крім окремих випадків, передбачених законодавством) тощо. І всі ці перераховані права стосуються не тільки окремого медичного працівника, а при їх реалізації безпосередньо торкнуться керівника ЛПЗ. Тому їм необхідно володіти нормативно-правовими актами, що регулюють питання охорони здоров'я та праці [4].

Аналізуючи питання поєднання норм права і медицини, не можна залишити без уваги, обґрунтувати взаємозв'язок цивільного законодавства і сферу надання медичних послуг. При наданні медичних послуг лікувально-профілактичні заклади, їх керівники та безпосередньо медичні працівники повинні розуміти з самого початку, що при порушенні ними прав пацієнтів, заподіяння шкоди їх здоров'ю починають діяти норми кримінальної та цивільної відповідальності. Негативні наслідки, які були спричинені лікуванням можуть виражатись у відшкодуванні майнової та моральної шкоди пацієнту. До того ж сам медичний заклад має право регресного позову до медичного працівника, який безпосередньо приймав участь у лікуванні пацієнта. Регрес у сфері цивільно-правової відповідальності медичних організацій – це можливість медичної організації, яка відшкодувала шкоду, заподіяну пацієнтові при наданні медичної допомоги, зворотної вимоги стягнення у розмірі виплаченого відшкодування з працівника цієї установи – конкретного заподіювана шкоди. Цивільний позов є найпоширенішим засобом реалізації права на відшкодування шкоди, завданої здоров`ю (майнової і моральної). Переважна більшість позовів, що пред'являються пацієнтами до закладів охорони здоров'я є позовами про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої ушкодженням здоров'я, спричиненого медичною допомогою неналежної якості.

Отже, цивільна відповідальність у сфері медичної діяльності – це вид юридичної відповідальності, який виникає внаслідок порушення у галузі майнових або особистих немайнових благ громадян у сфері охорони здоров'я і який полягає переважно в необхідності відшкодування шкоди. До особистих немайнових благ громадян, які безпосередньо пов'язані з медичною діяльністю, належать перш за все життя і здоров'я. З цієї причини можна стверджувати, що цивільно-правова відповідальність – це своєрідний засіб забезпечення захисту особистих немайнових прав (життя і здоров'я) пацієнтів при наданні медичної допомоги.

Аналізуючи питання цивільної відповідальності не можна не сказати про договірні відносини. При укладанні договорів керівники постійно стикаються з правовими нормами. Так, порушення договірних відносин можливе як у сфері укладених господарських договорів, так і при наданні платних медичних послуг. На думку Олени Беденко-Зваридчук, директора юридичної компанії «МедАдвокат», керівника проекту «Медико-правовий портал «103-law.org.ua», голови Комітету з медичного права АПУ, якщо перший вид конфліктів вирішується господарськими судами без особливих проблем, то при розгляді фінансових суперечок між пацієнтом та лікувальним закладом відбувається вимушене розкриття лікарської таємниці (у випадку, коли позивачем є ЛПЗ). Тому керівникові медичного закладу необхідно бути готовим до того, що пацієнт або його правозахисник можуть висунути зворотній позов про відшкодування шкоди за розголошення конфіденційної інформації. Такі види конфліктів слід намагатися врегулювати на досудовому етапі або за допомогою альтернативних методів вирішення спорів [5].

Не можна оминути і питання кримінальної відповідальності лікаря, найсуворішої відповідальності в державі. Звертаючись до Листа Міністерства Юстиції України Департаменту конституційного, адміністративного та соціального законодавства управління соціального, трудового та гуманітарного законодавства де чітко визначається, що Кримінальна відповідальність є найбільш суворим видом юридичної відповідальності медичних працівників за правопорушення, що вчиняються ними під час здійснення професійної діяльності.

Кримінальний кодекс України передбачає, що підставою для притягнення особи до кримінальної

відповідальності є вчинення нею суспільно-небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом. Медичні працівники несуть відповідальність як на загальних підставах відповідальності в державі, так і у визначених у кримінальному кодексі складів злочинів, що відносяться до їх професійної діяльності.

В Листі Міністерства юстиції України відзначається, що випадки притягнення медичних працівників до кримінальної відповідальності, а тим більше винесення щодо них обвинувального вироку в Україні є порівняно нечастими. Проте керівникам закладів охорони здоров'я необхідно знати про те, які дії чи бездіяльність підпадають під кримінальну-правову заборону і на попередження якої поведінки підлеглих слід спрямовувати свої зусилля. Враховуючи наведене, знання керівниками закладів охорони здоров'я та їхніми працівниками чинного законодавства щодо відповідальності медичних працівників і вжиття заходів щодо забезпечення його дотримання є запорукою нормальної роботи закладів охорони здоров'я [6].

Викладення дисципліни «Медичне право України» для керівників лікувально-профілактичних закладів насьогодні вже набуло гострої потреби. Нестача інформації, відсутність знань, зволікання своїми функціональними обов'язками призводять до негативних наслідків. І на це є вже підтвердження. Так, на початку 2013 року Сімферопольським судом було винесено рішення про визнання особи, винної у вчиненні злочину, передбаченого ст. 123 КК України про розголошення відомостей про проведення медичного обстеження на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби. Суд постановив позбавити медичного працівника права займатися медичною діяльністю, а також зобов'язав виплатити штраф у розмірі 1700 грн.

Таким чином, медичні працівники повинні розуміти, що в сучасних умовах треба приділяти більше уваги питанням права. Це в першу чергу надасть їм самим впевненість у правильності своїх дій і позбавить їх наслідків, які можуть внести дуже великі зміни до їх професійного росту.

Література:

1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : yurhelp.in.ua/statiy/01-01-22.html.
2. Лист Міністерства юстиції України Департамент конституційного, адміністративного та соціального законодавства управління соціального, трудового та гуманітарного законодавства від 20.06.2011 р Відповідальність медичних працівників // Медичне право. – 2011. – № 8 (II). – С. 92.
3. Медичне право України : програма для слухачів факультетів післядипломної освіти вищих медичних навчальних закладів та закладів післядипломної освіти МОЗ України / Уклали І. Сенюта, О. Січкоріз. – Львів : Видавництво ЛОБФ «Медицина і право». – К, 2012 – 98 с.
4. Антонов С. В. Особливості трудових відносин у закладі охорони здоров'я // Журнал «Управління закладом охорони здоров'я». – № 3. – 2008 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.medlawcenter.com.ua/ua/publications/77.html.
5. Олена Беденко-Зваридчук. Правовий статус медичного закладу// Практика управління медичним закладом № 4/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.med-info.net.ua.
6. Лист Міністерства юстиції України Департамент конституційного, адміністративного та соціального законодавства управління соціального, трудового та гуманітарного законодавства від 20.06.2011 р Відповідальність медичних працівників // Медичне право. – 2011. – № 8 (II). – С. 92.

Сизинцова Ю. Ю. Медицинское право в системе правовой подготовки руководителей лечебно-профилактических учреждений Украины

Аннотация. В статье рассмотрены актуальные вопросы подготовки руководителей лечебно-профилактических учреждений по медицинскому праву, а также исследованы проблемы правоотношений между врачом и пациентом, которые возникают в процессе оказания медицинской помощи.

Ключевые слова: медицинское право, образование, правоотношения, ответственность.

Sizintsova Yu. Medical right in the system of legal preparation of heads of medical and preventive establishments of Ukraine

Summary. In the article the considered questions of actuality of preparation of leaders curatively-prophylactic establishments from a medical right, and also investigational problems that arise up in the process of grant of medicare that generate in future appearance of new legal relationships between a doctor and patient.

Key words: medical right, education, legal relationships, responsibility.

УДК 346.7 (477)

Стадник К. О.,
аспірант кафедри господарського права
Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

СУЧАСНИЙ СТАН КОНЦЕНТРАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ В ЕКОНОМІЦІ УКРАЇНИ

Анотація. На основі даних річного звіту Антимонопольного комітету України та державних програм розвитку проаналізовано сучасний стан концентрації суб'єктів господарювання в Україні. Виявлено позитивні та негативні тенденції, зокрема у процесах концентрації капіталу. Запропоновано конкретні шляхи вирішення дискусійних питань як на теоретичному, так і на законодавчому рівнях.

Ключові слова: процеси економічної концентрації, концентрація капіталу, державний контроль, Антимонопольний комітет України, суб'єкти господарювання.

Постановка проблеми. За сучасних умов конкурування на світовому ринку Україна теоретично має непогані шанси на вступ у світове торгівельне співтовариство та бути асоційованим членом Європейського Союзу (далі – ЄС). Однак на практиці є проблема недосконалості законодавчого регулювання процесів концентрації суб'єктів господарювання, монополістичної діяльності та концентрації капіталу, який зосереджений в руках економічної, а за сумісництвом і політичної, влади. Це призводить до того, що фактично найважливіші галузі економіки України (металургія, агропромисловий комплекс, машинобудування, сільське господарство, видобуток газу, нафтопродукти, виробництво електроенергії, вугільна, харчова та фармацевтична промисловість та ін.) знаходяться під контролем бізнесу, який лобіює свої інтереси, що в свою чергу шкодить розвитку економічних процесів нашої країни на світовій арені.

Аналіз останніх досліджень і виокремлення нерозв'язаних проблем. Питання економічної концентрації та конкретно процесів концентрації капіталу знайшли своє відображення у роботах вітчизняних і зарубіжних науковців, серед яких Д.В. Задихайло, А.Г. Герасименко, І.В. Ільющенко, В.І. Шевченко, О. Вільямсон, О. Костусєва, Дж. Стеннек, Є.С. Гордєєва та ін. Однак, незважаючи на певний рівень дослідженості цього питання дискусійними залишається велика кількість аспектів.

Метою даної статті є аналіз процесів економічної концентрації в Україні за 2012 рік на основі статистичних даних, виявлення позитивних і негативних рис та внесення пропозицій щодо вдосконалення регулювання у цьому секторі.

Викладення основного матеріалу. В Україні процеси концентрації відбуваються досить активно, що свідчить про поступовий відхід країни від світової економічної кризи 2008-2009 рр. та зростання економічної конкурентоспроможності національного товаровиробника. Найактивніше процеси концентрації спостерігаються в таких галузях, як чорна металургія, страхова, фармацевтична, банківська, ринкова діяльність, а також особливе місце в цьому переліку посідає концентрація капіталу. Однією з особливостей концентрації суб'єктів господарювання в економіці України є створення у цілій низці галузей економіки фактично олігополістичної структури розподілу виробничих потужностей, а в окремих сферах і монополістичної [1, с. 16].

Сьогодні у науковій літературі поняття «концентрація» розглядається багатоаспектно. У широкому розумінні це об'єднання, зосередження, скупчення. На думку В.І. Шевченко, це «збільшення обсягів унаслідок злиття, приєднання…» [2, с. 183]. У вузькому концентрація – процес злиття підприємств, компаній та інших ринкових активів, внаслідок якого зростає економічна влада учасників ринку; концентрацією визначається не лише придбання акцій, але і створення нових підприємств, передача певних об'єктів у оренду, і навіть призначення керівників великих компаній [3]. На нашу думку досить конкретним є визначення концентрації як процесу зростаючого зосередження обсягів функціонуючого капіталу шляхом злиття, створення нового суб'єкту, контролю над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок якого зростає економічна влада учасників ринку, що призводить до виникнення монопольного становища та обмеження конкуренції [4].

Проте в сучасний період розвитку економічних відносин в Україні великої уваги до себе привертає концентрація саме капіталу, адже в останні роки спостерігається високий за світовими показниками ступінь його концентрації саме в нашій країні. Світова практика довела, що концентрація капіталу є драйвером розвитку економіки [5, с. 1].

Важливо зазначити, що на законодавчому рівні також немає визначення поняття «концентрація» та «концентрація капіталу», що дає змогу їх тлумачення у різних значеннях. В ЗУ «Про захист економічної конкуренції» дається лише вичерпний перелік видів економічної концентрації. Відсутність чіткого категоріального апарату в законодавстві України призводить до виникнення колізій під час застосування законодавства про економічну концентрацію капіталу з боку органів, що здійснюють державний контроль.

На доктринальному рівні концентрація капіталу можлива в таких формах як: партнерська (передбачає досить гнучкі договірні відносини, наприклад групи «Приват», «ТАС», «УкрСиб», ВАТ «Криворіжсталь», «Інвестиційно-металургійний союз», Фондова Компанія Пілот та ТОВ «Пілот Капітал»); інкорпорована (злиття та поглинання, наприклад утворення Стратегічного Альянсу між ЗАТ «Авіакомпанія «АЕРОСВІТ», ТОВ «Авіакомпанія «Донбасаеро» та ВАТ «Авіаційна компанія «Дніпроавіа»); горизонтальна (об'єднання та зосередження капіталів, наприклад ВАТ «Південний гірничо-збагачуваль-

ний комбінат» та «TROSILIA HOLDINGS LTD», «OISIW LIMITED» та «Trontville Limited»); вертикальна (відносини збутово-постачальницького характеру, наприклад ООО «АЛІФАНТ ГРУП» та низка компаній, таких як ВАТ «Ясногірський машинобудівний завод», АТЗТ «Херсонський електромеханічний завод» та ін.; дочірнє підприємство «Газпрому» «Газспром сбыт Украина» та НАК «Нафтогаз України») та конгломератна (об'єднання капіталів компаній, які абсолютно не пов'язані між собою, наприклад ЛУКойл та «НІКойл менеджмент», «ЛУКойл-Гарант», банки «Імперіал», «Петрокомербанк»). Процеси концентрації капіталу як засобу формування потужних економічних структур, здатних монополізувати цілі галузі національної економіки, пролобіювати суспільно небажані зміни законодавчого поля, тощо, є суспільно небезпечними, що є загальновизнаним фактом [6, с. 14].

Процеси концентрації капіталу мають «стандарти добробуту», тобто позитивні та негативні ефекти. Їх пропонують закріпити на законодавчому рівні та розподіляють у наступні групи:

а) стандарт споживчого надлишку (в цьому випадку концентрація капіталу можлива, коли в її результаті не виникне чистого зниження величини споживчого надлишку);

б) балансовий стандарт (існування безлічі факторів, котрі здатні порушити рівність як на користь споживачів, так і на користь виробників – виходячи з цього формується механізм оцінки концентрації капіталу);

в) ціновий стандарт (передбачає врахування ефективності як аргументу захисту концентрації капіталу лише в тому випадку, коли прогнозний рівень ринкової вартості після концентрації буде не вище того, який наявний на ринку зараз);

г) стандарт повного надлишку (концентрація буде дозволена лише тоді, коли величина повного надлишку після концентрації буде більшою за його попередню величину);

ґ. стандарт Хілсдоуна (дозволяє скорочення споживчого надлишку за умови, що таке скорочення буде компенсоване за рахунок росту ефективності) [7, с. 65-73].

В Україні державний контроль за процесами економічної концентрації здійснюється Антимонопольним комітетом України (далі – АМКУ) з метою запобігання монополізації ринків та суттєвого обмеження конкуренції на них. За даними звіту АМКУ, за 2012 рік [8] надійшло 944 заяви про надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання. Близько половини (460 заяв) надійшли від іноземних інвесторів або підприємств з іноземною участю. Згоду на економічну концентрацію надано у 709 випадках (тобто її умови та склад учасників не містили загрози монополізації товарних ринків і не потребували поглибленого дослідження). Розглянуто 41 справу про концентрацію за наявності підстав проведення поглибленого дослідження або можливої заборони концентрації за результатами яких надано дозвіл. Загалом дозвіл на економічну концентрацію суб'єктів господарювання надано у 750 випадках. Решта 194 заяви були повернені заявникам без розгляду або їх учасники відмовились від здійснення концентрації до прийняття рішення АМКУ. Ці показники свідчать про те, що удосконалено правове регулювання органами АМКУ порядку подання заяв суб'єктами господарювання про надання дозволу на економічну концентрацію (а саме: зменшено обсяг документів, необхідних для подання та розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію; підвищено ефективність дії розпорядження, яке відкрило можливість активно взаємодіяти заявникам та іншим зацікавленим особам з посадовими особами АМКУ та ін.). За даними наукових досліджень АМКУ, стан конкурентного середовища в Україні у 2012 році, з його структурними передумовами конкуренції в національній економіці порівняно з попереднім роком, не зазнав суттєвих змін. Це свідчить про те, що, незважаючи на спроби розвитку та вдосконалення вітчизняної економіки, зокрема у сфері державного контролю за процесами економічної концентрації, існують певні перепони. До того ж навіть у відносно стабільних економіках відбулося згортання активності світового бізнесу та посилення конкуренції на зовнішніх ринках. Простежується зберігання тенденції до активізації процесів ринкової концентрації. Концентрація відбувалася в Україні на ринку акумуляторних батарей різних типорозмірів для легкових та вантажних автомобілів, на ринках житлово-комунального господарства тощо. Найбільш поширеними видами концентрації суб'єктів господарювання були такі: придбання акцій (часток, паїв), реалізації лікарських засобів; підключення об'єктів містобудування, в тому числі об'єктів житлового будівництва, до інженерних мереж електро-, газо-, тепло-, водопостачання та водовідведення та надання комунальних послуг; збору, вивезення, перероблення та захоронення побутових відходів; супутніх послуг при наданні адміністративних послуг; ритуальних послуг.

Сьогодні в Україні державна політика у сфері концентрації капіталу зводиться лише до контролю з боку АМКУ, що не враховує недосконалості конкуренції на світовому ринку та підвищені вимоги до конкурентоспроможності компаній. Сучасний стан економічного розвитку зумовлює формування висококонцентрованих структур, що зумовлює необхідність активізації державної підтримки, здійснення комплексу заходів щодо регулювання організаційних процесів, котрі сприятимуть стимулюванню концентрації капіталу [9, с. 38-46].

В Україні необхідно запроваджувати систему аналізу та оцінки концентрації капіталу для інтеграції до єдиного економічного простору (зокрема на шляху до підписання угоди про асоціацію з ЄС); підвищення конкурентоспроможності як на вітчизняному, так і на закордонному ринках. Так, Указом Президента України «Про Національний план дій на 2013 рік щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010-2014 роки "Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава"» від 12.03.2013 № 128/2013 у п. 78 зазначено, що для посилення конкуренції на ринках необхідним є аналіз рівня концентрації на визначальних для розвитку галузі або регіону товарних ринках. Передбачено законодавче врегулювання багатьох аспектів та прогалин стосовно наявності монопольних утворень, конкурентних відносин між суб'єктами господарювання та ін. Метою діяльності держави в особі її органів є наближення до принципів та правил, вироблених міжнародними організаціями у сфері захисту конкуренції.

Також позитивним кроком на шляху до євроінтеграції є прийняття Розпорядження КМУ «Про схва-

лення Концепції проекту Загальнодержавної цільової економічної програми розвитку промисловості на період до 2017 року» від 09.07.2008 № 947-р, в якій наголошується на перспективах конкурентоспроможності України (зокрема промисловості), забезпечення ринку конкурентоспроможними промисловими товарами та прискорення інтеграції промислового комплексу у світове виробництво, посилення конкуренції на світовому ринку машинобудівної продукції, збільшення випуску наукоємної конкурентоспроможної продукції, а також усунення суперечностей між процесом концентрації промислового виробництва і заходами антимонопольного регулювання.

Висновки. Забезпечення стабільності та функціонування вітчизняної економіки та підтримання національної безпеки залежить від державного регулювання процесами концентрації капіталу. Так, факторами, що стимулюють процеси концентрації є:

- внутрішні (наявність тимчасових вільних ресурсів; забезпечення зростання підприємства; усунення неефективності);
- зовнішні (зміни у державній політиці; активізація діяльності ТНК);
- фінансові синергії (економія при одержанні фінансових ресурсів; створення податкових щитів);
- операційні синергії (збільшення розмірів ринкової ніші; економія організаційних витрат) [10, с. 6].

Загалом спостерігається позитивна практика подолання адміністративних бар'єрів, особлива увага приділяється випадкам економічної концентрації за участю монопольних утворень, однак залишення незмінними вимог ст. 24 ЗУ «Про економічну концентрацію» щодо вартісних показників потенційної сукупності концентрації – 12 млн. євро, а також 1 млн. євро по відношенню до вартості активів хоча б одного учасника концентрації. На нашу думку це є замалим для сучасних параметрів обігу активів у вітчизняній економіці. Таким чином виникає масовий характер звернень за дозволом на концентрацію суб'єкта господарювання, що перетворює функцію контролю на буденну бюрократичну процедуру з варіаціями [11, с. 128-129].

Ще одним з позитивних аспектів розвитку конкурентних відносин є набуття Україною з грудня 2011 року статусу постійного спостерігача в роботі Комітету Організації Економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР) з конкуренції. ОЕСР – це так званий «клуб багатих країн», які поділяють ідеї демократії та принципи ринкової економіки.

Література:

1. Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави / Д. В. Задихайло // автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. – Харків, 2013. – 38 с.
2. Шевченко В. І. Аналіз рівня концентрації капіталу системи українських банків / В. І. Шевченко // Вісник Університету банківської справи Національного банку України. – 2011. – № 3 (12). – С. 183-185.
3. Захист конкуренції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?art_id=42769&cat_id=58940.
4. Шуліка Д. О. Щодо концентрації суб'єктів господарювання / Д.О. Шуліка [Електронний ресурс] Современные проблемы и пути их решения в науке, транспорте, производстве и образовании 2012 : материалы международной научно-практической конференции (18-27 декабря 2012 г.) Выпуск 4. – Том 1. – Одесса : КУПРИЕНКО. 116 с. – Режим доступу : http://www.sworld.com.ua/konfer29/281.pdf.
5. Гордеева Е. С. Взаимосвязь концентрации капитала в компаниях с государственным участием с эффективностью их деятельности и пути её повышения / Е. С. Гордеева [Електронний ресурс] Государственное управление. Электронный вестник. Выпуск № 34. – Октябрь 2012. – Режим доступу : e-journal.spa.msu.ru/images/File/2012/34/Gordeeva.pdf.
6. Герасименко А. Удосконалення державної політики у сфері концентрації капіталу як фактор підвищення економічної безпеки України / А. Герасименко // Вісник Академії митної служби України. – 2006. – № 1. – С. 14-19.
7. Герасименко А. Государственное регулирование концентрации капитала в экономике Украины / А. Герасименко // Экономист. – 2006. – № 8. – С. 65-73.
8. Звіт Антимонопольного комітету України за 2012 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=95114&schema=main.
9. Паламарчук Г. Проблеми концентрації виробництва в Україні / Г. Паламарчук // Економіка України. – 2008. – № 11. – С. 38-46.
10. Копачинська І. Г. Оцінка рівня та наслідки концентрації суб'єктів господарювання в промисловості : автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата економічних наук : спец. 08.07.01 – економіка промисловості [Електронний ресурс] / Копачинська Інна Григорівна; Національна академія наук України. Інститут проблем ринку та економіко-екологічних досліджень. – Одеса. – 2006. – С. 21. – Режим доступу : http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/337966.html.
11. Задихайло Д. В. Господарсько-правова політика щодо об'єднань асоційованих підприємств холдингового типу / Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія: Економічна теорія та право / редкол.: А. П. Гетьман та ін. – Х. : Право, 2012. - № 3 (10). – С. 119-130.

Стадник Е. А. Современное состояние концентрации субъектов хозяйствования в экономике Украины

Аннотация. На основе данных отчёта Антимонопольного комитета Украины и государственных программ развития проанализировано современное состояние концентрации субъектов хозяйствования в Украине. Определены позитивные и негативные тенденции, в частности в процессах концентрации капитала. Предложены конкретные пути решения дискуссионных вопросов как на теоретическом, так и на законодательном уровнях.

Ключевые слова: процессы экономической концентрации, концентрация капитала, государственный контроль, Антимонопольный комитет Украины, субъекты хозяйствования.

Stadnyk K. The current status of the concentration of economic entities in the economic of Ukraine

Summary. The present state of concentration of economic entities in Ukraine had been analyzed on the basis of the annual report of the Antimonopoly Committee of Ukraine and state development programs. The positive and negative trends were found, particularly in the process of concentration of capital. The specific solutions to controversial issues at the theoretical and legislative levels were proposed.

Key words: processes of economic concentration, the concentration of capital, government control, the Antimonopoly Committee of Ukraine, entities.

УДК 347.9

Старчук В. М.,
старший прокурор відділу прокуратури Волинської області

Старчук О. В.,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА РЕЖИМУ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ В УКРАЇНІ ТА ПОЛЬЩІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Анотація. Стаття присвячена порівняльному аспекту з'ясування процесуально-правової природи справ, що виникають із шлюбних правовідносин, згідно з чинним цивільним процесуальним законодавством України та Польщі. Проаналізовано основні підходи до з'ясування доцільності застосування режиму окремого проживання подружжя, визначено його мету та підстави встановлення в Україні та Польщі. З'ясовано спільні та відмінні ознаки у механізмі реалізації сепарації згідно з цивільним процесуальним законодавством України та Польщі.

Ключові слова: подружжя, партнери у шлюбі, режим окремого проживання, сепарація, неможливість проживати разом, небажання проживання спільно, позовне провадження, окреме провадження.

Постановка проблеми. В умовах економічної нестабільності подружжя постійно зіштовхується із загрозою припинення шлюбних відносин, що є однією з небезпек сучасної сім'ї. Підтвердженням цього факту є те, що абсолютним лідером за кількістю розлучень в Європі є Україна. А як наслідок, це негативно відображається на формуванні психоемоційного розвитку дітей, які переважно перебувають у центрі конфлікту своїх батьків.

Окремим видом справ у суді, розгляд яких спрямований на збереження сім'ї, реалізацію й захист сімейних прав і інтересів, є встановлення режиму окремого проживання подружжя.

Тема дослідження є актуальною з позиції того, що вона має особливе значення в умовах євроінтеграції України і адаптації національного законодавства до законодавства європейських країн. А проведення порівняльного аналізу цивільного процесуального законодавства України та Польщі й вирішення низки дискусійних питань розгляду справ про встановлення режиму окремого проживання подружжя сприятимуть гармонізації національного законодавства із законодавством європейських країн.

Метою статті є дослідження процесуально-правової природи справ про встановлення режиму окремого проживання подружжя, виявлення загальних і особливих тенденцій їх розгляду судами згідно з цивільним процесуальним законодавством України та Польщі.

Для реалізації поставленої мети необхідно вирішити такі завдання:

- проаналізувати основні підходи до визначення мети та підстав встановлення режиму окремого проживання подружжя згідно правової доктрини й чинного законодавства України та Польщі;
- з'ясувати спільні та відмінні ознаки у встановленні та механізмі реалізації сепарації згідно цивільного процесуального законодавства України й Польщі;
- сформулювати висновки і конкретні пропозиції щодо внесення змін і доповнень до цивільного процесуального законодавства України з метою його адаптації до європейських стандартів.

Стан дослідження. Слід зауважити, що питання встановлення сепарації мало досліджене у сучасній літературі. Теоретико-правові дослідження у цій сфері провели як українські, так і польські вчені: Н. А. Аблятіпова, К. М. Глиняна, В. С. Гопанчук, О. М. Калітенко, А. Квак, П. Каспшик, Б. К. Левківський, Т. М. Лєжнева, С. М. Лепех, М. О. Німак, Ю. Пановіч-Ліпська, З. В. Ромовська, Т. Стичинський, Р. Токарчук, В. І. Труба, Е. Холевінська-Вапінська, С. В. Черноп'ятова, М. Ясинок та ін.

Поряд з тим комплексних досліджень виявлення загальних і особливих тенденцій процесуально-правової природи справ про встановлення режиму окремого проживання подружжя в Україні та Польщі ще не проводилося.

Виклад основного матеріалу. Встановлення режиму окремого проживання подружжя є однією із справ, що розглядається у порядку окремого чи позовного провадження. Згідно зі ст. 119 Сімейного кодексу України (далі – СК України), ч. 3 ст. 234, ст. 235 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) режим окремого проживання подружжя встановлюється судом за заявою подружжя в порядку окремого провадження, або за позовом одного з них в позовному порядку [1; 2].

Практично тотожні положення містяться і у Цивільному процесуальному кодексі Польщі (далі – ЦПК Польщі), хоча існують певні винятки [3]. Згідно зі ст.ст. 425-435, 436-445 ЦПК Польщі, справи про встановлення сепарації розглядаються в позовному провадженні і у випадках, коли ініціатором їх розгляду виступає лише один з партнерів по шлюбу, або коли подружжя має спільних дітей чи обидві сторони одночасно або один з них звертаються з вимогою про сепарацію, але з оголошенням вини.

Практика розгляду судами справ про встановлення режиму окремого проживання подружжя в Україні невтішна на відміну від Польщі, де з 1999 р. встановлено понад 30 000 сепарацій. Хоча, як зауважує Е. Холевінська-Вапінська, багато подружніх пар у Польщі приймають рішення про сепарацію з причин соціального характеру, адже жінці, яка перебуває в такому режимі і виховує дітей, простіше отримати соціальну допомогу, ніж жінці, яка перебуває у шлюбі чи розірвала його [4, с. 133].

В правовій доктрині як України, так і Польщі немає одностайної думки щодо доцільності встановлення такого режиму.

Заслуговує на увагу теза З. В. Ромовської, яка вказує на те, що сепарація – це санкціоноване рішенням суду окреме проживання, це переддень можливого розлучення, але ще не розлучення [5, с. 245].

Ю. Пановіч-Ліпська акцентує увагу на тому, що встановлення сепарації означає можливість стабілізації ситуації, за якої подружжя вже протягом багатьох років ведуть життя на свій власний розсуд, що врешті може призвести до розірвання шлюбу [6, с. 37].

Заперечує необхідність встановлення режиму окремого проживання подружжя О. М. Калітенко. Автор зауважує, що оскільки чинне законодавство закріплює свободу вибору місця проживання незалежно від сімейного стану, то подружжя в будь-якому випадку може проживати як разом, так і окремо за своїм бажанням. Крім того, якщо подружжя не має бажання проживати разом, то навряд чи можна говорити про необхідність продовження таких «шлюбних» стосунків. І тому, в таких випадках, мова повинна йти про розірвання шлюбу, а не про встановлення режиму окремого проживання подружжя [7, с. 10].

Нами підлягає запереченню позиція О. М. Калітенко, адже на відміну від розірвання шлюбу, режим окремого проживання подружжя є способом примирення подружжя й збереження сім'ї, яка є первинним та основним осередком суспільства. Окрім цього, переважно, розлади сімейного життя носять тимчасовий характер і не завжди свідчать про небажання подружжя проживати разом.

М. О. Німак слушно вказує на мету розгляду справ про встановлення режиму окремого проживання подружжя – це створення умов здійснення особою особистих немайнових чи майнових прав, оскільки встановлюючи такий режим суд сприяє подружжю у врегулюванні їхніх відносин, приведенні їх у відповідності з інтересами подружжя та їхніх дітей [8, с. 135].

Зважаючи на те, що у ЦПК України лише ч. 3 ст. 234 [2] згадує однією зі справ окремого проживання – встановлення режиму окремого проживання подружжя – проаналізуємо положення як СК України [1] так і Кодексу сім'ї та опіки Польщі (далі – КСО) [9], ЦПК Польщі [3] з метою всебічного розгляду сепарації як одного із способів примирення подружжя.

У Польщі сепарація була впроваджена у 1999 р. законом про внесення змін до КСО, Цивільного кодексу, ЦПК.

Положення, які стосуються сепарації, містяться в Розділі I, Заголовку VII Книги I ЦПК Польщі та статтях, які стосуються розірвання шлюбу. Аналіз ЦПК Польщі дає можливість зробити висновок, що сепарація розглядається окремим видом справ, який існує поряд із розірванням шлюбу, а також частково на його підґрунті. Свідченням цього є положення ст. 61–2 КСО та ст. 439 ЦПК, відповідно до яких, якщо один з подружжя вимагає встановлення сепарації, а другий – розірвання шлюбу, то в першу чергу повинна розглядатись вимога про розірвання шлюбу і якщо вона буде обґрунтована, то суд виносить рішення про розірвання шлюбу, відмовляючи у встановленні сепарації [3; 9].

Таких положень СК України та ЦПК України не передбачає [1; 2]. Поряд з тим, якщо розглядати сепарацію як спосіб примирення подружжя, необхідно зауважити, що відповідно до ст. 111 СК України суд вживає заходів щодо примирення подружжя, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства. Отже, можемо зробити висновок, що сепарація є допустимою, якщо вона буде відповідати моральним засадам суспільства.

Підтвердженням цього є положення п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21 грудня 2007 р. «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя», згідно з яким, вирішуючи заяву в порядку ст. 119 СК України, суд повинен встановити фактичні взаємини сторін і переконатися в доцільності сепарації для того, щоб узаконений спосіб окремого проживання не був формальним засобом вирішення спірних майнових питань [10, с. 5].

Постановляючи рішення про сепарацію в Польщі, суд повинен переконатись, що спільне життя розпадається. Термін «повний розпад спільного життя» передбачений положеннями КСО Польщі і означає розпад в економічній, духовній та фізичній сфері.

Тому при розгляді справ про встановлення режиму окремого проживання суд повинен з'ясувати взаємовідносини подружжя, причини прийнятого чоловіком та дружиною рішення.

Згідно зі ст. 119 СК України, підставою для встановлення режиму окремого проживання є неможливість чи небажання подружжя проживати спільно [1]. Однак законодавством не визначається відмінність між цими двома підставами і встановлення сепарації зводиться до тимчасового не проживання і не підтримання подружжям відносин без розірвання шлюбу.

У юридичній літературі неможливість проживати спільно означає, що подружжя не може проживати разом через певні об'єктивні обставини (хвороба одного з подружжя; відмова одного з подружжя від співжиття; велика різниця у віці та зумовлені цим розбіжності у поглядах; належність одного із подружжя до різних сект чи субкультур тощо), а небажання – в тому, що у подружжя відсутнє прагнення до спільного проживання (втрата поваги один до одного, непорозуміння, негідна поведінка одного із подружжя, непристосованість молодого подружжя до самостійного життя тощо).

Тотожні підстави встановлення сепарації у Польщі, хоча польський законодавець не виокремлює «неможливість» чи «небажання» проживати разом. Як зауважує П. Каспшик, подружжя користуються сепарацією

незалежно від своїх релігійних переконань. Причини, на які посилаються подружжя, диференційовані [11, с. 115-126]. Ними можуть бути наркоманія, подружня зрада, агресія, проституція, сексуальна несумісність, безплідність, засудження одного із подружжя за злочин, приховування психічної чи фізичної хвороби, погрози, неетична поведінка, відмінність світогляду, виїзд партнера по шлюбу за кордон тощо.

Найчастіше підставами встановлення сепарації є невідповідність характерів, алкоголізм одного з подружжя, недотримання подружньої вірності, непристойна поведінка щодо членів сім'ї, яка проявляється в недбалому ставленні до сім'ї та в недостатньому забезпеченні засобами для утримання, непорозуміння у фінансових питаннях [12].

Цивільним процесуальним законодавством України на відміну від ЦПК Польщі не визначено переліку осіб, які можуть звернутися в суд з клопотанням про встановлення режиму окремого проживання подружжя. Так, згідно з ЦПК Польщі, до суду можуть звернутися партнери по шлюбу. Прокурор не має повноважень для подання позову про встановлення сепарації між подружжям. Вважаємо, що у ЦПК України необхідно передбачити перелік осіб, які можуть звернутися в суд із заявою про встановлення режиму окремого проживання подружжя, і такий перелік повинен бути виключним та включати в себе лише подружжя або одного з них.

Однією з проблем при встановленні сепарації в Україні є відсутність конкретного строку, протягом якого подружжя проживатиме у такому режимі.

М. О. Німак акцентує увагу на тому, що оскільки законодавством питання щодо строку сепарації чітко не врегульоване, то такий режим може встановлюватися як із визначенням певного строку, так і без його визначення. У випадку, коли такий строк чітко визначений рішенням суду про встановлення режиму окремого проживання, такий режим припиняється внаслідок спливу встановленого строку, а тому звернення до суду в такому випадку не доцільне. Якщо ж подружжя має намір скасувати режим окремого проживання до спливу цього строку або мало місце встановлення режиму окремого проживання без визначення строку, на який встановлюється цей режим, тоді скасування режиму окремого проживання повинно відбуватися в судовому порядку [8, с. 134-135].

Ми погоджуємося з позицією М. О. Німак частково, оскільки вважаємо, що режим окремого проживання подружжя повинен встановлюватися лише на певний період часу. Тому доречним є за аналогією із положенням КСО Польщі закріпити у ЦПК України норму у такій редакції «режим окремого проживання подружжя встановлюється на строк не більше трьох років».

У цивільному процесуальному законодавстві України на відміну від польського законодавства не визначено зміст рішення суду про встановлення режиму окремого проживання подружжя.

Згідно з ЦПК Польщі, при встановленні сепарації суд обов'язково приймає рішення про: сепарацію партнерів по шлюбу; вину в розпаді спільного подружнього життя, якщо партнери по шлюбу не звернулись з клопотанням не робити висновку про вину; особисті немайнові і майнові права батьків щодо спільної дитини та розмір грошових витрат, призначених на її утримання та виховання; спосіб користування спільним житлом; про поділ спільного майна, якщо його виконання не приведе до затягування процесу; про присудження одному з подружжя аліментів, якщо буде таке клопотання з його боку.

Тому доцільно у ЦПК України закріпити норму, якою передбачити зміст рішення суду про встановлення режиму окремого проживання подружжя, у якому передбачити не лише встановлення сепарації, а й визначити особисті немайнові та майнові правовідносини подружжя та батьків і дітей під час сепарації з метою захисту їхніх прав та інтересів.

Не визначено в ЦПК України і питання, в якому провадженні повинні розглядатися справи про припинення сепарації і хто наділений правом клопотати про це.

М. О. Німак зауважує, що режим окремого проживання подружжя повинен скасовуватися в порядку окремого провадження, тому що у разі його скасування спору між подружжям бути не може [8, с. 134-135].

Відповідно до ст. ч. 2 ст. 119 СК України режим окремого проживання подружжя припиняється на підставі заяви одного з подружжя [1]. Згідно зі ст. 61–6 КСО, дія сепарації припиняється на підставі спільної заяви подружжя [9]. Ми поділяємо позицію польського законодавця, оскільки вважаємо, що режим окремого проживання подружжя може бути припинений лише при взаємному волевиявленні подружжя. А як наслідок, якщо є спільна заява подружжя, то скасування режиму окремого проживання подружжя автоматично можна віднести до справ, які розглядаються в порядку окремого провадження.

І, наостанок, необхідно пам'ятати, що розгляд справ як про встановлення сепарації та про її скасування є платним. Так, згідно законодавства Польщі за позов про встановлення сепарації вноситься плата в сумі 500 злотих (1300 грн), а за заяву – в розмірі 100 злотих (260 грн). В Україні відповідно до Закону України «Про судовий збір» [13] ставка судового збору за подання позовної заяви про встановлення режиму окремого проживання подружжя чи заяви у справах окремого провадження складає 0, 1 мінімальної заробітної плати (114 грн. 70 коп.), а щодо скасування рішення суду про встановлення сепарації такого розміру не визначено.

Висновки:

1. З'ясовано, що відповідно до ЦПК України та Польщі режим окремого проживання подружжя (сепарація) є однією із категорій справ, які розглядаються у порядку окремого чи позовного провадження. Якщо подружжя не можуть або не бажають проживати спільно і між ними виникає спір з приводу встановлення режиму окремого проживання, то він розглядатиметься в позовному порядку, а у протилежному випадку, якщо подружжя згодні на встановлення режиму окремого проживання – справа розглядатиметься в порядку окремого провадження.

2. Доведено, що запровадження режиму окремого проживання подружжя у цивільному процесуальному законодавстві Польщі та України є доцільним і таким, що стало вимогою часу.

3. Обґрунтовано, що режим окремого проживання подружжя – це самостійний інститут, який існує поряд із інститутом розірвання шлюбу, а також частково на його правовому підґрунті.

4. Встановлено, що примусове встановлення режиму окремого проживання подружжя, як спосіб примирення подружжя, сприятиме збереженню сім'ї від поспішних рішень, за умови, що сепарація не суперечитиме моральним засадам суспільства.

5. Визначено, що процесуально-правові засади встановлення та механізму реалізації режиму окремого проживання подружжя в Україні потребують вдосконалення шляхом внесення доповнень до цивільного процесуального законодавства з метою приведення його до європейських стандартів.

Література:

1. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. із змінами і доповн. // Відом. Верх. Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. із змінами і доповн. // Відом. Верх. Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.
3. Цивільний процесуальний кодекс Польщі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://icpo-vad.tripod.com/civprru.html.
4. Holewińska–Łapińska E. Zniesienie separacji orzeczone przez polskie sądy do dnia 30 czerwca 2002 r. / E. Holewińska–Łapińska // Przegląd Sądowy. – 2003. – nr 6. – C. 133.
5. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К. : Ін Юре, 2003. – 532 с.
6. Panowicz–Lipska J. Skutki separacji faktycznej / J. Panowicz–Lipska. – Poznań, 1991. – C. 37.
7. Калітенко О. М. Окремі новели з питань припинення шлюбу (за новим Сімейним кодексом України) / О. М. Калітенко // Актуальні проблеми держави і права. – 2003. – Випуск 17. – С. 8–10.
8. Німак М. О. Процесуально-правова природа справ, що виникають із шлюбних правовідносин / М. О. Німак / Вісник Львів. у-ту. – Серія. Юридична. – Вип. 49. – 2009. – С. 130-137.
9. Kodeks rodzinny i opiekunczy: ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // ksiegowy.wp.pl.
10. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21 грудня 2007 р. // Вісник Верховного суду України. – 2008. – № 1. – С. 5.
11. Kasprzyk P. Sprawy o separację małżeńską na przykładzie Sądu Okręgowego w Lublinie / P. Kasprzyk // Studia z Prawa Wyznaniowego. – 2001. – nr 3 – C. 115–126.
12. Rocznik Demograficzny. Warszawa za lata 2000, 2001, 2002, 2003, 2004.
13. Про судовий збір : Закон України від 8 липня 2011 р. № 3674-VI // Відом. Верх. Ради України. – 2012. – № 4. – Ст. 87.

Старчук В. Н., Старчук О. В. Процессуально-правовая природа режима отдельного проживания супругов в Украине и Польше: сравнительно-правовые аспекты

Аннотация. Статья посвящена сравнительному аспекту выяснения процессуально-правовой природы дел, возникающих из брачных правоотношений, согласно действующему гражданскому процессуальному законодательству Украины и Польши. Проанализированы основные подходы к выяснению целесообразности применения режима отдельного проживания супругов, определены его цели и основания установления в Украине и Польше. Выяснены общие и отличительные признаки в механизме реализации сепарации согласно гражданскому процессуальному законодательству Украины и Польши.

Ключевые слова: супруги, партнеры в браке, режим отдельного проживания, сепарация, невозможность проживать вместе, нежелание проживать совместно, исковое производство, отдельное производство.

Starchuk V., Starchuk O. Procedural and legal nature of spouse separation regime in Ukraine and Poland: comparative legal aspects

Summary. The article is devoted to the comparative aspect of procedural and legal nature cases clarification arising from the matrimonial jural relationships according to the current civil procedure legislation of Ukraine and Poland. The main approaches of suitability clarification of spouse separation regime practice, goal and grounds of its establishment in Poland and Ukraine have been determined. Common and distinctive features of separation mechanism in civil procedural law of Ukraine and Poland are found out.

Key words: spouse, marriage partner, the separation regime, separation, inability to live together, unwillingness to stay together, action proceeding, special procedure.

ТРУДОВЕ ПРАВО;
ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.2: 331.09

Запара С. І.,
кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету
Сумського національного аграрного університету

РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНОЇ СЛУЖБИ ПОСЕРЕДНИЦТВА І ПРИМИРЕННЯ У НОВІЙ СИСТЕМІ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ

Анотація. Запропонована стаття присвячена визначенню правового статусу, ролі та перспектив Національної служби посередництва в умовах запровадження нової системи вирішення трудових спорів в Україні.

Ключові слова: Національна служба посередництва та примирення, державний орган, державний службовець, трудові спори.

Постановка проблеми у загальному вигляді. З метою сприяння поліпшенню трудових відносин та запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів), їхнього прогнозування та своєчасного вирішення, здійснення посередництва для вирішення таких спорів (конфліктів) Указом Президента України від 17 листопада 1998 р., № 1258/98 було утворено Національну службу посередництва і примирення [1].

Стан дослідження. Національна служба посередництва і примирення неодноразово ставала предметом наукового дослідження таких українських науковців та практиків, як Є. Є. Березін, С. В. Гербеда, В. В. Лазор, О. Я. Окіс, В. М. Руденко, С. П. Савчук, М. В. Сокол, Г. І. Чанишева та багатьох інших. Проте, незважаючи на численні спроби визначити правовий статус цієї служби, до цього часу відсутнє чітке її віднесення до виконавчої чи судової влади, що створює передумови для проведення даного дослідження.

Формулювання цілей дослідження. Метою даної публікації є визначення правового статусу, ролі та перспектив Національної служби посередництва і примирення (далі – НСПП) в новій системі вирішення трудових спорів в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розглянемо правовий статус НСПП з позиції критеріїв, якими, власне, і характеризується державна влада.

1. Легальність (законність) та легітимність державного органу. Поняття «легальність» та «легітимність» влади не є синонімами. *Легальність* (законність) влади свідчить про юридичне обґрунтування влади та її відповідність правовим нормам, у яких визначені повноваження державного органу. *Легітимність* означає якість взаємостосунків влади і підвладних осіб, яка виражається в добровільному визнанні цінностей влади, у її праві здійснювати управління. Це довіра та обґрунтування влади, що є її моральною складовою.

Легальну складову діяльності НСПП визначено в Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 року № 137/98-ВР (далі – Закон) та Положенні про Національну службу посередництва і примирення (далі – Положення), затвердженого Указом Президента України від 17.11.1998 року № 1258/98.

Відповідно до частини першої статті 15 вищеназваного Закону з метою сприяння поліпшенню трудових відносин та запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів), їх прогнозування та сприяння своєчасному їх розв'язанню, здійснення посередництва і примирення таких спорів (конфліктів) Президентом України утворюється Національна служба посередництва і примирення [2]. У п. 1. Положення закріплено, що НСПП є постійно діючим державним органом, створеним Президентом України для сприяння врегулюванню колективних трудових спорів (конфліктів).

Легітимність НСПП підтверджується авторитетом служби. Упродовж 2012 р. НСПП було зареєстровано 102 колективних трудових спори (два – на територіальному, 100 – на виробничому рівнях), з яких 72 спори (70,6%) – з причин заборгованості з виплати заробітної плати та порушення термінів виплати поточної заробітної плати. Найманими працівниками було висунуто 237 вимог, 95 з яких (40,1%) стосувалися саме погашення заборгованості із заробітної плати та своєчасної її виплати. Загалом у 2012 р. НСПП сприяла вирішенню 191 колективного трудового спору (182 спори – на виробничому, сім – на територіальному, два – на галузевому рівнях), безпосередніми учасниками яких стали 1,1 млн. працівників 5,572 підприємств, установ, організацій. У 2012 р. за сприяння НСПП було знято з реєстрації 88 спорів (один спір – на територіальному, 87 – на виробничому рівнях) та 233 вимоги найманих працівників, 75 з яких (32,2%) стосувалися погашення заборгованості із заробітної плати та своєчасної її виплати. Також упродовж 2012 р. НСПП з метою запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів) продовжувала вживати заходи щодо усунення чинників, які призвели до ускладнення стану соціально-трудових відносин у 660 випадках з 9657 випадків – на виробничому, три – на територіальному рівнях) на 758 підприємствах [3, с. 5].

2. Публічно-правовий характер. Відомо, що державна влада – це публічно-політичний взаємозв'язок між суб'єктами правовідносин, пов'язаний із керуванням і підпорядкуванням та забезпечений державним примусом.

Специфіка НСПП у цьому процесі полягає у тому, що характер діяльності НСПП є здебільшого регулятивним, а не пов'язаним із «керуванням та підпорядкуванням» у «чистому» вигляді. Треба зазначити, що НСПП як орган, що є складовою державного апарату, здійснює як правозастосовну, так і правотворчу діяльність.

Відповідно до змісту Закону України від 11 вересня 2003 року № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності (далі – державна регуляторна політика) – це напрям державної політики, спрямований на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави в діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України [4].

Публічно-правовий характер служби підтверджується й правотворчою (нормотворчою) роботою НСПП, яка спрямована на розроблення і затвердження в межах своєї компетенції нормативних актів щодо діяльності НСПП та здійснення примирних процедур. За результатами нормотворчої діяльності затверджено і включено до юридичної інформаційно-пошукової системи «Законодавство» понад 2500 нормативних актів (нормативних наказів, положень, інструкцій, регламентів, правил тощо) [5].

Важливо, що НСПП, здійснюючи свої повноваження, виступає від імені всього суспільства (народу), має «публічну» основу для своєї діяльності – державне майно, утримується за рахунок державного бюджету тощо.

3. Здійснюється спеціально уповноваженими особами. У широкому розумінні державний службовець – це фізична особа, громадянин України, який має відповідну освіту і професійну підготовку та пройшов у встановленому порядку конкурсний відбір або прийнятий на посаду за іншою процедурою, передбаченою Кабінетом Міністрів України [6, с. 57].

Відповідно до Закону України «Про державну службу», державний службовець – це особа, яка:

- здійснює професійну діяльність на посаді, визначеній структурою і штатним розкладом, як первинна структурна одиниця державного органу та його апарату, на яку покладено встановлене нормативними актами коло службових повноважень щодо практичного виконання завдань і функцій держави;

- виконує організаційно-розпорядчі та консультативно-дорадчі функції;

- отримує заробітну плату за рахунок державних коштів [7].

Слід зазначити, що чинне законодавство передбачає різні підходи щодо визначення посадової особи. Відповідно до Закону України «Про державну службу» *посадовими особами* вважаються керівники і заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативного-дорадчих функцій. Відповідно до ст. 364 Кримінального кодексу України посадовими особами вважаються:

- представник влади, наділений правом у межах своєї компетенції висувати вимоги, приймати рішення, обов'язкові для виконання громадянами або підприємствами, установами, організаціями незалежно від їхньої приналежності та підпорядкованості;

- службовці, які виконують організаційно-розпорядницькі обов'язки – службовці, що здійснюють керівництво трудовими колективами;

- службовці, які виконують адміністративно-господарські обов'язки, тобто розпоряджаються державним, муніципальним та суспільним майном;

- особа, які тимчасово або постійно виконує владні повноваження організаційно-розпорядчого та адміністративно-господарського характеру незалежно від громадянства, об'єкта власності, де відбувається виконання повноважень.

Як справедливо зазначає Желюк Т.Л., існування різних визначень поняття посадової особи є недоліком українського законодавства [8, с. 61].

О.Ф. Скакун виділяє наступні ознаки посадової особи:

1) виконує функції публічного характеру;

2) юридично наділена державно-владними повноваженнями;

3) має право видавати правові акти, обов'язкові для інших осіб (підпорядкованих та/чи не підпорядкованих за службою);

4) виступає носієм та представником державної влади;

5) може бути притягнута до підвищеної юридичної відповідальності [9].

Усі ці ознаки притаманні службовцям НСПП, які мають статус державних службовців. Відповідно до п. 2 Указу Президента України від 17 листопада 1998 р. № 1258/98 голову Національної служби посередництва та примирення було прирівняно за умовами оплати праці, матеріально-побутового забезпечення, медичного та транспортного обслуговування до голів державних комітетів, його заступника – до заступника голови державного комітету, інших працівників – до відповідних категорій посад державних комітетів. Згідно із зазначеним Указом Президента України, працівники НСПП отримали статус державних службовців із відповідним фінансуванням із державного бюджету.

4. Має адміністративно-територіальний поділ (систему органів). Відповідно до Указу Президента України від 17 листопада 1998 р. № 1258/98 було забезпечено створення структури НСПП, включаючи регіональні відділення [10]. На даний момент НСПП має центральний апарат та 25 відділень НСПП в Автономній Республіці Крим та областях, які є юридичними особами і діють у межах повноважень, визначених Положенням про Національну службу посередництва і примирення та Положеннями про відділення [11].

5. Спирається на державний примус. Основними завданнями НСПП є сприяння взаємодії сторін соціально-трудових відносин у процесі врегулювання колективних трудових спорів (конфліктів), що виникли між ними; прогнозування виникнення колективних трудових спорів (конфліктів) та сприяння своєчасному їх вирішенню; здійснення посередництва і примирення під час вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). НСПП опосередковано використовує державний примус як такий. Відповідно до п. 6 Положення про Національну службу посередництва та примирення, за-

твердженого Указом Президента України від 17 листопада 1998 року № 1258/98, НСПП у межах своїх повноважень приймає рішення, які мають рекомендаційний характер і повинні розглядатися сторонами колективного трудового спору (конфлікту), відповідними центральними або місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування. Таким чином, хоча сторони трудового спору і повинні розглядати рішення НСПП, проте останні мають рекомендаційний характер.

Таким чином, НСПП є державним органом, оскільки:

- Сформована державою в особі Президента України відповідно до Закону «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)»;
- має передбачені законодавством спеціальні функції, пов'язані зі сприянням поліпшенню трудових відносин та запобіганню виникнення колективних трудових спорів, їх прогнозування та сприяння своєчасному їх вирішенню, які здійснює від імені держави;
- наділена державно-владними повноваженнями, що дозволяють їй здійснювати юридично обов'язкові дії;
- видає нормативні та індивідуальні акти;
- здійснює контроль за неухильним дотриманням вимог, передбачених цими актами;
- забезпечує та захищає ці вимоги від порушень шляхом застосування заходів виховання, переконання, стимулювання, а у випадку необхідності – державного примусу;
- функціонально взаємодіє з іншими органами у процесі реалізації своїх повноважень;
- складається з державних службовців, які забезпечують виконання завдань Служби;
- має необхідну матеріальну базу – державне майно, що перебуває в оперативному управлінні НСПП, джерело фінансування Служби – державний бюджет;
- має організаційну структуру за адміністративно-територіальним поділом, розбудовану за видовими критеріями діяльності, достатній чисельний склад, систему службової підпорядкованості та дисципліни.

Застосовуючи владні повноваження, держава в особі НСПП надає інтересу влади загальнообов'язковий характер, застосовує спеціальні органи для його здійснення, а в разі необхідності опосередковано застосовує державний примус. Специфічний характер державного примусу в діяльності НСПП пов'язаний із особливістю правового статусу цього державного органу, який повинен здебільшого пом'якшувати суспільні суперечливості, а не загострювати їх.

Одним з актуальних питань, що постають перед сучасною юридичною наукою, є віднесення того чи іншого державного органу до відповідної гілки влади – законодавчої, виконавчої або судової. О.Ф. Скакун дотримується думки, що «поділ влади слід сприймати як загальний принцип, як жорсткий регулятор у процесі реформування державної влади України» [12].

Принцип поділу державної влади передбачає певну систему вимог. По-перше, передбачається розподіл державних функцій та повноважень. По-друге, кожен орган державної влади повинен мати певну самостійність, виключаючи втручання у прерогативи один одного та злиття повноважень. По-третє, повинна передбачатися можливість наділення кожного органу правом протиставляти свою думку рішенню іншого органу, виключаючи формування всієї повноти влади в однієї з її гілок. По-четверте, має передбачатися наявність у державних органів взаємного контролю дій та неможливість зміни компетенції органу неконституційним шляхом.

НСПП прямо не віднесена до виконавчої або судової гілки влади. Проте за функціональним значенням служба передбачає виконавчу та розпорядчу діяльність, які й характеризують державну виконавчу владу. Так, зокрема, НСПП передбачає виконання нормативних актів, які прийняті органами законодавчої влади. НСПП реалізує положення Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)». Окрім того, служба вживає заходів для забезпечення реалізації положень Закону України «Про соціальний діалог в Україні», відповідно до якого на НСПП покладаються нові функції щодо проведення оцінки та підтвердження відповідності критеріям репрезентативності сторін соціального діалогу [13, с. 4-5].

При цьому НСПП здійснює управління через виконання організаційних дій та видання підзаконних актів – наказів НСПП, про які йшлося вище.

Не слід залишати поза увагою й завдання НСПП щодо сприяння своєчасному вирішенню трудових спорів, що свідчить про реалізацію функції охорони прав учасників соціально-трудових правовідносин та певною мірою, у разі успішного вирішення трудового спору, навіть про відновлення порушеного права. Зазначені функції притаманні судовій гілці влади.

Отже, принцип поділу влади не має абсолютного характеру, оскільки передбачає певну взаємну узгодженість дій, і покликаний забезпечувати цілісне державне управління та судовий контроль, який передбачає «відносне» втручання у виконавчу владу. НСПП є яскравим прикладом взаємопроникнення компетенцій окремих державних органів, наділених спеціальними повноваженнями.

У сучасних умовах реформування трудового законодавства, напередодні прийняття нового Трудового кодексу України, визначення компетенції НСПП є вкрай важливим завданням. У 2011 році за ініціативою НСПП та за сприяння Шведського агентства з питань розвитку і співробітництва (Sida) в Україні було започатковано Шведсько-український проект у сфері вирішення трудових спорів (далі – Проект). Передбачається, що реалізація Проекту здійснюватиметься протягом 2011-2013 років із залученням сторін соціального діалогу та експертів у сфері трудових правовідносин до розробки основних засад реформування системи вирішення трудових спорів в Україні та створення передумов для її подальшого розвитку.

У межах Проекту група українських експертів отримала додаткові можливості ознайомлення з досвідом та наслідками існування тих чи інших систем вирішення трудових спорів у різних європейських країнах з урахуванням шведської системи як орієнтиру. Метою нової моделі вирішення трудових спорів в Україні (далі – Нова модель) є формування ефективного механізму вирішення трудових спорів на основі найкращих європейських стандартів та досвіду, згідно з якими ор-

ганізації роботодавців та профспілки відіграватимуть важливу роль і нестимуть серйозну відповідальність у здійсненні соціального діалогу та вирішенні спорів, а держава забезпечуватиме основні правила і засоби остаточного їх вирішення.

Зазначена модель передбачає визначення і розрізнення двох типів трудових спорів – про інтереси і про права – як основу для відповідних процедур вирішення спорів. Процедури вирішення спорів про інтереси і спорів про права включатимуть мінімально можливу кількість рівнів і передбачають максимально можливі відповідальність і залучення соціальних партнерів.

Якісно повинна змінитися і роль Національної служби посередництва і примирення в новій системі вирішення трудових спорів в Україні. Передбачається, що НСПП буде наділена додатковими повноваженнями, функціями та правами щодо вирішення трудових спорів у позасудовому порядку зі створенням відповідної організаційної структури та відповідним фінансуванням для здійснення цих повноважень, функцій та прав:

- сприяння вирішенню трудових спорів;
- організація роботи трудових арбітражів, забезпечення їх діяльності та сприяння забезпеченню виконання їх рішень;
- направлення незалежного посередника і забезпечення його діяльності;
- формування і ведення Державного реєстру трудових спорів;
- організація та забезпечення фахової підготовки незалежних посередників і трудових арбітрів, ведення реєстрів трудових арбітрів і незалежних посередників;
- нормативно-правове забезпечення вирішення трудових спорів;
- прогнозування виникнення трудових спорів та здійснення заходів для їх запобігання.

Висновки. Таким чином, інституціональний розвиток НСПП – збільшення потенціалу та організаційних, правових, економічних і кадрових можливостей НСПП у системі вирішення трудових спорів – повинен створити ефективний механізм вирішення трудових спорів на основі найкращих європейських стандартів та досвіду, згідно з якими, організації роботодавців та профспілки відіграватимуть важливу роль і нестимуть серйозну відповідальність у здійсненні соціального діалогу та вирішенні спорів, а держава забезпечуватиме основні правила і засоби остаточного їх вирішення.

Література:

1. Про утворення Національної служби посередництва і примирення : Положення, затверджене Указом Президента України від 17.11.1998 р., № 1258/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 46.
2. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 03.03.1998 р. № 137/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 34. – Ст. 227.
3. Окіс О. Шляхи до врегулювання колективних трудових спорів / О. Я. Окіс // Бюлетень Національної служби посередництва і примирення. – 2013. – № 5-6. – С. 5.
4. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11 вересня 2003 року № 1160-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 9. – Ст. 79.
5. Березін Є. Є. Статус Національної служби посередництва і примирення в системі державних органів України [Електронний ресурс] / Є. Є. Березін. – Режим доступу : // http://nads.gov.ua/control/uk/publish/article;jsessionid=CEE6473A79ACB07E44851506BCDDFBA5?art_id=485571&cat_id=37402.
6. Желюк Т. Л. Державна служба : навчальний посібник. / Т. Л. Желюк. – К. : ВД «Професіонал», 2005. – 576 с. – С. 57.
7. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.
8. Желюк Т.Л. – С. 61.
9. Скакун О.Ф. Теория государства и права [Електронний ресурс] / О. Ф. Скакун. – Режим доступу : // http://nashaucheba.ru/v30136/скакун_о.ф._теория_государства_и_права_учебник.
10. Про утворення Національної служби посередництва і примирення : Положення, затверджене Указом Президента України від 17.11.1998 р., № 1258/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 46.
11. Структура НСПП [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // http://www.nspp.gov.ua/index.php?option=com_content&view=category&id=12&Itemid=6.
12. Скакун О. Ф. Теория государства и права [Електронний ресурс] / О. Ф. Скакун. – Режим доступу : // http://nashaucheba.ru/v30136/скакун_о.ф._теория_государства_и_права_учебник.
13. Окіс О. Шляхи до врегулювання колективних трудових спорів / О. Я. Окіс // Бюлетень Національної служби посередництва і примирення. – 2013. - № 5-6. – С. 4-5.

Запара С. И. Роль Национальной службы посредничества и примирения в новой системе разрешения трудовых споров в Украине

Аннотация. Предложенная статья посвящена определению правового статуса, роли и перспектив Национальной службы посредничества и примирения в условиях внедрения новой системы разрешения трудовых споров в Украине.

Ключевые слова: Национальная служба посредничества и примирения, государственный орган, государственный служащий, трудовые споры.

Zapara S. The role of the National mediation and reconciliation service in the new labor dispute resolution system in Ukraine.

Summary. The article defines the legal status, role and perspectives of the National mediation and reconciliation service as the new labor dispute resolution is being introduced in Ukraine.

Key words: the National mediation and reconciliation service, governmental body, governmental officer, labor disputes.

УДК 349

Мирошниченко Н. В.,
кандидат юридических наук, доцент,
заведующий кафедры права экономического факультета
Ставропольского государственного аграрного университета

ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ОСНОВАНИЙ И ВИДОВ ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ

Аннотация. Статья посвящена теоретическому обоснованию решению вопроса о допустимости криминализации нарушения профессиональных обязанностей. На основе норм российского права и положений доктрины проводятся различия и устанавливаются особенности в установлении уголовной ответственности за такие деяния, с учетом положений о допустимости совмещения публично-правовой и частно-правовой ответственности.

Ключевые слова: нарушение профессиональных функций, преступления, публичная ответственность, частно-правовая ответственность, публичный порядок, криминализация.

Постановка проблемы. Выполнение профессиональных функций составляет важную часть повседневной практики современного человека. Как и в любом ином виде социально значимой деятельности, в силу различных причин здесь не исключены отклонения от стандартов качества и безопасности, которые могут влечь за собой наступление неблагоприятных имущественных, личных, экологических и прочих последствий. Незаинтересованность общества в их наступлении обусловливает потребность в создании разветвленной системы технических, организационно-управленческих, воспитательных, психологических, материальных, юридических и др. средств, ориентированных на минимизацию и профилактику случаев неисполнения профессиональных функций. В их ряду особое место занимает система правовых предписаний, дифференцированных по различным отраслям права и устанавливающих как различные стимулы для надлежащего исполнения лицом своих профессиональных функций, так и различные меры ответственности за нарушение профессиональных обязательств и прав.

Изложение основного материала исследования. Сочетание стимулов и ответственности – оправданный и закономерный прием правового профилактического воздействия; а их комплексное исследование является необходимым условием полноценного познания системы правового предупреждения профессиональных нарушений. Однако, учитывая логику настоящей публикации, правовые средства стимулирующего характера (при всей их безусловной значимости) будут оставлены нами за рамками научного анализа. Основное внимание в дальнейшем будет уделено проблемам конструирования и применения правовых средств реагирования на уже совершенное нарушение профессиональных функций. Такая реакция в праве именуется юридической ответственностью.

Вопрос о понимании, содержании, сущности, формах, основаниях и видах ответственности относится одновременно к числу наиболее разработанных и наиболее дискуссионных. Российская наука к сегодняшнему дню накопила богатый опыт его исследования. Однако при всем многообразии общетеоретических и отраслевых концепций правовой ответственности, общее, что их объединяет, состоит в признании тесной связи между ответственностью и правонарушением. Этот тезис, как представляется, не подлежит оспариванию. А потому дальнейший анализ вопросов ответственности за нарушение профессиональных функций будет по необходимости связан с исследованием так называемых профессиональных правонарушений.

Насколько можно судить из анализа библиографии, нарушения профессиональных функций как самостоятельный правовой феномен не подвергались в науке полноценному, комплексному анализу. Между тем соответствующее исследование представляется крайне необходимым, поскольку позволяет не только выявить общие черты таких нарушений, но и представить весь спектр, систему мер ответственности за их нарушение, выявить закономерности и противоречия в ее регулировании.

Как разновидность правонарушения нарушение профессиональных функций является категорией крайне неоднородной. Такие нарушения могут состоять в неисполнении или ненадлежащем исполнении самых различных предписаний, их превышении или злоупотреблении ими; способны влечь за собой разнообразные по характеру и степени тяжести последствия; совершаются с различной формой вины, – в силу чего они закономерно не охватываются какой-либо одной отраслью права. В теоретическом отношении этот факт объясним также тем, что нарушение профессиональных функций выделяются в особый вид правонарушений не на основе признака противоправности деяния, а исходя из его внутренних особенностей, специфики механизма совершения.

В силу этого представляется, что в методологическом плане будет оправданным начать анализ нарушений профессиональных функций и системы мер ответственности за них с выяснения правовой природы этих нарушений, причем абстрагируюсь от оценки их возможных последствий и общественной опасности. Сделать это возможно, если взять за исходную точку рассуждений правовую основу исполнения лицом своих профессиональных функций. Оно, как известно, может

иметь место либо в силу гражданско-правовых договоров, либо на основании трудового договора. Каждая из ситуаций требует хотя бы краткого, отдельного анализа.

В силу гражданско-правового договора (ст. 307, 420 Гражданского кодекс Российской Федерации [1], далее – ГК РФ) одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Такое действие может состоять и в выполнении некоторых видов работ, обусловленных профессией должника. Закон прямо предписывает, что ситуации оказания услуг связи, медицинских, ветеринарных, аудиторских, консультационных, информационных услуг, услуг по обучению, туристическому обслуживанию и некоторых иных регулируются на основании положений Главы 39 ГК РФ посредством договора возмездного оказания услуг. Оказание некоторых иных видов услуг и выполнение работ регулируется другими гражданско-правовыми договорами (подряда, перевозки, выполнения научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, хранения и др.).

Общее требование к этим договорам состоит в том, чтобы обязательства, взятые сторонами, исполнялись надлежащим образом в соответствии с условиями договора и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями (ст. 309 ГК РФ). Лицо, занимающееся тем или иным видом профессиональной деятельности на основании гражданско-правового договора, обязано качественно и безопасно выполнить свои обязательства, а следовательно надлежащим образом исполнять и профессиональные функции. Неисполнение или ненадлежащее исполнение профессиональных функций в данном случае следует рассматривать как нарушение обязательств по договору, что составляет вид гражданско-правового нарушения.

Понятие гражданского правонарушения не сформулировано в законодательстве, оно выработано теорией гражданского права. Здесь в зависимости от характера гражданско-правового нарушения различают договорные и внедоговорные правонарушения. Первые связаны с нарушением обязательств стороной гражданско-правового договора, вторые – с несоблюдением или неисполнением требований гражданского законодательства. Очевидно, что анализируемое нами неисполнение профессиональных функций на основании гражданско-правового договора образует так называемое «договорное правонарушение». Здесь принципиально важно, что современная цивилистика в нарушении обязанности по договору усматривает признак противоправности, исходя из нормативности договора и понимания договора в качестве одной из возможных форм права [2].

Договорное правонарушение, как и любое иное, влечет за собой ответственность виновной стороны: ст. 401 ГК РФ прямо указывает, что лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности. При этом сама ответственность здесь также является договорной. Не углубляясь в детали теории гражданско-правовой ответственности, можно констатировать, что ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение тех или иных работ на основании гражданско-правового договора, объективизируется, проявляется в двух направлениях [3]:

- меры оперативного воздействия в виде одностороннего изменения условий обязательства или отказа от его исполнения в связи с допущенным контрагентом нарушений обязанностей;

- меры имущественной ответственности в виде возмещения убытков, причиненных лицом, нарушившим обязательства.

Принципиальной особенностью такой ответственности выступает то обстоятельство, что применение мер ответственности к нарушителю обязательств является правом, а не обязанностью управомоченной стороны. Диспозитивно распоряжаясь своими правами, стороны договора могут самостоятельно формировать условия ответственности за неисполнение обязательств, равно как самостоятельно решать вопрос о необходимости и целесообразности реализации этой ответственности. Кроме того, ответственность за нарушение договорных обязательств может быть реализована сторонами договора самостоятельно, без вмешательства правоохранительных органов. Это вмешательство становится необходимым лишь в случае спора между потерпевшим и нарушителем его права (спора о событии правонарушения, о распределении вины, о размере ущерба или вреда и т.п.) либо при отказе правонарушителя выполнить свои обязательства, составляющие содержание имущественной ответственности [4].

Вторым основанием исполнения лицом профессиональных функций выступает трудовой договор. На основании трудового договора между работником и работодателем возникают трудовые отношения – отношения, основанные на соглашении о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем надлежащих условий труда (ст. 15, 16 Трудового кодекса Российской Федерации [5], далее – ТК РФ).

И хотя, как и в гражданском праве, трудовые отношения возникают в силу свободного договора, отношения между сторонами трудового договора не являются в полной мере диспозитивными; им присущ и элемент власти – подчинения. А потому в отличие от гражданско-правовых договоров, которые в большей степени ориентированы на получение результата от профессиональной деятельности, трудовые договоры регламентируют сам процесс труда, процесс исполнения работником его профессиональных функций, подчиняя его определенным требованиям. Обязанности работника при этом определяет и договор, и ст. 21 ТК РФ. К законодательно установленным, в частности, относятся обязанности: добросовестно исполнять свои трудовые обязанности; соблюдать правила внутреннего трудо-

вого распорядка и трудовую дисциплину; выполнять установленные нормы труда; соблюдать требования по охране труда и обеспечению безопасности труда; бережно относиться к имуществу работодателя и других работников и др.

Нарушение этих обязанностей составляет особый вид правонарушения по трудовому праву – дисциплинарный проступок. В науке имеется согласованное мнение о сути данного правонарушения. Специалисты указывают, что дисциплинарный проступок – это виновное противоправное, исключающее уголовную ответственность неисполнение трудовых обязанностей или неосуществление либо превышение правомочий, обеспечивающих процесс труда, лицом, состоящим в трудовых правоотношениях с конкретным предприятием (учреждением, организацией) [6]. Соответствующее понятие вытекает из содержания ст. 192 ТК РФ: дисциплинарный проступок есть неисполнение или ненадлежащее исполнение работником по его вине возложенных на него трудовых обязанностей.

Равно как и в ситуации совершения гражданского правонарушения, конкретным выражением противоправности нарушения трудовой дисциплины и правил внутреннего распорядка служит либо нарушение запрета, прямо установленного в законе либо в ином нормативном правовом акте, либо невыполнение обязательств, возложенных на субъектов трудового отношения законом или заключенным на его основе договором.

Совершение дисциплинарного проступка служит основанием для возложения на работника дисциплинарной ответственности. Она может выражаться в следующих мерах: замечание; выговор; увольнение по инициативе администрации (ч. 1 ст. 192 ТК РФ). К дисциплинарным взысканиям относится также прекращение трудового договора с работником в ситуациях: а) неоднократного неисполнения им без уважительных причин трудовых обязанностей, если работник имеет дисциплинарное взыскание (п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ); б) появления работника на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения (подп. «б» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ); в) разглашения охраняемой законом тайны (государственной, коммерческой, служебной и иной), ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей (подп. «в» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ).

Федеральными законами, уставами и положениями о дисциплине для отдельных категорий работников могут быть предусмотрены также и другие дисциплинарные взыскания. В связи с чем в науке трудового права стала практически традиционной градация дисциплинарной ответственности на общую (определена ТК РФ) и специальную (определена иными законами и актами) [7]. Основное назначение специальной дисциплинарной ответственности видится юристам в укреплении законности и правопорядка в особо значимых направлениях общественной жизни и отраслях экономики, где от правомерного исполнения трудовых обязанностей специальными субъектами трудового правоотношения зависит жизнь многих людей, сохранность имущества работодателя, правопорядок и законность в управлении государственными делами [8].

Если нарушение профессиональных функций, трудовых обязанностей работника привело к возникновению имущественного ущерба, то работник (наряду с дисциплинарной ответственностью или помимо нее) на основании норм ТК РФ и трудового договора несет также материальную ответственность. Она состоит в возмещении только прямого действительного ущерба (ст. 238 ТК РФ), причем, по общему правилу сумма возмещения ограничена размером среднего месячного заработка работника (ст. 241 ТК РФ).

Дисциплинарная и материальная ответственность не исключают друг друга и могут быть реализованы одновременно или последовательно, поскольку в соответствии с ч. 6 ст. 248 ТК РФ возмещение ущерба производится независимо от привлечения работника к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности за действия или бездействие, которыми причинен ущерб работодателю, а согласно ч. 3 ст. 232 ТК РФ, расторжение трудового договора после причинения ущерба не влечет за собой освобождения стороны этого договора от материальной ответственности.

Особенностью ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение профессиональных функций в трудовом праве, которая роднит ее с ответственностью за неисполнение обязательств по гражданско-правовому договору, является то обстоятельство, что все меры дисциплинарной и материальной ответственности налагаются работодателем. Он же имеет право отказаться от реализации своих правомочий, связанных с возложением ответственности. В частности, согласно ст. 240 ТК РФ, работодатель имеет право с учетом конкретных обстоятельств, при которых был причинен ущерб, полностью или частично отказаться от его взыскания с виновного работника.

Краткий обзор оснований и мер ответственности за неисполнение профессиональных функций, выполняемых на основании гражданско-правовых и трудового договоров, показывает, что при всех существующих различиях в режимах ответственности в гражданском и трудовом праве, можно с полной уверенностью констатировать наличие здесь некоторых схожих позиций. Именно эти общие черты нуждаются в акцентированном внимании с тем, чтобы иметь возможность соотнести, согласовать и при необходимости противопоставить ответственность в трудовом и гражданском праве ответственности по уголовному законодательству.

Прежде всего, обратим внимание, что в ситуации ненадлежащего исполнения профессиональных обязанностей на основании гражданско-правового или трудового договора:

- лицо несет ответственность перед другой стороной договора на основании имеющихся соглашений и (или) закона;

- реализация ответственности виновной стороны зависит в первую очередь от волеизъявления той стороны договора, которая терпит ущерб, именно она имеет возможность определять целесообразность ответственности; государство же устанавливает некоторые общие правила, рамки этой ответственности, предупреждая тем самым случаи злоупотребления субъективным правом;

- содержанием ответственности выступает расторжение гражданского или трудового договора (неимущественная санкция, состоящая в изменении правового статуса участников договора) и (или) возмещение имущественного вреда (материальная санкция, предполагающая компенсацию причиненного ущерба и (или) убытков).

Все эти черты присущи гражданско-правовой и трудо-правовой ответственности как проявлениям ответственности частноправовой. Можно согласиться с тем, что частноправовая ответственность – это основанная на нормах частного права и индивидуально-правовых актах, обеспеченная государственным принуждением юридическая обязанность лица, совершившего правонарушение, восстановить такое положение потерпевшего, какое существовало до нарушения его права, а при невозможности сделать это – компенсировать причиненный ему вред, а также претерпеть иные предусмотренные законом или договором ограничения или лишения [9]. Специфика такой ответственности состоит в том, что она диспозитивна и имеет исключительно восстановительную, реститутивную направленность.

Обратим внимание, что в эти рассуждения об ответственности за нарушение профессиональных функций не укладывается в полной мере дисциплинарная ответственность некоторых категорий служащих, в частности, государственных гражданских служащих, муниципальных служащих, военнослужащих и служащих правоохранительных органов. В науке было высказано мнение, что дисциплинарная ответственность, которая имеет много общих черт с административной и уголовной (прежде всего по характеру воздействия на правонарушителя), по своим основным признакам ближе к частноправовой, чем к публичной ответственности, причем из всего спектра частноправовой ответственности ответственность дисциплинарная ближе всего по своей природе к гражданской договорной ответственности, хотя и не сливается с ней в виду имеющихся различий [10]. Не оспаривая его по существу, отметим, что оно справедливо лишь к той разновидности дисциплинарной ответственности, которая применяется на основании норм ТК РФ к работникам, не являющимся государственными или муниципальными служащими. В отношении же указанной категории работников дисциплинарная ответственность обладает принципиально иными свойствами и характеристиками.

Нам импонирует точка зрения специалистов, которые усматривают в дисциплинарной ответственности государственных и муниципальных служащих особый вид ответственности, отличный от ответственности по трудовому праву. Права Ю.Б. Носова, когда пишет: «Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права не должны действовать в отношении публичных гражданских служащих при необходимости регулирования этими актами лишь трудовых отношений работников государственных органов, не являющихся государственными служащими. Дисциплинарная ответственность гражданских служащих не должна рассматриваться как специальная по отношению к общей, установленной Трудовым кодексом Российской Федерации, и подлежит регламентации исключительно специальным дисциплинарным законодательством, имеющим административно-правовую природу» [11].

В данном случае важно акцентировать внимание на том, что ответственность государственных и муниципальных служащих, которые реализуют целый комплекс важных публичных функций, не может быть ответственностью частноправовой. Она, вне сомнений, есть проявление публичной ответственности и в больше степени восходит не к идее ответственности служащего за нарушение контракта с государством (выступающим в качестве нанимателя), а к идее ответственности государства перед своими гражданами за ненадлежащее исполнение обязанностей агентами этого государства. А у такой ответственности уже совершенно иные цели, функции, социальное предназначение. С тем, чтобы отличить этот вид ответственности с одной стороны, от дисциплинарной ответственности в трудовом праве, а с другой стороны, от административной ответственности, в нашем исследовании мы будем именовать его «служебной ответственностью» (естественно, сознавая условность всякой терминологии и не ставя задачей подобрать наиболее адекватное слово).

Таким образом, уже в первом приближении можно констатировать, что в зависимости от оснований исполнения лицом профессиональных функций и их содержания, в правовой системе страны предусматривается два принципиальных подхода к ответственности за нарушение этих функций. Она может принадлежать области и частного, и публичного права.

Очевидно, что частноправовая ответственность может наступать только в том случае, если совершенное лицом правонарушение по своему характеру не требует иных мер реагирования, если применение восстановительных санкций является адекватным ситуации и соответствующим началам справедливости. В противном случае требуется применение качественно иных и более суровых по содержанию мер ответственности.

Здесь мы вступаем в область большой и важной дискуссии по поводу разграничения дисциплинарных и гражданских правонарушений с одной стороны, и преступлений – с другой, а также связанную с этим дискуссию о разграничении видов ответственности за правонарушения. В свете рассматриваемых в настоящей работе проблем этот вопрос трансформируется в более прикладной – где та грань, за которой нарушение профессиональных функций не может быть в полной мере «покрыто», «удовлетворено» мерами гражданско-правовой и трудо-правовой ответственности и требует применения иных правовых средств, принадлежащих уже области публичного права.

В российской науке в равной мере господствующими можно признать два подхода к решению вопроса о соотношении преступлений и иных правонарушений. Ряд специалистов усматривал различие между преступлением и правонарушением в наличии признака общественной опасности. Так, И.С. Самощенко указывал, что гражданские правонарушения и нарушения трудовой дисциплины, в отличие от преступлений, не обладают признаком общественной опасности, посягают на отношения в области гражданского оборота, вредны (но не опасны), прежде всего, для имущественных отно-

шений [12]. Другие авторы проводили различие между правонарушениями не по линии наличия или отсутствия общественной опасности, а в большей степени по критерию количества этой опасности. К примеру, Н.Ф. Кузнецова указывала: «Существенное различие между преступлениями и иными правонарушениями в характере и степени общественной опасности» [13].

Однако представляется, что оба эти решения далеко небезупречны. Разграничение общественной опасности и общественной вредности, ранжирование опасности по некоторым классам, степеням или уровням – дело малополезное и бесперспективное. Такое разграничение проводится на основании весьма умозрительных критериев, что делает все основанные на нем теоретические построения уязвимыми и ненадежными для убедительного решения поставленного вопроса. Очевидно, что здесь не может быть однозначных ответов, по крайней мере, на сегодняшний день, пока наука не может продемонстрировать количественное выражение опасности (вредности) в каждом из видов правонарушений.

В силу этого требуются некоторые иные критерии, позволяющие разграничивать правонарушения между собой и решать вопрос о достаточности или недостаточности частноправовой ответственности в ситуации неисполнения лицом профессиональных функций. Представляется, что в современных условиях на роль такого критерия вполне могут претендовать рассуждения, основанные на понятии публичного интереса.

При всех значительных расхождениях в понимании преступления в современной науке, общим является указание на то, что преступление (или уголовно-правовой момент нарушения) всегда посягает на общественно значимый интерес – интерес, который в более поздней трактовке получил название публичного. Развивая эту мысль Н.В. Генрих пишет: «специфика юридического факта в уголовном праве … заключается в том, что он представляет собой вредоносное посягательство, прежде всего, на публичные интересы, невосстановимые полностью или адекватно при помощи реститутивных правовых средств» [14].

Отмеченное обстоятельство находит выражение и в специфике ответственности, возлагаемой за правонарушение. Юридическая ответственность в уголовном, служебном или административном праве реализует публичный интерес, преследует цели частной и общей превенции, исправления и перевоспитания правонарушителя; потерпевшим здесь, по общему правилу, не предоставляются имущественные блага, виновный не принуждается к исполнению имущественных обязанностей по отношению к потерпевшему. В сфере частного права юридическая ответственности представляет собой правовое средство удовлетворения частного (прежде всего, материального) интереса потерпевшего.

Изложенное заставляет обсудить ряд проблем, имеющих принципиальное значение. Прежде всего, необходимо четко поставить вопрос: может ли неисполнение профессиональных функций, которое осуществляется чаще всего на основе гражданско-правовых или трудовых договоров, причинять вред публичным интересам.

Мы уже отмечали, что профессиональные обязанности лица могут быть зафиксированы либо непосредственно и только в договоре, либо еще и в нормативных актах. Источник обязательств представляется крайне важным.

На наш взгляд, неисполнение договорных обязательств или нарушение профессиональных функций, не установленных публичным нормативным порядком, само по себе не может и не должно рассматриваться в качестве причинения вреда публичным интересам. Договор определяет интересы и обязанности только своих участников, эти интересы находятся в полном распоряжении их субъектов, они не касаются условий общежития людей, то есть не являются публичными. В силу чего неисполнение договора есть всегда причинение вреда частному интересу, не требующее публично-правовой реакции. Правильно указывается в литературе: спор по гражданско-правовому договору о неисполнении или неполном исполнении обязательств сторонами, заключившими договор от своего имени, во всех случаях должен разрешаться в порядке гражданского судопроизводства, поскольку иной формы разрешения такого спора не существует [15].

Но это общее правило подразумевает и некоторые исключения, связанные с тем, что нарушение договорных обязательств может сопровождаться причинением реального вреда публичным интересам. Если ненадлежащее исполнение договорных обязательств влечет за собой причинение вреда объектам, в которых воплощен публичный интерес, частноправовых средств реагирования на ситуацию становится откровенно недостаточно. А потому нарушение определенных договором профессиональных функций, в результате которого причиняется вред жизни, здоровью, экологическим интересам, интересам общественной или государственной безопасности либо другим ценностям, которые выступают условием нормальной жизнедеятельности людей, может и должно влечь за собой реакцию публично-правовую.

Если нарушение профессиональных функций участником договора причинило вред частным интересам другой стороны договора, ситуация разграничения видов ответственности осложняется. Наступление последствий в данном случае выступает главным условием ответственности, хотя сам факт наличия последствий еще не предрешает вопроса о виде ответственности – частноправовой или публично-правовой. Здесь достаточно сложно представить некую общую формулу разграничения видов ответственности; вопрос об основаниях и пределах вмешательства уголовного права в регулирование цивилистических отношений до сих пор остается одним из самых острых и дискуссионных. С уверенностью можно констатировать лишь, что для наступления уголовной ответственности за причинение вреда частным интересам вследствие нарушения договорных профессиональных обязательств необходимо (совокупно или альтернативно): наличие вины, особые мотивы или цели, известный объем вреда, специфические способы неисполнения обязанностей и другие признаки, которые будут свидетельствовать об опасности деяния и оправданности применения мер публичной ответственности. Здесь вполне уместно привести аргументированное суждение А.Э. Жалинского, который, рассуждая о приоритетности гражданского законодательства в части правовой оценки

деяния, пишет: «Коль скоро гражданское законодательство признает деяние правомерным либо порождающим исключительно гражданско-правовые последствия, применяться должно гражданское законодательство. Если же в деянии обнаруживаются фактические признаки, выходящие за пределы состава гражданского законодательства и содержащиеся в уголовном законе, его применение представляется несомненным». И далее: закон придает значение состава преступления именно тем действиям (бездействию), которые образуют не исполнение, но общественно опасное нарушение гражданского законодательства [16].

Иная ситуация складывается, если профессиональные функции лица определяются законами и нормативными иными актами высокого уровня (не договорами). Она характерна, в первую очередь, для установления круга профессиональных обязанностей должностных лиц, государственных или муниципальных служащих (на наш взгляд, служебный контракт таких лиц с государством лишь фиксирует факт возложения на служащего обязанностей, установленных в правовых актах, но не создает для них каких-либо новых или дополнительных профессиональных обязанностей). Поскольку профессиональные функции таких лиц значимы для нормального существования общества и государства в целом, имеют всеобщее значение и обеспечивают сами условия существования социума, то можно смело утверждать, что эти функции приобретают характер публично значимых интересов, требующих регламентации и защиты со стороны государства. Отсюда – любое нарушение по службе со стороны государственного или муниципального служащего всегда выступает одновременно как нарушение публичного правового порядка. Причем публичность правонарушения состоит здесь не в столько в том, что нарушаются нормы закона и правопорядка, который сам по себе является социально значимой ценностью, сколько в том, что причиняется вред публичной службе как самостоятельному и охраняемому публичному интересу.

Вместе с тем, нормативное определение профессиональных обязанностей не ограничивается только сферой регламентации деятельности должностных лиц. Даже в тех случаях, когда лицо выполняет профессиональные функции на основании частных договоров, оно в ряде случаев обязано выполнять некоторые нормативные предписания, связанные с обеспечением качества или безопасности работ (утвержденные законом или постановлением правила безопасности и др.). Нарушение этих нормативных (не договорных) обязательств также следует рассматривать как причинение вреда публичным интересам, но в данном случае потому, что виновное лицо не исполняет требований и велений права, посягает на ценность правопорядка. Именно причинение вреда праву в данном случае обеспечивает публичный характер нарушения.

Исходя из этого, следует признать различным правовое значение последствий неисполнения профессиональных функций, определенных договором и законом. В условиях реализации современной уголовной политики, ориентированной на признание преступными действий, которые влекут зримый вред или ущерб, криминализация служебно-профессиональных деликтов без видимых внешних последствий составами с формальной конструкцией является вполне оправданной, при условии, что служебные, профессиональные функции лица четко определены законом или иным нормативным актом и составляют публичный интерес. Наличие или отсутствие последствий, а равно их размер в таких деяниях может выступать основанием для дифференциации видов публично-правовой ответственности, основанием для дифференциации уголовной ответственности, основанием для совмещения публично-правовой и частноправовой ответственности. Но даже в отсутствие последствий здесь можно констатировать наличие вреда публичным интересам, а следовательно и оснований публичной ответственности.

Из изложенного вытекают важные выводы, имеющие непосредственное отношение к проблемам криминализации исследуемых общественно опасных деяний:

- Нарушение профессиональных обязанностей, определенных гражданско-правовым или трудовым договором, не может причинять вреда публичным интересам и требовать применения мер уголовной ответственности, за исключением тех случаев, когда такое нарушение дополнительно влечет причинение вреда самостоятельным публичным интересам либо требует публично-правовой реакции в силу иных исключительных обстоятельств, определяющих общественную опасность договорного нарушения.

- В то же время нарушение профессиональных функций, в публичных интересах установленных законом или иным нормативным актом, всегда причиняет вред публичным интересам и может влечь уголовную ответственность независимо от факта или размера наступивших последствий.

В итоге, можно представить определенную алгоритмическую последовательность в решении вопроса о разграничении видов ответственности за нарушение профессиональных функций (см. схему 1). Этот алгоритм строится на основе последовательного решения следующих вопросов:

- где и чем определено содержание профессиональных функций лица;

- причиняется или не причиняется нарушением профессиональных функций вред публичным интересам;

- в случае причинения вреда частным интересам обладает ли деяние столь высоким уровнем общественной опасности, что требует публично-правовой реакции.

Представленная схема, определяя основания разграничения частноправовой и публично-правовой ответственности за нарушение профессиональных функций, показывает, что предусматриваемые за такие нарушения меры ответственности могут быть как компенсационными, так и штрафными. Государство самостоятельно, руководствуясь принципами правовой (в том числе и уголовно-правовой) политики решает когда, в каком случае и в каком объеме применять тот или иной вид ответственности. Это подтвердил Конституционный Суд России, установив, однако, что «в выборе принудительных мер законодатель ограничен требованиями справедливости, соразмерности и иными конституционными и общими принципами права» [17]. При этом Суд указал, что «юри-

Схема 1. Разграничение видов ответственности за нарушение профессиональных функций

дическая ответственность (если она выходит за рамки восстановления нарушенных неправомерным деянием отношений или возмещения причиненного этим деянием вреда) является средством публично-правового реагирования на правонарушающее поведение, в связи с чем вид и мера ответственности лица, совершившего правонарушение, должны определяться исходя из публично-правовых интересов, а не частных интересов потерпевшего» [18].

Продолжая исследование вопроса о видах ответственности за нарушение профессиональных функций, необходимо обсудить еще один важный вопрос – о разграничении административной (служебной – как ее разновидности) и уголовной ответственности за нарушение профессиональных функций.

Административное и уголовное право принадлежат сфере публично-правовых отношений, что значительно сближает конструкцию ответственности в этих отраслях права. Решение же вопроса о разграничении и соотношении уголовной и административной ответственности находится, прежде всего, в области разграничения административного проступка и преступления. Специалисты правильно отмечают, что административное право, как и уголовное, носит публичный характер, но административная ответственность наступает за менее общественно значимые деяния – проступки и реализуется более оперативно, в упрощенной форме [19].

В теоретическом и практическом отношениях вопрос об отграничении преступлений от административных правонарушений всегда привлекал внимание юристов, и наука в этой части накопила к сегодняшнему дню значительный опыт багаж знаний. А потому, не повторяя известных истин, обратим внимание на некоторые общие признаки, по которым рассматриваемые деликты могут быть отграничены друг друга. Причем в данном случае нас в большей степени будет интересовать не правоприменительный уровень разграничения имеющихся сходных составов административных правонарушений и преступлений (de lege lata), а уровень принятия законодательных решений.

Поскольку и административный проступок, и преступление в равной мере относятся к группе публично-противоправных деяний, то очевидно, что их разграничение не может быть проведено по признакам вида нарушаемых интересов. При всех объективных сложностях, критерием их разграничения остается общественная опасность.

Общественная опасность нарушения профессиональных функций определяется, среди прочего, двумя основными признаками: спецификой нарушаемых профессиональных правил, а также наличием и размером последствий такого нарушения. Однако не каждый из этих признаков может претендовать на роль разграничительного.

Как отмечалось, правила осуществления профессиональной деятельности могут объективизироваться в законах, подзаконных актах и даже договорах. Учитывая такую специфику противоправности деяний, еще более полувека назад была озвучена идея считать преступлениями только нарушения правопорядка, предусмотренного законами, а нарушение правопорядка, предусмотренное приказами или распоряжениями административных органов рассматривать в качестве административного проступка [20]. В современной науке высказываются аналогичные предложения об установлении уголовной ответственности за нарушение только тех правил, которые зафиксированы в законах федерального уровня действия [21].

С подобными предложениями сложно согласиться. Прежде всего, они не подтверждаются анализом норм уголовного закона, предусматривающих ответственность за нарушение правил, определенных подзаконными актами (такова, например, большая часть норм об ответственности за экологические преступления); а также анализом норм административно-деликтного законодательства, устанавливающих ответственность за нарушение правил, закрепленных в законе (например, нормы о проступках против избирательных прав граждан). Но самое главное, если исходить из того, что правопорядок, даже формируемый нормами различного уровня правовой иерархии, есть единая публичная ценность, неделимая на виды в зависимости от уровня фиксации того или иного правового предписания, то посягательство на любую правовую норму в равной мере причиняет вред публичным интересам (хотя размер этого вреда может быть различным). А потому разграничение правонарушений на преступления

и проступки в зависимости от уровня нормативной фиксации нарушаемого правила представляется не вполне обоснованным.

Представляется, что критериями, на основании которых необходимо различать область административно-деликтного и уголовно-правового регулирования нарушения профессиональных правил, должны выступать последствия такого нарушения – последствия, включающие в себя и вред, причиненный правопорядку, и вред, причиненный иным объектам правовой охраны. Учитывая, что действенные оценки этих двух видов последствий могут быть даны лишь применительно к конкретным правонарушениям, в рамках настоящей части исследования представляется возможным ограничиться констатацией этого вывода. С одной лишь известной принципиальной оговоркой: последствия всегда должны быть четко определены в законе с тем, чтобы минимимизировать (а в идеале – исключить) проблемы отграничения преступлений от административных проступков.

Выводы. Таким образом, нарушение профессиональных функций, согласно действующему законодательству, предполагает возможность привлечения лица к ответственности различных видов в зависимости от содержания нарушенных им интересов и характеристики причиненного вреда. Это обстоятельство, с одной стороны, свидетельствует о широком наборе правовых средств воздействия на нарушителей трудовой дисциплины, а с другой стороны, порождает серьезную проблему разграничения и совмещения этих видов ответственности, решению которой будет посвящен следующий параграф работы.

Литература:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая). Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 06 апреля 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
2. См. об этом: Тихомиров Ю.А. Договор как регулятор общественных отношений // Государство и право. 1995. № 6. С. 28 – 29; Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1997. С. 60 – 62.
3. О структуре и формах проявления гражданско-правовой ответственности см.: Пугинский Б.И. Гражданское право в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 134 – 135 и др.
4. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права. М., 2001. С. 649–650.
5. Трудовой кодекс Российской Федерации. Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 17 июня 2011 г.) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.
6. См., например: Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н. Ответственность по Российскому трудовому праву. М., 2007. С. 25.
7. См., например: Самойлов В.Г. Дисциплинарная ответственность в трудовом праве: общая и специальная. Автореферат дис. … канд. юрид. наук. М., 2006.
8. Федин К.А. Правонарушения в сфере труда как основание привлечения к дисциплинарной ответственности по нормам трудового права. Автореферат дис. … канд. юрид. наук. М., 2007. С. 18.
9. Захаров И.Г. Юридическая ответственность в частном праве. Автореферат дис. … канд. юрид. наук. М., 2008. С. 7.
10. См. об этом: Кузнецов Ю.А. Трудоправовая ответственность: понятие; виды. Автореферат дис. … канд. юрид. наук. Пермь, 2005. С. 10.
11. Носова Ю.Б. Дисциплинарная ответственность государственных гражданских служащих Российской Федерации. Автореферат дис. … канд. юрид. наук. Воронеж, 2008. С. 10–11.
12. Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 183–185.
13. Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М., 1969 // Кузнецова Н.Ф. Избранные труды. СПб., 2003. С. 497.
14. Генрих Н.В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования: история, теория, практика. М., 2011. С. 239.
15. Савченко А. Неисполнение обязательств: гражданско-правовое нарушение или мошенничество? // Экономические преступления. 2009. № 3. [Электронный ресурс]: http://www.audit-it.ru/articles/account/court/a52/186079.html (дата обращения – 09.12.2012).
16. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 63.
17. Постановление Конституционного Суда РФ от 15.07.1999 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР "О Государственной налоговой службе РСФСР" и Законов Российской Федерации "Об основах налоговой системы в Российской Федерации" и "О федеральных органах налоговой полиции"» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.
18. Определение Конституционного Суда РФ от 23.05.2006 г. № 146-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сабирова Равиля Минигаязовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 11, 17, 20, 22 и 26 Федерального закона "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации"». Документ официально не опубликован. [Электронный ресурс]: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online (дата обращения – 10.07.2011).
19. Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. СПб., 2002. С. 26.
20. Уголовное право. Общая часть / Под ред. И.Т. Голякова. М., 1943. С. 5.
21. Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С. Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. СПб., 2003. С. 171–175.

Мирошниченко Н. В. Диференціація підстав та видів правової відповідальності за порушення професійних функцій

Анотація. Стаття присвячена теоретичному обґрунтуванню вирішення питання про допустимість криміналізації порушення професійних обов'язків. На основі норм російського права і положень доктрини проводяться відмінності і встановлюються особливості у встановленні кримінальної відповідальності за такі діяння, з урахуванням положень про допустимість суміщення публічно-правової та приватно-правової відповідальності.

Ключові слова: порушення професійних функцій, злочини, публічна відповідальність, приватно-правова відповідальність, публічний порядок, криміналізація.

Miroshnichenko N. Differentiation of the bases and types of liability for breach of professional features

Summary. The article is devoted to the theoretical basis of the solution of the question of the admissibility of the criminalization of breaches of professional duties. On the basis of the rules of Russian law and the doctrine of distinction and features are set in the criminalization of such acts, subject to the provisions of the admissibility combination of public and private liability.

Key words: breach of professional duties, crime, public liability, public liability, public policy, criminalization.

УДК 349.22:331.106

Прогонюк Л. Ю.,
старший викладач кафедри менеджменту організацій та права
Миколаївського національного аграрного університету

ПРАВОВА ПРИРОДА ПОЯСНЕНЬ ПОРУШНИКА ТРУДОВОЇ ДИСЦИПЛІНИ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню правової природи пояснень порушника дисципліни, значення їх для правильного застосування норм, які регулюють дисциплінарну відповідальність.

Ключові слова: трудова дисципліна, звільнення, відібрання пояснення, дисциплінарне стягнення.

Постановка проблеми. Дотримання трудової дисципліни на підприємствах, установах, організаціях забезпечується шляхом створення необхідних організаційних та економічних умов для нормальної високопродуктивної роботи, свідомим ставленням до праці, методами переконання, виховання, заохочення за сумлінну роботу. Невиконання або неналежне виконання покладених на працівника трудових обов'язків є підставою для застосування до нього заходів дисциплінарного стягнення (ст. 147 КЗпП України). Ступінь впливу дисциплінарних стягнень на забезпечення трудової дисципліни залежить від дотримання роботодавцем встановленого законодавством (1471-149 КЗпП України) порядку їх накладення, у тому числі і від з'ясування всіх обставин вчиненого проступку. На даній стадії дисциплінарного процесу, стверджує Абрамова О. А., порушник має право активно захищатися від пред'явлених звинувачень та надавати відповідні пояснення [1, с. 138]. Вони реалізують право особи на захист трудової честі та гідності (ст. 55 Конституції України) та є суттєвою гарантією від необгрунтованого застосування стягнення.

Стан дослідження. Дослідженню питання, які стосуються пояснень порушника дисципліни в своїх працях відмічали Абрамова О. А., Бородіна Н, Голованова Є. О., Калужний С. А., Фатуєв А. А., Хуторян Н. М. Разом з тим слід визнати, що їх правова природа, значення для правильного застосування норм, які регулюють дисциплінарну відповідальність у сучасних умовах господарювання вивчено не достатньо. Саме тому метою наукової праці є дослідження правової природи відібрання пояснень у порушника дисципліни як однієї із стадій порядку накладення дисциплінарних стягнень.

Виклад основних положень. Норми, які регулюють дисциплінарну відповідальність працівників, не дають і не можуть надати вказівок на те, як точно порівняти провину і заходи дисциплінарного стягнення. Такого характеру уміння у значній мірі залежить і від особи самого носія дисциплінарної влади, володіння ним якостями керівника. Наявність таких позитивних якостей – це основа, на якій формуються внутрішні переконання керівника, які дозволяють йому правильно оцінити обставини проступку, вчиненого підлеглим та обрати справедливе покарання.

Перед прийняттям відповідального рішення про вибір та накладення дисциплінарного стягнення, особливо у складних ситуаціях (складний фактичний склад проступку, вчинення його декількома працівниками і т. п.), потрібна ґрунтовна бесіда роботодавця із безпосереднім керівником правопорушника (майстром, начальником ділянки, підрозділу, цеху, відділу і т. п.). Її мета – виявити попередню роботу порушника, поведінку у колективі і т. п. Точно визначити коло трудових обов'язків правопорушника і вказати, які з них конкретно порушені, переглянути норми трудового законодавства, що відносять до даної справи, ознайомитися з судовою практикою. Бажано, в окремих випадках, провести бесіду безпосередньо з трудовим колективом, де працює порушник трудової дисципліни. Необхідність у такій бесіді виникає у тому випадку, коли думка про скоєний проступок висловлена колективом і закріплена у його рішенні.

Тому, враховуючи важливе значення всебічного та повного з'ясування обставин дисциплінарної справи для його правильного вирішення, перш за все слід звернутися до пояснень порушника трудової дисципліни, які мають суттєве значення для встановлення провини працівника у дисциплінарному проступку, обставин, при яких він був скоєний, і т. д.

Відповідно ст. 149 КЗпП до застосування дисциплінарного стягнення із порушника трудової дисципліни адміністрація повинна зажадати письмового пояснення, у якому працівнику доцільно було б відповісти приблизно на такі питання:

- чи був факт порушення;
- яка у цьому провина працівника (умисна, необережна, відсутність провини працівника);
- обставини порушення, його причини;
- ставлення працівника до порушення;
- відношення працівника до подальшої роботи.

Пояснення, як зазначає С. А. Калужний, може розглядатися як вираження права порушника в окремих випадках захистити свою трудову честь і гідність, у вигляді встановленої законом форми, де він може відстоювати своє право на справедливе покарання, якщо для його застосування є підстави та звільнення від відповідальності за їх відсутності [2, с. 49]. Пояснення є суттєвою гарантією проти безпідставного накладення стягнення. Зокрема, у поясненнях правопорушника об'єктивно відображена важлива риса юридичної відповідальності – надати відповідь за свої дії перед вирішенням питання про покарання. У них у певній мірі міститься оцінка порушника своєї поведінки, іноді – цінна інформація про причини та умови вчинення правопорушення.

У дисциплінарній практиці не завжди надають належного значення поясненням порушника трудової дисципліни. Зокрема, на практиці постійно виникають всілякі питання, які відносять до таких пояснень. Проте їх правова природа, значення у процесі застосування дисциплінарної відповідальності майже не вивчені у теорії трудового права. Це певна прогалина, що призводить у порушенні законності носіями дисциплінарної влади при прийнятті рішення про застосування дисциплінарних стягнень.

Слід з'ясувати, яка правова природа пояснень порушника трудової дисципліни. Вимога роботодавця про їх надання здійснюється у рамках особливого правового зв'язку – охоронних правовідносин, які виникають між керівником підприємством і працівником, який скоїв дисциплінарний проступок. Його суб'єктами є, з одного боку, роботодавець, з іншого є правопорушник. У пункті першому ст. 1471 КЗпП зазначено, що право застосування дисциплінарного стягнення надається тому органу, який здійснює прийняття на роботу (обрання, затвердження і призначення на посаду) даного працівника. Отже, термін «орган» в указаній частині застосовується у тому ж значенні, що і в ст. 92 Цивільного кодексу, де мова йде про органи юридичної особи, які найчастіше є одноособовими. Це означає, що керівник підприємства завжди має право застосовувати стягнення, оскільки його право приймати на роботу закріплено безпосередньо у нормативно-правових актах. Очевидно, що саме він має право витребувати пояснення від порушника.

Нерідко виникає питання, чи може звернутися до порушника із такою вимогою і інша посадова особа, наприклад, керівник підрозділу (відділу) і т. п. Відмова порушника надати пояснення часто мотивується відсутністю у особи, яка вимагає пояснення, належних повноважень. Разом з тим керівник, до компетенції якого входить застосування стягнення, не завжди може безпосередньо вести дисциплінарний процес та уповноважує на це інших представників адміністрації. Слід вказати, що дане питання вирішиться за допомогою тлумачення п. 1 ст. 1471 КЗпП. Керівники, зазначені у цьому пункті, «застосовують стягнення», тобто приймають остаточне відповідальне рішення про покарання. Тому мають право доручити підготовчу роботу з вимоги пояснень і з'ясуванню обставин дисциплінарного проступку іншим особам адміністрації. Такий висновок не суперечить чинному законодавству.

Таким чином виникає питання, у який термін роботодавець має право витребувати пояснення від працівника, який вчинив дисциплінарний проступок. Разом з тим, він повинен враховувати і час, необхідний для оцінки пояснень у сукупності з іншими доказами дисциплінарного проступку та видання наказу про застосування стягнення. Час протягом якого працівник повинен надати пояснення конкретно чинним законодавством не визначено.

Крім того, у проекті ТК України це питання ще більш ускладнюється встановленням трьох термінів накладення дисциплінарного стягнення. По-перше, дисциплінарне стягнення до працівника може застосовуватися роботодавцем не пізніше ніж протягом місяця з дня виявлення дисциплінарного проступку без урахування часу відсутності працівника на роботі незалежно від причин, а також часу провадження у кримінальній справі, порушеній за фактом протиправних дій працівника; по-друге, дисциплінарне стягнення може бути накладене не пізніше шести місяців з дня вчинення проступку, а по-третє у випадку виявлення фактів, які дають підстави для притягнення до дисциплінарної відповідальності, у результаті проведення ревізії, аудиторської перевірки – не пізніше одного року з дня вчинення проступку. Час провадження у кримінальній справі або справі про адміністративне правопорушення до зазначеного строку не включено. До застосування дисциплінарного стягнення можна провести службове розслідування у порядку, встановленому законом або правилами внутрішнього трудового розпорядку.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу ст. 193 ТК Російської Федерації, де обумовлено граничний строк (два робочих дні) надання працівником письмового пояснення із приводу вчиненого проступку. Якщо по закінченню встановленого строку працівник не надає вказані пояснення, то роботодавець складає відповідний акт, що дає йому право для застосування дисциплінарного стягнення [3, с. 76]. Саме тому нами запропоновано внести доповнення до п. 3 ст. 406 проекту ТКУ, виклавши його у такому формулюванні: «до застосування дисциплінарного стягнення роботодавець повинен зажадати від працівника, який порушив трудову дисципліну, надання письмових пояснень. Якщо протягом трьох робочих днів, з моменту фіксації факту вчинення проступку, працівником не буде надано пояснення, то складається відповідний акт. Відмова працівника від надання таких пояснень не є перешкодою для застосування дисциплінарного стягнення».

Не менш важлива детальна фіксація факту вчинення дисциплінарного проступку для того, щоб:

1) пам'ятати про дату його вчинення або виявлення;

2) зафіксувати сутність проступку та вину працівника;

3) мати документальну підставу для видання керівником підприємства наказу (розпорядження) про застосування дисциплінарного стягнення.

Документальне оформлення проступку залежить від змісту проступку та способу його виявлення. За фактом невиконання чи неналежного виконання трудових обов'язків, передбачених трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, допускається оформлення таких документів:

1) рапорт безпосереднього керівника працівника-порушника, із пропозицією про притягнення винного до відповідальності;

2) доповідна або службова записка;

3) акт про вчинення дисциплінарного проступку.

Форма таких документів повинна бути відображена у локальних актах підприємства (правилах внутрішнього трудового розпорядку, колективному договорі і т. п.). Факт вчинення дисциплінарного проступку може підтверджуватися іншими документами, на підставі яких роботодавець приймає рішення про проведення службового розслідування. Висновки такого розслідування оформляються спеціальними документами

– висновками комісії, протоколами засідання комісії і т. п.). Розслідування окремих порушень трудової дисципліни здійснюється спеціально уповноваженими державними органами, рішення яких (акти, приписи, постанови і т. п.) документально підтверджують вчинення дисциплінарного проступку.

Часто виникає питання, чи може власник підприємства зажадати пояснення від порушника під час його хвороби або відпустки (щорічної, додаткової, без збереження заробітної плати)? Оскільки хвороба і відпустка – обставини, що впливають на відстрочку застосування стягнення (ст. 148 КЗпП), і закон містить родовий термін «відпустка», на цей період також призупиняються повноваження роботодавця вимагати від порушника пояснення. Існують обставини, які взагалі виключають можливість отримання пояснення. Це: а) смерть порушника дисципліни; б) розірвання із ним трудових правовідносин; в) закінчення строку давності застосування стягнення; г) хвороба порушника, яка продовжувалась більше шести місяців і, як наслідок, впливала на закінчення строку давності [4, с. 63].

Обов'язок власника витребувати пояснення від порушника дисципліни праці зводиться саме до пред'явлення такої вимоги. Відмова порушника від надання пояснень не служить перешкодою для накладення стягнення. Керівник реалізує дисциплінарну владу за допомогою встановленої законом процедури, яка втілюється у стадіях охоронного правовідношення [5, с. 68]. Зокрема, він зобов'язаний зажадати пояснення від порушника трудової дисципліни, дати оцінку їм у сукупності з іншими обставинами дисциплінарної справи і т. д. Зустрічний обов'язок порушника – надати пояснення. У випадку відмови працівника власник все одно реалізує свою дисциплінарну правомочність та накладає стягнення.

У проекті Трудового кодексу України на відмінну від чинного КЗпП України, факт відмови працівника від надання таких пояснень буде фіксуватися (актом, складеного у довільній, письмовій формі) роботодавцем та не є перешкодою для застосування дисциплінарного стягнення.

Слід з'ясувати, чи правомочний власник або уповноважений ним орган визначити зміст витребуваних ним від порушника пояснень, наприклад, вказати на необхідність детальнішого освітлення тих або інших обставин дисциплінарного проступку. Оцінює обставини дисциплінарного проступку власник підприємства (ст. 149 КЗпП). На підставі такої оцінки він визначає і вид стягнення. Ми гадаємо, термін «пояснення», що міститься у законі, вказує на те, що законодавець вклав у нього певний кількісний критерій. Мова йде про обов'язок порушника надавати, у випадку необхідності, неодноразові пояснення як по всім обставинам дисциплінарного проступку у цілому, так і за кожною із цих обставин зокрема. При цьому неодноразово протягом всього дисциплінарного процесу. Якщо така необхідність виникає у зв'язку з всебічним та глибоким з'ясуванням обставин дисциплінарного проступку.

У дисциплінарному провадженні «пояснення», яке надає порушник, має переважаючий доказ, на відміну від провадження у справах адміністративної відповідальності «пояснення» займає більш скромніше місце, і законодавець говорить про нього як про доказ поряд з іншими. Як зазначає К.С. Бельський, пояснення порушника не має для компетентного органу «заздалегідь встановленої сили» та оцінюється ним поряд з іншими зібраними доказами у адміністративній справі [6, с. 17].

Зі всіх можливих матеріалів дисциплінарної справи пояснення порушника – єдиний доказ, на який посилається закон, що підтверджує його особливе значення для вирішення питання про покарання. У ньому порушник може викласти аргументи на свій захист, мотиви, причини та умови вчинення проступку, спростувати висунуті проти нього звинувачення. Для власника пояснення відіграють важливу роль джерела інформації, слугують підставою для розробки організаційно-технічних і локальних заходів профілактики аналогічних проступків.

Зокрема, пояснення порушника трудової дисципліни є однією з важливих форм гарантії, наданих порушнику для захисту своїх законних прав та інтересів: пояснити свою поведінку, ознайомитися із матеріалами дисциплінарної справи, наказом про застосування стягнення, оскаржити його і т. д. Таким чином, пояснення – один із важливих форм захисту, направлених проти безпідставного застосування стягнення.

Недотримання роботодавцем обов'язку зажадати від порушника пояснення ущемляє його право на захист і тягне за собою нікчемність юрисдикційних актів (наказу, розпорядження) про застосування дисциплінарних санкцій. Наслідки порушення цього обов'язку мають місце і проявляються тоді, коли працівник звертається до суду. Наведемо приклад із практики судових органів. Так, відповідачем був порушений порядок застосування дисциплінарного стягнення до позивача. Оскільки позивачка під розписку із наказом № 53 від 11.02.2009 року не ознайомилася, не мала змоги оскаржити цей наказ, до того ж до застосування стягнення за наказом № 53 від позивача не зажадали письмових пояснень (с. 1 ст. 149 КЗпП), з чого випливає, що до позивачки не застосовували заходи дисциплінарного чи громадського стягнення протягом року до звільнення, а тому відсутня підстава для її звільнення за п. 3 ст. 40, наказ № 153 від 06.07.2009 р. є незаконним і підлягає скасуванню (рішення КС СП у цивільних справах апеляційного суду Кіровоградської області від 13 липня 2010 р., справа № 22-2246/2010 р.) [7, с. 275].

Висновки. Таким чином, значення пояснень порушника дисципліни для правильного вирішення питання про застосування дисциплінарного стягнення полягає у тому, що вони сприяють з'ясуванню обставин дисциплінарного проступку, є важливою гарантією права порушника на захист його законних прав та інтересів. Недотримання роботодавцем обов'язку витребувати пояснень від порушника трудової дисципліни слугує беззаперечною підставою для скасування стягнення. Одночасно пояснення – цінне джерело інформації для керівника підприємства, яке сприяє розробці заходів профілактики порушень трудової дисципліни.

Література:

1. Абрамова А. А. Дисциплина труда в СССР. Правовые вопросы / А. А. Абрамова. – М. : Юрид. лит., 1969. – 176 с.
2. Калужный С. А. Проблемы ответственности в сфере трудовых отношений : учеб. пособие / С. А. Калужный. – Уфа : Изд-во Башкирского университета, 1984. – 80 с.
3. Барчан Г. Е. Сравнительный анализ трудового законодательства Российской Федерации и Украины : монография / Г. Е. Барчан, А. Г. Барчан. – К. : Сталь, 2008. – 110 с.
4. Смирнов В. Н. Дисциплина труда в СССР. Социальные и правовые проблемы / В. Н. Смирнов. – Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1972. – 119 с.
5. Калужный С. А. Объяснение нарушителя трудовой дисциплины / С. А. Калужный // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1986. – № 6. – С. 67-70.
6. Бельский К. С. Административная ответственность: генезис, основные признаки, структура / К. С. Бельский // Государство и право. – 1999. – № 12. – С. 12-20.
7. Петренко О. В. Трудові спори: законодавство та судова практика / О. В. Петренко. – Х. : Фактор, 2011. – 688 с.

Прогонюк Л. Ю. Правовая природа объяснений нарушителя трудовой дисциплины

Аннотация. Статья посвящена изучению правовой природы объяснений нарушителя трудовой дисциплины, значение их для правильного применения норм, регулирующих дисциплинарную ответственность.

Ключевые слова: трудовая дисциплина, увольнение, получение объяснений, дисциплинарные взыскания.

Progoniuk L. The legal nature of the explanations of the violator of labour discipline

Summary. The article is devoted to the research of the legal nature of the explanations made by a violator of labour discipline, their significance for the correct application of the rules governing the disciplinary responsibility.

Key words: labor discipline, dismissal, demanding of explanations, disciplinary action.

УДК 349

Чанишева Г. І.,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАХИСТ ПРАВА ПРАЦІВНИКА НА СВОЄЧАСНЕ ОДЕРЖАННЯ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ

Анотація. У статті визначаються поняття механізму та форм захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати. Характеризуються юрисдикційна та неюрисдикційна форми захисту зазначеного права.

Ключові слова: захист трудових прав та інтересів, право працівника на своєчасне одержання заробітної плати, юрисдикційна та неюрисдикційна форми захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати.

Постановка проблеми. Проголошене у ст. 43 Конституції України право на своєчасне одержання винагороди за працю належить до основних трудових прав працівників. У зазначеній статті передбачається, що дане право захищається законом [1]. Права працівника на оплату праці та їх захист регламентуються Кодексом законів України про працю, Законом України «Про оплату праці» від 24 березня 1995 року (розділ IV), іншими нормативно-правовими актами.

У сучасний період найбільш масовими порушеннями законодавства про оплату праці залишаються порушення права працівника на своєчасне одержання заробітної плати. Незважаючи на скорочення останнім часом загальної суми заборгованості з виплати заробітної плати, на 1 липня 2013 року зазначена сума становила 989,6 млн. грн. (на 1 червня 2013 року – 1043,7 млн. грн.) [2, с. 4]. При цьому впродовж січня-червня 2013 р. зросла заборгованість перед працівниками економічно активних підприємств на 18,2% (на 82, 1 млн.).

У зв'язку з цим актуальною у теоретичному і практичному аспектах є проблема удосконалення галузевого механізму захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати, складовою якого є передбачені законодавством форми захисту зазначеного права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми правового регулювання оплати праці досліджують відомі вітчизняні та російські науковці, такі як: Н.Б. Болотіна, В.М. Божко, Н.Д. Гетьманцева, О.Д. Зайкін, А.М. Лушніков, М.В. Лушнікова, А.Д, Нуртдінова, Ю.П. Орловський, В.Г. Ротань, С.М. Прилипко, О.І. Процевський, П.Д. Пилипенко, О.Є. Сонін, Є.Б. Хохлов, Н.М. Хуторян, О.М. Ярошенко та ін.

Водночас у сучасній науці трудового права питання захисту прав працівника на оплату праці ще не були предметом спеціального комплексного дослідження.

Метою даної статті є визначення поняття механізму та форм захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати та внесення пропозицій щодо удосконалення трудового законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження. У сучасний період питання забезпечення трудових прав та інтересів залишаються в центрі науки трудового права [3]. Вчені слушно пропонують доповнити перелік основних трудових прав працівника правом на захист своїх трудових прав та інтересів, що включає як можливість звернення за захистом до юрисдикційного органу, так і можливість правоможної особи захищати належне їй право власними діями, зокрема вдаватися до способів самозахисту трудових прав.

Враховуючи напрацювання вітчизняних науковців у сфері захисту трудових прав та інтересів працівників, видається можливим визначити механізм захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати як сукупність юрисдикційних та неюрисдикційних форм, організаційних, процедурних і процесуальних способів, матеріально-правових засобів, спрямованих на припинення і запобігання порушень зазначеного права та його поновлення.

Форми захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати видається можливим визначити як діяльність уповноважених органів, працівників, їх представників із застосування передбачених законодавством способів і засобів, спрямованих на припинення і запобігання порушень зазначеного права та його поновлення.

Форми захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати слід поділити на два види: юрисдикційну та неюрисдикційну. Юрисдикційною формою захисту даного права є діяльність компетентних органів (органів з розгляду трудових спорів, органів нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю) із захисту порушеного або оспорюваного права на своєчасне одержання заробітної плати.

Неюрисдикційна форма захисту зазначеного права передбачає дії працівників (їх представників), що здійснюються ними самостійно без звернення до відповідних юрисдикційних органів (самозахист працівником зазначеного права, діяльність профспілки як представника працівників). Неюрисдикційною формою захисту права на своєчасне одержання заробітної плати слід визнати також врегулювання розбіжностей зусиллями самих сторін (при безпосередніх переговорах).

Форми захисту права на своєчасне одержання заробітної плати необхідно відрізняти від способів його захисту. Слід погодитися з висновком І.В. Лагутіної про те, що юрисдикційній та неюрисдикційній формам захисту трудових прав та інтересів працівників властиві свої способи захисту. Останні визначаються вченою як сукупність дій, що застосовуються юрисдикційними ор-

ганами, самою правоможною особою чи її представниками з метою захисту трудових прав та інтересів шляхом припинення і попередження порушень трудового законодавства, поновлення порушених чи оспорюваних трудових прав і відшкодування заподіяної шкоди.

Юрисдикційною формою захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати є діяльність органів з розгляду трудових спорів. Згідно зі ст. 32 Закону України «Про оплату праці» трудові спори з питань оплати праці розглядаються і вирішуються згідно з законодавством про трудові спори.

У разі порушення права працівника на своєчасне одержання заробітної плати виникає індивідуальний трудовий спір із застосування чинного трудового законодавства, для вирішення якого застосовуються положення глави XV «Індивідуальні трудові спори» КЗпП, нормами якої передбачений захист порушеного права комісією з трудових спорів, а також судовий захист. Трудовий спір підлягає розглядові в комісії з трудових спорів, якщо працівник самостійно або за участю профспілкової організації, що представляє його інтереси, не врегулював розбіжності при безпосередніх переговорах з роботодавцем. У разі, якщо працівник не згодний з рішенням комісії з трудових спорів, він вправі звернутися з заявою до суду.

У частині першій ст. 224 КЗпП комісію з трудових спорів визнано обов'язковим первинним органом по розгляду трудових спорів, що виникають на підприємствах, в установах, організаціях. Водночас, враховуючи положення ст. 55 та ст. 124 Конституції України, працівник вправі звернутися за захистом порушеного права на своєчасне одержання заробітної плати безпосередньо до суду без звернення до комісії з трудових спорів.

Можливості судового захисту права на своєчасне одержання заробітної плати було суттєво розширено з відміною строку позовної давності для звернення працівника з заявою безпосередньо до суду. Відповідно до частини другої ст. 233 КЗпП у разі порушення законодавства про оплату праці працівник має право звернутися до суду з позовом про стягнення належної йому заробітної плати без обмеження будь-яким строком.

У судовій практиці має місце неоднозначне тлумачення норми частини другої ст. 233 КЗпП щодо застосування строків позовної давності на вимоги із стягнення компенсації втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати та індексації заробітної плати, нарахування яких не здійснено роботодавцем і щодо яких існує спір між працівником та роботодавцем. В одних випадках суди відмовляють у задоволенні позову щодо стягнення індексації та компенсації частини втраченої заробітної плати, вважаючи, що лише нарахована, але не виплачена працівникові компенсація втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням строків її виплати та здійснена роботодавцем самостійно індексація заробітної плати, яка не виплачена, є підставою для застосування при вирішенні судом відповідного спору положень частини другої ст. 233 КЗпП.

В інших випадках суди, задовольняючи позови щодо стягнення індексації та компенсації частини втраченої заробітної плати, доходять висновку, що вимоги про стягнення цих виплат не обмежені строком позовної давності та застосовують положення частини другої ст. 233 КЗпП. При цьому суд погоджується з розмірами сум, заявлених позивачем до стягнення, оскільки розрахунок заборгованості компенсації та індексації зроблено ним відповідно до розрахункових листків по заробітній платі позивача, з яких вбачається, що компенсація та індексація йому не нараховувалися.

Як видається, при вирішенні даного питання слід враховувати наступне. У частині другій ст. 233 КЗпП йдеться про порушення законодавства про оплату праці, до якого належать і такі нормативно-правові акти, як: Закон України «Про індексацію грошових доходів населення» від 3 липня 1991 року, Закон України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати» від 19 жовтня 2000 року, Порядок проведення індексації грошових доходів населення, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 17 липня 2003 року № 1078, і Порядок проведення компенсації громадянам втрати частини грошових доходів у зв'язку з порушенням термінів їх виплати, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 21 лютого 2001 року № 159.

Зазначеними актами передбачений судовий порядок розгляду спорів, що виникають з питань індексації грошових доходів населення (у тому числі заробітної плати) та компенсації втрати частини грошових доходів у зв'язку з порушенням термінів їх виплати, в тому числі компенсації втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати (ст. 16 Закону України «Про індексацію грошових доходів населення», ст. 7 Закону України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати»). Хоча слід відзначити, що наведені положення не узгоджуються з нормою ст. 32 Закону України «Про оплату праці» про вирішення трудових спорів з питань оплати праці, оскільки працівника позбавлено права застосувати доюрисдикційний порядок вирішення трудового спору з питань виплати суми, пов'язаної з індексацією заробітної плати, та суми компенсації втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати.

Закон України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати» зобов'язує підприємства, установи і організації всіх форм власності та господарювання здійснювати компенсацію громадянам втрати частини доходів у випадку порушення встановлених строків їх виплати, у тому числі з вини власника або уповноваженого ним органу (особи) (ст. 1). Як передбачено п. 3 Порядку проведення компенсації громадянам втрати частини грошових доходів у зв'язку з порушенням термінів їх виплати, заробітна плата підлягає компенсації разом із сумою індексації.

Відповідно до п. 1.3 Інструкції зі статистики заробітної плати, затвердженої наказом Держкомстату України від 13 січня 2004 року № 5, фонд оплати праці складається з фонду основної заробітної плати; фонду додаткової заробітної плати; інших заохочувальних та компенсаційних виплат. Згідно з п. 2.2 Інструкції зі статистики заробітної плати до складу фонду додаткової заробітної плати входять у тому числі суми виплат,

пов'язаних з індексацією заробітної плати працівників (підп. 2.2.7), та суми компенсації працівникам втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати (підп. 2.2.8).

Таким чином, при зверненні працівників до суду з позовом про стягнення суми виплат, пов'язаних з індексацією заробітної плати, та суми компенсації втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати (після отримання заборгованості із заробітної плати), слід керуватися положеннями частини другої ст. 233 КЗпП, оскільки, по-перше, у даному випадку мають місце порушення законодавства про оплату праці, а, по-друге, зазначені виплати включаються до структури заробітної плати працівника.

Юрисдикційною формою захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати є також захист зазначеного права органами нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю, зокрема Державною інспекцією України з питань праці. Лише впродовж першого півріччя 2013 року на вимоги державних інспекторів з питань праці підприємства-боржники повністю або частково погасили заборгованість із заробітної плати перед 169,7 тис. працівників на загальну суму 380 млн. грн.

Чинним законодавством України не передбачена така форма захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати як самозахист. У КЗпП відсутні норми про право працівника на самозахист та механізм його реалізації. Для національного законодавця представляють інтерес норми глави 59 «Самозахист працівниками трудових прав» Трудового кодексу Російської Федерації, що надає право працівнику відмовитися від виконання роботи в цілях самозахисту трудових прав (ст. 379). Відповідно до частини другої ст. 142 ТК РФ у разі затримки виплати заробітної плати на строк більш 15 днів працівник має право, повідомивши роботодавця у письмовій формі, припинити роботу на увесь період до виплати затриманої суми. Хоча у ТК РФ самозахист визнано як один з основних способів, а не форм захисту трудових прав і свобод (ст. 352), що викликає заперечення.

Висновки. Таким чином, юрисдикційними формами захисту права працівника на своєчасне одержання заробітної плати слід вважати захист зазначеного права органами з розгляду трудових спорів та органами нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю. До неюрисдикційних форм слід віднести доюрисдикційний порядок вирішення розбіжностей щодо своєчасної виплати заробітної плати (врегулювання розбіжностей при безпосередніх переговорах працівника з роботодавцем) і самозахист працівником відповідного права.

Література:

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Доходи населення (січень-червень 2013 р.) // Праця і зарплата. – 4 вересня 2013 р. – № 33.
3. Напр.: Андріїв В.М. Система трудових прав працівників та механізм їх забезпечення: Автореф. дис. …доктора юридичних наук: 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення. – Одеса, 2012. – 40 с.; Лагутіна І.В. Форми захисту трудових прав працівників: Монографія // Одеська національна юридична академія. – О.: Фенікс, 2008. – 160 с.; Сонін О.Є. Про юрисдикційну форму захисту трудових прав // Актуальні проблеми регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників III Міжнародної науково-практичної конференції, 7-8 жовтня 2011 р. / За ред. к.ю.н., доц. В.В. Жернакова. – Харків: Кросроуд, 2011. – С. 239-241.

Чанышева Г. И. Защита права работника на своевременное получение заработной платы

Аннотация. В статье определяются понятия механизма и форм защиты права работника на своевременное получение заработной платы. Характеризуются юрисдикционная и неюрисдикционная формы защиты указанного права.

Ключевые слова: защита трудовых прав и интересов, право работника на своевременное получение заработной платы, юрисдикционная и неюрисдикционная формы защиты права работника на своевременное получение заработной платы.

Chanysheva G. Protection of employee's right on timely salary obtaining

Summary. Definition of mechanism and forms of protection of employee's right on timely salary obtaining are provided in the article. Jurisdictional and non-jurisdictional forms of protection of the specified right have been characterized.

Key words: protection of labour rights and interests, the right on timely salary obtaining, jurisdictional and non-jurisdictional forms of protection of employee's right on timely salary obtaining.

ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ, ЕКОЛОГІЧНЕ, ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

УДК 349.42

Багай Н. О.,
доцент кафедри трудового, екологічного та аграрного права
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

КОДИФІКАЦІЯ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Анотація. Стаття присвячена аналізу можливих форм майбутнього кодифікаційного акта аграрного законодавства. Автором обґрунтовується висновок про доцільність розробки Основ аграрного законодавства як кодифікаційного акта аграрного законодавства. Визначається значення такого акту для подальшого розвитку та вдосконалення аграрного законодавства України.

Ключові слова: аграрне законодавство, систематизація законодавства, кодифікація законодавства, Агарний кодекс, Основи аграрного законодавства.

Постановка проблеми. Належне законодавче регулювання суспільних відносин у сфері виробництва, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції повинна забезпечувати комплексна галузь українського законодавства – аграрне законодавство України. Від досконалості системи нормативно-правових актів, що утворюють цю галузь, залежить ефективність функціонування аграрного сектора та агропромислового виробництва в цілому, забезпечення сталого розвитку сільських територій. У зв'язку з цим розвиток та систематизація аграрного законодавства України є однією з необхідних умов забезпечення продовольчої безпеки держави, підвищення рівня життя сільського населення. Зокрема, особливо важливе значення має розробка наукових засад майбутньої кодифікації аграрного законодавства як найскладнішого способу систематизації цієї законодавчої галузі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Напрями та форми кодифікації аграрного законодавства України аналізуються у працях багатьох українських учених: А.Л. Бейкуна, С.І. Бугери, І.В. Духневич, В.П. Жушмана, С.І. Марченко, В.В. Носіка, Т.О. Коваленко, О.О. Погрібного, І.Ю. Сальмана, В.І. Семчика, А.М. Статівки, Н.І. Титової, В.Ю. Уркевича, В.В. Янчука, В.З. Янчука та інших авторів. Проте до цього часу аграрно-правовою наукою не вироблено єдиного підходу до форми та змісту майбутнього кодифікаційного акта аграрного законодавства, що засвідчує актуальність зазначених питань.

Метою статті є аналіз основних наукових підходів до кодифікації аграрного законодавства України та обґрунтування пропозицій щодо форми кодифікаційного акта аграрного законодавства.

Виклад основного матеріалу дослідження. Кодифікація – це спосіб упорядкування законодавства, забезпечення його системності та узгодженості; одна з форм систематизації законодавства, в процесі якої до проекту створюваного акта включаються чинні норми і нові норми, які вносять зміни в регулювання певної сфери суспільних відносин [1, с. 139].

Справедливо зауважують В.П. Жушман та О.М. Савельєва, що кодифікація є ключовою ланкою вдосконалення механізму правового регулювання, адже «саме кодифікація законодавства, в тому числі й аграрного, забезпечує високу сутність його удосконалення, сприяє його вивченню та застосуванню» [2, с. 15].

Як відомо, в результаті кодифікації можуть прийматися різноманітні кодифікаційні акти: закони, кодекси, основи, положення тощо [1, с. 138].

У сучасній аграрно-правовій науці висловлено та аргументовано різні наукові позиції з приводу форми майбутнього кодифікаційного акта аграрного законодавства України. Найпоширенішою є думка щодо необхідності розробки та прийняття Аграрного кодексу України. Вперше В.В. Янчуком було визначено предмет, об'єкт правового регулювання такого акта тощо. Автором також запропоновано структуру Аграрного кодексу, що мало позитивне значення для подальшої правотворчої практики [3, с. 12-13; 4, с. 47].

На сьогодні доцільність саме такої форми кодифікаційного акта аграрного законодавства обґрунтовується більшістю вчених-юристів України: В.П. Жушманом, В.В. Носіком, Т.О. Коваленко, В.І. Семчиком, А.М. Статівкою, В.Ю. Уркевичем та іншими науковцями.

Термін «кодекс» в енциклопедичній літературі визначається як систематизований законодавчий акт, що регламентує однорідну сферу суспільних відносин [1, с. 130]. Кодекс за загальним правилом має характеризуватися такими ознаками: має високий рівень упорядкування нормативного масиву; регламентує найважливіші питання відповідної сфери суспільних відносин; відрізняється властивим йому предметом (видом суспільних відносин) та методом (способом упорядкування) правового регулювання; породжує юридичні наслідки і займає провідне місце в ієрархії нормативно-правових актів галузі законодавства; має визначену форму та структуру, що передбачає виклад норм за частинами (як правило, загальна та особлива), главами та статтями; містить норми, що закріплюють принципи відповідної галузі права та відображають її особливості тощо [1, с. 130-131].

З огляду на це слід визнати істотні переваги Кодексу як кодифікаційного акта серед інших нормативно-правових актів галузі законодавства. Структурно такий акт мав би відображати систему відповідної галузі законодавства та галузі права. У ньому знайдуть своє закріплення принципи аграрного законодавства та основні засади державної аграрної політики, будуть втілені основні нормативні приписи різних законодавчих інститутів, що регулюють аграрні відносини.

Разом з тим, як справедливо зауважила Н.І. Титова, термін «кодекс» передбачає новий, органічно єдиний, системний законодавчий акт, що замінює раніше чинний нормативно-правовий матеріал [5, с. 73]. Тому якісний рівень такого акта багато в чому визначатиметься ступенем систематизації законодавчих приписів окремих інститутів аграрного законодавства.

Очевидно також, що Аграрний кодекс з урахуванням значення в системі інших актів галузі законодавства мав би характеризуватися високим ступенем стабільності. Та слід визнати, що в сучасний період реформування аграрних та земельних відносин такої стабільності навряд чи вдалося би досягти.

Поряд із цим в аграрно-правовій науці обґрунтовувалася й ідея кодифікації аграрного законодавства шляхом прийняття Основ аграрного законодавства України [6, с. 7-8; 7, с. 63-64]. Зокрема, Н.І. Титовою визначено коло суспільних відносин, які потрібно врегулювати таким кодифікованим актом [6, с. 7-8]. Прийняття Основ аграрного законодавства України, на думку вченої, мало би дуже важливе значення як для підвищення ефективності правового регулювання суспільних відносин в аграрному секторі економіки, так і для полегшення правозастосовної діяльності в цій сфері [6, с. 7-8; 7, с. 63-64].

Незважаючи на те, що дана теоретична позиція не знайшла належної підтримки у наукових колах, вважаємо, що на сьогодні існує достатньо аргументів на користь саме такої форми кодифікаційного акта аграрного законодавства. Спробуємо навести деякі з них:

1. Основи законодавства – це «кодифікаційний акт, яким встановлюються основні загальні і принципи правового регулювання у певній сфері суспільних відносин» [8, с. 340]. Сама назва акта «Основи законодавства» свідчить про те, що в межах такого акта повинні закріплюватися не всі, а лише основні засади регулювання суспільних відносин у певній галузі. Такий акт буде відігравати роль фундаменту, основи для подальшої правотворчої діяльності у цій сфері, закріпивши стратегічні цілі, напрями та принципи регулювання відповідної групи суспільних відносин.

2. Основи законодавства можуть і повинні співіснувати з іншими актами вищої юридичної сили. Тому вони забезпечуватимуть еволюційне (поступове) оновлення аграрного законодавства, що дуже важливо у період трансформації аграрних відносин.

3. Такий кодифікаційний акт, як Основи законодавства у певній галузі, в період динамічного розвитку законодавства, змін у відповідній сфері суспільних відносин є більш прийнятним, аніж Кодекс, адже допускає певну гнучкість, динамічність законодавчих приписів, робить можливим реагування законодавця на потреби практики регулювання суспільних відносин шляхом внесення змін чи доповнень до законів та підзаконних нормативно-правових актів, які діють поряд з Основами.

4. Розробка Основ аграрного законодавства є виправданою також з урахуванням належності аграрного законодавства України до комплексних галузей законодавства, адже норми, які будуть вміщені в такому акті, повинні забезпечити регулювання величезного комплексу різних за змістом та юридичною природою аграрних відносин (відносин, що складаються у процесі виробництва, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції). Охопити усю різноманітність цих відносин в межах єдиного Кодексу буде досить складно.

5. Очевидно, що галузева кодифікація аграрного законодавства, яка проводитиметься вперше, – це надзвичайно складний і тривалий процес, особливо це стосується підготовки Кодексу, що регулюватиме аграрні відносини. Тому з цієї точки зору розробка та прийняття Основ аграрного законодавства є технічно простішою, а прийняття такого акта надасть певної завершеності цій законодавчій галузі. У майбутньому Основи аграрного законодавства могли би слугувати базовим актом для розробки Аграрного кодексу України.

Слід погодитися з ученими в тому, що «національному аграрному законодавству слід ще пережити етап свого становлення, досягти певної стабільності, а це дозволить, у свою чергу, більш якісно виконати кодифікацію нормативного матеріалу» [9, с. 58].

Як зазначають А.М. Статівка та В.Ю. Уркевич, «аграрне законодавство України зараз переживає час бурхливого розвитку, триває накопичення аграрно-правового матеріалу, результатом упорядкування якого у майбутньому має стати прийняття Аграрного кодексу України» [10, с. 32].

Тому, не заперечуючи можливості та необхідності розробки в майбутньому Аграрного кодексу України, вважаємо, що у сучасний період прийняття Основ аграрного законодавства України є теоретично та практично виправданим.

В юридичній науці висловлювались також цікаві пропозиції щодо прийняття кодифікаційного акта аграрного законодавства у формі Закону. Зокрема З.А. Павлович обґрунтовував ідею щодо необхідності кодифікації агропромислового законодавства (в тому числі й аграрного, як його складової частини) у формі Закону України «Про агропромисловий комплекс» [11, с. 213].

На сьогодні також наведені вагомі аргументи щодо необхідності розробки Закону «Про сільське господарство України», як базового кодифікаційного акта аграрного законодавства [12, с. 204-213; 13, с. 104-110; 14, с. 140-153]. А.М. Статівкою та В.Ю. Уркевичем розроблено проект такого закону, що є істотним кроком у роботі щодо кодифікації аграрного законодавства України [14, с. 142-153].

Слід зазначити, що кодифікаційні акти незалежно від їх назви (Закон, Основи чи Кодекс) не відрізняються за юридичною силою від інших законодавчих актів відповідної галузі законодавства. Проте, на нашу думку, назва акта «Основи законодавства» свідчить про базове, фундаментальне значення такого акта в системі інших нормативно-правових актів та передбачає певні особливості змісту й структури такого акта, покликаного визначити загальні засади регулювання відповідної сфери суспільних відносин.

Обґрунтовані пропозиції висловлені представниками вітчизняної аграрно-правової науки і з приводу необхідності проведення інкорпорації аграрного законодавства, що повинна передувати його кодифікації [15, с. 88; 16, с. 222; 17, с. 99].

Висновки. Таким чином, на нашу думку, в сучасний період реформування аграрних відносин доцільно забезпечити кодифікацію аграрного законодавства шляхом розробки єдиного законодавчого акта, що визначатиме ключові, фундаментальні принципи і напрями регулювання аграрних відносин. Таким актом можуть стати Основи аграрного законодавства України, необхідність прийняття яких упродовж тривалого періоду обґрунтовувалася професором Н.І. Титовою. Основи аграрного законодавства України згодом можуть стати базовим актом для розробки Аграрного кодексу України.

Майбутні наукові дослідження у цій сфері можуть стосуватися розробки пропозицій щодо структури та змісту кодифікаційного акта аграрного законодавства, обґрунтування наукових засад кодифікації окремих інститутів аграрного законодавства України.

Література:

1. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Т. 3 : Н–П. – К. : Укр. енцикл., 2001. – 792 с.
2. Жушман В. П. Наукові основи систематизації аграрного законодавства / В. П. Жушман, О. М. Савельєва // Теорія і практика правознавства: електронне наукове фахове видання Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Вип. 1 (2), 2012. – С. 1-17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nauka.nulau.org.ua/download/el_zbirnik/1.2012/Zyshman.pdf.
3. Аграрне законодавство України / Відп. редактор В. В. Янчук // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1996. – № 5. – Вип. 1. – К. : Юрінком, 1996. – 302 с.
4. Янчук В. В. Джерела аграрного права / В. В. Янчук // Аграрне право України : підручник / За ред. академіка АПН, проф. В. З. Янчука. – К. : Юрінком, 1996. – С. 30-49.
5. Титова Н. І. До концепції нового основного земельного закону України / Н. І. Титова // Право України. – 2000. – № 4. – С. 68-73.
6. Титова Н. І. Аграрне законодавство України / Н. І. Титова // Право України. – 1995. – № 1. – С. 6-9.
7. Титова Н. І. Проблеми гарантування прав селянства України / Н. І. Титова // Права людини і громадянина: проблеми реалізації. – К. : Ін Юре, 1998. – С. 63-64.
8. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Т. 4 : Н–П. – К. : Укр. енцикл., 2002. – 720 с.
9. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. – Т. 4 : Методологічні засади розвитку екологічного, земельного, аграрного та господарського права / за ред. Ю. С. Шемшученка. – Харків : Право, 2008. – 480 с.
10. Актуальні питання аграрного права України: теорія і практика: монографія / А. М. Статівка, В. Ю. Уркевич, В. М. Корнієнко та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф. А. М. Статівки. – Х. : Вид-во «ФІНН», 2010. – 240 с.
11. Аграрне законодавство України: проблеми ефективності / [Семчик В. І., Стретович В. М., Погрібний О. О. та ін.] ; за ред. члена-кореспондента НАН України В. І. Семчика – К. : Наукова думка, 1998. – 243 с.
12. Сучасна аграрна політика України: проблеми становлення // [Саблук П. Т., Лукінов І. І., Юрчишин В. В., Амбросов В. Я., Баланюк І. Ф. та ін.]; За ред. академіка УААН П. Т. Саблука та В. В. Юрчишина. – Київ, 1996. – 664 с.
13. Статівка А. Про проект Закону України «Про сільське господарство України» / А. Статівка, В. Уркевич // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 8. – С. 104-110.
14. Правове регулювання екологічних, аграрних та земельних відносин в Україні: сучасний стан і напрями вдосконалення : монографія [А. П. Гетьман, М. В. Шульга, А. М. Статівка та ін.]; за ред. А. П. Гетьмана та В. Ю. Уркевича. – Х. : Право, 2012. – 448 с.
15. Коваленко Т. О. Систематизація аграрного законодавства України / Т. О. Коваленко // Стан та перспективи розвитку аграрного права : матеріали Міжнар. наук.-теор. конф., присвяченої 80-річчю д. ю. н., проф., акад. АПрН України В. З. Янчука, Київ, 26-27 травня 2005 р. / Під ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила. – К. : Магістр – XXI сторіччя, 2005. – 304 с. – С. 85-88.
16. Уркевич В. Ю. Про аграрне законодавство України / В. Ю. Уркевич // Проблеми законності : Респ. міжвідом. науковий збірник / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. академія України, 2009. –Вип. 100. – С. 218-225.
17. Марченко С. І. Систематизація аграрного законодавства України в сучасних умовах: стан, тенденції та перспективи / С. І. Марченко // Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна : матеріали Всеукраїнського круглого столу (25 травня 2012 року) : зб. наук. пр. / за заг. ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила, В. І. Семчика. – К. : Видавничий центр НУБіП України, 2012. – С. 98-100.

Багай Н. О. Кодификация аграрного законодательства Украины: отдельные вопросы

Аннотация. Статья посвящена анализу возможных форм будущего кодифицированного акта аграрного законодательства. Автором обосновывается вывод о целесообразности разработки Основ аграрного законодательства как кодифицированного акта аграрного законодательства. Обосновывается значение такого акта для дальнейшего развития и совершенствования аграрного законодательства Украины.

Ключевые слова: аграрное законодательство, систематизация законодательства, кодификация законодательства, Аграрный кодекс, Основы аграрного законодательства.

Bagay N. Codification of the agrarian legislation of Ukraine: some questions

Summary. The article analyzes the possible forms of the future codified act of agrarian legislation. The author grounds conclusion about the expedience of the developing of Basics of the agrarian legislation as a codified act of agrarian legislation. The value of such an act for the further development and improvement of the agrarian legislation of Ukraine is substantiated.

Key words: agrarian legislation, ordering of legislation, codification of legislation, Agrarian Code, Basics of agrarian legislation.

УДК 349.42

Кравець Н. В.,
здобувач кафедри земельного та аграрного права
Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ЕКОЛОГІЗАЦІЇ АГРАРНОГО ВИРОБНИЦТВА ЯК ПРИНЦИПУ АГРАРНОГО ПРАВА

Анотація. У статті здійснено аналіз наукових підходів до визначення по-няття принципу екологізації аграрного виробництва, на основі якого сформульовано авторську дефініцію цього поняття та визначено його зміст.

Ключові слова: принцип екологізації аграрного виробництва, екологізація аграрного законодавства, екологізація аграрного права.

Постановка проблеми. Кожна наука оперує власним понятійно-категоріальним апаратом. Не є виключенням й аграрно-правова наука. І хоча визначення поняття і змісту будь-якої правової категорії (у тому числі й такої, як принцип екологізації аграрного виробництва) є складним завданням, однак його вирішення є необхідним з огляду на те, щоб забезпечити, по-перше, подальший розвиток і збагачення аграрно-правової науки (теоретичний напрямок), а, по-друге, вдосконалення чинного аграрного законодавства (практичний напрямок).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання екологізації на сьогодні є вкрай актуальними. Враховуючи це, вони досліджувалися багатьма вченими, серед яких: В.І. Андрейцев, Н.О. Ба-гай, Г.І. Балюк, М.Я. Ващишин, А.П. Гетьман, О. К. Голіченков, І.А. Ігнатьєва, Н.В. Ільків, В.В. Круглов, В.В. Петров, М.В. Шульга та ін. Однак їх праці стосуються або екологізації права й законодавства, зокрема земельного, або екологізації господарської діяльності в цілому. Значну увагу також приділяють питанням екологізації, а саме економічним її аспектам, представники економічної науки [1, с. 26-34]. Екологізації аграрного виробництва саме як принципу аграрного права присвячено лише окрему статтю Т.В. Курман та О.М. Туєвої [2, с. 74-79]. Комплексних монографічних досліджень з цього питання не проводилося. Отже, обрана тема на сьогоднішній день в Україні є недостатньо розробленою в рамках аграрно-правових досліджень, а тому вбачається актуальною.

Виклад основного матеріалу дослідження. На сьогодні одним із визначальних принципів аграрного права стає принцип екологізації аграрного виробництва. Даний принцип має не лише теоретичне, але й велике практичне значення. Адже його закріплення у чинному аграрному законодавстві сприятиме екологізації аграрного законодавства шляхом розробки і прийняття нових норм, спрямованих на екологозбалансований розвиток аграрного виробництва зокрема і сільського господарства в цілому. Процес екологізації, тобто наповнення екологічним змістом правових норм, сьогодні охопив майже всі галузі національного законодавства: і земельного, і аграрного, і господарського, і кримінального тощо. Більше того, на думку Ю.С. Шемшученка та В. І. Олещенка, посилення уваги до забезпечення реальної «екологізації» усіх галузей права та відповідного законодавства, насамперед податкового, бюджетного, господарського та іншого слід визначити одним з найбільш актуальних за-вдань державної політики України [3, с. 10].

Що стосується самого терміна «екологізація», то у науці немає єдності з точки зору визначення його поняття. Відсутнє визначення екологізації і в чин-ному законодавстві. В цілому, під екологізацією розуміють процес постійного і послідовного запровадження правових, економічних, технічних, технологічних та управлінських рішень, які дозволяють підвищувати ефективність використання природних ресурсів, поліпшувати чи зберігати якість природного середовища [4, с. 405]. При цьому у спеціальній юридичній літературі науковці оперують такими категоріями, як екологізація як метод екологічного права, екологізація законодавства, екологізація права, екологізація як принцип земельного законодавства, екологізація виробничо-господарської діяльності сільськогосподарських підприємств, екологізація як принцип аграрного права.

Як метод екологічного права екологізацію часто розглядають у науці екологічного права [5, с. 12]. Дане твердження вбачається дещо спірним. У теорії права під методом правового регулювання традиційно розуміють сукупність прийомів і способів правового впливу на суспільні відносини [6, с. 52]. Отже, слід погодитися з Н. В. Ільків, на думку якої, говорячи про екологізацію як метод екологічного права, виникають сумніви в ототожненні методів екологічного права з методами екологічного законодавства. Адже під методами екологізації законодавства слід розуміти не способи правового впливу на суспільні відносини, а способи юридичного оформлення екологічних вимог у законодавстві [7, с. 122]. Постає питання про те, яким чином екологічні вимоги втілюються у саме законодавство (в тому числі й аграрне).

Що стосується екологізації законодавства, то, на думку В. І. Андрейцева, процес екологізації окремих галузей законодавства тісно пов'язаний із впровадженням у матеріально-правові й процесуально-правові норми та приписи різних вимог, правил і нормативів екологічної безпеки [8, с. 60]. У свою чергу, відповідно до ст. 50 Закону України «Про охорону

навколишнього природного середовища» екологічна безпека – це такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей. У спеціальній літературі сформульовано також і галузеве для сільського господарства визначення категорії «екологічна безпека в сфері сільськогосподарського виробництва». На думку К. А. Кондратьєвої, екологічна безпека в сфері сільськогосподарського виробництва – це невід'ємна складова екологічної безпеки; стан навколишнього середовища, що забезпечується сукупністю заходів, які повинні бути вжиті фізичними, юри-дичними особами та державою в особі уповноважених органів у сфері сільськогосподарського виробництва та за якого в процесі ведення рослинництва і тваринництва створюються максимально безпечні умови для життя і здоров'я людини, виробляється екологічно безпечна продукція, а також зберігається навколишнє середовище та його компоненти у стані, який не несе небезпеки для життя і здоров'я людини [9, с. 3]. Щоправда, дане визначення вбачається дещо громіздким та переобтяженим, з одного боку, а з іншого – дещо неповним. Зокрема, двічі йде мова про безпечні умови для життя і здоров'я людини і про збереження навколишнього середовища у стані, який не несе небезпеки для життя і здоров'я людини, що є, на нашу думку зайвим. Немає вказівки на спеціальних суб'єктів аграрного виробництва, зазначається в загальному «фізичні та юридичні особи». Вбачається, що під екологічною безпекою у сфері сільськогосподарського виробництва слід розуміти такий стан захищеності життєвих інтересів людини і держави, навколишнього середовища в процесі аграрного виробництва, за якого забезпечуються збереження навколишнього середовища і його компонентів у безпечному для життя і здоров'я стані та виробництво якісної, екологічно безпечної сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження. При цьому екологічна безпека в сфері сільськогосподарського виробництва є невід'ємною складовою національної екологічної безпеки держави і співвідноситься з нею як часткове із загальним.

Розглядаючи питання екологізації, О. К. Голіченков визначає поняття «екологізації законодавства» як впровадження норм екологічного права в акти тих галузей законодавства, які регулюють управлінську, господарську, рекреаційну та іншу діяльність, що тією чи іншою мірою впливає на природне довкілля [10, с. 366].

В. В. Петров, визначаючи екологізацію нормативно-правових актів, пояснює необхідність такого процесу тим, що норми екологічного права, закладені у спеціальних законах, не завжди здатні діяти напряму при регулюванні екологічних питань. Стосовно господарюючих суб'єктів, тобто тих, хто забруднює і виснажує природне середовище, норми екологічного права діють через нормативні акти, які регулюють економічну діяльність цих суб'єктів [11, с. 95]. Виходячи з цього, під екологізацією господарського законодавства В. В. Петров пропонує розуміти втілення екологічних імперативів у зміст правових норм, що регламентують різні сторони господарської діяльності підприємств, організацій, установ та ін.

В цілому погоджуючись з даною точкою зору та екстраполюючи її на аграрно-правову сферу, екологізацію аграрного законодавства можна визначити як втілення екологічних імперативів у зміст аграрно-правових та інших норм, які регламентують виробничо-господарську діяльність аграрних виробників. Дещо подібної точки зору дотримується і Н. О. Багай, визначаючи, що екологізація аграрного законодавства полягає у втіленні екологічних принципів та вимог у змісті нормативно-правових актів, що регулюють сільськогосподарську виробничу діяльність [12, с. 118]. Основним завданням екологізації, на думку Л. Ф. Усманової, є нормативне закріплення оптимальної міри впливу аграрного виробництва на навколишнє природне середовище з урахуванням специфіки такого впливу [13, с. 27].

Чинні нормативно-правові акти аграрного законодавства, що визначають особливості правового статусу сільськогосподарських підприємств та акти з питань виробничо-господарської діяльності в аграрному секторі економіки містять лише окремі правові приписи щодо раціонального природокористування та охорони навколишнього природного середовища. У зв'язку з цим цілком вірною вбачається теза Є. С. Берднікова стосовно того, що акти аграрного законодавства «в цілому присвячені регулюванню господарських відносин в агропромисловому комплексі і є недостатньо екологізованими» [14, с. 480]. Отже, одним із концептуальних напрямків розвитку аграрного законодавства України на сьогодні є на-повнення його екологічним змістом. Екологізація аграрного законодавства України є необхідною умовою екологізації сільського господарства як галузі матеріального виробництва, а це, в свою чергу, цілком відповідає стратегічним цілям і потребам сталого розвитку цієї галузі.

Враховуючи викладене, екологізація аграрного законодавства – це процес штучний, зумовлений суб'єктивними факторами, насамперед волею законодавця, який займається процесом нормотворення і внесення екологічно спрямованих норм до чинного аграрного законодавства. При цьому, як справедливо зазначається у спеціальній літературі, йдеться не про механічне включення законодавчо визначених екологічних вимог до нормативно-правових актів аграрного законодавства, а про формування на основі загаль-них принципів та ідей охорони навколишнього середовища та раціонального природокористування якісно нових правових приписів, що забезпечуватимуть спеціалізоване правове регулювання аграрних виробничих відносин [12, с. 119]. Як справедливо зазначає Н. К. Тахватуліна, суть екологізації законодавства полягає у формуванні нових правових норм шляхом включення до їх матерії еколого-правових постулатів [15, с. 16]. Таким чином, екологізацію аграрного законодавства не можна ототожнювати з екологізацією аграрного права. Екологізація аграрного права – це процес поступовий, більш глибинний, пов'язаний не лише з втіленням екологічних імперативів у зміст норм аграрного зако-

нодавства, а й у свідомість людей, у морально-етичні норми суспільства та ін.

Переходячи від екологізації законодавства і права до екологізації виробництва, слід зазначити, що дана проблематика була відома і актуальна і за радянських часів. Так, на думку А. П. Гетьмана, під екологізацією виробництва як правовим поняттям слід розуміти врегульовану нормами права діяльність з впровадження у суспільне виробництво, з урахуванням об'єктивно існуючих законів природи, економічних, технічних, управлінських, організаційно-господарських та інших заходів, спрямованих на забезпечення раціонального використання природних ресурсів й охорони навколишнього середовища в інтересах держави і суспільства [16, с. 76].

Що стосується екологізації саме аграрного виробництва, то, на думку О.І. Настіної, під екологізацією виробничо-господарської діяльності сільськогосподарських підприємств слід розуміти систему загальнодержавних, регіональних, галузевих та локальних заходів, спрямованих на впровадження у сільськогосподарське виробництво екологічно безпечних видів техніки, технологій, організації матеріально-технічного виробництва, способів і методів функціонування аграрно-промислових комплексів з метою найефективнішого використання природних ресурсів, їх збереження, відтворення та підтримання екологічної рівноваги у навколишньому середовищі під час виробничих процесів у сільському господарстві. При цьому в соціально-економічному плані екологізація повинна спиратися на перехід до природозберігаючих методів господарювання, а в технічному – на екологізацію технологій виробництва і природокористування для запобігання негативного впливу виробничих процесів на природне середовище [17, с. 109].

Слід також звернутися до позиції Т. В. Курман і О. М. Туєвої. На їх думку, екологізацію аграрного виробництва можна вважати спеціальним принципом аграрного права, що знаходить свій прояв у встановленні в чинному законодавстві та практичній реалізації екологічних нормативів, вимог і приписів як уповноваженими державними органами, органами місцевого самоврядування, так і самими аграрними товаровиробниками у сфері ведення сільськогосподарської виробничої діяльності щодо захисту довкілля, екологічного використання природних ресурсів, а також виробництва якісної та екологічно безпечної сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження. Цілком слушною вбачається думка авторів про те, що екологізація аграрного виробництва має, по-перше, перешкоджати негативному впливу виробничих процесів на стан навко-лишнього середовища, а по-друге, сприяти забезпеченню якості та безпечності продукції, що виробляється, оскільки здебільшого мова йде про продукти харчування і продовольчу сировину [2, с. 75-76].

В контексті цього, доречною є думка А. М. Статівки, що наведене вище-згаданими авторами свідчить про важливий підхід, який висвітлює проблеми, але який при цьому не є бездоганним. Оскільки, по-перше, на сьогодні екологізація аграрного виробництва, як принцип аграрного права, виводиться з норм, які вказують на наявність розвинутого нормативного масиву певної галузевої належності (екологічне, земельне законодавство тощо). По-друге, такий нормативний масив має бути системним утворенням, що об'єктивно відповідав би пласту суспільних відносин, який він покликаний врегулювати [18, с. 406-407].

В. Ю. Уркевич серед галузевих принципів аграрного права також виділяє принцип екологізації аграрних відносин. Сутність цього положення, на думку науковця, полягає у тому, що при здійсненні сільськогосподарської діяльності мають чітко додержуватися екологічні вимоги щодо використання земель сільськогосподарського призначення та інших природних ресурсів, вплив на них має бути мінімальним, а заподіяна шкода підлягає відшкодуванню. Також мають вживатися заходи щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану довкілля при виробництві сільськогосподарської продукції. Додержання принципу екологізації аграрних відносин є особливо важливим при виробництві сільськогоспо-дарської продукції для окремих категорій населення (наприклад, дітей), а також при виробництві органічної сільськогосподарської продукції й для розвитку органічного сільського господарства в Україні в цілому [19, с. 124]. Тобто мова йде по суті про принцип екологізації аграрного виробництва, а не аграрних відносин, як вказує автор. Аграрні відносини є категорією більш широкою, не всі вони зводяться до аграрного виробництва. Тому вбачається більш слушним називати даний принцип саме принципом екологізації аграрного виробництва.

Висновки. Враховуючи викладене, принцип екологізації аграрного виробництва можна визначити як спеціальний, галузевий принцип аграрного права, що являє собою керівне положення-вимогу аграрного законодавства стосовно нормативного закріплення і практичної реалізації екологічних імперативів усіма суб'єктами сільськогосподарської виробничої діяльності з метою захисту навколишнього середовища, мінімізації негативного впливу антропогенних факторів на нього, збереження стійкої рівноваги екосистем, раціонального та екологозбалансованого природокористування в процесі їх діяльності, а також виробництва якісної, екологічно безпечної сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження.

Література:

1. Поплавська Ж. Економічні аспекти екологізації / Ж.Поплавська Ж. Економічні аспекти екологізації / Ж. Поплавська, В. Поплавський // Вісник НАН України. – 2005. – № 10. – С. 26-34.
2. Курман Т. В., Туєва О. М. Щодо поняття та змісту екологізації аграрного виробництва // Наук. вісник Нац. ун-ту біоресурсів і природокористування України: серія «Право» / Ред. кол.: Д. О. Мельничук (голова) та ін. – К., 2012. – Вип. 173. – Ч. 2. – С. 74-79.
3. Шемшученко Ю. С., Олещенко В. І. Проблеми розвитку екологічного права та законодавства на сучасному етапі : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. «Актуальні проблеми правового забезпечення екологічної безпеки, використання та охорони природних ресурсів» 9-10 жовтня 2009 р. / за заг. ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Х. : НЮАУ ім. Ярослава Мудрого, 2009. – С. 10-13.

4. Менеджмент на транспорте : учеб. пособие для студ. высш. учеб. зав. / [Н. Н. Громов, В. А. Персианов, Н. С. Усков и др.] ; под общ. ред. Н. Н. Гро-мова, В. А. Персианова. – 4-е изд., стер. – М. : Изд. центр «Академия», 2008. – 528 с.
5. Комарницький В. М., Шевченко В. І., Єлькін С. В. Екологічне право : навч. посіб. – К. : Центр навч. літ-ри, 2006. – 224 с.
6. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун, Н. К. Подберезский. – Х. : ЗАО «Типография № 16», 1997. – 496 с.
7. Ільків Н. В. Екологізація законодавства як міждисциплінарний процес // Су-часні досягнення наук земельного, аграрного та екологічного права : зб. матер. круглого столу (24 травня 2013 р.) / за ред. Шульги М. В., Сан-нікова Д. В. – Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. – С. 122-124.
8. Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки : навч. та наук.-практ. посіб. / В. І. Андрейцев. – К. : Знання-Прес, 2002. – 332 с.
9. Кондратьєва К. А. Правове регулювання екологічної безпеки в сфері сільськогосподарського виробництва в Україні : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.06 / К. А. Кондратьєва; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2013. – 16 с.
10. Голиченков А. К. Экологическое право России: словарь юрид. терминов : учебн. пособ. для вузов. – М. : Изд. дом «Городец», 2008. – 448 с.
11. Петров В. В. Экологическое право России : учебн. для вузов. – М. : Бек, 1996. – 284 с.
12. Багай Н.О. Питання екологізації аграрного законодавства України // Республіканська наук.-практ. конф. «Сучасні екологічні проблеми та методика викладання еколого-правових дисциплін» (25-26 листопада 2010 р.) / за заг. ред. А. П. Гетьмана. – Х. : НЮАУ ім. Ярослава Мудрого, 2010. – С. 118-119.
13. Усманова Л. Ф. Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в аграрном секторе экономики : автореф. дис. … докт. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право» / Л. Ф. Усманова. – Уфа, 2000. – 48 с.
14. Аграрное, земельное и экологическое право Украины: особенные части учеб. Курсов : учебн. пособ. / [Беженарь А. М., Бердников Е. С., Бондарь Л. А. и др.] ; под общ. ред. А. А. Погребного. – Х. : Одиссей, 2001. – 560 с.
15. Тахватулина Н. К. Экологизация правового регулирования: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; История учений о праве и государстве» / Н. К. Тахватулина. – Волгоград, 2006. – 23 с.
16. Гетьман А. П. Правовое обеспечение экологизации общественного производства // Проблемы правоведения : респ. межвед. науч. сб. Вип. 50. – К. : Выща школа, 1989. – С. 75-79.
17. Настіна О. І. До проблеми екологізації аграрного права // Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна : матер. Всеукр. круглого столу (25 травня 2012 р.) : зб. наук. пр. / за заг. ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила, В. І. Семчика. – К. : Вид. центр НУБіП України, 2012. – С. 108-111.
18. Правове життя сучасної України : матер. Міжнар. наук. конф. проф. – викл. складу (Одеса, 20-21 квітня 2012 р.) Т. 3 / відп. за випуск д. ю. н., проф. В.М. Дрьомін / Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса : Фе-нікс, 2012. – 490 с.
19. Правове регулювання екологічних, аграрних та земельних відносин в Україні: сучасний стан і напрямки вдосконалення : монограф. / за ред. А. П. Гетьмана та В. Ю. Уркевича. – Х. : Право, 2012. – 448 с.

Кравец Н. В. К вопросу о понятии и содержании принципа экологизации аграрного производства как принципа аграрного права

Аннотация. В статье осуществлен анализ научных подходов к определению понятия принципа экологизации аграрного производства, на основе которого сформулирована авторская дефиниция этого понятия и определено его содержание.

Ключевые слова: принцип экологизации аграрного производства, екологизация аграрного законодательства, экологизация аграрного права.

Kravets N. To the question of notion and content of principle environmentalization of agrarian production as principle of agrarian law

Summary. In the article analysed scientific attitudes to definition of term principle environmentalization of agrarian production, in terms of which posed authors definition of this notion and estimated it's content.

Key words: principle environmentalization of agrarian production, environmentalization of agrarian legislation, environmentalization of agrarian law.

УДК 349.6

Макаренко Н. А.,
здобувач юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ПРИ ВИДОБУВАННІ НАФТИ ТА ГАЗУ В УКРАЇНІ

Анотація. У статті наводиться характеристика законодавства в сфері екологічної безпеки щодо видобування нафти та газу в Україні, наводиться класифікація нормативно-правових актів у цій сфері за допомогою системного методу. Робиться наголос на тому, що видобування нафти та газу відноситься до екологічно небезпечних видів діяльності, тобто видів діяльності з підвищеним екологічним ризиком, що і зумовлює необхідність в належному нормативно-правовому регулюванні такого виду господарювання. Наводяться пропозиції щодо удосконалення законодавства у сфері екологічної безпеки при видобуванні нафти та газу в Україні.

Ключові слова: законодавство у галузі екологічної безпеки, нафта, газ, класифікація нормативно-правових актів.

Постановка проблеми. Враховуючи сучасні масштаби видобутку нафти та газу в Україні та постійне зростання обсягів такого видобутку, важливим фактором успішної реалізації екологічної стратегії розвитку країни є створення оптимального законодавства у сфері забезпечення екологічної безпеки при видобуванні нафти та газу як основи якісного врегулювання суспільних відносин у даній сфері.

Буріння газових і нафтових свердловин впливає на навколишнє середовище і надра. Негативного впливу зазнають ґрунт, геологічне, водне та повітряне середовище. Відходи буріння, такі як вибурена порода, відпрацьований буровий розчин, бурові стічні води можуть негативно впливати саме на водне середовище й ґрунт. Водне середовище зазнає шкідливої дії відходів буріння під час проведення свердловин в заплаві або поблизу рік, водойм; при розкритті підземних горизонтів з прісними водами. Родючий шар ґрунту в межах бурового майданчика може забруднюватись рідкими відходами буріння, що містять нафту і хімічні реагенти, а також буровий шлам [1, с. 30].

Отже, провадження такого виду господарської діяльності, як видобуток нафти та газу, несе у собі потенційну загрозу екологічній безпеці, адже екологічний ризик при цьому виду діяльності виникає навіть без наявності якихось надзвичайних ситуацій, забруднення навколишнього середовища може відбуватись і за нормальних умов експлуатації нафтових та газових свердловин. В таких умовах надзвичайно важливим є саме наявність належного нормативно-правового впливу на суспільні відносини, що виникають при видобутку нафти та газу, що і зумовлює актуальність обраної теми. Актуальність даного дослідження полягає також і у відсутності на території України будь-яких комплексних досліджень з питань правового регулювання забезпечення екологічної безпеки при видобутку нафти та газу в Україні загалом, і характеристики законодавства щодо екологічної безпеки при провадженні зазначеної вище господарської діяльності зокрема.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити, що теоретичну основу вивчення даної проблеми становлять праці таких вчених, як В.І. Андрейцев, М.В. Краснова, Н.Р. Малишева, М.О. Фролов, Г.І. Балюк, А.П. Гетьман, Т.Г. Ковальчук, , Ю.С. Шемшученко, М.В. Шульга та інших вчених, які в своїх дослідженнях розглядали питання правової природи екологічної безпеки, а також Ю.Л. Власенко, яка досліджувала питання оптимізації законодавства України у сфері забезпечення екологічної безпеки.

Як слушно зазначає В.І. Андрейцев, можна без перебільшення констатувати, що практично немає такої сфери діяльності, нормативно-правове регулювання якої не зачіпало б забезпечення її з позицій вимог екологічної безпеки, тобто реально у законотворчому процесі простежується процес екологізації багатьох галузей законодавства, який тісно пов'язаний із впровадженням у «тканину» матеріально-правових і процесуально-правових норм і приписів різних вимог, правил і нормативів екологічної безпеки. Отже, правові приписи щодо забезпечення екологічної безпеки наповнюють сьогодні більшість законодавчих і підзаконних актів України і тим самим справляють комплексний, міжгалузевий, наскрізний, універсальний вплив на регламентацію різних правовідносин, особливо у частині здійснення екологічно небезпечної, ризикованої діяльності. [2, с. 60].

Виклад основного матеріалу дослідження. Говорячи про законодавство в сфері забезпечення екологічної безпеки при видобутку нафти та газу, перш за все слід визначитись, що саме розуміється під терміном «законодавство». На нашу думку, з цього приводу є слушною позиція Конституційного суду України, який в своєму рішенні від 9 липня 1998 року № 17/81-97 щодо тлумачення терміну «законодавство» [3] визначив, що терміном «законодавство» охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в

межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України.

Надаючи характеристику законодавства в сфері забезпечення екологічної безпеки при видобуванні нафти та газу доцільним є застосування системного методу, який передбачає комплексне дослідження системи правових норм в окресленій галузі та поділ нормативно-правових актів за наступними групами:

1. Нормативно-правові акти у галузі охорони навколишнього природного середовища.

2. Нормативно-правові акти у галузі видобування нафти та газу.

3. Нормативно-правові акти у галузі регулювання екологічної безпеки в галузі промисловості.

4. Нормативно-правові акти у сфері регулювання екологічної безпеки при видобуванні нафти та газу.

До першої групи нормативно-правових актів у галузі охорони навколишнього природного середовища можна віднести Закону України «Про основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» (далі – Стратегія) [4]. Відповідно до вказаної Стратегії, реалізація екологічної політики потребує ефективного функціонування системи законодавства у сфері охорони навколишнього природного середовища, спрямованого на досягнення національних пріоритетів. Основними вимогами до такого законодавства є його відповідність Конституції України, наближення до відповідних директив ЄС, забезпечення впровадження багатосторонніх екологічних угод (конвенцій, протоколів тощо), стороною яких є Україна, соціальна прийнятність, реалістичність, економічна ефективність. Законодавство має сприяти гнучкому застосуванню відповідних економічних інструментів для стимулювання впровадження інноваційних екологічних технологій, розв'язанню екологічних проблем на місцевому рівні.

Слід сказати, що прийнята Стратегія носить програмний, політико-правовий характер, оскільки в ній визначені на законодавчому рівні першопричини екологічних проблем, наводиться також деяка статистична інформація (зокрема, щодо надр зазначено, що в Україні на початок 2009 року налічувалося 8658 родовищ з 97 видами корисних копалин і майже 12 тисяч їх проявів). Натомість, на нашу думку, включення до Закону України статистичної інформації не є доцільним, оскільки норми Закону є нормами прямої дії, розраховані на регулювання суспільних відносин у майбутньому, і в цьому аспекті зазначена статистична інформація робить Стратегію більш громіздкою, при цьому жодним чином не допомагає в регулюванні зазначених відносин.

Також до вказаної групи нормативно-правових актів у галузі охорони навколишнього природного середовища відноситься, зокрема, Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» [5], відповідно до якого визначається, що завданням законодавства про охорону навколишнього природного середовища є регулювання відносин у галузі охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання і ліквідації негативного впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, збереження природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною. Вказаним нормативно-правовим актом визначені основні принципи і завдання екологічної політики держави, правове регулювання екологічних відносин, закріплений механізм здійснення раціонального природокористування і охорони навколишнього природного середовища, відповідальність за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища тощо, передбачено, що визначення екологічної безпеки господарської діяльності є одним з основних завдань державної екологічної експертизи, також закріплено можливість застосування, зокрема, економічних засобів впливу на фізичних та юридичних осіб при використанні ними природних ресурсів під час здійснення екологічно небезпечного виду діяльності. Таким чином, норми вказаного Закону носять комплексний характер, оскільки вони визначають правові, економічні та соціальні основи організації охорони навколишнього природного середовища, визначено, що охорона навколишнього природного середовища, раціональне використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини – невід'ємна умова сталого економічного та соціального розвитку України.

Проте, наприклад, Ю.Л. Власенко дещо критично оцінює норми вказаного Закону, оскільки на її думку закон прямої дії може і повинен вміщувати конкретні регулятори, які відносяться, наприклад, до екологічних вимог при здійсненні різних видів діяльності, організації державного екологічного контролю, екологічного нормування, екологічної експертизи, екологічного ліцензування. Оскільки багато з них є дійсно ефективними та перевіреними на практиці, то, на думку Ю.Л. Власенко, є доцільним спрямувати зусилля на використання в повній мірі вже існуючих, ніж створювати нові [6, с. 24].

Серед нормативно-правових актів в галузі видобування нафти та газу слід виділити безпосередньо Закон України «Про нафту і газ» [7], яким визначено основні правові, економічні та організаційні засади діяльності нафтогазової галузі України та регулюються відносини, пов'язані з особливостями користування нафтогазоносними надрами, видобутком, транспортуванням, зберіганням та використанням нафти, газу та продуктів їх переробки з метою забезпечення енергетичної безпеки України, розвитку конкурентних відносин у нафтогазовій галузі, захисту прав усіх суб'єктів відносин, що виникають у зв'язку з геологічним вивченням нафтогазоносності надр, розробкою родовищ нафти і газу, переробкою нафти і газу, зберіганням, транспортуванням та реалізацією нафти, газу та продуктів їх переробки, споживачів нафти і газу та працівників галузі.

Натомість, вказаний Закон не регулює на належному рівні питання екологічної безпеки при здійсненні суб'єктами нафтогазовидобутку відповідної господарської діяльності. Так, в Законі містяться лише три

статті, які стосуються охорони довкілля, і відповідно до яких визначається, що суб'єкти господарської діяльності незалежно від форми власності, що здійснюють користування нафтогазоносними надрами, видобуток, транспортування, зберігання, переробку та реалізацію нафти, газу та продуктів їх переробки, повинні додержуватися вимог законодавства про охорону довкілля, нести відповідальність за його порушення і здійснювати технічні, організаційні заходи, спрямовані на зменшення шкідливого впливу на нього. На нашу думку, вказане положення є досить загальним. Окрім того, Законом передбачений обов'язок суб'єктів нафтогазовидобутку здійснювати заходи щодо охорони довкілля та не міститься положень щодо охорони життя та здоров'я людини. З цього приводу, на нашу думку, доцільним було б внести зміни до Закону України «Про нафту і газ» в частині закріплення на законодавчому рівні поняття екологічного ризику при видобуванні нафти та газу, а також закріпити обов'язок суб'єктів господарювання, які проводять діяльність з видобутку нафти і газу, здійснювати обов'язкове планування можливих екологічних ризиків (моніторинг екологічних ризиків при видобутку нафти і газу), під яким розуміється управлінський процес створення довгострокового плану з видобутку і переробки нафти і газу з визначенням можливих екологічних ризиків на всіх етапах такої діяльності, а також шляхів їх запобігання.

Також до цієї групи нормативно-правових актів можна віднести такі, як Наказ Міністерства палива та енергетики України «Про затвердження Переліку нормативних втрат і виробничо-технологічних витрат нафти, природного газу та газового конденсату під час їх видобування, підготовки до транспортування та транспортування та Порядку визначення їх розмірів» [8], Наказ Державного комітету України по геології і використанню надр «Про затвердження Інструкції про порядок укладання договорів на виконання геофізичних робіт у свердловинах, що бурять на нафту і газ» [9] тощо.

До третьої групи нормативно-правових актів у галузі регулювання екологічної безпеки в галузі промисловості слід віднести наступні: Закон України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» [10], Постанова Кабінету Міністрів України «Про перелік видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку» [11], Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку розроблення та затвердження нормативів граничнодопустимих викидів забруднюючих речовин із стаціонарних джерел» [12], Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України «Про затвердження нормативів граничнодопустимих викидів забруднюючих речовин із стаціонарних джерел» [13] тощо. Також слід зазначити, що нафта і газ як горючі речовини безпосередньо, а також продукти їх переробки визначені в якості небезпечних речовин для ідентифікації об'єктів підвищеної небезпеки Нормативами порогових мас таких речовин, затвердженими Постановою Кабінету Міністрів України [14].

До четвертої групи нормативно-правових актів у сфері регулювання екологічної безпеки при видобуванні нафти та газу можна віднести, наприклад, Правила безпеки у нафтогазовидобувній промисловості, затверджені Наказом Державного комітету України з промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду [15]. Даними Правилами встановлені нормативні вимоги до персоналу, до засобів захисту персоналу, до будівель та приміщень, до обладнання, спеціальній техніці, визначені коло заходів, необхідних для запобігання можливого відкритого фонтанування свердловин, а також порядок ліквідації аварій, що можуть виникнути при бурінні свердловин. Таким чином, вказані Правила регулюють велике коло правовідносин щодо забезпечення безпеки у нафтогазовидобувній галузі, натомість в даному випадку термін «безпека» вживається у широкому розумінні та стосується не лише екологічної безпеки у цій галузі, але й безпеки праці, споруд, обладнання тощо. З цього приводу слід зазначити, що раніше на території України діяло Положення щодо розробки планів локалізації та ліквідації аварійних ситуацій і аварій, затверджене Наказом Комітету по нагляду за охороною праці України Міністерства праці та соціальної політики України [16], яким встановлювався порядок розробки планів локалізації та ліквідації аварійних ситуацій і аварій на потенційно небезпечні підприємства, на яких можливі аварії із залповими викидами вибухонебезпечних і токсичних продуктів, що може призвести до зруйнування будинків, споруд, технологічного устаткування, ураження людей, негативного впливу на довкілля. Натомість, вказане Положення втратило свою чинність у вересні 2012 року у зв'язку з тим, що його норми не відповідали Законам України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» [17], «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» [18]. Таким чином, на даний момент не існує діючого положення щодо порядку розробки планів локалізації та ліквідації можливих аварійних ситуацій і аварій на підприємствах нафтогазовидобутку.

Враховуючи вищенаведене, слід зазначити, що особливе місце в системі законодавства з екологічної безпеки у галузі промисловості займає низка законів та підзаконних актів, що регулюють відносини у сфері нафто- та газовидобування. Проблематика досліджуваного питання полягає у тому, що чинне українське законодавство не на достатньому рівні забезпечує як прозоре видобування та використання нафти та газу в Україні як стратегічних для суспільства і держави корисних копалин загальнодержавного значення, об'єктів права власності Українського народу, так і екологічну безпеку при використанні нафтових та газових родовищ, оскільки в нашому сьогоднішньому суспільстві порушений баланс між екологічним інтересом щодо недопущення негативного впливу на життя і здоров'я людини та економічним інтересом щодо отримання корисних властивостей нафтогазоносних надр. Також при нафтовидобувних процесах одна з основних проблем полягає у тому, що нагальна потреба в енергоресурсах обумовлює експлуатацію невеликих бідних родовищ в районах

розвиненого сільського господарства на родючих землях, що загострює проблему економіко-екологічної безпеки і знижує конкурентоспроможність сільського господарства України у світовому поділі праці у довгостроковій перспективі.

Висновки. Підводячи підсумки, слід зазначити, що головним механізмом формування та удосконалення законодавства з екологічної безпеки при видобуванні нафти та газу має бути збалансована державна політика, спрямована на підвищення вимог і відповідальності суб'єктів господарювання за забруднення навколишнього природного середовища і на стимулювання впровадження природоохоронних заходів. З цією метою необхідно законодавчо визначити засади ефективного видобування запасів нафти та газу в Україні для забезпечення потреб суспільства у цих стратегічних ресурсах, пільгового стимулювання діяльності, що передбачає добровільне зобов'язання щодо очищення забруднених земель при їх видобуванні та впровадження новітніх екологічно чистих технологій при їх переробці.

Література:

1. Булатов А. И. и др. Охрана окружающей среды в нефтегазовой промышленности. – М. : Недра, 1993. – 483 с.
2. Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки : навч. та наук.-практ. посіб. – К. : Знання-Прес, 2002. – 332 с.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») від 9 липня 1998 року № 17/81-97 // Вісник Конституційного суду України.
4. Закон України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року»: від 21.12.2010 р., № 2818-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 3. – Ст. 158.
5. Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища»: від 25.06.1991 р., № 1264-XII // ВВР України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.
6. Власенко Ю. Л. Аналіз законодавства в сфері екологічної безпеки як необхідна умова його оптимізації // Вісник КНУ. Серія «Юридичні науки». – 2008. – № 79. – С. 22-27.
7. Закон України «Про нафту і газ»: від 12.07.2001 р., № 2665-III // ВВР України. – 2001. – № 50. – Ст. 262.
8. Наказ Міністерства палива та енергетики України «Про затвердження Переліку нормативних втрат і виробничо-технологічних втрат нафти, природного газу та газового конденсату під час їх видобування, підготовки до транспортування та транспортування та Порядку визначення їх розмірів»: від 30.09.2004р. № 604 // Офіційний Вісник України. – 2005. – № 2. – Ст. 100.
9. Наказ Державного комітету України по геології і використанню надр «Про затвердження Інструкції про порядок укладання договорів на виконання геофізичних робіт у свердловинах, що буряться на нафту і газ»: від 15.02.1996р. № 19/29 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0276-96. – Назва з екрана.
10. Закон України «Про об'єкти підвищеної небезпеки»: від 18.01.2001 р. № 2245-III // ВВР. – 2001. – № 15. – Ст. 73.
11. Постанова Кабінету Міністрів України «Про перелік видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку»: від 27.07.1995 р., № 554 // Зібрання постанов Уряду України. – 1995. – № 10. – Ст. 252.
12. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку розроблення та затвердження нормативів граничнодопустимих викидів забруднюючих речовин із стаціонарних джерел»: від 28.12.2001 р. № 1780 // Офіційний Вісник України. – 2002. – № 1. – Ст. 9.
13. Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України «Про затвердження нормативів граничнодопустимих викидів забруднюючих речовин із стаціонарних джерел»: від 27.06.2006 р. № 309 // Офіційний Вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 2259.
14. Постанова Кабінету Міністрів України «Про ідентифікацію та декларування безпеки об'єктів підвищеної небезпеки»: від 11.07.2002 р. № 956 // Офіційний Вісник України. – 2002. – № 29. – Ст. 1357.
15. Наказ Державного комітету України з промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду «Про затвердження Правил безпеки у нафтогазовидобувній промисловості»: від 06.05.2008 р. № 95 // Офіційний Вісник України. – 2008. – № 41. – Ст. 1383.
16. Наказом Комітету по нагляду за охороною праці України Міністерства праці та соціальної політики України «Про затвердження Положення щодо розробки планів локалізації та ліквідації аварійних ситуацій і аварій»: від 17.06.1999р. № 12 // Офіційний Вісник України. – 1999. – № 27. – Ст. 1360.
17. Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»: від 11.09.2003 р. № 1160-IV // ВВР. – 2004. – № 9. – Ст. 79.
18. Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності»: від 06.09.2005р. № 2806-IV // ВВР. – 2005. – № 48. – Ст. 483.

Макаренко Н. А. Проблемы формирования законодательства в сфере экологической безопасности при добыче нефти и газа в Украине

Аннотация. В статье охарактеризовано законодательство Украины в сфере обеспечения экологической безопасности при добыче нефти и газа, приводится классификация нормативно-правовых актов в указанной сфере с помощью системного метода. Внимание акцентируется на том, что добыча нефти и газа относится к экологически небезопасным видам деятельности, то есть к таким видам деятельности, которые характеризуются повышенным экологическим риском. Этим и обусловлена необходимость в надлежащем нормативно-правовом регулировании такого вида хозяйствования. Приводятся предложения относительно усовершенствования законодательства Украины в сфере экологической безопасности при добыче нефти и газа.

Ключевые слова: законодательство в сфере экологической безопасности, нефть, газ, классификация нормативно-правовых актов.

Makarenko N. Problems of formation of legislation in the field of environmental safety in oil and gas in Ukraine

Summary. The article characterized the legislation of Ukraine in the field of environmental safety in oil and gas, a classification regulations in this area through a system method. Attention is focused on the fact that oil and gas production is environmentally unsafe activities, that is, to such activities, which are characterized by high environmental risk. And this is due to the need for proper legal regulation of this type of management. The proposals with regards to improving the legislation of Ukraine in the field of environmental safety in oil and gas.

Key words: legislation in the field of environmental security, oil, gas, classification regulations.

УДК 349.41:332.3

Макаренко О. Ю.,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри права
Криворізького економічного інституту
ДВНЗ «Криворізький національний університет»

ДО ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ГІРНИЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА АВСТРАЛІЇ, ВЕЛИКОБРИТАНІЇ, США, ФРАНЦІЇ, КИТАЮ

Анотація. Актуальність теми дослідження гірничого законодавства закордонних країн пояснюється тим, що на сьогоднішній день в Україні надзвичайно проблемним є здійснення надрокористування. Досліджуване гірниче право в Україні не ізольоване від гірничого права зарубіжних країн, воно взаємодіє з ним, зазнає його впливу і, в свою чергу, впливає на нього. Відтак, саме задля подальшого розвитку гірничого права в Україні необхідно вивчити досвід закордонних країн, імплементувати відповідні правові норми.

Ключові слова: гірниче право, гірничі відносини, родовища корисних копалин, надра, ліцензія, оренда.

Актуальність теми дослідження гірничого законодавства закордонних країн, пояснюється тим, що на сьогоднішній день в Україні надзвичайно проблемним є здійснення надрокористування. Досліджуване гірниче право в Україні не ізольоване від гірничого права зарубіжних країн, воно взаємодіє з ним, зазнає його впливу і, в свою чергу, впливає на нього.

Науково-теоретичну базу дослідження є праці відомих науковців у галузі земельного, екологічного та природоресурсного права: Г.І. Балюк, Л.О. Бондаря, Н.С. Гавриш, О.В. Глотової, А.Й. Годованюка, С.В. Гошовського, В.К. Гуревського, П.Д. Індіченка, Т.М. Кілічава, Р.С. Кіріна, І.М. Козьякова, М.В. Краснової, П.Ф. Кулініча, А.М. Мірошниченка, В.Л. Мунтяна, В.В. Носіка, Є.О. Платонової, О.О. Погрібного, С.В. Размєтаєва, В.І. Семчика, Н.І. Титової, Н.В. Черкаської, Ю.С. Шемшученка, В.З. Янчука та інших вітчизняних вчених-юристів.

Цілями даного наукового дослідження є вивчення зарубіжного гірничого права здійснюється на підставі порівняльного методу. У практичному плані порівняльно-правовий аналіз зарубіжного гірничого права відіграє важливу роль у законодавчій та правозастосовній діяльності, у міжнародно-правовій практиці й тлумаченні міжнародних правових актів, а відтак і в майбутньому розвитку гірничого права України.

Всесвітній досвід показує, що будь-яка доцільна правова реформа, запроваджена в одній країні, обов'язково повторювалася з деякими модифікаціями в інших. З науково-пізнавального боку вивчення зарубіжного гірничого права дає можливість теоретично осмислити провідні закономірності його розвитку, краще засвоїти своє національне гірниче право.

Відображаючи важливу тенденцію порівняльного дослідження державно-правових систем, відомий французький вчений Р. Давид писав: «Намір обмежити юридичну науку рамками одної країни і викладати чи розвивати цю науку без врахування ідей та досвіду науки інших країн – це значить обмежити свої можливості пізнання й діяльності» [1, с. 33].

Відтак, розглянемо основні принципи гірничого законодавства Австралії, Великобританії, США, Канади, Китаю, Францію, акцентуємо увагу на елементах публічно-правового й приватноправового регулювання господарської (підприємницької) діяльності у цих країнах. Зокрема, у порівняльному аспекті розглянемо: принципи регламентації відносин власності на надра та мінеральні ресурси; підстави виникнення прав на користування надрами; співвідношення прав землекористувача та користування надрами (підприємця); правовий режим майна; основні підходи в сфері оподатковування. Аналіз проведено на основі вивчення спеціальної юридичної літератури, інформації, отриманої з публікацій у періодичній пресі, а також на базі самостійно переведеної спеціальної закордонної літератури.

Розглядаючи гірниче право Австралії, слід зазначити, що права на надра і корисні копалини в Австралії належать, в основному, уряду штатів, якому ці права передані (так, як і в Канаді) Британською короною. Під юрисдикцією Уряду Австралії знаходиться континентальний шельф. Видобуток корисних копалин в Австралії регулюється федеральними актами (законами), так і нормативними актами штатів.

В перелік основних федеральних актів входять: Акт про мінеральні ресурси, 1992 р.; Акт про вугільну промисловість, 1982 р.

В австралійському штаті Новий Південний Уельс видобуток вугілля, наприклад, регулюється такими актами (законами) і нормативними документами:

А. Акти (закони): Акт про вугільну промисловість, 1946 р.; Акт про компенсації за просідання земної поверхні, 1961 р.; Акт про придбання вугілля, 1981 р. (пізніше в цей акт було внесено незначні зміни).

Б. Нормативні документи: Правила по видобутку вугілля (виміри і планування), 1984 р.; Правила по видобутку вугілля (методи і система ведення видобувних робіт в шахтах), 1984 р.; Правила компенсації за просідання земної поверхні, 1997 р.

Федеральний закон про мінеральні ресурси (1992 р.) регулює питання ліцензування робіт по розвідці й видобутку мінеральних ресурсів, доступу у відповідні райони, а також охорону навколишнього середовища.

Ліцензії видаються на різні види діяльності у сфері освоєння мінеральних ресурсів: на їх розвідку, оцінку, вивчення й розробку. Закон визначає підстави для отримання права на користування надрами, порядок їх надання, права і обов'язки користувачів надр. Законом встановлено, що добуті в установленому порядку мінеральні ресурси після вилучення їх із надр стають власністю користувача надр.

При вивченні гірничого права Великобританії, доцільно зазначити, що користування надрами у Великобританії регулюється такими актами (законами) і нормативними актами.

А. Акти (закони):Акт про шахти і кар'єрах, 1954 р.; Акт про відкритих роботах, 1958 р.; Акт про шахти (споруди та укріплення), 1966 р.; Акт про шахти і кар'єрах (відвали), 1969 р.; Акт про охорону здоров'я і техніці безпеки, 1974 р.; Акт про охорону навколишнього середовища, 1990 р.; Акт про просідання земної поверхні, 1991 р.; Акт про вугільну промисловість, 1994 р.; Акт про навколишнє середовище, 1995 р.

Б. Нормативні документи: Правила по присіданню земної поверхні (схема арбітражу), 1994 р.; Правила по присіданню земної поверхні (збитки і компенсація) 1994 р.; Правила по присіданню земної поверхні (дренаж), 1994 р.; Правила по шахтам і кар'єрам (відвали), 1971 р.; Правила по управлінню технікою безпеки та охороною здоров'я на шахті, 1993 р.; Правила по шахтам і кар'єрам (відвалам), 1991 р.; Правила ведення відкритих гірничих робіт (прийняті і доповнені в період з 1959 по 1994 р.р.); Правила гірничого і національного планування (корисні копалини), 1995 р.

У Великобританії всі рудники по видобутку золота й срібла, є власністю Корони і називаються королівськими рудниками. Встановлено, що Короні як приватному власнику належить також корисні копалини, що знаходяться в надрах під землею, власнику земельної ділянки належить і відповідна ділянка надр. Однак це правило має ряд виключень, що залежать від виду корисних копалин. Так, наприклад, приватна власність не поширюється на ділянку, в якій залягає уран. Ці ділянки належать державі, яка регулює їх розвідку і розробку.

Площа земельної ділянки, що надається для проведення геологічних робіт, не може перевищувати 200 кв. миль. Один і той же користувач (орендар) може отримати декілька ліцензій на проведення геологорозвідувальних робіт. Строк дії ліцензії на проведення геологорозвідувальних робіт обмежено 5 роками, а ліцензії на експлуатацію – 50 роками з можливістю продовження строку ще на 25 років. У разі відкриття родовища корисних копалин володілець ліцензії на проведення геологорозвідувальних робіт має переважне право на отримання права на розробку.

В правовому регулюванні діяльності підприємств вугільної промисловості Великобританії важливе значення має Закон (Акт) про вугільну промисловість, прийнятий в 1994 р. Відповідно до цього Закону було створено Адміністрацію вугільної промисловості, склад якої не може перевищувати 8 (восьми) членів.

До повноважень Адміністрації належить: Володіння, користування й розпорядження прямими і непрямими правами на запаси вугілля в надрах та інше майно, передане чи набуте ним відповідно з цим Законом; Виконання функцій, пов'язаних з ліцензуванням видобування вугілля; Виконання функцій, пов'язаних з осіданням поверхні землі та іншими питаннями, що виникають при відкритій розробці та інших робіт по видобутку вугілля; Сприяння в розробці та кладенні угод, що передбачають забезпечення інформацією осіб, які мають право на неї.

При формулюванні будь-яких пропозицій по видобутку вугілля Адміністрація зобов'язана: забезпечувати захист навколишнього природного середовища, флори, фауни, геологічних та інших природних об'єктів особливої важності, захисту ділянок, споруд, об'єктів архітектури, історичних або археологічних цінностей.

Законом (Актом) встановлено, що надання ліцензій на видобуток вугілля відноситься до компетенції Адміністрації.

Заявка на отримання ліцензії може бути надана будь-якій особі, яка набула чи бажає набути (від Адміністрації або від іншої особи): право на нерухомість в межах території, відносно якої подано заявку; право на вугілля на цій території.

Адміністрація має право видавати конкретні або загальні пропозиції на подачу заявок на отримання ліцензій на будь-які ділянки території Великобританії, її територіального моря і континентального шельфу.

Для отримання ліцензії заявник сплачує Адміністрації грошовий збір, а Адміністрація веде реєстр виданих нею ліцензій, в якій фіксуються такі дані: Дата надання ліцензії і час набуття сили рішенню, яке значиться в ліцензії; Ім'я особи, що отримала ліцензію та інших осіб, уповноважених ліцензією на добичу вугілля; Територія, на якій поширюється дія ліцензії; Обмеження щодо глибини видобутку вугілля; Строк дії ліцензії.

В законодавстві Великобританії, що регулює видобуток вугілля, існує різниця в термінах «ліцензія» і «оренда».

Ліцензія дає дозвіл її володільцю здійснювати гірничі роботи по видобутку вугілля (як правило, із зазначенням плати, глибини і географічного положення). Ліцензія не дає права володіння вугіллям і права займати будь яку землю.

Оренда дає право особі, якій її видано, право на використання шахти при умові виплати суми, зазначеної в оренді, і дотримання усіх зазначених в ній умов. Гірнича оренда дає також право на володіння вугіллям після його видобутку із пласта і підняття його на поверхню, в тому числі його продажу.

Окремі особливості властиві і гірничому праву Сполучених Штатів Америки (США). Правові основи діяльності підприємств гірничодобувної промисловості США були закладені Гірничим законом 1892 р. (Mineral Location Act of 1872). Пізніше в цей Закон були внесені поправки і він діє на теперішній час. У 1920 р. було прийнято Закон про оренду корисних копалин (Mintral Leasing Act of 1920), який врегулював умови надання державних земель в оренду для розробки надр, який доповнено Законом 1947 р. (Mineral Leasing Act for Acquired Lands of 1947). Ці Закони стали основою Федерального гірничого законодавства США. Основ-

на мета цих Законів – врегулювання процесу надання гірничих відводів в межах федеральних земель. Однак, існує декілька категорій федеральних земель, на які дія цих Законів і, в першу чергу, Закону 1872 р. не поширюється або поширюється з певними обмеженнями. Це пояснюється специфічними умовами земель, які Уряд США не бажає передавати на ці землі приватним особам, компаніям, фірмам та ін.

Федеральне гірниче законодавство США розрізняє групи корисних копалин по трьох системам доступу до надр: Корисні копалини, доступ до яких регулюється Законом 1872 р. До них відносяться всі рудні та багато нерудних копалини (азбест, гіпс та ін.); Корисні копалини, доступ до яких регулюється Законами 1920 і 1947 р.р. Це газ, нафта, вугілля, фосфорити, калійні, кам'яні солі та ін.; Загальнопоширені корисні копалини (пісок, каміння, гравій та ін.), доступ до яких регулюється Законом про загальнопоширені корисні копалини (Common Varieties Act of 1955).

Досить значний вплив має законодавство США про охорону навколишнього середовища. Так, відповідно до Закону про рекультивацію земель при відкритій розробці корисних копалин (1977 р.) забороняється розробка ресурсів на сільськогосподарських землях, якщо рекультивація не може забезпечити повне відновлення продуктивності землі.

Поряд із законодавством, що регулює відносини в сфері користування надрами на федеральному рівні, існує також значна кількість законів, прийнятих законодавчими органами штатів. Разом з тим законодавство, що регулює відносини користування надрами на федеральному рівні, чітко встановлює пріоритет федерального законодавства перед законодавчими органами штатів. Законодавство штатів виступає тут як інструмент деталізації і конкретизації вказівок федеральних органів.

Умови і порядок надання права на розвідку і розробку видобутку корисних копалин в США залежить від того, кому належить земля, на якій проводяться ці роботи. Земля, що перебуває у приватній власності, складає близько 75% території США. До категорії державних земель відносяться землі, що належать Федеральному Уряду або штатам, а також земля, яка перебуває у власності індійців.

Правові відносини, пов'язані з приведенням геологічних робіт та експлуатацією корисних копалин на землях, що належать штатам, як правило, регулюються законодавством штатів. Проведення геологічних і добувних робіт на приватних землях допускається тільки після укладення відповідного договору оренди на певний строк між власником землі і геологічною чи гірничою компанією. Власник землі отримує від компанії після укладення договору виплату (бонус), орендну плату (рента) та роялті (у вигляді процентної ставки від вартості добутої сировини).

Строки дії ліцензії на проведення геологічних робіт на приватних землях США складає 5-10 років з можливістю продовження цього строку. Максимальна площа орендних земель в одному штаті не може перевищувати 10240 акрів, а всього не більше 20489 акрів. Для розвідки нафти розмір площі, що надається одному орендарю, обмежується в 240 тис. акрів, а на Алясці – 300 тис. акрів.

У США нафтогазові права виникають і переходять до інших осіб шляхом передачі правового титулу, вступу в спадщину, за рішенням суду або в результаті затвердження правового титулу всупереч титулу іншої особи.

Дається короткий виклад основних положень виникнення й передачі нафтогазових прав по перекладу книги «Законодавство про нафту й газ США» [2].

Таким чином, в США регулювання нафтогазових відносин здійснюється в основному в рамках прецедентного права. Державне регулювання характерне в сфері оподатковування, а також у сфері встановлення загальних правил видобутку корисних копалин, на які збереглося право власності держави. У цілому доктрина США нафтогазові відносини розглядає в системі енергетичних відносин, у зв'язку із чим виділяються п'ять аспектів політичного підходу в області енергетичного будівництва й розвитку: 1) національна безпека; 2) економічні наслідки; 3) наявність природних ресурсів; 4) охорона навколишнього середовища; 5) соціально-політичні інтереси [3, с. 30-41].

Законодавству Франції про користування надрами має свою історію, оскільки перший Гірничий кодекс відноситься до епохи Наполеона Бонапарта, який було прийнято 21 квітня 1810 р. На сьогодні відносини користування надрами регулюється Гірничим кодексом Франції, який було затверджено 16 серпня 1956 р., а потім неодноразово змінювався і доповнювався. Чинна редакція Гірничого кодексу Франції відноситься до 1995 р. і об'єднує правові норми, закріплені в наступних Законах: «Про відходи» (1992 р.), «Про води» (1992 р.), «Про кар'єри» (1993 р.), «Про посилення охорони навколишнього середовища» (1995 р.).

Усі місцезнаходження корисних копалин Франції поділені на 3 групи, при цьому для кожної групи існують свої правила освоєння: перша група включає родовища які місять дорогоцінні метали, залізо, вугілля та ін. Ця група родовищ не може розроблятися навіть власником землі на поверхні землі без концесії від Уряду; другу групу корисних копалин складають руди алюмінію і торфів. Для їх освоєння не потрібно отримувати концесії, але обов'язкова згода землевласників та гірничої адміністрації; третя група включає будівельні матеріали, які можуть бути освоєні без згоди гірничої адміністрації, але при наявності дозволу землевласника. Місцезнаходження корисних копалин по французькому законодавству відноситься до нерухомості.

Правовий режим нерухомості поширюється також на забудови, необхідні для проведення гірничої діяльності, гірничі машини, виробка, інші обладнання і споруди, що нерозривно пов'язані з місцезнаходженням корисних копалин (стаття 24 Гірничого кодексу). Акції компаній чи (або) підприємств, які експлуатують корисні копалини, або проценти по ним є рухомими речами. Рухомими речами є також добута сировина, предмети постачання та інші речі, що переміщуються в просторі.

Процедура надання права на розвідку і розробку місцезнаходження корисних копалин включає:

1. Дозвіл на проведення геологічних робіт, який надається Міністерством гірничої промисловості. Він включає інформацію про заявника, доказів щодо його технічних і фінансових можливостей, технічну довідку, програму робіт, фінансові зобов'язання, картографічні документи, довідку про те, що враховані вимоги по охороні навколишнього середовища. Заява розглядається місцевими органами протягом 30 днів з дня його отримання. Крім того, на прохання дається висновок Ради генеральних директорів гірничодобувної промисловості. Дозвіл на проведення розвідки дається на 5 років з можливістю продовження два рази по 5 років. Дозвіл дає володільцю виключні права на усі роботи, пов'язані з розвідкою, а також на вільне розпорядження попутно добутими корисними копалинами (за виключенням твердого палива і калійних солей). На сьогодні в Франції діє біля 120 дозволів на право проведення геологічних робіт. Володілець права на проведення розвідувальних робіт має проживати в Франції або в країні, що входить в ЄС.

2. Заява на отримання права експлуатації (концесії) направляється Міністру гірничої промисловості. Воно супроводжується, в основному, тими ж документами, що і в першому випадку (надання права на розвідку), з додатковим описом експлуатаційних робіт. Як правило, така заява складається фізичними чи юридичними особами, що вже мають право на ведення розвідувальних робіт. Заява розглядається місцевою адміністрацією з врахуванням громадської думки.

Концесія затверджується з правом користування на 50 років і більше директором Державної ради Франції після одговорення заяви Радою генеральних директорів гірничодобувної промисловості та Державною радою. Після завершення строків, на які видано концесію, місцезнаходження корисних копалин безоплатно повертається державі. Нерухоме майно може бути передано державі безоплатно у випадку, якщо родовище залишається придатним для експлуатації; у разі зникнення чи банкрутства користувача надр його права та обов'язки переходять до держави (стаття 29 Гірничого кодексу).

Відповідно до статті 64 Гірничого кодексу місцезнаходження корисних копалин, що належить державі, можуть бути використані державою або державним підприємством чи іншим будь яким способом.

Розвідка і експлуатація надр корисних копалин проводиться під наглядом спеціального органу управління. Користувачі надр при експлуатації корисних копалин повинні застосовувати зарекомендовані методи, максимально дотримуватись безпеки виробництва, здоров'я персоналу, охорони навколишнього середовища, споруд, будівель.

Право користування надрами може бути відкликано в таких випадках:

- відмови від сплати на протязі 2 років заборгованості, пов'язаної з місцезнаходженням корисних копалин;
- істотних порушень розпоряджень адміністративної поліції в галузі безпеки і охорони праці персоналу;
- відмови від експлуатації протягом більше 10 років та ін.

За порушення положень Гірничого кодексу встановлено покарання у вигляді позбавлення свободи на строк до 2-х років і штрафу.

Всього на сьогодні видано більше 600 концесій, що посвідчує право володільців на експлуатацію родовищ корисних копалин.

Таким чином, в законодавстві Франції про користування надрами існують принципи концесії і гірничої свободи.

В Китайській Народній Республіці (КНР) поряд із Законом від 19 березня 1986 р. «Про викопні ресурси», який містять загальні правила про державну власність на викопні ресурси, про порядок проведення розвідки й розробки викопних ресурсів, про видобувні-гірничо-добувні підприємства, про правову відповідальність, діють Тимчасові заходи для реєстраційного контролю розвідки й експлуатації родовищ нафти й природного газу від 24 грудня 1987 р., розроблені Міністерством нафтової промисловості КНР. Як визначено у ст. 1, заходи сформульовані з метою зміцнення контролю над розвідкою й експлуатацією ресурсів нафти й природного газу та прискорення розвитку галузі.

Цей нормативний акт містить основні правила реєстрації операцій по розвідці нафти або природного газу – порядок подачі заяви, перелік документів, що додаються до заяви та строки. Цікаво, що спори з питань реєстрації операцій щодо розвідки чи експлуатації родовищ нафти або природного газу врегулюються шляхом консультацій між відомством Державної ради Китайської Народної Республіки, відповідальним за нафтову галузь відомствами, або народними урядами провінцій, автономних районів або міст центрального підпорядкування.

Згідно зі ст. 19 «підприємство, що має ліцензію на видобуток нафти або природного газу, має право виділити частину своєї зони видобутку іншим організаціям на договірних умовах, однак про це повинен бути проінформований орган реєстраційного контролю для цілей обліку». За своїм змістом ці норми спрямовані на забезпечення суспільних інтересів.

В якості висновків доцільно визнати, що гірниче право у кожній з наведених країн має свою особливість, сильні та слабкі сторони. Відтак, задля подальшого розвитку гірничого права в Україні, необхідно вивчити досвід закордонних країн, окремі норми імплементувати. Саме через використання досвіду інших країн доцільно продовжити розвиток гірничого права України, в результаті чого можливо спростити процедуру надрокористування.

Література:

1. Давид Рене. Основные правовые системы современности (сравнительное право). – М., 2006. – С. 33.
2. Oil and Gas Law. John S. Lowe. St. Paul Minn.West Publishing Co, 1983.
3. Клюкін Б. Д. Гірничі відносини в країнах Західної Європи й Америки. – М. : Городець-Вид, 2000. – С. 30-41.
4. Робинсон Ніколас А. Правове регулювання природокористування й охорони навколишнього середовища в США / Під ред. О. С. Колбасова. – М., 1999. – С. 104-112.
5. Клюкін Б. Д. Гірничі відносини в країнах Західної Європи й Америки. – М. : Городець-Вид, 2000. – С. 57-64.

Макаренко А. Ю. К вопросу общей характеристики горного законодательства Австралии, Великобритании, США, Франции, Китая

Аннотация. Актуальность темы исследования горного законодательства зарубежных стран объясняется тем, что на сегодняшний день в Украине чрезвычайно проблемным является осуществление недропользование. Исследуемое горное право в Украине не изолировано от горного права зарубежных стран, оно взаимодействует с ним, испытывает его влияния и, в свою очередь, влияет на него. Следовательно, именно для дальнейшего развития горного права в Украине необходимо изучить опыт зарубежных стран, имплементировать соответствующие правовые нормы.

Ключевые слова: горное право, горные отношения, месторождения полезных ископаемых, недра, лицензия, аренда.

Makarenko O. On the question of the general characteristics of the mining legislation of Australia, UK, USA, France and China

Summary. Background research of mining laws of foreign countries, because today in Ukraine is extremely problematic implementation nadrakorystuvannya. Investigated mining law in Ukraine is not isolated from the mining rights of foreign countries, it interacts with it, experiencing its effects and, in turn, affects him. Therefore, it is to further the development of mining rights in Ukraine should learn from the experience of foreign countries, to implement the relevant legal provisions.

Key words: mining law, mining relations, mineral deposits, mineral resources, license, rent.

УДК 349.6

Піддубна Д. С.,
здобувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ПОВНОВАЖЕНЬ СУБ'ЄКТІВ ЩОДО ЗАХИСТУ ОРГАНІЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ – ЕЛЕМЕНТА ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена висвітленню змісту повноважень суб'єктів, які здійснюють захист органічної продукції – елемента екологічної безпеки, за чинним законодавством України.

Ключові слова: юридичний зміст, повноваження суб'єктів, органічна продукція, екологічна безпека, законодавство України.

Постановка проблеми. Забезпечення екологічної безпеки через її складовий елемент – органічну продукцію, породжує необхідність здійснювати комплексне дослідження усіх аспектів пов'язаних з таким втіленням, зокрема і повноважень суб'єктів на шляху їхнього захисту. Оскільки таке втілення є новим, то відповідне доктринальне та законодавче закріплення потребує дослідження, корегування і кінцевого запровадження. Окреслене обумовлює взаємозалежність **наукового напряму з практичним приміненням.**

Аналіз останніх досліджень. З метою повного висвітлення досліджуваного напряму варто виокремити наукові доробки вчених, які містять в деякій мірі опосередковані напрацювання стосовно запровадження органіки, захисту екологічної безпеки, питань, пов'язаних із генетично модифікованими організмами, адже саме останні більш за все і зумовили перехід до окресленого напряму виробництва – В. І. Лозо, О. Ю. Піддубний, А. П. Гетьман, Г. І. Балюк, В. І. Семчик, Ю. С. Шемшученко, М. В. Краснова, І. І. Каракаш та ін.

Мета дослідження – розгляд юридичного змісту повноважень суб'єктів, які здійснюють захист органічної продукції за чинним законодавством України, яка досягається шляхом використання методів: компаративістики, герменевтики, формальної логіки.

Викладення основного матеріалу. Враховуючи відсутність в Україні спеціальних законодавчих актів у сфері органічного виробництва, потрібно звернутись до законопроектів у сфері органіки та виокремити певні положення стосовно розподілення функцій відповідних суб'єктів.

Повноваження – «сукупність прав і обов'язків державних органів і громадських організацій, а також посадових та інших осіб, закріплених за ними у встановленому законодавством порядку для здійснення покладених на них функцій» [2, с. 590]. Від вірно розподілених напрямів їхньої діяльності залежить ефективність втілення певної програми, концепції, законодавчого розроблення у повсякденне життя громадян.

У відповідності до законопроекту Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» [3] передбачаються органи, що здійснюють державну політику у сфері виробництва та обігу органічної продукції (сировини). Основи державної політики у окресленій сфері покладаються на Верховну Раду України, державну політику здійснюють Кабінет Міністрів України та інші органи виконавчої влади відповідно до законодавства (при чому далі, статтями 8, 9, опосередковано 10 законопроекту – перелічуються повноваження певних органів виконавчої влади, що ставить під питання застосування такого законодавчого закріплення, адже закон – це акт, який повинен містити урегулювання і визначення усіх ключових позицій).

Повноваженнями Кабінету Міністрів України визначаються: «забезпечення здійснення державної політики та міжнародного співробітництва у сфері виробництва та обігу органічної продукції (сировини); розроблення та здійснення загальнодержавних програм з розвитку виробництва та обігу органічної продукції (сировини); затвердження Правил органічного виробництва; внесення пропозицій до проекту закону України про Державний бюджет України на відповідний рік щодо фінансового забезпечення суб'єктів органічного виробництва, їх фінансової підтримки» [3] (стосовно даного повноваження, вважаємо, недоцільне його застосування, адже, виходячи із умов реалізації звичайних сільськогосподарських дотацій, які отримують не всі перелічені законом суб'єкти, а лише великі агрофірми, і на реалізацію яких потрібно кошти, як завжди, що спричинить подальшу розробку, втілення в життя якогось виду податку з відповідною як приклад метою, та покладеться така сплата на звичайних громадян; шляхом вирішення у цьому напрямі є не втілення дотацій, а створення можливості суб'єктами господарювання вільно експортувати сільськогосподарську продукцію); «спрямування та координація діяльності міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, які забезпечують державну політику у сфері виробництва та обігу органічної продукції (сировини), зокрема, щодо здійснення сертифікації, державного нагляду (контролю); забезпечення співпраці органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування з суб'єктами органічного виробництва, їх об'єднаннями, громадськими організаціями, науковими установами та навчальними закладами; здійснення заходів, спрямованих на залучення інвестицій та підвищення ефективності міжнародної технічної допомоги для розвитку виробництва та обігу органічної продукції (сировини) та державну координацію за їх діяльністю; організація та забезпечення поширення інформації про

виробництво та обіг органічної продукції (сировини), органічну продукцію, їх контроль, зокрема в засобах масової інформації» [3].

Центральний орган виконавчої влади з питань аграрної політики та продовольства у сфері виробництва та обігу органічної продукції (сировини) наділений наступними повноваженнями – здійснення атестації виробництва органічної продукції (сировини) та видача відповідних атестатів (не зовсім зрозумілим є таке повноваження, адже на міжнародному рівні така позиція законодавчо не передбачається); реалізація державної політики; участь у розробці та здійсненні державної програми розвитку виробництва і обігу органічної продукції (сировини); внесення пропозицій Кабінету Міністрів України щодо державної підтримки розвитку виробництва, обігу органічної продукції (сировини) та суб'єктів органічного виробництва; розробка Правил органічного виробництва, державного логотипу для органічної продукції (важливим є факт логотипу органічної продукції – оскільки його форма, структура, складові передбачені уже і діють на світовому рівні, а однією із умов допуску продукції як органічної на міжнародні ринки є наявність логотипу усталеного зразка, тому з розробкою державного логотипу необхідно дуже обережно поводись, щоб не створити проблему на шляху експорту такої продукції); ведення реєстру виробників органічної продукції (сировини) та забезпечення опублікування офіційних відомостей про осіб, які здійснюють виробництво, реалізацію органічної продукції (сировини); організація підготовки кваліфікованих кадрів для виробництва органічної продукції (сировини), підвищення їхньої кваліфікації, внесення пропозицій Кабінету Міністрів України щодо фінансування фундаментальних та прикладних наукових досліджень у сфері агроекології і виробництв органічної продукції (сировини), створення наукових парків для трансферу інновацій від практики до науки (при цьому агроекологія серед науковців визначається як «розділ екології, предметом якого є розробка інструментів, необхідних для отримання якісної сільськогосподарської продукції в умовах промислового господарювання, враховує пов'язані з ним впливи на екологію, як то: застосування хімічних і біологічних добрив, меліорація ґрунтів тощо» [3], при цьому якість продукції – «сукупність корисних властивостей і характеристик продукції або послуги якими визначається їхня здатність задовольняти встановлені або передбачувані потреби споживача щодо конкретних цілей їх використання чи споживання» [4, с. 507]); розповсюдження інформації про виробництво та реалізацію органічної продукції (сировини), органічну продукцію, систему гарантій і контролю в засобах масової інформації із залученням заінтересованих сторін; інші повноваження, «передбачені цим Законом» [3]. Центральний орган виконавчої влади з питань технічного регулювання та споживчої політики – затверджує технічні регламенти у сфері виробництва органічної продукції (сировини); органи сертифікації у сфері виробництва та обігу органічної продукції (сировини) – здійснюють сертифікацію органічної продукції (сировини), земель (ґрунтів) і видають відповідні сертифікати; державний нагляд (контроль) покладається на центральний орган виконавчої влади з питань аграрної політики та продовольства України і органи сертифікації.

Законопроектом Закону України «Про засади органічного виробництва» [5] пропонуються повноваження центральних органів виконавчої влади у сфері органічного виробництва, які поділяються на центральний орган виконавчої влади з питань формування та забезпечення реалізації державної аграрної політики у сфері органічного виробництва – затверджують правила органічного виробництва; реалізують державну політику у зазначеній сфері; беруть участь у розробці і виконанні державної програми розвитку органічного виробництва; ведуть реєстр операторів органічного виробництва, забезпечення опублікування офіційних відомостей про таких операторів (дане повноваження відповідає міжнародним вимогам, але стосовно закріплення позицій щодо операторів, то у даному напрямі необхідно створювати належну правову базу, оскільки на сьогодні в такій інтерпретації вони не передбачаються, або ж здійснити їхнє створення на базі відповідного органу виконавчої влади); розміщують відомості про органічне виробництво, органічну продукцію (сировину), систему гарантій, контролю в засобах масової інформації; і центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері технічного регулювання – погоджує нормативно-правові акти з питань органічного виробництва; визначає основні принципи, структуру, правила системи сертифікації органічного виробництва; розробляє, затверджує порядок призначення органів з сертифікації органічного виробництва; призначає в установленому порядку органи сертифікації органічного виробництва, здійснює координацію, контроль їх діяльності (в даному повноваженні зазнали переплетення основні і організаційні принципи); встановлює правила сертифікації органічного виробництва, визнає сертифікати інших держав щодо органічного виробництва; вирішує спірні питання з дотримання правил сертифікації органічного виробництва; веде Реєстр сертифікатів органічного виробництва; організовує інформаційне роз'яснення з питань сертифікації органічного виробництва. Разом з окресленими органами говориться про центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері захисту прав споживачів щодо обігу органічної продукції (сировини), визначаються законодавством про захист прав споживачів. Оцінка придатності земель і об'єктів для виробництва органічної продукції (сировини) проводиться органом сертифікації на основі висновків відповідних установ, визначених центральним органом виконавчої влади з питань формування та забезпечення реалізації державної аграрної політики у сфері органічного виробництва.

У відповідності до законопроекту Закону України «Про органічне виробництво» [6], основи державної політики у досліджуваній сфері визначаються Верховною Радою України, а її здійснення покладається на Кабінет Міністрів України та інші органи виконавчої влади.

Серед повноважень Кабінету Міністрів України визнано: забезпечення здійснення державної політики та міжнародного співробітництва у сфері органічного

виробництва; розроблення і здійснення загальнодержавних програм з розвитку органічного виробництва; спрямування, координація діяльності міністерства, інших центральних органів виконавчої влади, які забезпечують державну політику у сфері органічного виробництва, зокрема щодо здійснення сертифікації, державного нагляду (контролю); затвердження правил органічного виробництва; створення відповідного консультативно-дорадчого органу з питань органічного виробництва; організація поширення інформації про органічне виробництво, органічну продукцію, їх контроль, зокрема в засобах масової інформації [6]. Стосовно центрального органу виконавчої влади з питань аграрної політики та продовольства у сфері органічного виробництва виокремлюється розробка нормативно-правових актів; здійснення державного нагляду (контролю); реалізація державної політики; участь у розробці і здійсненні державної програми розвитку органічного виробництва; підготовка пропозицій Кабінету Міністрів України щодо створення, діяльності консультативно-дорадчого органу з питань органічного виробництва; розробка правил органічного виробництва, затвердження форми сертифікаційного рішення, сертифіката, державного логотипу для органічної продукції; ведення реєстру операторів органічного виробництва та забезпечення опублікування офіційних відомостей про операторів органічного виробництва; розповсюдження інформації про органічне виробництво, органічну продукцію, систему гарантій і контролю в засобах масової інформації із залученням заінтересованих сторін. Центральний орган виконавчої влади з питань технічного регулювання та споживчої політики затверджує технічні регламенти у сфері органічного виробництва, а органи сертифікації здійснюють інспектування, сертифікацію у сфері органічного виробництва і видають відповідні сертифікати або сертифікаційні рішення.

Досліджуваний законопроект передбачає новий орган, якого не пропонувалось у двох попередньо досліджуваних законопроектах, а саме – громадська рада з питань органічного виробництва, як консультативно-дорадчий орган.

Законодавство у сфері біотехнології [1; 7; 8] закріплює норми, що передбачають створення Комісії з біологічної та генетичної безпеки проведення генетично-інженерних робіт, таке закріплення в певній мірі зазнає погодження з міжнародними стандартами (крім згадуваних нормативно-правових актів можемо зазначити Конституцію Міжнародної асоціації з контролю за якістю насіння [9]) і є можливим на шляху втілення органічного виробництва. Про запровадження операторів говориться у Стандартах органічного сільськогосподарського виробництва та маркування сільськогосподарської продукції і продуктів харчування «БІОЛан» [10].

Висновки. Розглянуті нормативно-практичні позиції у відповідності із останніми законодавчими змінами, дають нам можливість звернутись до наукових теоретичних поглядів, але враховуючи швидкоплинність часу, розгляду підлягатимуть лише основоположні аспекти. Так, М. Малишко виокремлює, що «…виключно законами України, які приймає лише Верховна Рада України, визначаються: права, свободи й обов'язки людини і громадянина, а також гарантії дотримання прав і свобод (п. 1 ст. 92 Конституції України), включаючи й екологічні; основи користування природними ресурсами … (п. 5 ст. 92); основи охорони здоров'я й екологічної безпеки (п. 6 ст. 92); … основи національної безпеки (п. 18 ст. 92), включаючи й екологічну; … основи цивільно-правової відповідальності … (п. 22 ст. 92), що стосується і екологічної сфери тощо» [11, с. 46].

З такого підходу, ще раз підтверджується доцільність та необхідність розгляду виокремленого напряму, а також – під час вирішення питання змісту повноваження суб'єктів варто стверджувати, про доцільності їхнього закріплення лише законами України, про розробку чіткої структури з конкретно визначеними повноваженнями, що як наслідок спричинить простоту у контролі, застосуванні відповідальності у разі невиконання нормативних положень, не нагромадження розгалуженою системою відповідних органів, а на шляху втілення органіки у сільському господарстві повинні існувати: оператори і Комісія, які будуть наділені усім комплексом належних прав, обов'язків, відповідатимуть міжнародним стандартам.

Література:

1. Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів: Закон України від 31 травня 2007 року // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 35. – Ст. 484.
2. Юридична енциклопедія : В 6 т. / [Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 4 : Н–П. – 2002. – 720 с.
3. Законопроект «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини»: Закон України. Від 13.01.2012 р. // Верховна Рада України. Офіційний інтернет-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42324.
4. Юридична енциклопедія : В 6 т. / [Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін]. – К. : «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 6: Т-Я. – 2004. – 768 с.
5. Законопроект «Про засади органічного виробництва» : Закон України від 18 січня 2012 року // Верховна Рада України. Офіційний інтернет-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42361.
6. Законопроект «Про органічне виробництво» : Закон України від 25 травня 2007 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.organic.com.ua/ru/homepage/---q--q?showall=1.
7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо оптимізації повноважень органів виконавчої влади у сфері екології та природних ресурсів, у тому числі на місцевому рівні : Закон України від 16.10.2012 № 5456-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5456-17.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Міністерства аграрної політики та продовольства України, Міністерства соціальної політики України, інших центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується через відповідних міністрів : Закон України від 16.10.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5462-17.
9. Конституція Міжнародної асоціації з контролю за якістю насіння від 04 червня 1971 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_j01.
10. Стандарти органічного сільськогосподарського виробництва та маркування сільськогосподарської продукції і продуктів харчування «БІОЛан» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.biolan.org.ua/download.php?downloadid.
11. Малишко М. Конституційні основи екологічного права та їх місце в екологічній правовій системі / М. Малишко // Право України. – 2011. – № 2. – С. 44-51.

Поддубная Д. С. Юридическое содержание полномочий субъектов относительно защиты органического производства – элемента экологической безопасности Украины

Аннотация. Статья посвящена освещению содержания субъектов, которые осуществляют защиту органической продукции – элемента экологической безопасности, в соответствии с действующим законодательством Украины.

Ключевые слова: юридическое содержание, полномочия субъектов, органическая продукция, экологическая безопасность, законодательство Украины.

Poddubnaya D. Legal maintenance of plenary powers of subjects in relation to defence of organic production – element of ecological safety of Ukraine

Summary. The article is devoted illumination of maintenance of subjects which carry out defence of organic products – element of ecological safety, in accordance with the current legislation of Ukraine.

Key words: legal maintenance, plenary powers of subjects, organic products, ecological safety, legislation of Ukraine.

УДК [351.74:502.34](477)

Тюн В. М.,
ад'юнкт
Львівського державного університету внутрішніх справ

СПІВВІДНОШЕННЯ КОНТРОЛЮ І НАГЛЯДУ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ У СФЕРІ ОХОРОНИ ПРИРОДИ

Анотація. У статті досліджуються поняття, особливості та проблема співвідношення контролю і нагляду правоохоронних органів у галузі охорони природи. Основна увага зосереджується на визначенні шляхів удосконалення системи державного контролю і нагляду у цій сфері.

Ключові слова: контроль, нагляд, охорона природи, система контролю і нагляду у галузі охорони природи, особливості, елементи.

Постановка проблеми. На сьогодні залишається актуальним питання щодо аналізу та вироблення шляхів вдосконалення існуючої в Україні системи державного контролю і нагляду за додержанням природоохоронного законодавства.

Розгляд проблеми співвідношення контролю і нагляду у галузі охорони природи в Україні обумовлений не лише необхідністю ґрунтовнішого її дослідження, а й потребою встановлення науково обґрунтованої відповідності елементів системи державного контролю і нагляду у цій сфері та їх взаємозв'язків. Саме тому все це і стало **метою** наших наукових пошуків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій дає можливість стверджувати, що у вітчизняній юридичній науці не до кінця вирішені правові проблеми реформування системи державного контролю і нагляду у галузі охорони довкілля. Певні аспекти проблеми досліджувалися у працях вчених-правознавців, з-поміж яких слід назвати: В. Б. Авер'янова, В. І. Андрейцева, О. Ф. Андрійка, В. І. Бабенка, А. П. Гетьмана, В. В. Костицького, Н. Р. Малишеву, Ю. С. Шемшученка, В. В. Шемчука, Х. П. Ярмакі та ін.

Виклад основного матеріалу. Стаття 16 Конституції України закріплює обов'язок держави щодо забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду українського народу. При цьому держава особливу роль відводить правоохоронним та природоохоронним органам, одним із найважливіших завдань яких – є утвердження і забезпечення прав та свобод людини, а зокрема екологічних.

Значну частину своїх повноважень щодо охорони та збереження довкілля, забезпечення екологічних прав громадян, правоохоронні органи та центральні органи виконавчої влади виконують при здійснення нагляду та контролю.

Для того, щоб визначити адміністративно-правові особливості нагляду у сфері охорони природи, необхідно спочатку проаналізувати його сутність у співвідношенні з контролем, оскільки ці дві категорії є тісно взаємопов'язаними.

Розуміння сутності контролю та нагляду в теорії права є неоднозначним і, навіть, в деякій мірі проблематичним. Дискусія ж навколо термінів «контроль» і «нагляд» має давню історію, їх співвідношення розглядалось в науковій літературі, хоча однозначного тлумачення цих термінів так і не було вироблено [1, с. 91].

Така ситуація, вважаємо, спричинена відсутністю чіткого та одностайного визначення цих термінів у нормативно-правовому акті, адже у законодавстві поняття нагляду та контролю нерідко ототожнюються.

Практика нормативно-правового регулювання свідчить, що термін «нагляд» дуже часто вживається паралельно або ж у комплексі з поняттям «контроль», що й створює певні труднощі при розмежуванні даних категорій і визначенні їх сутнісних характеристик.

З огляду на вищенаведене, вважаємо за доцільне проаналізувати етимологічне значення цих понять, існуючі думки науковців щодо них, узагальнити їх і спробувати запропонувати своє бачення вирішення даної проблеми.

Етимологія слова «нагляд» означає: 1) дія за значенням наглядати; 2) пильнувати, стежити за кимось, чимось для контролю, забезпечення порядку, тощо; 3) службовець, група осіб чи орган влади, що наглядають за ким-небудь, чим-небудь [2, с. 554, 555; 3, с. 503]. Наведене вище дає можливість стверджувати, що нагляд – це спостереження за кимось, спосіб слідкування за додержанням установленого порядку чи правил, а також перевірка дій чи діяльності. З іншого боку – нагляд виступає складовим, але водночас самостійним елементом більш широкої категорії «контролю», нагляд ніби доповнює контроль і є його невід'ємною ланкою, основна відмінність між ними полягає у сферах їх застосування і засобах реалізації.

У енциклопедично-довідковому джерелі наводиться визначення поняття нагляду, під яким розуміється одна із форм діяльності різноманітних державних органів щодо забезпечення законності [4, с. 337].

Основними ознаками державного нагляду є: 1) нагляд за дотриманням спеціальних норм і правил, що діють у всіх або більшості галузей і сфер; 2) функціонування спеціальних державних органів, що наділені широкими надвідомчими повноваженнями; 3) органи державного нагляду реалізують свої повноваження щодо не підпорядкованих їм органів і організацій; органи державного нагляду можуть застосовувати заходи адміністративного примусу. [5, с. 174-175].

В юридичній літературі до ознак нагляду відносять такі: здійснюється державними органами щодо суб'єктів, які їм організаційно не підпорядковані; у процесі нагляду застосовуються заходи адміністративного впливу; здійснюється за дотриманням відповідними суб'єктами спеціальних правових норм і правил [6, с. 37].

Досить поширеним в науковій літературі є твердження, коли нагляд розглядається як підвид чи форма контролю.

Так, зокрема, О. Ф. Андрійко називає нагляд видом діяльності, що є близьким до контролю. Автор зазначає, що нагляд слід розглядати як окремий вид (форму) контролю, до особливостей якого належить те, що нагляд здійснюється державними органами щодо об'єктів, які їм організаційно не підпорядковані, тоді як контроль стосується підпорядкованих суб'єктів; у процесі нагляду застосовуються заходи адміністративного впливу, тоді як за результатами контролю можуть застосовуватися і заходи дисциплінарні; адміністративний нагляд здійснюється за дотриманням відповідними суб'єктами спеціальних норм і правил, тоді як контроль – за діяльністю підконтрольних об'єктів у цілому чи окремими її аспектами [7, с. 349- 350].

Заслуговує на увагу і інша позиція, яка висловлена Д. М. Овсянком. Розглядаючи нагляд у порівнянні з контролем як самостійний спосіб забезпечення законності він дає його визначення через призму відмежування від контролю. Тобто нагляд відрізняється від контролю тим, що полягає в системному, постійному спостереженні спеціальними органами за діяльністю не підпорядкованих їм органів і суб'єктів з метою виявлення порушень законності [8, с. 148].

Важливу думку висловлює з цього приводу Д. М. Бахрах. Автор говорить: «наглядова діяльність є складовою частиною державного управління. Головним її завданням є забезпечення якості продукції, послуг, безпеки громадян, суспільства та держави. Відомо, що контроль містить у собі нагляд за законністю і доцільністю діяльності, її оцінку з позицій соціально-політичних, організаційно-технічних, наукових, правових. Але в багатьох випадках заради забезпечення свободи громадян, виконання обов'язків підприємствами та організаціями, контрольні повноваження суб'єктів влади обмежуються – їм надається можливість здійснювати лише нагляд. У тих же випадках, коли між перевіряючими і тими, хто перевіряється, немає організаційної підпорядкованості, зведення контролю до нагляду потрібне для запобігання втручання в оперативну діяльність суб'єктів влади, які не відповідають за її наслідки» [9, с. 40].

Цікаво та водночас правильно щодо співвідношення нагляду та контролю висловлюється Х. П. Ярмакі. Автор стверджує: ««нагляд» припускає «контроль», як і «контроль» припускає «нагляд», що зазначено як у переважній більшості доктринальних тлумачень цих термінів, так і в цілому ряді нормативно-правових актів, зокрема, і законодавчого рівня. Головна відмінність контролю від нагляду полягає у тому, що суб'єкт нагляду, на відміну від суб'єкта контролю, не має права втручатися в оперативну діяльність піднаглядного. Звідси будь-який суб'єкт контролю наділений наглядовими повноваженнями, а суб'єкт нагляду контрольними повноваженнями не наділений».

Вчений обґрунтовує необхідність розширення сфери використання нагляду за рахунок звуження обсягу контролю, зазначаючи, що в житті суспільства збільшується роль технічних засобів, різноманітних технічних правил, нагляд за дотриманням яких – важлива умова забезпечення безпеки держави та її громадян. Також він визначає нагляд як сукупність безперервних дій зі спостереження за додержанням законності у відповідних суспільних відносинах, які здійснюються компетентним на те органом із застосуванням наданих йому законом (підзаконним нормативним актом) повноважень і спрямовані на попередження, виявлення і припинення порушень, а також притягнення порушників до відповідальності, однак без втручання в оперативну та господарську діяльність піднаглядних об'єктів [10, с. 10-11].

Отож, контроль слід відрізняти від близького до нього виду державної діяльності – нагляду, хоча у них є деякі однакові риси, їх поєднують єдина мета – забезпечення законності і дисципліни в державному управлінні, форми здійснення роботи – перевірки, спостереження, витребування звітів, відбирання пояснень,обов'язковість виконання вказівок та ін. Треба, однак, зазначити, що контроль має переважно відомчий характер, а нагляд надвідомчий. Нагляд потрібно розглядати як самостійний елемент контрольно-наглядової діяльності державних органів.

По своєму ця проблема розглядається у російській правовій науці, де виділяється два види контрольної діяльності – контроль і нагляд. Призначенням контролю є забезпечення законності і дисципліни в системі підвідомчих органів, підприємств, установ та організацій. Нагляд є специфічним різновидом державного контролю. Його суть полягає у спостереженні за виконанням діючих у сфері управління різноманітних спеціальних норм, загальнообов'язкових правил [11, с. 616, 617].

У довідковій літературі виділяються такі види нагляду: судовий, конституційний, прокурорський нагляд та окремі види адміністративного нагляду (санітарний, пожежний, екологічний, гірничотехнічний) [5, с. 174-175].

У науковій літературі не має одностайності щодо визначення суб'єктів нагляду. Так, С. В. Ківалов та Л. Р. Біла розрізняють залежно від суб'єктів, що здійснюють наглядові функції, три види нагляду – адміністративний, прокурорський та судовий [12, с. 310].

Ю А. Ведерников та В. К. Шкарупа стверджують, що існує два види нагляду: 1) нагляд, який здійснюють органи прокуратури; 2) адміністративний нагляд [13, с. 143].

Такої ж позиції дотримується і З С. Гладун, розрізняючи адміністративний нагляд, який здійснюють державні інспекції і ОВС та загальний прокурорський нагляд [14, с. 181-182]. Подібну точку зору, яка підтримується і нами, висловлюють Ю. П. Битяк і В. В. Зуй [15, с. 201].

Думаємо, що з-поміж державних органів, які здійснюють контрольно-наглядові повноваження можна виділити наступні:

1) ті, що мають назву, яка вказує на їх контрольну або наглядову діяльність;

2) ті, у назві яких відсутні терміни «контроль» або «нагляд», але вони, відповідно до своєї компетенції, можуть здійснювати: а) контрольну або наглядову діяльність; б) як наглядову, так і контрольну діяльність.

Проте ні назва органу, ні назва повноважень не є тим загальновизнаним критерієм відмежування «контролю» і «нагляду» як особливих видів діяльності. Зазначені назви – це тільки формальний, а не основний критерій їх розрізнення, оскільки «нагляд» органів нагляду законодавець нерідко характеризує з використанням терміну «контроль».

Так, до прикладу, в силу ст. 7 Закону України від 1 грудня 1994 року «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» [16] працівники міліції зобов'язані систематично контролювати поведінку осіб, відносно яких встановлено адміністративний нагляд. Аналогічний висновок можна зробити і з тексту Положення про Комітет у справах нагляду за страховою діяльністю затвердженого Указом Президента від 12 листопада 1999 року. У відповідності з пп. 10 п. 4 цього Положення Укрстрахнагляд здійснює контроль за платоспроможністю страховиків, а згідно із пп. 7 п. 5 здійснює контроль за достовірністю та повнотою інформації, що надається учасниками страхового ринку. Як бачимо, назва органу – «Укрстрахнагляд» припускає здійснення ним і контрольних повноважень [17].

Що ж стосується органів екологічного контролю, то вони теж часто називаються наглядовими органами (гірничий нагляд, ветеринарний, санітарно-епідеміологічний та ін.), але окрім наглядових повноважень, вони наділені функціями органів державного контролю, тобто можуть приймати рішення, видавати дозволи, ліцензії, установлювати нормативи, правила тощо.

Є потреба зауважити, що працівники міліції здійснюють також ряд наглядових повноважень щодо охорони природи. А оскільки наглядова діяльність у даній сфері врегульовується нормами адміністративного права і реалізується за допомогою адміністративно-правових форм та адміністративно-правовими засобами, то вона, звичайно, може називатися адміністративним наглядом.

Таким чином, нагляд міліції у сфері охорони довкілля є засобом адміністративного впливу та забезпечення законності, а також видом виконавчо-розпорядчої діяльності. Нагляд, який здійснюється міліцією, забезпечує охорону суспільних відносин з охорони природи та її ресурсів від загрозливих дій людини. ОВС зобов'язані не допустити настання шкідливих наслідків, виявити обставини, що можуть бути їх причиною, і вжити певних заходів для усунення певних відхилень.

До речі, про те, що міліція здійснює нагляд у сфері охорони природи у Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» нічого не зазначається, а необхідно було б.

У силу ст. 35 Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» [18] державний контроль у галузі охорони навколишнього природного середовища здійснюють спеціально уповноважені центральні органи виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів (державні служби, інспекції та агентства, наприклад: Державна служба гірничого нагляду та промислової безпеки України, Державна екологічна інспекцію України, Державна служба геології та надр України, Державна санітарно-епідеміологічна служба України, Державне агентство водних ресурсів України, Державне агентство лісових ресурсів України, Державне агентство земельних ресурсів України тощо).

Проте, вважаємо, що вони виконують не тільки контрольні повноваження, а й наглядові, зокрема адміністративний нагляд поряд з органами внутрішніх справ. Їхня наглядова діяльність має на меті і попередження протиправних дій, і усунення причин та умов, що сприяють правопорушенням, і застосування заходів адміністративного примусу, у тому числі адміністративної відповідальності – в разі виявлення порушень загальнообов'язкових правил, якщо це віднесено до їх повноважень. До того ж інспекції і служби самостійно застосовують адміністративно-примусові заходи згідно з Кодексом України про адміністративні правопорушення, іншими законами та положеннями.

Особливої уваги заслуговує позиція М. В. Руденка, який вважає, що доцільно вести мову про співвідношення контролю і нагляду в контексті «позавідомчого контролю», який здійснюють спеціально створені відповідно до законодавства органи, і «прокурорського нагляду», який реалізовують органи прокуратури. Як стверджує науковець, навіть при побіжному порівнянні правомочностей державного спеціалізованого контролю і загального нагляду прокуратури неважко помітити, що їх порівняння збігається у співвідношенні 1:1, тобто ці органи здійснюють одні і ті ж дублюючі функції. Тому з метою уникнення своєрідної взаємозаміни повноважень він за основу їх розмежування ставить наступні критерії: цілі і завдання створення та діяльності органів позавідомчого контролю і прокурорського нагляду; особливості характеру правомочностей прокуратури і інших спеціалізованих органів; роль, значення кожного з органів в системі державного управління [19, с. 59].

В. І. Бабенко, розглядаючи екологічний нагляд у контексті прокурорського нагляду вказує на його відмінність від контролю, здійснюваного природоохоронними органами. Учений акцентує увагу на тому, що прокурори організовують і здійснюють нагляд саме за додержанням і застосуванням законодавства у сфері охорони довкілля [20, с. 7].

У даному випадку слід враховувати позицію викладену в Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» де нагляд розглядається саме в контексті прокурорського нагляду. Згідно зі ст. 37 даного Закону, нагляд за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища здійснює Генеральний прокурор України та підпорядковані йому органи прокуратури, а в ч. 2 цієї ж статті зазначено, що в разі необхідності у складі органів прокуратури України можуть створюватися спеціалізовані підрозділи, тобто природоохоронні прокуратури [18].

Висновки. Вважаємо, що нагляд у сфері охорони природи – це діяльність органів прокуратури, внутрішніх справ та центральних органів виконавчої влади, спрямована на виявлення причин і умов, що сприяють завданню шкоди природі, їх попередження, вжиття заходів щодо усунення шкоди та притягнення порушників до встановленої законом відповідальності для забезпечення екологічного правопорядку.

Наглядова діяльність у сфері охорони природи здійснюється з метою: отримання об'єктивної та достовір-

ної інформації про стан навколишнього природного середовища; застосування заходів щодо попередження правопорушень; надання, за можливості, допомоги відповідним органам, особам чи установам у поновленні нормального стану довкілля; встановлення причин і умов, які сприяють порушенню вимог норм права; вжиття заходів щодо притягнення винних осіб до юридичної відповідальності.

Вагомим недоліком чинного законодавства України є відсутність комплексного та ґрунтовного закріплення інституту нагляду у сфері охорони природи.

Враховуючи викладене, вважаємо за необхідне внести зміни до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», а саме: статтю 37 «Прокурорський нагляд за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища» і викласти у такій редакції:

«Стаття 37 «Нагляд за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища».

1. Загальний нагляд за дотриманням законодавства про охорону навколишнього природного середовища здійснює Генеральний прокурор України та підпорядковані йому органи прокуратури.

При здійсненні нагляду органи прокуратури застосовують надані їм законодавством України права, включаючи звернення до судів з позовами про відшкодування шкоди, заподіяної в результаті порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, та про припинення екологічно небезпечної діяльності.

В разі необхідності у складі органів Прокуратури України можуть створюватися спеціалізовані екологічні підрозділи - природоохоронні прокуратури, які спеціалізуються виключно на нагляді за додержанням і застосуванням законів про охорону навколишнього природного середовища.

2. Нагляд (адміністративний нагляд) за дотриманням законодавства про охорону навколишнього природного середовища здійснюють органи внутрішніх справ та центральні органи виконавчої влади в сфері охорони природи».

Всю діяльність з нагляду за станом навколишнього природного середовища можна визначити як контрольно-наглядову діяльність правоохоронних органів та спеціально уповноважених органів виконавчої влади у сфері охорони природи та забезпечення екологічної безпеки.

Література:

1. Андрійко О. Ф. Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади / О. Ф. Андрійко. – К. : Наукова думка, 2004. – 302 с.
2. Великий тлумачний словник української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. – 1440 с.
3. Сучасний тлумачний словник української мови; 100 000 слів / За заг. ред. д-ра філос. наук, проф. В. В. Дубічинського. – Х. : ВД «Школа», 2009. – 1008 с.
4. Барихин А. Б. Большой юридический энциклопедический словарь. – М. : Книжный мир, 2005. – 720 с.
5. Великий енциклопедичний юридичний словник/ За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»«, 2007. – 992 с.
6. Шемчук В. Співвідношення понять «контроль» та «нагляд» у діяльності прокуратури / В. Шемчук // Право України. – 2007. – № 7. – С. 34-37.
7. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник: У двох томах : Том 1: Загальна частина. / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К. : Видавництво «Юридична думка», 2004. – 584 с.
8. Овсянко Д. М. Административное право : учеб. пособ. / Д. М. Овсянко; под ред. проф. Г. А. Туманова. – М. : Юристь, 1997. – 448 с.
9. Бахрах Д. Н. Важные вопросы науки административного права / Д. Н. Бахрах // Государство и право. – 1993. – № 2. – С. 32-43.
10. Ярмакі Х. П. Адміністративно-наглядова діяльність міліції в Україні : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня д-ра. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Х. П. Ярмакі; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2007. – 41 с.
11. Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации : учебник. – М. : Изд-во ЗЕРЦАЛО, 1996. – 680 с.
12. Адміністративне право України : підручн. / за заг. ред. С. В. Ківалова. – Одеса, 2003. – 892 с.
13. Ведерников Ю. А., Шкарупа В. К. Адміністративне право України : навчальний посібник. – К. : Центр учбової літератури, 2005. – 336 с.
14. Гладун З. С. Адміністративне право України : навчальний посібник. – Тернопіль : Карт-бланш, 2004. – 579 с.
15. Битяк Ю. П., Зуй В. В. Административное право Украины (Общая часть) : учебное пособие. – Х. : ООО «Одиссей», 1999. – 224 с.
16. Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі: Закон України від 1 грудня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 52. – Ст. 455.
17. Про Положення про Комітет у справах нагляду за страховою діяльністю : Указ Президента України від 12 листопада 1999 року // Офіційний вісник України. – 1999. – № 46. – Ст. 2265.
18. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України 25 червня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.
19. Руденко М. Щодо усунення підміни прокуратурою інститутів контролю і нагляду в сфері управління / М. Руденко // Право України. – 1996. – № 9. – С. 58-62.
20. Бабенко В. І. Організаційно-правові аспекти прокурорського нагляду за додержанням законів про охорону довкілля : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / В. І. Бабенко; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2004 – 20 с.

Тюн В. Н. Соотношение контроля и надзора правоохранительных органов в сфере охраны природы

Аннотация. В статье исследуются понятие, особенности и проблема соотношения контроля и надзора правоохранительных органов в области охраны природы. Основное внимание сосредотачивается на определении путей совершенствования системы государственного контроля и надзора в этой сфере.

Ключевые слова: контроль, надзор, охрана природы, система контроля и надзора в области охраны природы, особенности, элементы.

Tun W. Correlations of control and supervision of law enforcement agencies in the protection of nature

Summary. The article deals with the concept, features and problem of coordination between control and supervision law enforcement agencies in the sphere of nature protection. The main focus is on the defining the ways to improve the system of state control and supervision in this sphere.

Key words: control, supervision, nature protection, system of control and supervision in the sphere of nature protection, features, elements.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343

Березовська Н. Л.,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

КАРА В ТЕОРІЇ І ПРАКТИЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Анотація. В статті розглядаються наукові позиції та матеріали судової діяльності, які розкривають значення кари. На основі дослідженого матеріалу встановлюється відношення до кари не як до цілі покарання, а як до його сутності.

Ключові слова: кара, сутність покарання, цілі покарання.

Постановка проблеми. Кримінальний кодекс України встановлює цілі покарання. Згідно з ч. 2 ст. 50 КК України покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. У літературі майже одностайні судження щодо визнання цілями загальної і спеціальної превенції. Є розходження щодо визнання метою покарання виправлення. Але найбільша дискусія в науковому середовищі притаманна проблемі визнання кари сутністю чи однією із цілей покарання [1, с. 139].

Численні дослідження проблем цілей покарання породили величезну кількість теорій покарання, які умовно об'єднують у три групи: абсолютні теорії покарання (теорії відплати); відносні теорії покарання (теорії досягнення корисної мети); змішані теорії (поєднання двох перших). Від того, яка теорія виявиться домінуючою, який сенс в неї вкладається, залежить і законодавче закріплення цілей покарання.

Метою статті є висвітлення положень теорії і практики щодо визнання кари метою чи сутністю покарання.

Виклад основного матеріалу. У тлумачному словнику сучасної української мови кару розуміють як «суворе покарання, відплату за що-небудь; катування» [2, с. 421]. Кара – (здійснення на комусь якогось засуду) покарання, покута, (жорстока) розправа [3].

М.І. Бажанов, Н.А. Бєляєв, М.М. Ісаєв, І.І. Карпець, В.А. Ломако, В.Г. Смирнов, В.В. Сташис, П.П. Осипов, Б.С. Утєвський та деякі інші криміналісти вважали, що кара є метою покарання та обґрунтовували свою позицію тим, що покарання є актом відплати за вчинений злочин.

І.М. Рагімов вказував, що поняття кари може відповідати поняттю відплати [4, с. 17].

І.І. Карпець зазначав, що важко уявити собі застосування покарання без цілі покарати [5, с. 38; 6, с. 57].

А.А. Березовський вказує на кару як на ціль покарання, але не розкриває значення терміну «кара» [7, с. 609].

І.І. Митрофанов серед виправлення, спеціальної превенції (автор взагалі не зазначає загальну превенцію), виконання в цілому завдань Кримінального закону, вказує і на мету кари [8, с. 194].

Про «…відплату у формі кари…» як одну з цілей покарання вказують і інші автори [9, с. 93].

В.А. Ломако зазначав, що «кара як відплата засудженому за вчинене діяння» чітко визначена у ч. 2 ст. 50 КК України як мета покарання (правда, автор вважав кару і ознакою покарання, пояснюючи це тим, що «кара виступає в двох іпостасях, що перебувають у діалектичній єдності» [10, с. 190]).

Кару як одну із цілей покарання називали і ряд інших криміналістів [11, с. 37; 12; 13, с. 135; 14, с. 64].

А.Н. Павлушин додавав до цього «держава, застосовуючи покарання, поряд з іншими цілями, ставить і ціль справедливої кари» [15, с. 7-8].

Але така точка зору не видається вірною, так як кара – відплата за вчинене у минулому, і направлена в минуле, а мета – це те, що досягається в майбутньому.

Вважаємо, що законодавець не може застосовувати покарання заради завдання особі певних страждань, які полягають у обмеженні його прав та свобод. Обмеження прав і свобод повинне застосовуватися лише для досягнення таких цілей покарання, як виправлення злочинця та попередження вчинення нових злочинів засудженим та іншими особами. Ми згодні з І.С. Ноєм, що «кара – не самоціль покарання» та «… карати заради кари – безглуздо» [16, с. 29].

І практика йде шляхом визнання цілями покарання лише виправлення і попередження. Так, Черкаський районний суд Черкаської області у вироку зазначає про виправлення особи та запобігання вчиненню ним нових злочинів [17]. Таке ж формулювання цілей є і у вироках Воловецького районного суду Закарпатської області [18], Тальнівського районного суду Черкаської області [19], Роменського міськрайонного суду Сумської області [20], Великоберезнянського районного суду Закарпатської області [21], Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області [22], Кролевецького районного суду Сумської області [23], Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області [24], Зарічного районного суду м. Суми [25], Краснодонського міськрайонного суду Луганської області [26], Снігурівського районного суду Миколаївської області [27], апеляційного суду Запорізької області [28] та ін.

Про виправлення і попередження зазначається і при узагальненні судової практики Верховним Судом України [29].

Звичайно, трапляються випадки, коли суд не акцентує уваги на досягненні цілей покарання. Так, Ковельський міськрайонний суд Волинської області [30] не вказує на цілі покарання. Або вказує на незазначені у законі цілі покарання. Так, Чаплинський районний суд Херсонської області [31], Маловисківський ра-

йонний суд Кіровоградської області [32], Ковельський міськрайсуд Волинської області [33], Крижопільський районний суд Вінницької області [34] та ін. вказали на перевиховання як ціль покарання.

Про таку ціль як кару не зазначається у проаналізованих нами вироках [35].

Тому, на наш погляд, є більш логічним визначення кари сутністю покарання [36, с. 362].

О.М. Омельчук, займаючись проблемою призначення покарання, зазначає також, що «суть покарання полягає в тому, що засуджений зазнає кари за вчинений злочин, тобто фактичних втрат і обмежень» [37, с. 344; 38, с. 330].

Покарання застосовується до винної особи саме заради досягнення стабілізації суспільних відносин, які були порушені в результаті вчинення злочину. А для цього не достатньо лише завдати у відповідь злочинцю певних моральних страждань та позбавлень аби відплатити йому за вчинений злочин. Цим суспільство не буде кращим за злочинця. Держава повинна піклуватися про виправлення такої особи, про попередження у майбутньому вчинення злочинів цією та іншими особами. Лише таким чином можна сподіватися на відновлення правопорядку.

Правильне вирішення порушеного питання, як уявляється, залежить від визначення основного змісту поняття кари. Якщо розуміти кару як будь-яке позбавлення чи обмеження прав і свобод злочинця, абстрагуючись від можливих відмінностей за характером, змістом або обсягом такого позбавлення чи обмеження, то очевидно, кара є властивістю будь-якого покарання. До прихильників визнання кари сутністю покарання належать М.П. Мелентьєв, А.С. Міхлін, С.В. Полубинська, Н.А. Стручков, М.Д. Шаргородський, В.А. Шкурко, І.В. Шмаров та ін., які вважають, що кара – це сутність покарання, яка виражається в позбавленні засуджених певних благ (матеріальних, вибору місця проживання, свободи пересування, вільного вибору кількості побачень з рідними та близькими тощо).

Отже, покарання є карою за вчинений винуватим злочин, так як за своїм змістом завжди пов'язане з застосуванням до засудженого по вироку суду певних страждань. Це необхідна властивість будь-якого покарання. Нерідко використовуються як синоніми терміни «покарання» і «кара».

М.Д. Шаргородський вказував: «Кара направлена в минуле, і вона у суспільному відношенні не має тому ніякої цінності. Спрямовані в майбутнє теорії, що керуються свідомим процесом суспільного розвитку, неминуче повинні відкинути кару як мету покарання» [39, с. 28], «покарання є кара тому, що воно: 1) призначається за вчинення діяння; 2) знаходиться у відповідності зі вчиненим діянням; 3) є примусом і спричиняє страждання» [40, с. 18].

На думку М.О. Бєляєва, «покарання – це кара за вчинення злочину,…без каральних елементів, міра, яка застосовується до правопорушників не є покаранням» [41, с. 64].

Т.А. Денисова вказує, що «покарання є карою (заходом примусу), який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчинені злочину, і полягає в обмежені прав і свобод засудженого» [42, с. 61].

В.А. Шкурко зазначає, що «…кара є лише необхідною ознакою покарання, його неминучим засобом, а не ціллю» [43, с. 201].

Отже, кара, як сутність покарання, полягає в конкретному обмеженні прав і свобод засудженого. Обсяг кари диференційований в кожному покаранні в залежності від характеру і тяжкості злочину. Чим тяжчий злочин вчиняє особа, тим суворіше і покарання. Характер благ, якими обмежується засуджений у зв'язку із призначенням покарання, різний, і визначається якісною своєрідністю кожного окремого виду покарання.

Так, М.Д. Шаргородський писав: «Покарання є позбавленням злочинця певних приналежних йому благ і виражає негативну оцінку злочинця і його діяння державою. Покарання заподіює страждання тій особі, до якої воно застосовується. Саме ця властивість, будучи необхідною ознакою покарання, робить його карою» [39, с. 16].

Є.М. Вечерова також приходить до висновку, що сутністю покарання є кара [44, с. 95; 45, с. 29].

У КК України 1960 р., як відомо, поняття покарання не давалося, але були встановлені цілі покарання. Зазначалося, що покарання є не лише карою за вчинений злочин, але і має на меті виправлення, перевиховання засуджених у дусі чесного ставлення до праці, точного виконання законів, поваги до правил соціалістичного співжиття, а також попередження здійснення нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Тобто, кара визнавалася сутністю покарання.

Без кари, тобто без визначеного законом обмеження правового статусу засудженого, не може бути покарання.

Висновок. Таким чином, кара – це не відплата за вчинений злочин, а певні обмеження примусового характеру, що покликані сприяти досягненню мети виправлення злочинця а також загальної та спеціальної превенцій, тому не може значитись у законі серед цілей покарання.

Література:

1. Энциклопедия уголовного права. / под ред. В.Б. Малинина. – СПб: Издание профессора Малинина, 2007. – Т. 8: Уголовная ответственность и наказание. 798 с.
2. Тлумачний словник сучасної української мови/ Укладачі Л. П. Коврига, Т. В. Ковальова, В. Д. Пономаренко. / За ред. доктора філолог. наук, проф. В. С. Калашника. – Харків : Белкар-книга, 2005. – 800 с.
3. Полюга Л.М. Словник синонімів української мови. – 3-е вид. – К.: Довіра. 2007. – 477 с.
4. Рагимов И.М. Философия наказания и проблемы его назначения. – Баку: Дипломат, 1998. – 126 с.
5. Карпец И.И. Индивидуализация наказания в советском уголовном праве. – М.: Госюриздат, 1961. – 152 с.
6. Карпец И.И. Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы / И.И. Карпец. – М.: Юридическая литература, 1973. – 287 с.
7. Березовський А.А. Зміст покарання як заходу кримінально-правового впливу // Правове життя сучасної України: тези доп. Міжнародної наукової конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу / Відп. ред. д-р юрид. наук.

проф. Ю.М. Оборотов // Одеська національна юридична академія. – О.: Фенікс, 2009. – С. 608-609.
8. Митрофанов І.І. Система покарань у механізмі реалізації кримінальної відповідальності. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія:юриспруденція. Зб. наук. праць. Вип.5. О.: Фенікс, 2013. – С. 194-198.
9. Житнигор Б.С. Сравнительный анализ родственных уголовно-правовых систем России, Украины и уголовного законодательства государства Израиль: Монография. – Кн.2 /Научн. Рук. Л.В. Багрий-Шахматов. – Тирасполь: ТФ МАУП-МАРКИС, 2003. – 180с.
10. Кримінальний кодекс України: наук.-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. Ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 1196 с.
11. Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права. – Л. : Изд-во. ЛГУ, 1965. – 188 с.
12. Беляев Н. А. Цели наказания и средства их достижения. – Л., 1963. – 186 с.
13. Советское уголовное право. Общая и особенная части : учебник / [Демидов Ю. А., Загородников Н. И., Кириченко В. Ф., Якубович М. И.] ; под ред. В. Д. Меньшагина. – М.: Госюриздат, 1962. – 479 с.
14. Келина С. Г. Учебно-методические указания по изучению общей части советского уголовного права / С. Г. Келина; отв. ред. М. А. Шнейдер. – М., 1963. – 84 с.
15. Павлушин А. Н. О целях наказания в советском уголовном праве // Цели уголовного наказания : учебно-метод. материалы по итогам меж кафедр. теорет. семинара, сост. в дек. 1989 г. / под ред. В. А. Елеонского ; Рязанская высшая школа МВД СССР, Кафедра уголовного права. – Рязань, 1990. – С. 7-8.
16. Ной И.С. Вопросы теории наказания в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1962. – 157с.
17. Архів Черкаського районного суду Черкаської області. Кримінальна справа № 1-163/11/2012 р.
18. Архів Воловецького районного суду Закарпатської області. Кримінальна справа № 300/751/13-к/2013 р.
19. Архів Тальнівського районного суду Черкаської області. Кримінальні справи № 1-127/12 р. та № 704/36/13- к р./2013 р.
20. Архів Роменського міськрайонного суду Сумської області. Кримінальна справа № 1-160/11/2011 р.
21. Архів Великоберезнянського районного суду Закарпатської області. Кримінальна справа № 298/903/13-к/2013 р.
22. Архів Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області. Кримінальна справа № 1-217/11 р./2011 р.
23. Архів Кролевецького районного суду Сумської області. Кримінальна справа № 1809/1354/2012 р., 1/1809/103/2012 р.
24. Архів Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області. Кримінальна справа № 1-246/2009 р.
25. Архів Зарічного районного суду м. Суми. Кримінальна справа № 1805/11622/2012, провадження № 1/1805/543/2012 р.
26. Архів Краснодонського міськрайонного суду Луганської області. Кримінальна справа № 412/4276/13-к/ 2013 р.
27. Архів Снігурівського районного суду Миколаївської області. Провадження №1/1422/99/2012 р.
28. Архів апеляційного суду Запорізької області. Кримінальна справа № № 11-57/2010 р.
29. Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність// http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/2279ace32118fde9c22576070039bc38?OpenDocument
30. Архів Ковельського міськрайонного суду Волинської області. Кримінальна справа № 159/1247/13-к. Провадження № 1-кп/159/69/2013 р.
31. Архів Чаплинського районного суду Херсонської області. Кримінальні справи № 1-204/2011 р., № 1-151/12 та № 1-83/2012 р.
32. Архів Маловисківського районного суду Кіровоградської області. Кримінальна справа № 1-108/2008 р.
33. Архів Ковельського міськрайонного суду Волинської області. Кримінальна справа №: 1-111/2011 р.
34. Архів Крижопільського районного суду Вінницької області. Кримінальна справа № 1-51/2009 р.
35. Єдиний державний реєстр судових рішень //http://www.reyestr.court.gov.ua
36. Березовська Н.Л. Цілі покарання неповнолітніх // Правове життя сучасної України : тези доп. Всеукр. наук. конф. "Правове життя сучасної України" / Відп. ред. д-р юрид. наук, проф. Юрій Миколайович Оборотов // Одеська національна юридична академія. – О. : Фенікс, 2008. – С. 361-363.
37. Омельчук О.М. До питання про загальні засади призначення покарання // Університетські наукові записки, 2007. – № 2 (22). – 344-348 с.
38. Омельчук О.М. Проблеми законодавчого регулювання призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом // Університетські наукові записки, 2006. – № 3-4 (19-20). – 330-333 с.
39. Шаргородский М. Д. Наказание, его цели и эффективность / Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. – 160 с.
40. Шаргородський М.Д. Наказание по уголовному праву. – Ч. 2 (Наказание по советскому уголовному праву) / М.Д. Шаргородский. – М.: Госюриздат, 1958. – 239 с.
41. Беляев Н.А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации / Н.А. Беляев. – Л.: ЛГУ, 1986. – 175 с.
42. Денисова Т.А. Кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аналіз: Монографія. – Запоріжжя: КПУ, 2007. – 340 с.
43. Уголовное право БССР. Часть Общая / под. Общей ред. И.И. Горелина и И.С.Тишкевича, Мн., «Вішэйш. Школа», 1973. – 368 с.
44. Вечерова Є.М. Покарання, кара та кримінально-правовий вплив: питання співвідношення // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – № 4. – С. 94-96.
45. Вечерова Е. Н. Некарательное уголовно-правовое воздействие на несовершеннолетних: аналитический дискурс : монография. – Николаев: «ИЛИОН», 2012. – 323 с.

Березовская Н.Л. Кара в теории и практике уголовного права

Аннотация. В статье рассматриваются научные позиции и материалы судебной деятельности, раскрывающие значение кары. На основании исследованного материала устанавливается отношение к каре не как к цели наказания, а как к его сущности.

Ключевые слова: наказание, сущность наказания, цели наказания.

Berezovska N. Penalty in the theory and practice of criminal law

Summary. The article discusses research position and contributions of judicial activity, revealing the importance penalty. Based on materials research related to the set penalty goals not as punishment but as to its nature.

Key words: punishment, the nature of punishment, penalty goals.

УДК: 343.911: 343575

Забродська Т. А.
здобувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ

НАПРЯМИ ТА ЗМІСТ ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНОГО ЗАПОБІГАННЯ РЕЦИДИВНИМ ЗЛОЧИНАМ У СФЕРІ НЕЗАКОННОГО ОБІГУ НАРКОТИКІВ

Анотація. У статті проаналізована система загальносоціального запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. Розкритий зміст основних заходів запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків загальносоціального рівня, які реалізуються в Україні.

Ключові слова: запобігання, рецидив, злочини, суспільство, політика, наркотики, наркоманія.

Постановка проблеми. Ціллю запобігання злочинності є протидія кримінальним процесам у суспільстві, забезпечення скорочення темпів росту злочинності, захист особи, суспільства та держави від злочинних посягань. Запобігання злочинності – завдання не лише правоохоронних органів. Її вирішення лежить в площині корінних змін в суспільстві (передусім у сфері економіки, соціального життя, ідеології, виховання людини) [7].

В теорії запобігання злочинності заходи, які направлені на позитивний розвиток суспільства, економічних, політичних, соціальних інститутів, відносять до рівня загальносоціального запобігання злочинності.

Всі теоретичні положення щодо рівнів, масштабу, класифікації запобіжних заходів, у тому числі їх поділу за цільовим призначенням на цільові (спеціально-кримінологічні), загальносоціальні, тощо, які визначені стосовно діяльності щодо запобігання злочинності загалом, зберігають своє методологічне значення та поширюються і на діяльність щодо запобігання рецидивної злочинності [5, с. 583-593]. Розробка нових та удосконалення існуючих заходів запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків потребує аналізу системи заходів їх запобігання, які реалізуються на практиці.

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. Питанням видів, диференціації, тлумачення змісту заходів запобігання злочинності приділили увагу більшість вітчизняних та зарубіжних кримінологів. Серед них: Г.А. Аванесов, Ю.М. Антонян, А.І. Долгова, В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнєцова, О.М. Джужа, І.М. Даньшин та інші.

Запобігання рецидивній злочинності та злочинам у сфері незаконного обігу наркотиків розглядаються вченими як дві окремі теми. Проте, значна кількість рецидивних злочинів у структурі злочинності (відповідно до статистичних даних МВС України кількість зареєстрованих злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків у 2011 та 2012 роках становила понад 20 тисяч), яка пов'язана із незаконним обігом наркотиків, спонукає до аналізу напрямів та змісту заходів запобігання цього виду злочинності.

Метою статті є висвітлення напрямів та змісту заходів загально-соціального запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, які реалізовуються в українському суспільстві.

Викладення основного матеріалу. Загальносоціальне запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків здійснюється в таких основних напрямах: удосконалення нормативної бази, як основи для створення і реалізації заходів запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків; розвиток соціальної-економічної, кримінальної політики та наркополітики. Не претендуючи на вичерпну повноту охарактеризуємо заходи, що реалізуються у вищевказаних напрямах.

Для ефективного розв'язання проблем наркоманії та незаконного обігу наркотиків в Україні діють ратифіковані міжнародні конвенції, угоди (Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 р., Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 р.), Верховною Радою України прийнято низку законів та підзаконних нормативно-правових актів, які спрямовані на протидію незаконному обігу наркотиків, їх немедичному вживанню, організації профілактики та лікування СНІДу (Закон України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними», Закон України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів»); відбувається процес підготовки Національної стратегії боротьби з наркотиками на період до 2020 року, основними цілями якої є скорочення незаконної пропозиції наркотиків, попиту на них, зменшення шкоди від їх вживання, лікування наркозалежних, реінтеграції бездомних осіб та соціальної адаптації осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк. Вказаний проект стратегії боротьби з наркотиками є елементом наркополітики. Під поняттям наркополітика розуміються базові принципи, на яких формується ставлення суспільства та держави до наркотиків і до підходів щодо зменшення шкоди від їх вживання [9].

На сьогоднішній день в Україні послуги лікування наркозалежних надаються у формах амбулаторного та диспансерного лікування осіб, які є споживачами нар-

котиків. Особливу увагу привертає реалізація програм замісної підтримувальної терапії (ЗПТ) – довгострокового (6 місяців і більше) застосування постійних доз медичних препаратів у комплексному лікуванні залежності від опіоїдів з метою стабілізації психічного стану хворого, зменшення медичних і соціальних наслідків уживання незаконних наркотиків, створення передумов для реабілітації та лікування інших хвороб (СНІД, гепатит В і С, ТБС, септичні стани тощо).

Наказом МОЗ від 5.06.2012 № 200 затверджений порядок проведення замісної підтримувальної терапії хворих з опіоїдною залежністю, спільним наказом МОЗ України, МВС України, Міністерства юстиції України та Державної служби України з контролю за наркотиками від 7.11.2012 № 1868/22180 затверджений Порядок взаємодії закладів охорони здоров'я, органів внутрішніх справ, слідчих ізоляторів і виправних центрів щодо забезпечення безперервності лікування препаратами замісної підтримувальної терапії. Така взаємодія полягає в тому, що органи охорони здоров'я здійснюють міжвідомчу координацію заходів із забезпечення безперервності лікування препаратами ЗПТ або проведення детоксикації адмінзатриманим, затриманим, узятим під варту, адмінарештованим, засудженим. Органи внутрішніх справ сприяють організації надання ЗПТ або проведення детоксикації адмінзатриманим.

В українському суспільстві відбувається гостра дискусія щодо необхідності та доцільності використання програм замісної підтримувальної терапії. Спостерігаються як суто негативне, так і суто позитивне ставлення до програм ЗПТ. Основними протиріччями є вирішення проблем бюджетного фінансування програм ЗПТ у разі припинення їх фінансування міжнародними організаціями; етична сторона ЗПТ, з огляду на яку дехто вважає, що учасникам програм ЗПТ один наркотик замінюють іншим і в такий спосіб залежність не долається; ефективність ЗПТ в ситуації повального паралельного прийому учасниками програм ЗПТ метадону та нелегальних наркотиків. Варто погодитися з тим, що застосування у Україні програм замісної терапії є дещо недосконалим, проте результати найновіших досліджень в контексті ефективності програм ЗПТ у запобіганні злочинності у сфері незаконного обігу наркотиків дозволяють зробити висновок про певну ефективність таких програм у запобіганні рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків. В одному із таких досліджень йдеться про те, що програма ЗПТ має суттєвий вплив на прийняття пацієнтом рішення щодо його відмови від вживання нелегальних наркотиків та вчинення злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків, позитивно впливає на процес їх соціальної реінтеграції [3]. В такій ситуації суттєво знижується ризик того, що особа вчинить рецидивний злочин.

Варто сказати, що нормативна регламентація питань лікування, підтримки, обліку наркозалежних є досить докладною, проте ефективність системи лікування є низькою. Відповідно до даних проведеного нами вивчення кримінальних справ (протягом 2012 р. вивчались дані, які містилися в кримінальних справах стосовно 282 осіб) 88,3% осіб, які вчинили рецидивний злочин у сфері незаконного обігу наркотиків, не перебували на обліку у нарколога, тобто ці люди не могли отримати кваліфіковану медичну допомогу, хоча об'єктивно її потребували, оскільки 74,5% осіб, що вчинили досліджувані злочини, були споживачами різних наркотиків – від конопель до амфетамінів.

Інструкція про порядок виявлення та постановки на облік осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, затверджена спільним наказом МОЗ, МВС, Генеральної прокуратури України, Міністерства юстиції України від 10.10.1997 р. № 306/680/21/66/5 передбачає ведення обліку осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини. На неефективність існуючої організації такого обліку вказують практикуючі юристи, соціальні працівники та самі споживачі наркотиків. Вони зазначають, що сучасна система наркологічного обліку є одним із негативних факторів, які посилюють стигму по відношенню до споживачів наркотиків, створює умови для порушення їх прав, перешкоджає доступу до медичної допомоги. Соціальні працівники наголошують на тому, що наркозалежні бояться ставати на такий облік, оскільки про їх статус можуть дізнатись члени сім'ї або роботодавці. Це перешкоджає багатьом звернутись за лікуванням [10]. Крім того, бракує зв'язків між медичною допомогою та соціальними послугами [4].

Ще одним елементом наркополітики України є система моніторингу та інформування населення про наркотичну ситуацію, яка базується на статистичній звітності МОЗ України. Моніторинг наркотичної ситуації здійснюється згідно з такими індикаторами: вживання наркотиків серед загального населення; проблемне вживання наркотиків; наркотики, алкоголь та інфекційні захворювання; потреба в лікуванні в зв'язку з алкоголем та наркотиками; смертність, обумовлена вживанням наркотиків; соціально-економічні наслідки вживання наркотиків; тенденції вживання психоактивних речовин серед молоді; злочинність, обумовлена вживанням наркотиків та пенітенціарна система; нові психоактивні речовини; ефективність лікування, ефективність профілактики. За такими індикаторами Український медичний та моніторинговий центр МОЗ України оприлюднює щорічний звіт щодо наркотичної ситуації в Україні.

Варто відмітити, що існуючий спосіб моніторингу ситуації щодо наркотиків є недосконалим, оскільки не використовується спосіб збору інформації про реальну кількість споживачів, про структуру наркотичних засобів, які перебувають у незаконному обігу, про кількість хворих на наркоманію тощо від самих споживачів наркотиків. Основними причинами цього є те, що споживачі наркотиків опинились поза суспільством. Поняття «споживач наркотиків» або «наркозалежний» асоціюється у суспільстві із поняттям «злочинець». У зв'язку з цим між споживачами наркотиків, державою та суспільством відносини розвиваються лише у напрямку невідворотного покарання для всіх осіб, які хоч якось пов'язані із незаконним обігом наркотиків. Звичайно, у такій ситуації неможливо визначити реальну картину обсягів незаконного обігу наркотиків, пов'язаної із ним злочинності та віднайти адекватні заходи їх запобігання.

Щодо такого напряму загальносоціального запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків, як реалізація кримінальної політики, складовими якої є кримінально-правова, кримінально-процесуальна та кримінально-виконавча політика, варто сказати, що нещодавно набрав законної сили Кримінальний процесуальний кодекс України, у зв'язку з чим внесені зміни до чинного Кримінального кодексу України та інших нормативних актів, проте, вони не вносять суттєві корективи в існуючу систему притягнення до відповідальності осіб, які вчинили злочини у сфері незаконного обігу наркотиків. Складова кримінально-виконавчої політики активно розвивається у напрямку запровадження інституту пробації та полегшення соціальної адаптації осіб, які звільнились із місць позбавлення волі.

Реалізація соціально-економічної політики в контексті загально-соціального запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків пов'язана із реалізацією соціальних прав (право на труд, освіту, охорону здоров'я, соціальне забезпечення тощо) осіб, які вчинили або засуджені за рецидивні злочини, пов'язані із незаконним обігом наркотиків та економічної політики.

Обов'язковими атрибутами будь-якої розвинутої та інституаційно оформленої політики, зокрема і соціальної, є наявність офіційної державної ідеології (цілей, принципів, пріоритетів), а також заходів та механізмів її реалізації (законодавчих, інституційних, фінансових інформаційних, пропагандиських, кадрових) [11, с. 57]. Вважаємо, що на сьогоднішній день в українському суспільстві не чітко визначена пануюча державна ідеологія, отже відсутні і єдині цілі та пріоритети у запобіганні наркотизму, злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків, зокрема і рецидивних. Це підтверджує негативна практика, яка пов'язана із пропагуванням на сторінках газет та телебаченні в необмежених об'ємах насилля, злочинної субкультури, стилю життя рецидивістів[1] та осіб, які вживають наркотики. За таких обставин складно реалізувати на практиці теоретичні положення щодо необхідності формування суспільної думки, яка направлена на створення атмосфери загального неприйняття наркотиків; пропаганди здорового способу життя; подолання пасивності та байдужості до проблем наркоманії; запобігання розвитку негативних особистісних та медичних наслідків зловживання наркотиками (запобігання розповсюдженню ВІЛ-інфекції, туберкульозу та інших небезпечних інфекційних захворювань); вести роз'яснювальну роботу серед населення про небезпеку немедичного вживання наркотиків, про необхідність дотримання антинаркотичного законодавства та правових наслідків його порушення [8].

Реалізація соціальної складової соціально-економічної політики відбувається завдяки діяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, закладів, причетних до надання послуг звільненим особам, покращення якості надання послуг, створення умов для соціальної адаптації їх в суспільство. За даними структурних підрозділів з питань соціального захисту населення в Україні мережа закладів/установ, що надають соціальні послуги бездомним особам та звільненим особам, станом на 01.07.2013 р. складається з 187 державних, комунальних та недержавних установ [6]. Варто відмітити, що центри лікування наркоманії та допомоги бездомним при релігійних установах діють в кожній області України. Вважаємо, що діяльність релігійних установ є перспективною у процесі запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків. Їх діяльність може впливати на рішення особи, яка раніше засуджена за будь-який злочин, відмовитись від продовження злочинної кар'єри. Нині діючі релігійні установи мають широкі можливості для роботи із дітьми та жінками, які є вразливими категоріями осіб перед загрозою поширення наркотизму в суспільстві та пов'язаного із цим явищем злочинності. Вважаємо, що посилення співпраці релігійних установ з органами виконавчої влади шляхом розширення сфери співпраці департаментів обласних державних адміністрацій, секторів районних державних адміністрацій та релігійних установ, а саме створення умов участі релігійних установ в процедурах соціального патронажу осіб, які звільнились із місць позбавлення волі, особливо якщо такі особи страждають наркоманією. Моральна і психологічна підтримка, яку можуть надати релігійні установи, є запорукою успішного лікування наркотичної залежності та продовження терміну ремісії цього захворювання, а це, в свою чергу, сприятиме послабленню дії факторів рецидивної злочинності у сфері незаконного обігу наркотиків, які обумовлюють вчинення особою рецидивного злочину для забезпечення себе наркотиком або для отримання коштів на його придбання.

Міністерство соціальної політики разом з регіональними структурними підрозділами з питань соціального захисту населення, Радою з питань соціального захисту бездомних громадян та осіб, звільнених з місць позбавлення волі, Кабінетом Міністрів України забезпечують розвиток систем реінтеграції бездомних осіб та соціальної адаптації осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк. Вказані органи і установи забезпечують координацію та виконання Концепції соціальної адаптації осіб, які відбували покарання у виді позбавлення волі на певний строк, до 2015 року; заходів, спрямованих на реалізацію Основних напрямів запобігання бездомності до 2017 року, які затверджені постановою КМУ від 13.03.2013 р. № 162.

З-поміж інших пріоритетними завданнями державного регулювання у сфері соціального захисту бездомних осіб є вирішення соціально-побутових питань осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, зокрема забезпечення їх житлом або тимчасовим притулком; сприяння оформленню засудженим особам, які готуються до звільнення з місць позбавлення волі та обмеження волі, паспорта громадянина України; надання засудженим особам, які

[1] *Під поняттям рецидивісти ми розуміємо осіб, які раніше вчиняли злочини. В різні періоди історії даний термін вживався для характеристики осіб, які мали кілька судимостей або професійних злочинців. В сучасній науці даний термін розуміється в кримінально-правовому та кримінологічному значеннях. В першому випадку під поняттям рецидивіст розуміється особа яка вчинила злочни і при цьому має незняту чи непогашену судимість за попередній злочин. В кримінологічному розумінні рецидивіст – це особа, яка раніше вчиняла злочини. При цьому, не має значення чи була вона притягнута до будь-якої відповідальності за їх вчинення.*

готуються до звільнення, матеріальної допомоги відповідно до законодавства. Крім того, центри соціальної адаптації сприяють у працевлаштуванні осіб, які є їх клієнтами, шляхом видачі направлення для здійснення підбору роботи, здійснення соціального супроводу звільнених із місць позбавлення волі на підприємстві, установі, організації за місцем роботи з метою адаптації клієнта до нових умов; надають центрам зайнятості інформацію про непрацюючих звільнених осіб, які є клієнтами центрів [1].

Незважаючи на таку детальну процедуру допомоги у працевлаштуванні осіб, які звільнились із місць позбавлення волі, значна частина осіб, засуджених за рецидивні злочини, є безробітними. За результатами проведеного нами кримінологічного дослідження, в межах якого вивчались матеріали кримінальних справ про рецидивні злочини у сфері незаконного обігу наркотиків, 77,6% засуджених за рецидивні злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів ніде не працювали. Частково розв'язання проблем працевлаштування та вирішення матеріально-побутових проблем осіб, які відбули покарання за рецидивний злочин лежить в площині необхідності перебудови свідомості осіб, які вчиняють рецидивні злочини у сфері незаконного обігу наркотиків, та прищеплення їм розуміння необхідності самовиховання та самореалізації.

Проте основним засобом розв'язання проблем працевлаштування осіб, які відбули покарання в місцях позбавлення волі є подолання економічної кризи в країні, удосконалення ідеологічної та організаційно-управлінської сфер життєдіяльності суспільства [7]. Вважаємо, що спрямування державних зусиль на налагодження роботи економічної системи сприятиме послабленню впливу блоку детермінант рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків, пов'язаних із станом економіки (безробіття, матеріально-побутові труднощі осіб, які раніше вчиняли злочини, або звільнились із місць позбавлення волі).

Реалізація економічної складової соціально-економічної політики в контексті запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків відбувається в Україні з певними труднощами, як пов'язані із браком коштів на фінансування діяльності суб'єктів соціального патронажу, особливо закладів охорони здоров'я та центрів соціальної адаптації. Недостатнє фінансування цих установ сприяє тому, що центри соціальної адаптації не можуть надати допомогу всім бажаючим стати їх клієнтами, та не відбувається впровадження новітніх способів допомоги наркозалежним. Варто повністю погодитись із твердженням Ю.М. Антоняна про те, що поки суспільство не буде витрачати на запобігання злочинності достатньо коштів, то неможливо буде і досягнути результатів цієї діяльності [2, с. 148-156].

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, варто сказати, що в Україні діє система загальносоціального запобігання рецидивних злочинів, які пов'язані із незаконним обігом наркотиків, підґрунтям якої є значна нормативна база, яка включає міжнародні документи, Конституцію України, закони та підзаконні нормативні акти.

Загальносоціальне запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків здійснюється в напрямах удосконалення правового регулювання цієї діяльності, запобігання поширенню явища наркотизму в суспільстві, лікування наркотичної залежності, здійснення соціального патронажу осіб, які звільнились із місць позбавлення волі. Проте межі та можливості здійснення заходів загальносоціального запобігання рецидивних злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків окреслені величиною фінансування діяльності суб'єктів та програм їх реалізації. Система загальносоціального запобігання рецидивних злочинів, які пов'язані із незаконним обігом наркотиків, потребує певного удосконалення.

По-перше, необхідно створити умови для того щоб більша кількість осіб, які є наркозалежними, виявили бажання звертатися за допомогою до медичних установ. У зв'язку з цим потребує перегляду існуюча система обліку осіб, які проходять лікування наркозалежності, в напрямі запровадження схем анонімного лікування або способів збереження конфіденційності інформації про хворого.

По-друге, необхідно переглянути систему суб'єктів та їх завдання у сфері загально-соціального запобігання рецидивних злочинів, які пов'язані із незаконним обігом наркотиків. Розробка цільової державної програми запобігання рецидивних злочинів, зокрема і у сфері незаконного обігу наркотиків, дозволить визначити чітке коло суб'єктів соціального патронажу та конкретні обов'язки кожного з них у процесі запобігання рецидивних злочинів. Крім того, спеціалізація суб'єктів соціального патронажу (визначення кола обов'язків у системі запобігання) дозволить розробити критерії визначення ефективності їх діяльності та в подальшому її реформувати.

По-третє, особливої уваги потребує сфера ідеології та виховання людини. Вважаємо, що першими кроками на шляху розв'язання проблем виховання особи з метою не допустити нею вчинення злочину або продовження злочинної кар'єри є розвиток освіти та науки із забезпеченням їх достойного фінансування; пропаганда у засобах масової інформації здорового способу життя; подолання пасивності та байдужості до проблем наркоманії, створення атмосфери загального неприйняття наркотиків у суспільстві.

Література:

1. Порядок взаємодії суб'єктів соціального патронажу звільнених осіб, затверджений наказом Міністерства соціальної політики України, МВС України, МОЗ України, Міністерства юстиції України 07.11.2011 № 429/831/769/3279/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uiphp.org.ua.
2. Антонян Ю. М. Криминология. Избранные лекции. – М. :«Логос», 2004. – С. 448.
3. Вплив програм замісної підтримуючої терапії на криміногенну ситуацію у державі: Аналітичний звіт за результатами наукового дослідження / О. М. Джужа, О. М. Стрільців, С. В. Дворяк, А. П Толопіло, В. Г. Ожогова та ін. ; за ред. О. М. Джужі. – Харків : Права людини, 2012. – 82 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uiphp.org.ua.
4. Вієвський А. М., Дворяк С. В., Синяк С. В. Лікування наркозалежності в Україні та оцінка її ефективності : Звіт про дослідження. – К., 2008. – 154 с. [Електронний ресурс]. – Режим

доступу : http://www.uiphp.org.ua/media/1484.
5. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика. Кн. 2 : Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – 712 с. – С. 583-593.
6. Інформація щодо соціального захисту бездомних осіб та соціального патронажу осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mlsp.kmu.gov.ua.
7. Криминология : учебник / под ред. проф. Малкова В. Д. – ЗАО Юстицинформ, 2004.
8. Кухарук В. В. Основы борьбы с организованной преступностью в сфере незаконного оборота психоактивных веществ. – Саратов : Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции. – Сателлит. 2007.
9. Проблеми наркополітики та епідемія ВІЛ-інфекції/СНІДУ в Україні (Вибрані матеріали) / Укладачі: С. В. Дворяк, Г. А. Пріб, В. В. Штенгелов, Т. О. Трецька. – Київ : Вид-во «К.І.С.», 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uiphp.org.ua.
10. Толопило А., Власенко Л. Регистрация потребителей наркотиков: практика, последствия и дальнейшие перспективы: Отчет об исследовании. – К., 2008. – 76 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uiphp.org.ua/media/1484.
11. Фахрутдинова Е. В., Хуснутдинова Л. М., Малышев А. Л. Социальная политика: роль и значение в повышении качества жизни населения // Экономические науки. – 2010. – № 12(73). – С. 57.

Забродская Т. А. Направления и содержание общесоциального предупреждения рецидивных преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков

Аннотация. Исследуется система общесоциального предупреждения рецидивных преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров. Раскрыто содержание основных мер предупреждения рецидивных преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков общесоциального уровня, которые реализуются в Украине.

Ключевые слова: предупреждение, рецидив, преступление, общество, политика, наркотики, наркомания.

Zabrodska T. Direction and contents of the all-social prevention drug-related recurrent crime

Summary. The article is devoted to system of prevention drug-related recurrent crime, which is general for society. The main measures of general prevention drug-related recurrent crime are described.

Key words: prevention, recurrent criminality, crime, society, policy, drugs addiction.

УДК 343.3/.7

Загодіренко П. О.,
аспірант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ДІЮЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Анотація. Стаття присвячена дослідженню кримінально-правової природи провокації злочину, визначенню ознак і особливостей провокаційної діяльності. Запропоновано шляхи удосконалення положень діючого кримінального законодавства України в частині провокації злочину.

Ключові слова: злочин, провокація, провокатор, особа, яку провокують, підбурювач.

Постановка проблеми. Однією з дискусійних проблем, що обговорюється в теорії кримінального права та має важливе практичне значення, є проблема відповідальності за провокацію злочину.

Перші спроби щодо кримінально-правового аналізу та визначення даного інституту були здійснені у другій половині XIX ст. В українському законодавстві поняття провокації з'явилось тільки в радянський період (законодавця цікавив виключно один аспект – провокація хабара).

Діюче національне кримінальне законодавство також не містить правових норм, які б дозволили вирішити цю проблему в повному обсязі. Кримінальний кодекс України [1] встановлює кримінальну відповідальність тільки за провокацію підкупу (ст. 370 КК). Але провокаційна діяльність можлива щодо фактично будь-якого умисного злочину: провокації підкупу; незаконного обігу зброї та наркотичних засобів, психотропних речовин, вчинення викрадень, зґвалтувань, вчинення податкових злочинів і т.д. Тому заслуговують на увагу позиції вчених про включення у кримінальний закон загальної норми «провокація злочину».

Аналіз дослідження проблеми. Серед вчених, роботи яких присвячені дослідженню кримінальній відповідальності за провокацію злочинів, можна виділити: О. І. Альошину, С. А. Бабич, Б. В. Волженкіна, О. В. Говорухіну, Н. Єгорову, О. О. Мастеркова, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, О. В. Побризгаєву, С. М. Радачинського, О. О. Рижову та інших.

Виклад основного матеріалу. У літературних джерелах більшість учених під провокацією злочину розуміють підбурювання до нього з метою викриття в майбутньому особи, яка вчинила це діяння.

В.Д. Іванов пропонує провокаторів притягувати до відповідальності як підбурювачів або організаторів [2, с. 31]. Зустрічаються пропозиції розглядати провокацію як пособництво або вважати її окремим злочином [3, с. 19].

О.В. Говорухіна дає наступне визначення провокації злочину, а саме, це – умисні односторонні дії особи (провокатора), спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину з метою викриття останньої у скоєному. При цьому провокація злочину відрізняється від підбурювання до вчинення злочину та не створює співучасті [4, с. 4].

О.Ф. Бантишев, С.А. Кузьмін вважають, що провокація злочину – це активні дії суб'єктів з умисного спонукання особи (осіб), які не мають злочинного умислу до скоєння злочину з метою наступного викриття особи, котра скоїла даний злочин [5, с. 105].

О.І. Альошина під провокацією злочину розуміє завідоме створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину, або співучасть у такому злочині з метою її викриття, шантажу або заподіяння іншої матеріальної чи нематеріальної шкоди такій особі [6, с. 4].

Підтримуємо думку тих науковців, які вважають, що провокаційна діяльність можлива по відношенню до будь-якого з умисних злочинів: отримання неправомірної вигоди службовою особою; підкупу службової особи юридичної особи приватного права; незаконного обігу зброї, наркотичних засобів чи психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів; злочинів проти власності, життя та здоров'я, честі та гідності; податкових та військових злочинів і т.д. У зв'язку з цим, слід зазначити, що існує необхідність в проведенні кримінально-правового аналізу видів провокаційної діяльності, результатом якого повинні стати теоретично обґрунтовані пропозиції стосовно удосконалення кримінального законодавства в частині провокації злочинів.

Єдине законодавче визначення провокації міститься у ст. 370 КК України. Згідно ч. 1 ст. 370 КК України, провокація підкупу – це свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Законодавець, на наш погляд, невиправдано звузив суб'єктів провокації, визначаючи такими лише службових осіб.

Провокаційна діяльність, у свою чергу, це діяльність особи, спрямована на виникнення у іншої особи бажання до вчинення різного роду дій, що тягнуть для останнього настання шкідливих наслідків.

Провокація, на думку окремих учених, є єдиним або більш ефективним засобом виявлення злочинного наміру, запобігання більш тяжким злочинам, розкриття вчинених кримінально караних діянь [7, с. 157-159].

Натомість, на думку В.Д. Іванова, провокаційна діяльність є суспільно небезпечною вже тому, що вона спрямована на організацію злочинів або підбурювання інших осіб до їх учинення [2, с. 30].

Ф.Г. Бурчак вважав, що «незалежно від мотивів провокація злочину становить кримінально-карану дію, оскільки сам спосіб викривання, що полягає в підбурюванні до вчинення злочину, є суспільно небезпечним і повинен тягти кримінальну відповідальність» [8, с. 128].

О.О. Мастерков переконує, що небезпечність цієї діяльності для відносин, охоронюваних кримінальним законом, має комплексний характер, стверджуючи, що суспільну небезпечність провокації визначають такі моменти:

а) вона визначається суспільною небезпечністю того злочину, до якого особа провокується;

б) в результаті провокації маємо, фактично, двох осіб, які посягають на охоронювані законом суспільні відносини – провокатор та особа, яку провокують;

в) власне провокатор має високий ступінь суспільної небезпечності [9, с. 49-51].

Досить вдало визначив суспільну небезпечність провокації Ю.В. Гродецький, а саме: суспільна небезпечність провокації злочину – це реальна можливість заподіяти істотну шкоду фізичній або юридичній особі, суспільству чи державі шляхом створення особою обставин та умов, що зумовлюють учинення злочину [10, с. 172].

Ознаки провокаційної діяльності:

- передбачає намір суб'єкта (провокатора) забезпечити односторонній вияв бажаної моделі поведінки з боку особи, яку провокують, що має лише зовнішні ознаки злочинного діяння;

- провокаційна поведінка здійснюється в порядку односторонньої умисної діяльності з боку винної особи, що не охоплюється свідомістю особи, яку провокують;

- мета дій провокатора – настання несприятливих наслідків для особи, яку провокують (дискредитація, шантаж або створення штучних доказів обвинувачення).

Слід зазначити, що формою вираження діяння при провокації злочину є тільки суспільно небезпечна дія, тобто активна поведінка винної особи. Форми провокації можуть бути різноманітними: поради, натяки, рекомендації, побажання тощо. Провокація злочину може також носити усний характер, виявлятися за допомогою жестів, письмово, демонстрацією якихось зображень тощо. Знаряддям можуть бути будь-які засоби передачі та носії такої інформації: телефонний або факсимільний зв'язок, Інтернет тощо. Провокатор також може діяти таємно, шляхом створення таких умов і обставин, що викликають у особи намір вчинити злочин.

З об'єктивної сторони провокаційні дії завжди повинні передувати злочинній поведінці особи, яка провокується. Більш того, створення обстановки, що викликає вчинення злочину, не лише повинно передувати виконанню діяння спровокованою особою, а й передувати виникненню у такої особи наміру вчинити злочин. Предмет провокації злочину носить факультативний характер.

Початковий момент провокації – дія, спрямована на створення обстановки, яка викликає намір вчинити злочин. Кінцевий момент – виникнення у особи наміру вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні.

Суб'єктивні ознаки провокації злочину. Суб'єктивна сторона провокації злочину характеризується наявністю прямого умислу і спеціальної мети – викриття особи. Прямий умисел свідчить, що винна особа усвідомлює провокаційний характер власних дій щодо іншої особи, яку вона провокує, і бажає вчинити такі дії. Відносно наслідків у вигляді виникнення у особи наміру вчинити злочин або взяти участь у його вчиненні з боку провокатора можливий також тільки прямий умисел. Водночас, при провокації у провокатора, по суті, відсутнім є прямий умисел на вчинення особою злочину. Тобто вчинення злочину не є кінцевою метою, а є засобом досягнення кінцевої мети – викриття спровокованої особи.

Мотиви вчинення такого злочину можуть бути різними: помста, кар'єризм, заздрість тощо.

Мета провокації злочину – штучне створення доказів вчинення злочину або шантаж. Під цією метою розуміється створення фактичних даних, що вказують на наявність складу злочину в діях провокованої особи.

Провокація у формі діяльності на практиці знаходить своє вираження також як провокаційна діяльність правоохоронних органів.

Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК України) є нормою КК України, яка може охоплювати випадки провокаційної діяльності. Підставою вчинення провокаційних дій у цьому випадку є вимушеність використання таких засобів. Тобто особа, яка виконує провокаційні дії, фактично переслідує мету, по-перше, приховати свій зв'язок із правоохоронними органами, по-друге, попередити злочинну діяльність організованої групи чи злочинної організації. Проте, якщо особа, виконуючи відповідне завдання, провокує учасників організованої групи чи злочинної організації вчинити злочини, передбачені ч. 2 ст. 43 КК України, відповідальність такої особи, за загальним правилом, не виключається і повинна наставати з урахуванням правил, передбачених ч. 3 ст. 43 КК.

Отже, особа, що вчинила провокаційні дії, підлягає кримінальній відповідальності лише за вчинення у складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків.

Провокацію злочину слід відрізняти від провокуючої поведінки, яка в кримінологічному аспекті розглядається як обставина, що породжує причини і умови вчинення злочину.

Провокацію злочину слід відрізняти і від підбурювання до злочину. Зазначимо, що юридична характеристика діяльності підбурювача випливає зі змісту ч. 4 ст. 27 КК України: «Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила співучасника до вчинення злочину». Відмінності полягають в наступному: по-перше, юридична природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною. Оскільки для підбурювання завжди притаманний ***двосторонній суб'єктивний зв'язок між особами***, тоді як при провокації може бути відсутнім такий зв'язок, провокатор може діяти таємно, шляхом створення умов і обставин, які обумовлюватимуть викриття особи, яку провокують. Отже, провокація є більш ширшим поняттям, ніж підбурювання. По-друге, для провокації обов'язковою суб'єктивною ознакою є спеціальна мета – викриття особи, яку спровокували на вчинення злочину. Така мета відсутня у випадку підбурювання до вчинення злочину.

Також відмінною рисою провокації є здійснення певних активних дій в ситуації, коли не було достатніх підстав вважати, що злочин був би вчинений без провокаційних дій.

Кваліфікація провокації підкупу за чинним кримінальним законодавством має свої особливості. Якщо службова особа схиляє іншу особу до вчинення підкупу, то це є підбурюванням до злочину (співучастю у підкупі) і кваліфікація відбувається із застосуванням ч. 3 ст. 27 КК. Якщо ж службова особа здійснює ці дії з метою подальшого викриття особи, то такі дії кваліфікуються як провокація підкупу (ст. 370 КК України). Вважаємо можливим виключення цієї норми із КК за умови введення загальної норми «провокація злочину», при цьому службове становище особи має бути кваліфікуючою ознакою даного злочинного діяння.

Можливо, саме наявність такої норми у кримінальному законі виконує превентивну функцію, і відсутність судової практики є тому підтвердженням. Як відомо, охоронна функція кримінального закону знаходить свій вияв і в забороні вчинення злочинного діяння та загрозі покарання тим, хто може вчинити таке діяння, а не лише в застосуванні покарання до особи, яка вчинила злочин.

Висновки. Резюмуючи, слід сказати, що спровокувати можна будь-який умисний злочин, у зв'язку з чим, вважаємо доцільним визначити провокацію злочину, як ***«умисні односторонні дії особи, спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчинення злочину з метою викриття останньої у скоєному»***, в Розділі III Загальної частини КК, закріпивши таким чином дефініцію досліджуваного правового явища, а також доповнити Розділ 18 Особливої частини Кримінального кодексу України нормою, що встановлює кримінальну відповідальність за провокацію злочину (виключивши ст. 370 КК України) у наступній редакції:

Стаття 396-1 Провокація злочину

1. Провокація злочину, –

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені особою з використанням свого службового становища, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років та зі штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Суб'єктом складу злочину, що пропонується, виступатиме фізична, осудна особа, що досягла віку кримінальної відповідальності – 16 років, а в кваліфікованому складі – це спеціальний суб'єкт, тобто особа, що використовує своє службове становище.

Література:

1. Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 р. (станом на 18.04.2013 р.).: [Електронний ресурс] – http://zakon2.rada.gov.ua
2. Иванов В.Д. Предупреждение и пресечение органами внутренних дел подготавливаемых преступлений: Учеб. пособ. – Хабаровск: Хабар. ВШ МВД СССР, 1984. – 64 с.
3. Радачинский С.Н. Ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Ростов-н/Д, 1999. – 188 с.
4. Говорухина Е.В. Понятие и правовые последствия провокации в уголовном праве: Автореф. Дис. К. ю.н. 12.00.08. – Ростов-н/Д, 2002. – 18 с.
5. Бантишев О.Ф., Кузьмін С.А. Провокація хабара як спеціальний вид співучасті у злочині // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2008. – № 19. – С. 105-112.
6. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. – Дніпропетровськ, 2007. – 19 с.
7. Навроцький В.О. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157-159.
8. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. – К.: Наук. думка, 1969. – 216 с.
9. Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Владивосток, 2000. – 184 с.
10. Гродецький Ю.В. Суспільна небезпечність провокації злочину // Проблеми законності. – 2009. – № 102. – С. 164-172.

Загодиренко П. А. Провокация преступления: уголовно-правовой анализ и совершенствование действующего законодательства

Аннотация. Статья посвящена исследованию уголовно-правовой природы провокации преступления, определению признаков и особенностей провокационной деятельности. Предложены пути совершенствования положений действующего уголовного законодательства Украины в части провокации преступления.

Ключевые слова: преступление, провокация, провокатор, лицо, которое провоцируют, подстрекатель.

Zagodirenko P. Provocation of a crime: criminal-legal analysis and improvement of existing legislation

Summary. The article investigates the criminal nature of provocation of a crime, the definition of specifications and features of provocative activity. Suggested ways to improve the ordinances of valid criminal laws of Ukraine in a part of provocation of a crime.

Key words: crime, provocation, a provoker, a person who is provoked, an instigator.

УДК 343. 9

Мельник П. В.,
кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального права і процесу Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького

ЗМІНИ І ДОПОВНЕННЯ ДО РОЗДІЛУ VIII ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПЕНАЛІЗАЦІЯ ЧИ ДЕПЕНАЛІЗАЦІЯ?

Анотація. У статті на основі теоретичних положень про пеналізацію і депеналізацію досліджено зміни і доповнення до розділу VIII «Злочини проти довкілля» Особливої частини Кримінального кодексу України.

Ключові слова: злочини проти довкілля, пеналізація, депеналізація, покарання, санкція.

Постановка проблеми у загальному вигляді. Визначення меж і характеру покарання за вчинення злочинів проти довкілля має важливе значення у сфері протидії цим злочинам. Питання щодо видів і розмірів покарання за злочини проти довкілля охоплюється інститутом пеналізації (депеналізації) даних злочинів. З моменту прийняття чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України) було внесено ряд змін до розділу VIII «Злочини проти довкілля» Особливої частини. А саме криміналізовано діяння, передбачені ст.ст. 239-1 і 239-2 КК України, а також зазнали змін і доповнень санкції ст.ст. 240, 245, 247, 248, 249, 254 КК України [1]. Тому є актуальним дослідження змісту цих змін і доповнень до розділу VIII Особливої частини КК України щодо видів і розмірів покарання за злочини проти довкілля.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні основи пеналізації (депеналізації) злочинів досліджували І.М. Антонов, Т.О. Бушуєва, М.Т. Валєєв, П.С. Дагель, О.І.Коробєєв, Н.О. Лопашенко та інші. В Україні значну увагу цьому питання приділили у дисертаційних дослідженнях П.Л. Фріс і А.А. Митрофанов. Проте, питання пеналізації (депеналізації) злочинів проти довкілля не знайшло відображення у працях науковців.

Постановка завдання. Метою даної статті є дослідження теоретичних положень щодо понять «пеналізація» і «депеналізація» і на підставі цього проаналізувати зміни і доповнення до розділу VIII «Злочини проти довкілля» Особливої частини Кримінального кодексу України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Пеналізація являє собою синтетичний процес, який складається з нормативного визначення характеру караності діянь та практичного призначення покарання за конкретний злочин [2, с. 32]. Проф. О.І. Коробєєв зазначає, що пеналізація – є процес визначення характеру караності діянь, а також їх фактична караність, тобто процес призначення кримінального покарання у судовій практиці [3, с. 137]. Тому вбачається, що пеналізація реалізується на законотворчому (визначення характеру караності діянь) і правозастосовному (призначення покарання за конкретний злочин) рівнях. Отже, виділяють два рівні пеналізації: законотворчий і правозастосовний.

Досить спірним є визначення пеналізації запропоноване М.Т. Валєєвим, який зазначає, що виступаючи однією з форм юридичного вираження кримінально-правової політики, пеналізація суспільно небезпечних діянь являє собою специфічну стадію боротьби зі злочинністю за допомогою кримінального покарання, на якій здійснюється його закріплення в кримінальному законі за кримінально-протиправні суспільно небезпечні діяння [4, с. 7]. Неточність цього твердження полягає у тому, що в даному випадку пеналізація співпадає з криміналізацією і втрачає своє окреме місце у кримінально-правовій політиці. Тому слід підтримати проф. Н.О. Лопашенко у тому, що неправильним є зведення пеналізації лише до встановлення кримінального покарання за діяння, що вже визнані злочинами, оскільки тут не враховується можливість застосування інших заходів кримінально-правового характеру; крім того, в такому розумінні є деякі протиставлення пеналізації криміналізації, їх штучна відірваність один від одного [5, с. 142].

У зв'язку з цим при співвідношенні пеналізації та криміналізації доцільно відмітити, що перша є значно ширша у часових рамках, оскільки вона крім законотворчого процесу, реалізується у правозастосовній діяльності судів. А криміналізація обмежується лише прийняттям нової кримінально-правової норми. А.А. Митрофанов, досліджуючи співвідношення понять «пеналізація» «криміналізація» слушно відмічає, що пеналізація є кількісна сторона криміналізації, її показник, мірило [6, с. 93].

Протилежністю пеналізації є депеналізація. О. І. Коробєєв вважає, що депеналізація охоплює лише діяльність пов'язану із незастосуванням покарання за вчинене криміналізоване діяння, а також звільнення від кримінальної відповідальності та покарання [3, с. 137-142]. П.Л Фріс заперечуючи цю позицію зазначає, що такий підхід вбачається обмеженим так як залишає за межами депеналізації випадки призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК) [2, с. 34-35]. На його думку, депеналізація – це процес незастосування покарання за діяння, яке передбачене чинним КК, як злочин, застосування інститутів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання, а також застосування до конкретної особи, визнаної винною у вчиненні злочину, більш м'якого покарання, ніж передбачено законом [2, с. 34-35].

Не менш спірним є й інше визначення депеналізації сформульоване О.І. Коробєєвим, у якому під цим поняттям розуміється незастосування покарання за вчинення вже криміналізованих діянь, а також встановлення у законі й застосування на практиці різних видів звільнення від кримінальної відповідальності або покарання [7, с. 49]. Оскільки він не врахував у цьому визначенні виключення з Кримінального кодексу окремих видів покарання, як у Загальній частині, так і з санкцій статей Особливої частини.

Позиція проф. С.Г. Чаадаєва полягає у тому, що депеналізація проявляється у трьох формах: перша пов'язана зі скороченням сфери кримінально-правового примусу шляхом прямого виключення діяння з числа злочинних; друга – поширення можливості звільнення від кримінального покарання на значно більше коло діянь; третя виражається у гуманізації кримінального покарання, перш за все у виді позбавлення волі [8, с. 50-51]. На нашу думку, перша форма (виключення діяння з числа злочинних) повністю ототожнюється з декриміналізацію, що є неприпустимим. Звичайно, при декриміналізації одночасно здійснюється і депеналізація, проте перша в такому випадку є визначальною у кримінально-правовій політиці. До того ж у зазначених визначеннях депеналізації не згадується законотворчий рівень депеналізації, тобто пом'якшення санкції конкретних злочинів, виключення окремих видів покарань з їх системи.

У зв'язку з цим погоджуємося із поняттям «депеналізація», запропонованим проф. Н.О. Лопашенко, яка відмічає, що депеналізація як протилежність пеналізації означає звуження меж державного примусу за вчинені злочинні діяння, яке виражається у звільненні винних від кримінальної відповідальності, у виключенні окремих покарань з конкретних санкцій або взагалі з системи покарань, у відмові від них через їх неефективність [5, с. 182].

Проаналізувавши теоретичні засади понять «пеналізація» і «депеналізація», можемо розуміти їх як протилежні поняття, які мають два рівні: законотворчий і правозастосовний. Перший здійснюється на законодавчому рівні і передбачає розширення (звуження) системи покарань, а також посилення (пом'якшення) санкцій конкретних злочинів. Другий – при розгляді судами матеріалів кримінального провадження. Пеналізація – це процес встановлення, розширення, посилення караності за злочинні діяння, а також призначення покарання. Тобто це встановлення в законі та реалізація на практиці видів і розмірів покарання за вчинені злочини. А депеналізація – це процес звуження, пом'якшення державного примусу за вчинені злочинні діяння, а також звільнення від кримінальної відповідальності та покарання.

Щодо пеналізації злочинів проти довкілля, то проф. П.С. Дагель і Т.О. Бушуєва відмічали, що пеналізуючи суспільно небезпечні посягання на навколишнє природне середовище, держава виходить з об'єктивних закономірностей розвитку суспільства, його економічної, класової, політичної структури; поширеності і суспільної небезпеки посягань даного виду; із необхідності та доцільності застосування кримінально-правових засобів боротьби з ними; порівнює заходи державного примусу зі ступенем суспільної небезпечності посягань на навколишнє природне середовище; використовує в якості засобів боротьби з ними такий «набір» видів покарання, за допомогою яких можна успішно впливати на особистість екологічного злочинця і попереджати антисуспільні прояви. При цьому головне – максимально зекономити заходи кримінальної репресії, що вимагає врахування рівня екологічної правосвідомості та можливостей впливу на неї відповідними санкціями [9, с. 49].

Що стосується змін і доповнень до розділу VIII «Злочини проти довкілля» (ст.ст. 139-1, 239-2, 240, 245, 247, 248, 249, 254) КК України, пов'язаних з пеналізацією (депеналізацією) злочинних діянь проти довкілля, то вони здійсненні на підставі законів України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо видобування бурштину)» № 2984-IV від 18.10.2005 р., «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» № 270-VI від 15.04.2008 р., «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля» № 1708-VI від 05.11.2009 р. і «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань мисливського господарства, полювання та рибальства, охорони, використання і відтворення тваринного світу» № 1827-VI від 21.01.2010 р.

Зокрема, законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо видобування бурштину)» № 2984-IV від 18.10.2005 р. [10] підвищено розмір штрафу до сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за основний склад злочину, передбачений ст. 240 КК України. Так, до внесення змін санкція цієї статті передбачала штраф до п'ятидесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Слід відмітити, що у 2009 році дану статтю було викладено у новій редакції, що спричинило й зміну її санкції. Про це буде зазначено нижче.

Відповідно до закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» № 270-VI від 15.04.2008 р. [11] зазнали змін ст.ст. 247 (Порушення законодавства про захист рослин), 248 (Незаконне полювання) і 254 (Безгосподарське використання земель) КК України. Зокрема, санкція основного складу злочину, передбаченого ст. 247 КК України, доповнена таким видом покарання, як громадські роботи на строк від ста двадцяти до двохсот годин. А ст. 248 КК України – громадськими роботами на строк від ста шістдесяти до двохсот сорока годин. Слід зазначити, що громадські роботи у цих статтях стали альтернативним покаранням штрафу і обмеженню волі. Тобто, не дивлячись не те, що назва Закону України № 270-VI від 15.04.2008 р. проголошує гуманізацію кримінальної відповідальності, він передбачив додатковий вид покарання. Щодо змін до ст. 254 КК України, то з її санкції було виключено такий вид покарання, як позбавлення волі. Тобто депеналізовано безгосподарське використання земель,

якщо це спричинило тривале зниження або втрату їх родючості, виведення земель з сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту. В цій ситуації назва даного закону щодо гуманізації була реалізована в повній мірі.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля» № 1708-VI від 05.11.2009 р. [12] було криміналізовано і, відповідно, депеналізовано ст. 239-1 (Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель) і ст. 239-2 (Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах). А також викладено в новій редакції ст. 240 (Порушення правил охорони або використання надр) і ст. 245 (Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу). Відповідно, покарання у виді штрафу до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за основний склад злочину, передбачений ст. 240 КК України, замінено на штраф від трьохсот до шестисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. А верхня межа цієї санкції змінилася з покарання у виді обмеження волі на позбавлення волі. Тобто, відбулася пеналізація, яка відображається як у збільшенні розміру штрафу, так і передбаченні більш тяжкого виду покарання. Що стосується ст. 245 КК України, то законом України № 1708-VI від 05.11.2009 р. поряд з обмеженням волі на строк від двох до п'яти років та позбавленням волі на той самий строк було закріплено альтернативне покарання у виді штрафу від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тобто передбачено менш тяжкий вид покарання, чим пом'якшено караність за цією статтею. Отже, можемо говорити про депеналізацію знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу. Проте, слід також відмітити, що нова редакція ст. 245 КК України розширила об'єктивні ознаки цього злочину.

Наступні зміни до розділу VIII Особливої частини Кримінального кодексу були внесені на підставі закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань мисливського господарства, полювання та рибальства, охорони, використання і відтворення тваринного світу» № 1827-VI від 21.01.2010 р. [13]. Вони стосуються пеналізації діянь, передбачених ст. 248 (Незаконне полювання) і ст. 249 (Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом) КК України. Зокрема, збільшено розмір штрафу за вчинення основних складів цих злочинів, закріпивши його розмір від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Попередня редакція передбачала штраф до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Також у кваліфікованих складах цих злочинів підвищено розмір штрафу зі 100-200 неоподатковуваних мінімумів доходів до 200-400 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Висновки. Проаналізувавши теоретичні засади понять «пеналізація» і «депеналізація», можемо розуміти їх як протилежні поняття, які мають два рівні: законотворчий і правозастосовний. Перший здійснюється на законодавчому рівні і передбачає розширення (звуження) системи покарань, а також посилення (пом'якшення) санкцій злочинів проти довкілля. Другий – при розгляді судами матеріалів кримінального провадження щодо злочинів проти довкілля.

Отже, на підставі дослідження змін і доповнень до розділу VIII Особливої частини Кримінального кодексу, можна сказати, що ними пеналізовано діяння, передбачені статтями 239-1 (Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель), ст. 239-2 (Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах), 240 (Порушення правил охорони або використання надр), 247 (Порушення законодавства про захист рослин), 248 (Незаконне полювання), 249 (Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом) КК України. Що стосується депеналізації злочинів проти довкілля, то вона відображена у змінах до ст. 245 (Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу) і ст. 254 (Безгосподарське використання земель). Тобто, не дивлячись на проголошення гуманізації кримінального законодавства, можна констатувати посилення кримінального покарання за злочини проти довкілля.

Література:

1. Кримінальний кодекс України : Кодекс, Закон України № 2341-III від 05.04.2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.
2. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. Л. Фріс. – К. : Атіка, 2005. – 332 с.
3. Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика. Проблемы криминализации и пенализации / Коробеев А. И. – Владивосток : Изд-во Дальневост. ун-та, 1987. – 268 с.
4. Валеев М. Т. Свойства уголовного наказания в свете теории пенализации [Электронный ресурс] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. – Томск, 2005 – 211 с.
5. Лопашенко Н. А. Уголовная політика / Н. А. Лопашенко. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 608 с.
6. Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. – Одеса : Вид-во Одеського юридичного інституту НУВС, 2004. – 132 с.
7. Российское уголовное право. Общая часть / Под ред. В. С. Комиссарова. – СПб. : Питер, 2005. – 560 с.
8. Чаадаев С. Г. Уголовная политика и преступность: проблемы, пути решения : пособие для слушателей народных университетов / С. Г. Чаадаев. – М. : Знание, 1991. – 112 с.
9. Дагель П. С., Бушуєва Т. А. Пенализация преступных посягательств на окружающую среду // П. С. Дагель, Т. А. Бушуева // Правоведение. – 1981. – № 6. – С. 49–55.
10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо видобування бурштину) : Закон України № 2984-IV від 18.10.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2984-15.
11. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності : Закон України № 270-VI від 15.04.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/270-17.
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля : Закон України № 1708-VI від 05.11.2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1708-17.
13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань мисливського господарства, полювання та рибальства, охорони, використання і відтворення тваринного світу : Закон України № 1827-VI від 21.01.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1827-17.

Мельник П. В. Изменения и дополнения к разделу VIII Особенной части Уголовного кодекса Украины: пенализация или депенализация?

Аннотация. В статье на основе теоретических положений о пенализации и депенализации исследованы изменения и дополнения в раздел VIII «Преступления против окружающей среды» Особенной части Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: преступления против окружающей среды, пенализация, депенализация, наказание, санкция.

Melnyk P. Amendments and supplements to Chapter VIII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine: penalization or depenalization?

Summary. The article is based on theoretical assumptions about the penalization and depenalization investigated amendments to section VIII «Crimes against the environment» of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: crimes against the environment, penalization, depenalization, punishment, sanction.

УДК 343.1

Михайлова І. М.
здобувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ,
помічник судді Верховного Суду України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ ТА СУДІВ У ЗАПОБІГАННІ ЗЛОЧИНАМ НЕПОВНОЛІТНІХ

Анотація. Стаття присвячена проблемам взаємодії правоохоронних органів та судів у реалізації завдань ювенальної юстиції щодо запобігання злочинам неповнолітніх. Автором визначено, що вивчення взаємодії вказаних органів державної влади обумовлено необхідністю підвищення результативності, ефективності та дієвості запобіжної діяльності у боротьбі зі злочинністю неповнолітніх. На підставі єдиної нормативної бази для професійної діяльності суб'єктів ювенальної юстиції, зокрема правоохоронних органів та судів, виділено завдання такої взаємодії, види, її організаційно-правові форми. Доведено, що найважливішою із форм взаємодії є координація спільних заходів щодо запобігання злочинам неповнолітніх. Зроблено висновок про відсутність єдиної системи органів та установ, які здійснюють захист прав дітей, недосконаліть правового регулювання питань взаємодії державних та недержавних установ у сфері запобігання правопорушень серед підлітків. Базовим органом, що забезпечуватиме координацію органів та установ, що здійснюють захист прав неповнолітніх, повинен бути суд. Проте для забезпечення узгодженості дій у сфері запобігання злочинам неповнолітніх потребує оптимізації діяльність правоохоронних органів, усунення дублювання функцій у роботі органів, на яких законом покладено здійснювати профілактику злочинності неповнолітніх, обов'язкове здійснення кримінологічного аналізу кримінального закону, а також інших нормативно-правових актів у сфері розвитку ювенальної юстиції.

Ключові слова: неповнолітній, ювенальна юстиція, правоохоронні органи, суд, запобігання злочинам, взаємодія, координація.

Постановка проблеми. На даному етапі розвитку держави злочинність неповнолітніх є актуальною проблемою. Це зумовлено не тільки тим, що неповнолітні завжди визнавалися злочинцями особливого роду, а й тим, що неповнолітні – одна з найбільш кримінально-уражених верств населення. Соціально-економічна криза в Україні, безробіття, невирішені завдання культурно-виховного характеру негативно впливають на формування молодого покоління. В окремих випадках ці явища обумовлюють відчуження неповнолітніх від офіційних інститутів соціалізації, таких, як сім'я, школа.

Проте у суспільстві дедалі сильніше утверджується думка, що виправити становище лише за допомогою каральних заходів кримінально-правового впливу на неповнолітніх злочинців неможливо. У зв'язку з цим виникає необхідність створення системи ювенальної юстиції, яка б являла собою комплексну взаємодію державних і недержавних інститутів, діяльність яких спрямована на захист прав дитини, правовий і соціальний вплив на дитину та її оточення через: державні структури (правоохоронні органи, суди, адвокатуру, служби у справах дітей, соціальні служби для дітей і молоді, органи та установи виконання покарань) і громадські організації, а також волонтерський рух, метою діяльності яких є захист прав дітей, запобігання вчиненню ними протиправних діянь та соціальна реабілітація неповнолітніх правопорушників.

Аналіз останніх досліджень та публікацій показав, що проблемами функціонування ювенальної юстиції в Україні та за кордоном займалися Крестовська Н.М., Лісхолєтова Ю.А., Левченко В.О., Зеленський С.М., Чередніченко Н.О., Амджадін Л., Гончарук О. [1] та інші вчені. Чинники злочинності неповнолітніх, які пов'язані з недоліками правоохоронної і правозастосовної діяльності, вже частково висвітлювалися у кримінологічній літературі. Зокрема необхідно відзначити вагомий доробок з цієї проблематики Закалюка А.П. [2, с. 456].

Ідею створення ювенального суду лише за наявності ефективної системи профілактики злочинності неповнолітніх, реалізації комплексу заходів, спрямованих на забезпечення стійкого функціонування системи з профілактики бездоглядності і запобігання вчиненню протиправних діянь неповнолітніми, запровадження ефективних ювенальних технологій захисту прав дітей і молоді (соціальних програм підтримки сімей), загальноосвітніх програм правової освіти для дітей висловлювала у наукових роботах Мачужак Я.І. [3, с. 39].

Проте окремі питання взаємодії правоохоронних органів та судів у реалізації завдань ювенальної юстиції щодо запобігання злочинам неповнолітніх ще не знайшли належного висвітлення і потребують подальших наукових досліджень.

Науковці та практики у сфері запобігання злочинам неповнолітніх звертають увагу на той факт, що ефективно, якісно та оперативно запобігати злочинним діянням дітей є можливим через впровадження у діяльність правоохоронних органів та судів принципів взаємодії, системності та комплексності [4, с. 250]. Взаємодія правоохоронних органів та судів між собою та із службами у справах дітей і спеціальними установами для дітей завжди відігравала важливу роль у запобіганні злочинів неповнолітніх. При об'єднанні зусиль правоохоронних органів та судів підвищується результативність, ефек-

тивність та дієвість запобіжної діяльності у боротьбі зі злочинністю неповнолітніх.

Таким чином, об'єктивна необхідність взаємодії обумовлена, з одного боку, спільністю задач, які стоять перед правоохоронними органами та судами у сфері запобігання злочинам неповнолітніх, з іншого боку – відмінностями в їх функціональному та структурному стані. Крім цього, на нашу думку, необхідність взаємних дій виступає як об'єктивна умова забезпечення цілісності системи при внутрішній та міжсистемній взаємодії, що сприятиме усуненню причин та умов вчинення злочинів неповнолітніми, налагодженню дієвого обміну інформацією, здійсненню профілактики правопорушень серед неповнолітніх.

Метою статті є визначення основних проблем у організації взаємодії правоохоронних органів та судів у сфері захисту прав дітей, які вступили у конфлікт із законом, а також під час здійснення запобігання злочинам неповнолітніх та окреслення шляхів їх вирішення.

Викладення основного матеріалу. Концепцією розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні, схваленою Указом Президента України від 24 травня 2011 року № 597/2011 встановлені основні заходи з розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх. Зокрема до таких заходів віднесено удосконалення превентивної та профілактичної роботи шляхом визначення механізмів взаємодії державних органів у сфері кримінальної юстиції.

Згідно із статтею 1 Закону України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», здійснення соціального захисту дітей та профілактики серед них правопорушень покладається в межах визначеної компетенції на:

1) центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері сім'ї та дітей, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері сім'ї та дітей, орган виконавчої влади Автономної Республіки Крим у сфері сім'ї та дітей, відповідні структурні підрозділи обласних, Київської та Севастопольської міських, районних державних адміністрацій, виконавчих органів міських і районних у містах рад;

2) уповноважені підрозділи органів внутрішніх справ;

3) приймальники-розподільники для дітей органів внутрішніх справ;

4) школи соціальної реабілітації та професійні училища соціальної реабілітації органів освіти;

5) центри медико-соціальної реабілітації дітей закладів охорони здоров'я;

6) спеціальні виховні установи Державної пенітенціарної служби України;

7) притулки для дітей;

8) центри соціально-психологічної реабілітації дітей;

9) соціально-реабілітаційні центри (дитячі містечка).

У здійсненні соціального захисту і профілактики правопорушень серед дітей беруть участь у межах своєї компетенції інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації незалежно від форми власності, окремі громадяни.

Концепцією реформування системи кримінальної юстиції України, затвердженою Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008, ювенальну юстицію визначено як спеціалізовану систему правосуддя для неповнолітніх.

Статтею 6 Закону України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» встановлено, що суди розглядають справи щодо неповнолітніх, які вчинили кримінальні правопорушення; адміністративні правопорушення у віці від 16 до 18 років; про поміщення дітей віком від 11 років у приймальники-розподільники для дітей; про адміністративну відповідальність батьків (усиновителів) або опікунів (піклувальників) неповнолітніх за невиконання ними своїх обов'язків щодо виховання і навчання дітей; про обмеження батьків у дієздатності, відібрання дітей та позбавлення батьківських прав, виселення осіб, позбавлених батьківських прав, якщо їх спільне проживання з дітьми, щодо яких вони позбавлені батьківських прав, неможливе; про поновлення батьківських прав і розв'язання спорів між батьками щодо місця проживання дітей; щодо інших питань, пов'язаних з особистими, житловими і майновими правами неповнолітніх.

Відповідно до вимог частини третьої статті 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», частини десятої статті 31 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) у місцевих загальних судах та апеляційних судах областей, міст Києва та Севастополя, апеляційному суді Автономної Республіки Крим діє спеціалізація зі здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх.

Судді (суддя), уповноважені здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, обираються з числа суддів відповідного суду зборами суддів цього суду за пропозицією голови суду або за пропозицією будь-якого судді цього суду, якщо пропозиція голови суду не була підтримана, на строк не більше трьох років і можуть бути переобрані повторно. Кількість суддів, уповноважених здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, визначається окремо для кожного суду зборами суддів цього суду. Суддею, уповноваженим здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, може бути обрано суддю із стажем роботи суддею не менше десяти років, досвідом здійснення кримінального провадження в суді і високими морально-діловими та професійними якостями. У разі відсутності в суді суддів з необхідним стажем роботи суддя, уповноважений здійснювати кримінальне провадження щодо неповнолітніх, обирається з числа суддів, які мають найбільший стаж роботи на посаді судді.

Кримінальне провадження щодо розгляду стосовно неповнолітньої особи обвинувального акта, клопотань про звільнення від кримінальної відповідальності, застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, їх продовження, зміну чи припинення, а також кримінальне провадження в апеляційному чи касаційному порядку щодо перегляду прийнятих із зазначених питань судових рішень здійснюються суддею, уповноваженим згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» на здійснення кримінального провадження стосовно неповнолітніх.

Для гарантування правового захисту неповнолітніх на досудовому слідстві і під час судового розгляду кри-

мінально-процесуальним законом передбачено спеціальні норми, що визначають особливості провадження у цих справах, зокрема: обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років та стосовно яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру (п.п. 1,2 ч. 2 ст. 52 КПК України); участь законного представника, педагога або психолога, а за необхідності - лікаря при проведенні допиту малолітньої або неповнолітньої особи, слідчих (розшукових) дій за участю малолітньої або неповнолітньої особи (ст.ст. 44, 226, 227 КПК України); доповнено предмет доказування у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх (ст. 485 КПК України), врегульовано порядок застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру (ст. 497 КПК України), а також підстави для застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності (ст. 498 КПК України).

Таким чином, нормативною базою для професійної діяльності суб'єктів ювенальної юстиції, зокрема правоохоронних органів та судів, в Україні є Конституція України, кримінальний процесуальний закон України, а також Закон України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей».

Вважаємо слушною точку зору науковців, які визначають взаємодію правоохоронних органів у сфері запобігання злочинам неповнолітніх як необхідну, спільну діяльність, що здійснюється на основі законних та підзаконних нормативно-правових актів у конкретних організаційних формах, узгоджену за метою, місцем та часом і спрямовану на забезпечення якісного та ефективного виконання покладених на них завдань для забезпечення реалізації гарантованих Конституцією України прав та свобод дітей, схильних до вчинення правопорушень, а також тих, які вступили у конфлікт із законом [4, с. 256].

Взаємодію умовно поділяють на окремі види. Залежно від їх характеру відокремлюється декілька видів взаємодії, кожен з яких має свої особливості. Зокрема, взаємодію правоохоронних органів із судами можна класифікувати за такими критеріями: 1) метою; 2) характером зв'язків; 3) способом вирішення завдань; 4) кількістю учасників; 5) часом і тривалістю спільних дій; 6) напрямами; 7) організаційно-правовою формою; 8) підставами виникнення; 9) спрямованістю функціонування. Найважливішою організаційно-правовою формою взаємодії є координація [5, с. 216-224].

Термін «координація», який походить від латинських слів «со» – префікс. що означає спільність, сумісність, і «ordinatio» – упорядкування, за своєю суттю полягає в узгодженні, поєднанні, приведенні до певного порядку чи відповідно до поставлених завдань складових частин чогось (понять, дій, речей тощо) [6, с. 345-346].

Сутність координації полягає у розробці, обговоренні та реалізації спільних заходів щодо запобігання злочинам неповнолітніх. Завдяки координації охоплюється широкий спектр боротьби зі злочинністю такого виду, забезпечується цілеспрямованість у вирішенні найбільш актуальних завдань, усуваються паралелізм та дублювання у роботі правоохоронних органів, більш раціонально розподіляються між ними сили та використовуються різноманітні правові засоби та методи роботи. Крім цього, важливим підсумком координаційної діяльності є стабільність правозастосовної практики. Вона також сприяє зміцненню законності в діяльності самих правоохоронних органів, покращує можливості впливу на цю діяльність засобами прокурорського нагляду та відомчого контролю.

Основною метою координації є сприяння узгодженим діям суб'єктів запобігання злочинам неповнолітніх щодо зменшення кількості злочинних проявів та зміцнення законності в межах певної територіальної одиниці. Проміжною метою координації може бути розв'язання проблем внутрішнього функціонування, серед яких основними є підвищення ефективності розкриття злочинів, виявлення та попередження помилок та недоліків досудового слідства тощо.

Поставлені при цьому цілі досягаються при розв'язанні ряду завдань, загальних для усіх органів, які беруть участь у координації. До таких завдань відносяться: а) активізація діяльності правоохоронних органів щодо запобігання злочинам неповнолітніх; б) об'єднання зусиль суб'єктів запобігання та усунення їх розмежованості у протидії злочинності; в) усунення паралелізму та дублювання у роботі органів, які зобов'язані здійснювати профілактику злочинності неповнолітніх, і забезпечення її конкретності; г) зміцнення законності в діяльності суб'єктів запобігання злочинам неповнолітніх.

Специфіка взаємодії правоохоронних органів та судів при виявленні і розслідуванні злочинів, вчинених неповнолітніми, та під час розгляду кримінальних справ щодо неповнолітніх залежить від низки обставин. Форми такої взаємодії можна класифікувати за кількома ознаками.

Залежно від стадії кримінального судочинства можна виділяти взаємодію: а) на стадії перевірки заяв, повідомлень та іншої інформації про злочин; б) під час досудового розслідування; в) під час розгляду кримінальних проваджень щодо неповнолітніх у суді.

Залежно від нормативно-правової регламентації можна вести мову про форми взаємодії: а) офіційні (процесуальні – передбачені КПК; офіційні непроцесуальні – передбачені іншими законами і підзаконними нормативно-правовими актами); б) неофіційні консультації фахівців.

Уповноважені підрозділи органів внутрішніх справ під час виконання їх повноважень у сфері профілактики правопорушень серед неповнолітніх взаємодіють із органами прокуратури, службами у справах дітей та спеціальними установами для дітей, а також судами.

Серед вчених давно ведуться дискусії, чи відноситься суд до числа правоохоронних органів та на цій підставі чи повинен займатися профілактикою злочинності, зокрема неповнолітніх. З огляду на вимоги ст. 6 Конституції України, державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Розділ VIII «Правосуддя» Конституції України визначає правові засади діяльності виключно судів. Кримінальним процесуальним законодавством передбачено, що в тих випадках, коли йдеться про неповнолітнього, суд обов'язково повинен вивчити цілий ряд специфіч-

них обставин, що стосуються такого підсудного. Зокрема, його вік, стан здоров'я, рівень розвитку, наявність у нього якихось захворювань, реальну, а не формальну характеристику, реальний сімейний стан, ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння, умови життя та виховання, наявність дорослих підбурювачів та інших співучасників кримінального правопорушення. Щоразу, розглядаючи таку справу, суд повинен прагнути зрозуміти причини того, що сталося з конкретним підлітком. Розглядаючи справу щодо неповнолітнього, суддя зобов'язаний уже при винесенні вироку думати про майбутню соціальну реабілітацію підлітка. А тому профілактична роль суду є дуже важливою, особливо під час судового розгляду справ кримінальних справ щодо неповнолітніх, виховний вплив якого посилюється особливою процедурою судового засідання, яке у випадках, передбачених законом, може бути закритим [7, с. 5].

Вивчення стану здійснення судочинства у справах про злочини неповнолітніх у судах деяких областей України за 2005-2010 роки засвідчило, що до набрання чинності Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» ефективним видом координації взаємодії правоохоронних органів та судів у запобіганні злочинам неповнолітніх було обговорення стану здійснення судочинства у цій категорії справ на розширених засіданнях президії апеляційних судів за участю суддів та голів місцевих судів, суддів апеляційних судів, Верховного Суду України, представників прокуратури відповідної області, кримінальної міліції у справах дітей, служб у справах дітей відповідних обласних державних адміністрацій.

У такий спосіб Верховним Судом України, апеляційними і місцевими судами вивчалася та узагальнювалася судова практика розгляду кримінальних справ про злочини неповнолітніх; здійснювався аналіз причин скасування та зміни судових рішень у кримінальних справах про злочини, вчинені неповнолітніми, відпрацьовувалися заходи щодо недопущення недоліків у роботі судів. За результатами таких вивчень судової практики систематично проводилися навчання та семінарські заняття із суддями, які згідно з наказами голів судів у місцевих та апеляційних судах закріплених розглядати справи про злочини неповнолітніх; аналізувався стан здійснення судочинства щодо розгляду справ неповнолітніх, використовувалися аналітичні дані для своєчасного вжиття заходів, щодо усунення порушень чинного законодавства; суддями апеляційних судів надавалася методична допомога місцевим судам при розгляді ними справ цієї категорії.

Законом України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» повноваження щодо розгляду цивільних та кримінальних справ в касаційному порядку надані Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Ураховуючи такі зміни, стан здійснення судочинства у кримінальних справах про злочини, вчинені неповнолітніми аналізується на зборах суддів апеляційних судів за участю голів місцевих судів областей, суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, представників прокуратури відповідної області, Державної судової адміністрації України та органів місцевого самоврядування. Таким чином, підводяться підсумки здійснення судочинства судами регіонів, визначаються завданням щодо підвищення якості судових рішень і забезпечення своєчасності розгляду справ вказаної категорії.

Висновки. Вивчення організаційних та правових засад існуючих на сьогодні в Україні органів та установ, які здійснюють захист прав дітей, та їх функцій дозволило дійти висновку про відсутність єдиної системи таких органів, недосконаліть правового регулювання питань взаємодії державних та недержавних установ у сфері запобігання правопорушень серед підлітків, відсутність комплексного реагування на правопорушення, вчинені ними, як правоохоронних органів, так і спеціальних установ, недостатнє залучення громадських організацій до цієї діяльності.

Для побудови системи органів ювенальної юстиції в Україні захист дитини має бути комплексним (цивільно-правовий та кримінально-правовий), система органів ювенальної юстиції повинна включати всі органи, установи та організації, які безпосередньо та опосередковано матимуть справу з дітьми.

Для забезпечення узгодженості дій у сфері запобігання злочинам неповнолітніх потребує оптимізації діяльність правоохоронних органів, усунення дублювання функцій у роботі органів, на яких законом покладено здійснювати профілактику злочинності неповнолітніх, обов'язкове здійснення кримінологічного аналізу кримінального закону, а також інших нормативно-правових актів у сфері розвитку ювенальної юстиції [8, с. 105-110].

Базовим органом, що забезпечуватиме координацію органів та установ, що здійснюють захист прав неповнолітніх, повинен бути суд. Це обумовлено тим, що судді, які розглядають кримінальні справи про злочини неповнолітніх, володіють, крім професійних знань, ще знаннями психології підлітків та з урахуванням усіх обставин справи здатні найбільш ефективно забезпечити захист прав та законних інтересів дітей, сімей, в яких вони виховуються.

Існує необхідність наголосити на потребі скоординованості роботи Верховної Ради України з судовою системою для комплексного розв'язання наявних проблем у сфері ювенальної юстиції.

Міжнародний та вітчизняний досвід свідчить, що тільки за участю суспільства можна повною мірою реалізувати виховний та правовідновний потенціал ювенальної юстиції. Тому вбачається за необхідне широко залучати громадськість, зокрема під час впровадження процедур примирення правопорушника із потерпілим.

Основним напрямом здійснення ювенальної юстиції є профілактика злочинності неповнолітніх, соціальна реабілітація неповнолітнього правопорушника в суспільстві. Пріоритетною у сфері превентивної протидії злочинності неповнолітніх є соціально-кримінологічна профілактика злочинів, у тому числі профілактика бездоглядності, безпритульності дітей та правопорушень серед них. Це потребує проведення цілеспрямованої державної політики, що сприятиме об'єднанню зусиль сім'ї, школи, громадських організацій, правоохоронних органів, суду, установ системи профілактики, засобів масової інформації. Складовими такої політики мають бути усунення соціально-психологічних причин та умов, що

сприяють злочинності підлітків, уважне відношення до них у сім'ї та школі, організація навчання, працевлаштування та проводження вільного часу тощо.

Потребують нових концептуальних підходів наукове та практичне розроблення проблем причин і умов злочинності неповнолітніх, реалізації заходів правового впливу стосовно них.

Література:

1. Крестовська Н. М. Ювенальне право України : генезис та сучасний стан : автореферат дис. на здобуття наук ступеня докт. юр. Наук : спец. 12.00.01 «теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Н. М. Крестовська. – Одеса : Одеська національна юридична академія, 2008. – 42 с. Ліхолєтова Ю. А. «Ювенальна юстиція як суб'єкт запобігання рецидивної злочинності молоді» // Бюлетень Міністерства юстиції України – 2011. – № 5. – С. 86-90. Левченко В.О. Ювенальна юстиція – необхідність сьогодення // Південноукраїнський правничий часопис – 2007. – № 2. – С. 61-63. Зеленський С. М., Чередніченко Н. О. «Перспективи створення системи ювенальної юстиції в подоланні проблемних питань у провадженнях по кримінальних справах дітей» // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – № 4. – С. 19-21. Амджадін Л., Гончарук О. Суспільні практики та законодавство у сфері правопорушень неповнолітніх. – К. : «К.І.С.», 2010. – 184 с.
2. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : / А. П. Закалюк / У 3-х кн. : Кн. 2 : Кримінологічна характеристика та запобігання окремих видів злочинів. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – 712 с.
3. Мачужак Я. В., Лавровська І. Б. «Формування системи ювенальної юстиції в Україні: перспективи створення ювенальних судів» // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 7. – С. 39.
4. Економічна безпека : навчальний посібник. / [О. Є. Користін, О. І. Барановський, Л. В. Герасименко] – КНТ. – 2009. – 400 с.
5. Бойко А. Недоліки діяльності правоохоронних та судових органів щодо запобігання та протидії економічній злочинності // Вісник Львівського університету. – Серія юрид. 2009. – Вип. 48. – С. 216–224.
6. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемчушенко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», 2001. – 550 с.
7. Косевич Н. Р. Роль суда в профилактике преступности несовершеннолетних // Российский судья. – 2005. - № 12. – с. 5.
8. Криминология –XX век / Под ред. В. Н. Бурлакова, В. П. Сальникова. – СПб., 2000 ; Шестаков Д. А. Понятие преступности в российской и германской критической криминологии // Правоведение. – 1997. – № 3. – 420 с.

Михайлова И. Н. Отдельные аспекты взаимодействия правоохранительных органов и судов по предупреждению преступлений несовершеннолетних

Аннотация. Статья посвящена проблемам взаимодействия правоохранительных органов и судов в реализации заданий ювенальной юстиции по предупреждению преступлений несовершеннолетних. Автором установлено, что изучение взаимодействия указанных органов государственной власти обусловлено необходимостью повышения результативности, эффективности и действенности предупредительной деятельности в борьбе с преступностью несовершеннолетних. На основании единой нормативной базы для профессиональной деятельности субъектов ювенальной юстиции, в том числе правоохранительных органов и судов, выделены задачи такого взаимодействия, виды, его организационно-правовые формы. Обосновано, что самой важной из форм взаимодействия является координация совместных мероприятий по предупреждению преступлений несовершеннолетних. Сформулирован вывод об отсутствии единой системы органов и учреждений, которые осуществляют защиту прав детей, несовершенстве правового регулирования вопросов взаимодействия государственных и негосударственных учреждений в сфере предупреждения правонарушений среди подростков. Базовым органом, который обеспечивает координацию органов и учреждений, которые осуществляют защиту прав несовершеннолетних, должен быть суд. Для обеспечения согласованности действий в сфере предупреждения преступлений несовершеннолетних требует оптимизации деятельность правоохранительных органов, устранение дублирования функций в работе органов, которые закон наделил полномочиями осуществления профилактики преступности несовершеннолетних, обязательное осуществление криминологического анализа уголовного закона, а также других нормативно-правовых актов в сфере развития ювенальной юстиции.

Ключевые слова: несовершеннолетний, ювенальная юстиция, правоохранительные органы, суд, предупреждение преступлений, взаимодействие, координация.

Mykhailova I. Some aspects of cooperation between the law enforcement agencies and the courts in preventing juvenile crimes

Summary. The article deals with cooperation of the law enforcement agencies and the courts in realization of the tasks of juvenile justice on prevention of the juvenile crimes. According to the author studying of cooperation between the mentioned authorities is determined by the need to upgrade productivity, effectiveness and efficiency of preventive activity in combating juvenile delinquency. The tasks of cooperation, its types and legal forms have been defined on the basis of the uniform regulatory framework for professional activity of juvenile justice entities, including the law enforcement agencies and the courts. It is proved that coordination of joint activities on prevention juvenile crimes is the most important form of cooperation. It is concluded that there is no uniform system of agencies and institutions involved in protecting children's rights, imperfect legal regulation of coordination of government and non government institutions in the field of prevention teenagers' crimes. The court should be the basic agency called for ensuring coordination of agencies and institutions involved in protection of juvenile rights. However, in order to ensure consistency of acts in the sphere of juvenile crimes prevention there is a need to optimize activity of the law enforcement agencies, remove duplication of functions in the activity of agencies compelled by the law to conduct measures for juvenile crime prevention, fulfill necessary criminological analysis of the criminal law and other legal acts in the field of juvenile justice development.

Key words: juvenile, juvenile justice, law enforcement agencies, court, crimes prevention, cooperation, coordination.

УДК 343.2

Чеботарьова Г. В.,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри спеціальних правових наук
Кримського економічного інституту
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ У СФЕРІ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Анотація. У статті досліджуються питання юридичної природи, видів, значення обставин, що виключають кримінальну відповідальність медичних працівників. Обґрунтовується думка про відсутність протиправності і суспільної небезпечності в легальній медичній діяльності.

Ключові слова: медична діяльність, протиправність, кримінальна відповідальність, правопорядок, медичний працівник.

Постановка проблеми. Лікувальна (в т. ч. діагностична, профілактична) медична діяльність передбачає вплив на людину, який у вузькому розумінні можна вважати заподіянням їй шкоди, для неї характерне використання сильнодіючих, агресивних, різноманітних за ступенем небезпеки засобів діагностики та лікування (рентгенівське обладнання, радонові ванни, лазерні апарати, сильнодіючі, наркотичні лікарські препарати, препарати з вмістом отруйних речовин тощо). Інвазійне медичне втручання також означає порушення анатомічної цілості органів або тканин тіла людини, втручання у їх фізіологічні функції (з кримінально-правової точки зору це відповідає об'єктивним ознакам тілесного ушкодження), заподіяння болю, страждань, психологічних стресів, тимчасової втрати працездатності тощо. У цьому зв'язку закономірно, що серед засад кримінально-правового статусу медичних відносин виділяється *принцип неминучості заподіяння шкоди пацієнтові при наданні йому медичної допомоги* [1, с. 22-24].

У медицині суб'єкти часто змушені балансувати між різними інтересами: з одного боку, слід зважити на (можливі чи й неминучі) негативні результати для здоров'я (а в багатьох випадках – і для життя) пацієнта при несвоєчасному медичному втручанні чи утриманні від нього, з іншого – враховувати наслідки (у т. ч. несприятливі) цього втручання. В проблеми є й третій бік (суто юридичний): і ненадання медичної допомоги, і заподіяння шкоди пацієнтові може бути оцінене як протиправна дія (бездіяльність), у т. ч. і з перспективною кримінальної відповідальності за них медичного працівника.

Якщо право (кримінальне в тому числі) ігноруватиме зазначені обставини, то на згадані загрози й наслідки має здійснюватися реакція лише у вигляді заходів репресивного правового впливу, що небезпечне зупинкою розвитку практичної й науково-дослідницької сфер медицини. Тому забезпечення кримінальним правом правопорядку в медицині передбачає, зокрема, виявлення принципів оцінки правомірності результатів впливу цієї діяльності на суспільні й індивідуальні блага, що захищаються законом. Вирішення останнього завдання передбачає використання положень кримінально-правового інституту обставин, що виключають злочинність діяння.

Стан дослідження. На деякі проблеми змісту юридичних підстав, що усувають кримінальну відповідальності за діяння медичних працівників, що зовні подібні до передбачених кримінальним законом злочинів, зверталася увага в працях Ю. Бауліна, П. Андрушка, В. Глушкова, Ф. Бердичевського, С. Стеценка, М. Анчукової, І. Івшина, В. Битєєва, П. Мазіна, Г. Пономарьова, О. Ющик та деяких інших фахівців в галузі кримінального та медичного права. Однак не всі питання, на нашу думку, остаточно вирішені.

Тому **метою цієї роботи** є продовження розробки питань, які стосуються юридичної природи, видів, значення обставин, що виключають кримінальну відповідальність медичних працівників.

Виклад основного матеріалу. Надання суспільством лікарям права втручатися у сфери безпеки здоров'я та життя людини соціально обумовлене й виправдане. За наявності підстав для такого втручання, його доцільності, виконання у відповідності з визнаними медичною наукою технологіями настання несприятливих (зовні шкідливих) наслідків отримує позитивну чи нейтральну суспільну оцінку, визнається правомірним. Хоча слід визнати, що і при такій оцінці не виключений конфлікт між пацієнтом і лікарем, бо медицина не гарантує стовідсотково одужання, поліпшення якості життя і збільшення його тривалості всім хворим без винятку [2, с. 44-48]. Тому висвітлення кримінально-правових аспектів забезпечення правопорядку в сфері медичної діяльності неможливе без звернення до кримінально-правового інституту *обставин, що виключають злочинність діяння*. Вони відіграють роль юридичних підстав для виключення кримінальної відповідальності за вчинення діянь, які зовні подібні до передбачених кримінальним законом злочинів.

Юридична природа обставин цієї групи визначається у науці по-різному (на думку деяких авторів, за їх наявності втрачається така ознака злочину, як суспільна небезпечність; інші вважають, що відсутність суспільної небезпеки властива лише деяким з цих обставин, треті вказують, що в них відсутня і суспільна небезпечність, і протиправність тощо) [3, с. 17]. Відповідно, в теорії кримінального права в різний час виділялися різні групи підстав, за наявності яких дії особи, які співпада-

ють за своїми ознаками зі злочинами, не тягнуть кримінальної відповідальності: обставини, які виключають суспільну небезпечність діяння, обставини, які виключають протиправність діяння, обставини, що виключають караність діяння [4, с. 11-12; 5, с. 346-392; 6, с. 191]. У чинному КК використано поняття «обставини, які виключають злочинність діяння».

Проблема обставин, наявність яких усуває кримінальну відповідальність за дію чи бездіяльність у сфері медичної діяльності, виникає лише при відповідності об'єктивних й суб'єктивних ознак останніх і протиправних діянь, описаних в Особливій частині КК. Якщо діяння не заподіяло змін в об'єктах кримінально-правової охорони, не створило їм загроз, необхідність застосування положень про обставини, що виключають злочинність, не виникає. Неточно, на нашу думку, вказують на цей принциповий момент О.Г. Кібальник та Я.В. Старостіна, які, торкаючись питання про обставини, що виключають злочинність діяння у сфері медичної діяльності, вказують, що «шкода, заподіяна медичним працівником в таких умовах, об'єктивно є суспільно небезпечною» [7, с. 52]. Суспільна небезпечність стосується не лише змін у сфері об'єктів кримінально-правової охорони, а і їх соціально-політичної оцінки. Відповідаючи злочинним наслідкам фактично, за формою результати правомірного впливу медичної діяльності такими наслідками не визнаються.

Крім того, слід зауважити, що застосування положень про зазначені обставини доцільне лише у випадках, коли відсутні інші причини для визнання діяння у сфері медичної діяльності незлочинним (казусу, добросовісної лікарської помилки тощо).

Обставини, які виключають злочинність діяння, може бути класифіковано за різними критеріями. Зокрема, за правовими підставами Ю.В. Баулін розрізняє обставини, передбачені Загальною частиною КК, передбачені Особливою частиною КК, та передбачені іншими, не кримінально-правового характеру нормативними актами.

У межах інституту кримінально-правової охорони правопорядку у сфері медичної діяльності передбаченими Особливою частиною КК обставинами є: 1) поважні щодо невиконання професійних обов'язків причини (ст. 139 КК); 2) згода пацієнта або його законного представника (ст. 141 КК).

Обставина, передбачена іншими (не кримінально-правового характеру) нормативними актами, – це положення Закону про трансплантацію, в якому визначено умови правомірності трансплантації. Загальні ж обставини, що можуть бути використані при оцінці випадків заподіяння шкоди у сфері медичної діяльності у неординарних, екстремальних, конфліктних ситуаціях, перебувають у межах норм, визначених розділом Загальною частиною КК – це діяння, пов'язане із ризиком (ст. 42 КК) і крайня необхідність (ст. 39 КК).

Однак правові підстави відсутності суспільної небезпечності в легальній медичній діяльності містяться не лише в зазначеному. При здійсненні професійної медичної діяльності небезпека заподіяння невизначеної шкоди особі є типовою рисою. При цьому вона, як зазначалося, соціально прийнятна, врегульована законодавством (правомірна). Тому щодо повсякденної професійної діяльності медика посилання на передбачені КК обставини, що виключають злочинність діяння, є зайвим. Останні регулюють поведінку громадян, професіоналів, службових осіб у випадках, пов'язаних із безпосередньою, конкретною, реальною небезпекою шкоди для правоохоронюваних інтересів. При виконанні ж професійних функцій у повсякденній лікувально-профілактичній діяльності небезпека, як правило, ще не проявилася, існує лише її вірогідність, і заподіяння шкоди є не тільки реакцією для відвернення загрози, яка виникла випадково, а й може плануватися заздалегідь [8, с. 52]. Тут сама по собі медична діяльність зумовлює допустимість потенційних загроз об'єктам кримінально-правової охорони. Заслуговує на увагу позиція П.П. Андрушко щодо ознак, які характеризують шкідливу діяльність у будь-якій соціально значущій сфері як правомірну: «1) соціальна корисність або ж допустимість відповідної діяльності; 2) виконання професійних чи службових обов'язків компетентною особою і в межах її компетенції; 3) дотримання правил, які регламентують конкретний вид професійної чи службової діяльності; 4) вибір таких засобів і методів, які або виключали б взагалі можливість заподіяння шкоди інтересам, що охороняються правом, або робили б її мінімально допустимою 5) наявність у необхідних випадках згоди особи, життю чи здоров'ю якої створюється загроза заподіяння шкоди» [9, с. 231-232]. Медична діяльність традиційно, «класично» вписується у вказані ознаки правомірності: вона соціально схвалювана, здійснюється згідно потреб суспільства компетентними суб'єктами з належною освітою та практичними навичками; існує комплекс соціальних (нормативних та моральних) регуляторів різного рівня, які регламентують професійну поведінку медиків; основні засади цієї поведінки вимагають мінімізації, обмеження шкоди, яка завдається в її ході. Отже, ***здійснення професійних функцій медичним працівником є обставиною, яка визначає правомірність його дій при наданні медичної допомоги чи послуги і, відповідно, виключає їх протиправність і суспільну небезпечність.***

Викладене не дозволяє погодитися з твердженням, що медичний працівник нібито опиняється в стані крайньої необхідності чи виправданого ризику, які виключають злочинність діяння завжди, коли надає медичну допомогу чи послугу (подібні думки обстоюють, зокрема, І. Івшин, В. Бітєєв, П. Мазін, Г. Пономарьов) [10, с. 33-38; 54, с. 28]. Правомірність заподіяння шкоди у медичній діяльності слід визначати в першу чергу не цими положеннями (хоча їм належить досить важливе місце у комплексі кримінально-правових засобів забезпечення правопорядку в цій сфері), а нормами законодавства про охорону здоров'я та іншими нормативними актами, які регламентують права й обов'язки медичних працівників. Вони мають самостійне значення і здебільшого не конкретизують положення кримінального закону про правомірне заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони [11, с. 87]. Лише іноді законодавець уточнює їх, виділяючи кримінальним законом деякі різновиди виконання професійних чи службових функцій (діяння, пов'язане з ризиком, виконання спеці-

ального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації – ст.ст. 42, 43 КК).

Порушуючи проблему обставин, які виключають злочинність діяння в медицині, не можна обійти увагою проблему евтаназії – умисного прискорення смерті невиліковно хворого з метою припинення його страждань [12, с. 138-145]. У кримінальному праві її оцінка досить часто пов'язується з відповідальністю саме медичного працівника за заподіяння смерті [13, с. 110-119]. Погляд на евтаназію в цьому ракурсі не вичерпує цього складного питання, яке має не лише кримінально-правовий, а й суспільний, загальноправовий, релігійно-моральний, екзистенційний, природно-правовий аспекти [14]. Зв'язок проблем евтаназії з забезпеченням правопорядку в сфері медицини зумовлюється тим, що одним з її різновидів є вбивство невиліковно хворого за його проханням, яке здійснюється медичним працівником. У деяких країнах (зокрема, в Нідерландах, Бельгії, Уругваї, деяких штатах США) евтаназія легалізована. В Швейцарії нещодавно було визнано правомірною евтаназію пацієнтів не лише із невиліковними фізичними недугами, а й тих, що страждають на невиліковний, постійний, тяжкий психічний розлад [15]. У кількох європейських країнах розглядається питання про законодавство щодо евтаназії (Франція, Данія). Водночас переважна більшість країн евтаназію забороняє, кваліфікує її як умисне вбивство (просте або привілейоване – як, приміром, зроблено у Польщі, Німеччині, Австралії, Англії). Таким чином, евтаназію в кримінальному праві держав, де її легалізовано, можна вважати як специфічну обставину, що виключає злочинність діяння представника медперсоналу, яке полягає в позбавленні життя іншої особи [16, с. 17-37; 17, с. 28-29; 18, с. 194-201; 19, с. 55-60].

Оцінка законодавством України евтаназії негативна, що підкреслено низкою заборон – ч. 4 ст. 281 ЦК забороняє задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя; ч. 3 ст. 52 Основ забороняє медичним працівникам здійснювати евтаназію (навмисне прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань). Дозволяється припинення активних заходів щодо підтримання життя хворого в тому випадку, коли стан людини визначається як незворотна смерть [20, ст. 19]. Цей момент в медицині пов'язується зі смертю мозку – повним та незворотним припиненням всіх його функцій, які реєструються при серці, що працює, та примусовій вентиляції легенів. Смерть мозку прирівнюється до смерті людини. Рішучим для констатації смерті мозку є поєднання факту припинення функцій всього головного мозку з доказом незворотності цього припинення [21]. Однак це не свідчить про хоча б часткову легалізацію евтаназії в Україні, бо припинення активних заходів щодо підтримання життя хворого закон дозволяє медичним працівникам після того, як зникає об'єкт, який охороняється кримінальним законом – життя людини [22, с. 138-145]. Дії (бездіяльність), які вчиняються ними після цього моменту, не є кримінальним правопорушенням, але не через наявність обставини, яка виключає злочинність діяння, а у зв'язку із відсутністю складу злочину. Отже, серед обставин, що виключають злочинність діяння в українському кримінальному праві евтаназія не передбачена. Акт евтаназії, вчинений медичним працівником, кваліфікується як злочин проти життя (умисне вбивство).

Висновки:

1. Інститут обставин, що виключають злочинність діяння як юридичних підстав усунення кримінальної відповідальності за вчинення медичними працівниками діянь, що за зовнішніми ознаками подібні до передбачених кримінальним законом злочинів проти життя та здоров'я, відіграє помітну роль в охороні правопорядку в сфері медичної діяльності.

2. Для інституту кримінально-правової охорони правопорядку в сфері медичної діяльності актуальні наступні обставини, які виключають злочинність: *загальні* – діяння, пов'язане із ризиком, крайня необхідність, *спеціальні* – поважні до невиконання професійних обов'язків причини (ст. 139 КК), згода пацієнта або його законного представника (ст. 141 КК). Стосовно повсякденної професійної діяльності медичного працівника посилання на будь-які обставини, що виключають злочинність діяння, зазначені в кримінальному законі, є зайвим – вона сама по собі детермінує допустимість створення потенційних загроз об'єктам кримінально-правової охорони та усуває загрозу кримінальної відповідальності за їх створення або реалізацію.

3. Неприпустимо вважати евтаназію специфічною обставиною, що виключає злочинність діяння в сфері медичної діяльності. Цей висновок базується не тільки на тому, що евтаназія в українському кримінальному праві не передбачена серед обставин, що виключають злочинність діяння, а й на тому, що наслідком евтаназії є позбавлення потерпілого життя – найважливішої цінності, яка охороняється кримінальним законом.

Література:

1. Битеев В. Крайняя необходимость и обоснованный риск в медицинских отношениях / В. Битеев, П. Мазин, Г. Пономарев // Уголовное право. – 2001. – № 3. – С. 22-24.
2. Стеценко С. Г. Юридичний конфлікт у сфері медичної діяльності (теоретико–правовий аспект) / С. Г. Стеценко // Вісник Академії митної служби України. Серія «Право». – 2009. – № 1. – С. 44-48.
3. Орехов В. В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 217 с.
4. Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность / И. И. Слуцкий. – Л. : Изд-во ЛГУ,1956. – 118 с.
5. Курс советского уголовного права : в 6 т. / ред. колегія: А. А. Пионтковский и др. – М. : Наука, 1970–1971. – Т. 2 : Часть Общая. Преступление / А. А. Пионтковский. – 1970. – 516 с.
6. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. для студентів юрид. вузів і фак / за ред. П. С. Матишевського та ін. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – 512 с.
7. Кибальник А. Г. Актуальные проблемы уголовной ответственности медицинских работников / А. Г. Кибальник, Я. В. Старостина. – М. : Илекса, 2006. – 92 с.
8. Михайлов В. Выполнение профессиональных функций, как обстоятельство, исключающее преступность деяния / В. Михайлов // Уголовное право. – 2002. – № 2. – С. 51-54.
9. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. для студентів юрид. вузів і фак / за ред. П. С. Матишевського та ін. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – 512 с.
10. Ившин И. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в сфере профессиональной медицинской деятельности

/ И. В. Ившин // Медицинское право. – 2006. – № 1. – С. 33-38.
11. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния / Ю. В. Баулин. – Х. : Основа, 1991. – 360 с.
12. Бородин С. Убийство из сострадания и проблема эвтаназии / С. Бородин, В. Глушков // Общественные науки и современность. – 1992. – № 4. – С. 138-145.
13. Грищук В. К. Еутаназія: суспільна та кримінально-правова оцінка / В. К. Грищук // Право України. – 2010. – № 9. – С. 110-119.
14. Капинус О. С. Эвтаназия как социально–правовое явление (уголовно–правовые проблемы) : автореф. дис. … на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» [Електронний ресурс] / О. С. Капинус. – М., 2006. – Режим доступу : http://sartraccc.sgap.ru/i.php?oper=read_file&file.
15. Евтаназія психічно хворих // Юридичний вісник України. – 2007. – № 6 (10–16 лютого).
16. Крылова Н. Е. Эвтаназия: уголовно-правовой аспект / Н. Е. Крылова // Вестн. МГУ. Сер. 11. Право. – 2002. – № 2. – С. 17-37.
17. Савченко А. В. Евтаназія: кримінально-правовий аспект / А. В. Савченко // Міліція України. – 2006. – № 3. – С. 28-29.
18. Мирошниченко О. А. Эвтаназия – проблема международно-правового и национально-правового регулирования / О. А. Мирошниченко // Проблеми законності. – 2004. – № 65. – С. 194-201.
19. Петросян М. Е. Эвтаназия как моральная и правовая проблема / М. Е. Петросян // США. Канада. Экономика. Политика. Культура. – 2002. – № 2 (236). – С. 50-66.
20. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19. 11. 1992 р. № 2801–XI // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 19.
21. Інструкція щодо констатації смерті людини на підставі смерті мозку : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 25.09.2000 № 226.
22. Бородин С. Убийство из сострадания и проблема эвтаназии / С. Бородин, В. Глушков // Общественные науки и современность. – 1992. – № 4. – С. 138-145.

Чеботарева Г. В. Проблемы определения обстоятельств, исключающих преступность деяния в сфере медицинской деятельности

Аннотация. В статье исследуются вопросы юридической природы, видов, значения обстоятельств, исключающих уголовную ответственность медицинских работников. Обосновывается мнение об отсутствии противоправности и общественной опасности в легальной медицинской деятельности.

Ключевые слова: медицинская деятельность, противоправность, уголовная ответственность, правопорядок, медицинский работник.

Chebotareva G. The problems of the circumstances that eliminate criminality of medical activities

Summary. The article reviews the problems of legal characterization, kinds, significance the circumstances that eliminate criminality of medical profession. The author substantiate the view about the absence of illegality and danger to society in the legal medical practice.

Key words: medical activity, illegality, criminal responsibility, law and order, health care worker.

УДК 343.6

Чмут С. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного та трудового права Запорізького національного університету

ГЕНЕЗИС ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТАТЕВІ ЗНОСИНИ З ОСОБОЮ, ЯКА НЕ ДОСЯГЛА СТАТЕВОЇ ЗРІЛОСТІ

Анотація. Стаття присвячена аналізу історичних тенденцій розвитку вітчизняного законодавства щодо кримінальної відповідальності за статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, статева зрілість, особи, які не досягли статевої зрілості, історія розвитку законодавства.

Постановка проблеми. Історія розвитку на теренах України законодавства про кримінальну відповідальність за добровільні статеві зносини з неповнолітніми та малолітніми особами характеризується суперечливим ставленням суспільства і держави до цього явища. З одного боку, тривалий час особи, які не досягли статевої зрілості, не захищалися кримінально-правовими нормами від ненасильницьких форм статевих зносин з ними, з іншого – існували норми про відповідальність за здійснення статевих актів ненасильницького характеру, що розглядались як блуд або кровозмішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми кримінально-правової кваліфікації, протидії та профілактики статевих злочинів, розуміння соціально-біологічної природи, детермінант та механізмів цих явищ були предметом досліджень багатьох правників, серед яких необхідно зазначити роботи Ю.В. Александрова, О.М. Ігнатова, О.Г. Кальмана, Г.П. Краснюк, Т.Д. Лисько, В.Г. Лукашевича, Л.І. Мороз, Ю.Е. Пудовочкіна, О.В. Сінєокого, Ю.К. Сущенко, І.М. Туктарової, Я.М. Яковлєва та інших. При цьому у науці кримінального права не приділено належної уваги дослідженню питання про те, чи дотримується сучасне законодавство традиційних засобів кримінально-правового регулювання відповідальності за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості і чи відповідає сучасна законодавча практика кримінального переслідування осіб, що вступають у такі зносини історично усталеним та існуючим багато століть способам соціального реагування на подібні делікти.

Виклад основного матеріалу дослідження. Дослідження стародавніх правових і релігійних пам'яток дозволяє зробити висновок про те, що людство насамперед усвідомило неприпустимість насильницьких статевих актів щодо неповнолітніх і малолітніх, а також добровільних статевих контактів інцестного характеру. Що ж стосується ненасильницьких статевих зносин з особами, які не досягли статевої зрілості, то в деяких випадках вони могли розцінюватися як прояви блуду чи вважатися перелюбством, якщо один з учасників перебував у шлюбних відносинах.

Одним із перших систематизованих історичних правових документів Київської Русі є «Руська Правда». М.М. Карамзін зазначав, що в «Руській Правді» Ярослава немає згадування про насильство над жінками, тому що останнє здавалося законодавцю сумнівним і неясним у доказах [1, с. 234]. Поширення сексуального насильства виходить із стародавніх дохристиянських шлюбних обрядів – викрадення нареченої, якій не виповнилося й 14 років, що згадуються з часів літописця Нестора. Така форма шлюбу викликала ворожнечу між родами, що у подальшому трансформується у «відступні» чи «викуп» нареченої і далі у прямий продаж нареченої її родичами за взаємною згодою рідних обох сторін: акт насильства замінюється угодою з обрядом. При цьому відбувається процес зближення родів, родичі нареченого і нареченої ставали свояками, відображаючи новий порядок утворення спорідненння і великої родини традиційного суспільства [2, с. 145].

Ю.Є. Пудовочкін зазначає, що Руська Правда як документ, що має безпосереднє відношення до судової практики Великого князя, не містила будь-яких норм, що охороняють суспільні відносини, суб'єктом яких виступав неповнолітній. Її увага була зосереджена в основному на захисті майнових відносин дітей нормами сімейного і спадкового права. Це, зокрема, положення про призначення опікунів над дітьми і належне їм майно у випадку смерті батька (ст. 99 Великої редакції), про захист інтересів молодшого сина у випадку відсутності заповіту після смерті батька (ст. 100), про відповідальність матері, яка «розтратила» майно дітей від першого шлюбу (ст. 101) тощо [3, с. 16].

Поряд з «Руською Правдою» існував «Церковний Статут Великих Князів», вплив якого на релігійний, родинний і моральний уклад був величезним. Так, у Статуті Святого князя Володимира, хрестителя земель Київської Русі, в ст. 9 до предмету церковної юрисдикції відносилися справи про порушення заборони статевих зносин у колі близьких родичів – «що у племені та у сватьстві поимуться» [4, с. 71].

З поширенням на Русі християнства відбувається поділ не тільки влади релігійної і світської, але і розрізнення і співвідношення понять гріха і злочину. Усякий злочин гріх, але не всякий гріх є злочином. На співвідношенні понять гріха і злочину будується Церковний судебник Ярослава, початок створення якого був покладений статутом князя Володимира Київського. «Гріх – моральна несправедливість чи неправда, порушення божественного закону; злочин – неправда протигромадська, порушення закону людського», – так пояснює

основні принципи складання судебника Ярослава В.О. Ключевський [5, с. 102]. Справи, що підсудні церкві, були підрозділені на три категорії: 1) справи тільки гріховні, без елементу злочину: чаклування, чарівництво, шлюби в близьких ступенях споріднення (інцест), розлучення за взаємною згодою; 2) справи гріховно-злочинні про умикання дівиць, про образу жіночої честі словом чи справою, про самовільне розлучення чоловіка з дружиною з волі першого без вини останньої, про порушення подружньої вірності; 3) справи духовні, що стосуються осіб духовного сану. При цьому використовується принцип «митрополит в провині, а князь страчує», тобто карає світська влада, а поняття провини належить до царини духовного і безпосередньо пов'язано з поняттям гріховності. Цікавою особливістю є той факт, що більшість єресей виникає саме з питань норм регуляції сексуальної поведінки – богомоли нападають на інститут шлюбу, скопці заперечують сексуальність у цілому [6, с. 142]. У цілому варто зауважити, що для християнської релігійної традиції характерним є репресивний стандарт сексуальної поведінки, будь-яке відхилення від цього стандарту розцінюється як аморальне і гріховне. Таким чином, у Київській Русі статеві злочини знаходилися під юрисдикцією церкви.

Статут князя Ярослава містив 11 статей, що встановлювали караність блуду і кровозмішення. Ст. 2 каралися особи, винні у викраденні дівчини чи зґвалтуванні її: «Хто ж викраде дівчину чи зґвалтує князю їх покарати». Відповідальність за зґвалтування була встановлена ст. 3: «Хто ж зґвалтує боярську дочку чи боярську дружину; менших бояр, нарочитих людей, простої чаді князь покарає». Наступна група норм охороняла статеві відносини дітей від зловживань батьків. Так, в ст. 24 встановлювалось, якщо дівка не бажає заміж, а батько і мати насильно віддадуть, а що створить над собою – батько і мати до єпископу в провиною, а ще платить за то. Так само й отрок» [7, с. 169 – 170].

Крім того, у Статуті містилася така норма: «Якщо хто-небудь зустрінеться з дівицею не зарученою, і ляже з нею і застануть їх, то лежачий з нею повинний дати батьку отроковиці п'ятдесят секлей срібла, а вона нехай буде його дружиною, тому що він опорочив її, у все своє життя він не може розлучитися з нею». У наведеній правовій нормі особливій охороні підлягають малолітні і неповнолітні особи жіночої статі, іменовані «отроковицями» (дівчинка-підліток) [8, с. 190-191].

Злочинність дій сексуального характеру, здійснюваних з дівчинками-підлітками, пов'язувалася з наявністю характерної ознаки потерпілих – їхнього віку. Винні особи чоловічої статі каралися навіть за ненасильницькі форми вступу до статевого зв'язку з молодою дівицею – отроковицею. Насильницькі статеві акти з ними розглядалися як зґвалтування, «пошибаніє». Відповідно розрізнялися і заходи покарання. За насильницький статевий акт передбачалася страта, а за ненасильницький – штраф і нав'язування в дружини. З погляду церковного права як злочин розглядався і позашлюбний зв'язок. За змістом ст. 9 Статуту князя Володимира Святославича про десятини, суди і людей церковних (Синодальна редакція) позашлюбними відносинами вважалося так зване «смилне застигання» (від рос. смилное, тобто за обопільною згодою – С. Ч.).

Аналізуючи норми давньоруського законодавства, що встановлювали відповідальність за сексуальні посягання на малолітніх і неповнолітніх, дослідники відзначають, що хлопчаки не були об'єктом правової охорони у сфері статевих відносин. Сказане може свідчити про відсутність або незначну поширеність у той час сексуальних посягань на отроків, тобто хлопчаків віком до 14-15 років [9, с. 70]. Ще однією особливістю правового регулювання дій, здійснюваних щодо статевонезрілих осіб, була та обставина, що дитина визнавалася виключною власністю батьків і цілком перебувала в їхньому розпорядженні. Ніким не контрольована батьківська влада нерідко виражалася у формі експлуатації дітей, жорстокого з ними поводження, катування, втягнення у вчинення злочинів. Держава довгий час не брала на себе зобов'язань із захисту прав дитини.

Вчинений проти малолітньої чи неповнолітньої дівчинки ненасильницький злочин сексуального характеру розглядався, головним чином, з погляду приватного права як порушення прав батька, чоловіка, хазяїна. Багато злочинів обкладалися грошовим стягненням на користь скривдженого і грошовим штрафом на користь князя.

Литовський статут 1529 р. містив ст. 6 про зґвалтування жінки і дівчини. Цю статтю можна умовно розділити на 2 частині. У першій частині йшлося про те, що якщо жінка чи дівчина кликали на допомогу, а на її крик прибігли б люди і вона показала б їм сліди насильства, а потім притягла б ґвалтівника до суду і пред'явила двох чи трьох свідків, то такий ґвалтівник повинний бути засуджений до страти. Страти можна було уникнути, якщо потерпіла побажала б вийти за нього заміж. Друга частина давала опис дій жінки, якщо вона не могла покликати на допомогу [10, с. 210]. Будь-яких інших складів статевих злочинів Литовський статут не містив.

Надалі у кримінальному законодавстві напрямок на охорону статевої недоторканості осіб жіночої статі був здійснений реформами Петра І. Вони відрізнялися більшою визначеністю правових приписів, що підняли значення особистості взагалі і жінки, зокрема. У прийнятому в 1715 р. Артикулі військовому дуже стисло окреслене коло статевих злочинів, згрупованих в окремій Главі XX – «Про содомський гріх, про насильство і блуд». З аналізу Артикулів вбачається, що неповнолітні не перебували під особливим захистом ані суспільства, ані держави. Для охорони їхньої статевої недоторканості застосовувалися загально-правові норми. Виходячи з допустимості застосування закону за аналогією, що було характерним для кримінального права на ранніх його стадіях, на захист статевої недоторканості неповнолітніх була спрямована норма, що встановлює кримінальне переслідування за позашлюбні зв'язки, вчинювані за доброю волею обох сторін, – «прелюбодейство». Каралося таке діяння «за станом осіб і обставин, жорстоким ув'язненням, шпіцрутеном і відставкою від полку, чи посиланням на каторгу».

У XVIII-XIX ст. у Європі, а потім і в Російській імперії набули поширення філософські ідеї про свободу особи, суспільне завдання кримінальної юстиції. Під їхнім впливом відбувся значний поворот у поглядах на сутність статевих злочинів. У законодавстві стає помітним прагнення до більш змістовної охорони малолітніх, законодавець починає усвідомлювати значність шкоди

вчинюваних щодо неповнолітніх похітливих дій [11, с. 206]. У законах формуються нові склади злочинів із кваліфікуючими ознаками, спрямованими на захист статевої недоторканості дітей.

Проблемам статевих злочинів у XVIII-XIX ст. присвячені праці відомих правознавців Н.О. Неклюдова, М.С. Таганцева, В.А. Спасовича, І.Я. Фойницького, С.В. Познишева та ін. Цими видатними правниками аналізувалася судова практика застосування законодавства, а також давалося тлумачення окремих положень правових джерел. Укладення про покарання кримінальні і виправні (редакція 1885 р.) розрізняє вчинення сексуального посягання щодо «жінки чи дівиці більше 14 років від роду проти її волі», що розглядалося як згвалтування, а злягання з дівицею, яка не досягла віку 14 років «шляхом використання на зло її безвинності і неведення» вважалося розтлінням (ст.ст. 1521, 1521-1 Укладення). Визначення розтління в зазначених законах також не наведене, однак у ст. 1524 Укладення про покарання карні і виправні розрізнялися такі види розтління: а) просте, без застосування насильства. Це діяння каралося каторгою від 4 до 10 років; б) кваліфіковане за ознаками: – застосування насильства, або – винний для вчинення злочину використовував своє становище, владу, надану йому за званням чи особливим дорученням батьків, опікунів, родичів малолітньої. Діяння особи, яка вчинила насильницьке злягання з дівицею, яка уже позбавлена невинності, але не досягла чотирнадцятилітнього віку, підпадало під дію ст. 1525 Укладення, тобто розглядалося як згвалтування [12, с. 319-321].

За кримінальним законодавством царської Росії караним визнавалося також звабленння. Вперше цей вид злочинного діяння був передбачений в Укладенні про покарання кримінальні і виправні (редакція 1857 р.). У ст.ст. 1531 і 1532 Укладення під звабленням розумілося умисне втягнення у статевий зв'язок дівчини шляхом обіцянки в подальшому одружитися з нею, завідомо знаючи, що ця обіцянка не буде виконана. Закон розрізняв два види звабленння: просте і кваліфіковане. Під простим звабленням розумілося втягнення чесної жінки, яка не перебуває у шлюбі, у добровільний зв'язок «урочистою обіцянкою з нею одружитися». «Особливе» (кваліфіковане) звабленння мало місце тоді, коли до добровільного зв'язку схилялися неповнолітні безневинні дівиці, що досягли чотирнадцяти років, особою, яка мала щодо неї обов'язок опіки, нагляду, піклування чи служіння. Цей злочин переслідувався за скаргою потерпілої чи осіб, зобов'язаних піклуватися про неї (примітка до статті 1532 Укладення). Каралося просте звабленння ув'язненням у в'язницю від одного року чотирьох місяців до двох років з обмеженням прав; за кваліфіковане звабленння призначалося висилання на життя в Сибір з позбавленням всіх особливих, особистих і за станом привласнених прав і переваг чи ж віддача до арештантського відділення (ст. 1532 Укладення). Якщо винний у звабленні був слугою її батьків, чи ж слугою опікунів родичів, покарання підсилювалося [13, с. 212].

У Кримінальному укладенні 1903 р. законодавець вперше дав вікові розмежування потерпілого від статевих злочинів: до 12 років – дитина, від 12 до 16 років – малолітній, крім того, виокремлювали групу жертв насильницького злягання з особами від 16 до 21 року. У статті 361 глави XVIII «Посягання на союз сімейний» Укладення 1903 року, передбачалася кримінальна відповідальність і покарання «в'язницею» батьків чи осіб, що здійснюють піклування або нагляд за малолітнім, за наступні протиправні дії: 1) жорстоке поводження з особами, які не досягли 17 років, якщо діяння винуватого не становить особливо тяжкого чи тяжкого тілесного ушкодження; 2) примушування особи, яка не досягла 21 року, за допомогою зловживання батьківською владою до вступу в шлюб, якщо шлюб відбувся; 3) втягнення осіб, які не досягли 17 років, до злидарства, бродяжництва чи аморального заняття; 4) потурання непотребству чи іншій розпусті особи, яка не досягла 17 років [14, с. 191].

Вперше в історії вітчизняного законодавства Кримінальне укладення 1903 р. приділило достатньо уваги статевим злочинам, вчинюваним щодо неповнолітніх. Так, були розмежовані поняття любострастних дій і злягання. У відповідності зі статтею 435 Укладення вчинення любострастних дій тягло кримінальне покарання у вигляді виправного будинку чи в'язниці на строк понад 3 роки, у випадках вчинення таких дій: 1) з дитиною, яка не досягла 12 років; 2) з малолітнім від 12 до 16 років без його згоди чи навіть з його згодою, але по вживанню «на зло його безвинності». Більш суворо каралися ті ж самі дії з особою жіночої статі, яка досягла 16 років, і вчинені без її згоди. Відповідно до статті 436 винні піддавалися тюремному ув'язненню. У зазначених статтях містилися посилання і на обтяжуючі обставини, коли любострастні дії вчинялися винним: 1) з особою, яка перебувала під його владою чи піклуванням; 2) з особою, примушеною до цього насильством, погрозою вбивства чи тілесного ушкодження жертви або члена її родини; 3) з особою жіночої статі, яке супроводжується розтлінням, але без злягання.

Законодавець передбачав покарання у вигляді ув'язнення у випадках вчинення злягання з дівицею від 12 до 21 року, яка перебувала під владою чи підпорядкуванням винної особи. На підставі статті 442 Укладення притягувалися до кримінальної відповідальності особи, винні у зляганні: 1) з малолітньою від 12 до 16 років без її згоди чи з нею, але з уживанням у зло її безвинності; 2) з душевнохворою особою, або такою, що перебувала в несвідомому стані; 3) з позбавленою можливості вчинити опір, без її згоди; 4) із такою, яка вважала, внаслідок учиненого обману, що вступає в зв'язок зі своїм чоловіком. Крім того, покарання у виді в'язниці передбачалося і за звідництво до злягання (за ст. 445), коли жертвою були: 1) дівиця від 12 до 16 років без уживання у зло її безвинності; 2) дівиця від 16 до 21 року, завідомо для звідника незаймана; 3) дружина, дочка чи інші, що перебувають під владою чи піклуванням винного; 4) родичі по висхідній чи спадній лінії [15, с. 192-193].

На нашу думку, системний метод тлумачення положень Кримінального укладення 1903 р. надає підстави для висновку про те, що потерпілою в результаті звабленння могла бути лише статевозріла (хоча і неповнолітня) дівчина, отже, ця кримінально-правова норма охороняла не стільки статеву недоторканість, скільки суспільні відносини у сфері моральності. Як злочин проти громадської моральності в царській Росії XIX століття розглядалося розбещення малолітніх і неповнолітніх. Цей склад злочину мав місце, коли жертва не усвідомлювала значення вчиненого над нею [133, с. 103]. Таке розбещення мало-

літніх і неповнолітніх може бути досягнуте шляхом надання порнографічних малюнків і книжок, за допомогою цинічних і безсоромних розмов, здійснення акта статевої безсоромності в присутності дитини. Особи, що мали нагляд за малолітнім чи неповнолітнім і сприяли схилянню малолітніх і неповнолітніх до непотребства й інших пороків чи ж спонукали їх до того своїми звабами, піддавалися ув'язненню і позбавлялися назавжди права мати за неповнолітнім нагляд. Батько або мати, викриті в звідництві своїх дітей, піддавалися віддачі в арештантський відділ.

Радянський період розвитку кримінальної відповідальності за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, відзначається більшою невизначеністю, відходом від вікових меж потерпілої особи та введенням медичного поняття «статевої зрілості» потерпілої особи. Втім санкції, що передбачали відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, знаходились в межах не нижче 3-5 років позбавлення волі. Так, КК УРСР 1922 р. передбачав відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, у ст. 166, яка мала таку редакцію: «Статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості, – караються позбавленням волі строком не нижче трьох років з суворою ізоляцією». Законодавча техніка того періоду була така, що кваліфікований склад цього злочину передбачався не у вигляді відповідної частини ст. 166, а у окремій ст. 167 КК. Вона була викладена у такій редакції: «Статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості, поєднані з розтлінням чи задоволення статевої пристрасті у збочених формах – караються позбавленням волі строком не нижче п'яти років» [16]. Таким чином, встановлення кола суспільно-небезпечних вчинків, що підпадають під дію цієї норми, насамперед залежало від стану «статевої зрілості».

Дещо змінив акценти КК УРСР 1927 р., який передбачав кримінальну відповідальність за такі дії, у ст. 162, що містила дві частини. Перша передбачала кваліфікований склад цього злочину, а друга – основний: «Статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості, поєднані з розтлінням чи задоволенням статевої пристрасті в збочених формах чи зі згвалтуванням – позбавлення волі на строк до восьми років. Статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості, вчинені без зазначених обтяжуючих ознак – позбавлення волі на строк до трьох років» [17, с. 204].

Як бачимо, радянський законодавець того часу дуже широко розумів статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, об'єднавши в цьому складі злочину різні за ступенем тяжкості посягання на статеву недоторканість особи, такі як: а) добровільні статеві зносини з особою, що не досягла статевої зрілості (ч. 2 ст. 162); б) статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, поєднані з розтлінням (ч. 1 ст. 162 КК); в) статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, поєднані із задоволенням статевої пристрасті в збочених формах (ч. 1 ст. 162 КК); г) статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, поєднані зі згвалтуванням (ч. 1 ст. 162 КК). За таким підходом виникала низка проблем, насамперед, конкурування цієї норми із згвалтуванням малолітньої чи неповнолітньої потерпілої [18, с. 13-14].

Статева зрілість визначалась у відповідності до Правил амбулаторного судово-медичного акушерсько-гінекологічного дослідження 1934 р., якими на протязі більш ніж 30 років керувались судові медики. За цими Правилами досягнення статевої зрілості осіб жіночої статі пов'язувалось із наявністю таких ознак: 1) здатність до дітонародження та до годування дитини; 2) досягнення у певній мірі розумового розвитку та, зокрема, виховуванні дитини; 3) підготовленість до самостійного існування. Таким чином, як вважає П.П. Осипов, в поняття статевої зрілості були включені не тільки біологічні, а й соціальні ознаки, що створило надзвичайно невизначене поняття із розпливчатим змістом [19, с. 31]. На практиці ж застосування кримінально-правової норми у зазначеній редакції призводило до суб'єктивізму та негативно позначалось на якості правосуддя у справах цієї категорії [20, с. 650].

У КК УРСР 1960 р. відповідальність за статеве зношення з особою, яка не досягла статевої зрілості, передбачалася у ст. 120, що встановлювала покарання у вигляді позбавлення волі на строк до восьми років. Коментуючи ст. 120 КК УРСР 1960 р., М.Д. Шаргородський звертав увагу, що цей злочин може бути спрямований на осіб протилежних статей, які не досягли статевої зрілості, та полягає у вчиненні статевого акту без застосування насилля, за згодою особи, яка не досягла статевої зрілості [21, с. 239]. Л.М. Сугачов також вважав, що досліджуваний злочин полягає в добровільному, без застосування насилля, вчиненні статевого акту з особою, яка не досягла статевої зрілості, та може вчиняться щодо осіб обох статей [22, с. 278]. З об'єктивної сторони статевий акт з особою, яка не досягла статевої зрілості, припускав здійснення одиночного добровільного статевого акту чоловіком чи жінкою з особою протилежної статі, яка не досягла статевої зрілості.

Диспозиція ст. 120 КК УРСР була бланкетною. В ній не розкривається поняття «особи, яка не досягла статевої зрілості». Це визначення давалося у відповідних судово-медичних правилах. Так, 7 січня 1966 р. Міністерством охорони здоров'я СРСР були затверджені нові Правила судово-медичної акушерсько-гінекологічної експертизи, де повністю були виключені всі соціальні ознаки та залишилися виключно фізіологічні ознаки статевої зрілості. Так, у § 20 Правил при визначенні статевої зрілості враховувалась сукупність фізіологічних ознак жіночого організму, що свідчили про готовність до материнства: 1) загальний розвиток організму; 2) розвиток статевих органів та здатність до статевого акту; 3) здатність до запліднення; 4) здатність до виношування плоду; 5) здатність до розродження (пологів); 6) здатність до годування дитини.

Ст. 121 КК УРСР 1960 р. установлювала кримінальну відповідальність за розбещення неповнолітніх – «вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Винувата особа повинна була усвідомлювати, що вчиняє такі дії, що спрямовані на передчасний і нездоровий розвиток статевого почуття й інтересу до статевого життя в неповнолітнього, а також на виникнення почуттів і переживань, пов'язаних із задоволенням статевої потреби. Створювалася ситуація, при якій добровільні статеві зносини з особою, яка досягла статевої зрілості, але не стала 16-річною, не переслідувалися, а розпусні дії щодо тієї ж особи неповнолітнього віку – каралися за ст. 121 КК.

Для християнської релігійної традиції характерним є моногамний гетеросексуальний стандарт статевої по-

ведінки, будь-яке відхилення від якої розцінюється як аморальне і гріховне. Однак при цьому історично зумовленим і прийнятним тривалий час був не публічний, а диспозитивний спосіб врегулювання конфлікту, що виникає у зв'язку з посяганням на статеву недоторканість статевонезрілої особи. Факт добровільного вступу у статеві зносини з неповнолітньою потерпілою нашими предками розглядався як особлива обставина, що не надавала підстав для суворого покарання винного. Кримінальне законодавство радянських часів відійшло від вікових меж, встановлених щодо осіб, які потерпіли від добровільного статевого зв'язку з дорослими особами. Було введено у дію поняття «особа, яка не досягла статевої зрілості», яке визначалось на підставах судово-медичної експертизи. Кримінальному переслідуванню піддавали осіб, які здійснили хоча б один статевий акт з особою, яка не досягла статевої зрілості.

Висновки. Таким чином, проаналізувавши генезис вітчизняного законодавства щодо кримінальної відповідальності за статеві зносини з особами, які не досягли статевої зрілості, із стародавніх часів до кінця радянської доби, можна дійти до висновку, що його розвиток характеризується поступовим переходом від приватно- до публічно-правового правового способу захисту статевої недоторканості осіб, які не досягли статевої зрілості, і посилення з боку держави її охорони шляхом застосування більш жорстких санкцій за такі дії.

Література:

1. Карамзин Н. М. История государства Российского : в 3 томах. Т. 1 / Н. М. Карамзин. – Тула : Изд-во Тульк. гос. ун-та, 1990. – 630 с.
2. Исаев Н. А. Сравнительно-исторический аспект половых преступлений / Н. А. Исаев // История развития уголовного права и ее значение для современности : материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М. В. Ломоносова 26–27 мая 2005 г. – М. : ЛексЭст, 2006. – С. 141–146.
3. Пудовочкин Ю. Е. Ответственность за преступления против несовершеннолетних по российскому уголовному праву : монографія / Ю. Е. Пудовочкин. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 293 с.
4. Российское законодательство X–XX веков : в 9 томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Том I. Законодательство Древней Руси. – М. : Юрид. лит., 1984. – 432 с.
5. Ключевский В. О. Русская история. Полный курс лекций в трех книгах / В. О. Ключевский. – Кн. 1. – М., 1992. – 589 с.
6. Исаев Н. А. Сравнительно-исторический аспект половых преступлений / Н. А. Исаев // История развития уголовного права и ее значение для современности : материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М. В. Ломоносова 26–27 мая 2005 г. – М. : ЛексЭст, 2006. – С. 141–146.
7. Российское законодательство X–XX веков : в 9 томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Том I. Законодательство Древней Руси. – М. : Юрид. лит., 1984. – 432 с.
8. Российское законодательство X–XX веков : в 9 томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Том I. Законодательство Древней Руси. – М. : Юрид. лит., 1984. – 432 с.
9. Егошина Г. А. Сексуальные посягательства на малолетних и несовершеннолетних и их предупреждение (уголовно-правовое и криминологическое исследование по материалам Республики Марий Эл) : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / Г. А. Егошина. – Йошкар-Ола, 1999. – 213 с.
10. Хрестоматія з історії держави і права України : У 2–х томах / За ред. В. Д. Гончаренка. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. Том 1: З найдавніших часів до початку XX ст. / Уклад. В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. – 472 с.
11. Історія держави і права України : у 2-х томах / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина. Том 1. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. – 648 с.
12. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / Под ред З. М. Черниловского. – М. : Юрид. лит., 1984. – 472 с.
13. Российское законодательство X–XX веков : в 9 томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Том 6. Законодательство первой половины XIX века. – М. : Юрид. лит., 1988. – 432 с.
14. Российское законодательство X–XX веков : в 9 томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Том 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. – М. : Юрид. лит., 1994. – 352 с.
15. Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Том 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. – М. : Юрид. лит., 1994. – 352 с.
16. Уголовный кодекс УССР 1922 г. – Харьков : Издание Наркомюста УССР, 1922. – 100 с.
17. Уголовный кодекс УССР 1927 г. – Харьков : Юридическое издательство НКЮ УССР, 1927. – 322 с.
18. Александров Ю. В. Борьба с изнасилованиями (По материалам Украинской ССР) : автореф. дис. … на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / Ю. В. Александров. – К., 1970. – 24 с.
19. Осипов П. П. К вопросу о понятии половой зрелости / П. П. Осипов // Судебно-медицинская экспертиза. – 1966. – № 3. – С. 29–31.
20. Курс советского уголовного права. (Часть особенная) : учебн. курс. Т. 3 / [отв. ред. Н. А. Беляев, М. Д. Шаргородский]. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. – 836 с.
21. Советское уголовное право: Часть особенная : учебник / П. П. Михайленко, С. А. Домахин, М. Д. Шаргородский. Под ред. П. П. Михайленко. – Киев : РИО КВШ МВД СССР, 1969. – 670 с.
22. Уголовный кодекс Украинской ССР : [науч.-практ. коммент.] / М. И. Бажанов, Я. М. Брайнин, В. В. Сташис, А. Ш. Якупов [и др.] / [отв. ред. В. И. Зайчук]. – К. : Политиздат Украины, 1978. – 684 с.
23. Дьяченко А. П. Уголовно-правовая охрана прав граждан в сфере сексуальных отношений / А. П. Дьяченко. – М. : Акад. МВД РФ, 1995. – 66 с.

Чмут С. В. Генезис отечественного законодательства об уголовной ответственности за половые сношения с лицом, не достигшим половой зрелости

Аннотация. Статья посвящена анализу исторических тенденций развития отечественного законодательства об уголовной ответственности за половые сношения с лицами, не достигшими половой зрелости.

Ключевые слова: уголовная ответственность, половая зрелость, лица, не достигшие половой зрелости, история развития законодательства.

Chmut S. The genesis of the domestic legislation criminalizing sexual intercourse with a person under the age of puberty

Summary. This article analyzes the historical trends of the development of domestic legislation criminalizing sexual relations with persons under the age of puberty.

Key words: criminal liability, puberty, persons under the age of puberty, the history of the development of legislation.

УДК 343.72

Шуляк Ю. Л.,
кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри кримінального права Національної академії внутрішніх справ

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ І ПОКАРАННЯ ЗА ШАХРАЙСТВО В РЕСПУБЛІЦІ ІНДІЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Анотація. Проаналізовано особливості кримінальної відповідальності та покарання за шахрайство в Україні та Індії. Сформульовано відповідні теоретичні висновки. Вироблено практично значущі законодавчі пропозиції.

Ключові слова: шахрайство, обман, зловживання довірою, безчесно, обманним шляхом, кримінальна відповідальність, покарання, Україна, Індія.

Постановка проблеми. За останні роки в Україні очевидною для науковців стала тенденція щодо посиленого вивчення зарубіжного досвіду та використання його у різних галузях права, у тому числі й у кримінальному праві. Наразі для кримінального права актуальним є забезпечення захисту особи, її життя, здоров'я, честі, гідності, власності та інших об'єктів кримінально-правової охорони. Зокрема, якщо вести мову про злочини проти власності, то особливу увагу слід зосередити, на наш погляд, на такому посяганні, як шахрайство, оскільки в умовах сьогодення це суспільно небезпечне діяння є найбільш вчинюваним серед злочинів проти власності, за виключенням крадіжки. Звідси кримінально-правова розробка питання щодо шахрайства, безумовно, становить собою науковий інтерес, особливо в порівняльно-правовому аспекті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зауважимо, що з позиції порівняльного правознавства питання кримінальної відповідальності за шахрайство в Україні та за кордоном розробляли багато науковців (зокрема, Д.С. Азаров, І.Г. Богатирьов, Н.О. Гуторова, О.М. Джужа, О.О. Дудоров, О.В. Кришевич, О.В. Лисодєд, Ю.І. Ляпунов, П.С. Матишевський, М.І. Мельник, П.П. Михайленко, В.Р. Мойсик, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, Е.Л. Стрельцов, В.Я. Тацій, С.С. Чернявський, О.В. Смаглюк, Г.М. Анісімова, Н.О. Антонюк, А.В. Микитчик), однак й дотепер вони не знайшли свого остаточного вирішення. Наприклад, фактично не дослідженим залишається зарубіжний досвід щодо кримінальної відповідальності за шахрайство у країнах Азії, зокрема в Індії. Наголосимо, що індійський досвід приваблює багатовекторністю кримінально-правових норм про відповідальність за шахрайство, встановленням специфічних ознак суб'єкта цього злочину, особливими підходами щодо покарання за його вчинення тощо.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розпочинаючи вивчення індійського досвіду щодо кримінальної відповідальності і покарання за шахрайство, маємо зазначити, що згадані питання на національному рівні (в Україні) успішно були вирішені низкою науковців. Також предметом дослідження була низка й наших праць [1]. Однак ні ми, ні попередники зовсім не зверталися до індійського досвіду щодо згаданих питань.

Із числа кримінально-правових актів, чинних на території Індії, найважливішим є Кримінальний кодекс (далі – КК), який був прийнятий ще в 1860 році [2]. Наголосимо, що питанням кримінальної відповідальності за шахрайство в КК Індії присвячено не одну статтю (як у КК України – ст. 190 «Шахрайство»), що свідчить про існування цілісного інституту шахрайства. На наш погляд, цікавою в науковому плані видається будова Особливої частини КК Індії, а саме особливості конструювання деяких статей, де поряд з нормами, що містять формулювання того чи іншого загального положення чи правила, чи опис будь-якого злочину та покарання за нього, є і норми з більш складною структурою. Більш того, ряд статей містить опис тільки злочинів, тоді як покарання за них передбачено в інших статтях [3]. Також індійський законодавець поряд з основними положеннями про відповідальність за конкретний злочин включає «пояснення», «ілюстрації», «виключення», та «обмовки», що в кінцевому рахунку утворюють основну складову норми.

Що до поняття шахрайства, то воно дається у ст. 415 КК Індії. Зокрема, закон визначає шахрайство таким чином: «вважається таким, що вчинив шахрайство той, хто шляхом введення в оману будь-якої особи обманно чи безчесно схилив особу, що введена таким чином в оману, передати будь-кому майно або надати згоду на утримання ким-небудь майна чи навмисно схиляє особу, яка таким чином введена в оману, до вчинення чи не вчинення чого-небудь, що вона не вчинила чи вчинила б, якщо б не була введена в оману, якщо вчинена цією особою дія чи допущена нею бездіяльність заподіює чи може заподіяти цій особі тілесний чи моральний збиток або шкоду репутації чи майну». Виходячи з аналізу цього поняття, а також беручи до уваги зміст деяких інших норм, далі пропонуємо зробити кримінально-правову характеристику шахрайства за КК Індії.

Слід констатувати, що шахрайство передусім розглядається серед групи злочинів проти власності (гл. 17 «Про злочини проти власності») як підгрупи «Про шахрайство» (зокрема, ст. 415 «Шахрайство», ст. 416 «Шахрайство шляхом видачі за іншу особу», ст. 417 «Покарання за шахрайство», ст. 418 «вчинення шахрайства з обізнаністю про те, що особі, інтереси якої злочинець повинен охороняти, можуть бути нанесені неправомірні збитки», ст. 419 «Покарання за вчинення шахрайства шляхом видачі за іншу особу», ст. 420 «Вчинення ша-

хрaйства та безчесне схиляння до передачі майна»), та серед злочинів у назві яких фігурує вказівка на «шахрайство» (зокрема, гл. 18 «Про злочини, що мають відношення до документів і торговим та власницьким знакам» ст. 468 «Підробка з метою шахрайства»). Щодо предметів шахрайства за КК Індії, то ними виступають майно (товари, предмети, гроші, майно, цінні папери) та право на майно (договори, документи при продажі нерухомості, передачі під заставу і т. ін.). Потерпілим від шахрайства визнається будь-яка особа.

З об'єктивного боку, власне шахрайство (ст. 415 КК Індії) характеризується: а) **діянням** – тобто: а) схиляням особи, що введена в оману передати будь-кому майно або надати згоду на утримання ким-небудь майна б) навмисним схилянням особи, яка таким чином введена в оману, до вчинення чи не вчинення чого-небудь, що вона не вчинила чи вчинила б, якщо б не була введена в оману; б) **наслідками** у вигляді заподіяння чи можливого заподіяння цій потерпілому тілесного чи морального збитку або шкоди репутації чи майну; в) **причинним зв'язком між діянням і наслідками; способом** – шляхом введення в оману (обманом чи безчесно). При цьому безчесне приховування фактів є введенням в оману, згідно ст. 415 КК Індії «Пояснення».

Найпоширеніший і єдиний спосіб вчинення шахрайства є обман, при цьому конструкція «зловживання довірою» в даному злочині не використовується. Однак цікавим є те, що індійський законодавець відмежовує шахрайство від зловживання довірою (зокрема, злочинам, пов'язаним із зловживанням довірою, присвячена ціла підгрупа «Про злочинне зловживання довірою» глави 17 «Про злочини проти власності», а саме: ст. 405 КК Індії – де надається власне поняття «зловживання довірою», тобто будь-яка особа, якій будь-яким чином ввірено майно чи доручено розпоряджатись ним, безчесно привласнює, чи обертає на свою користь таке майно, чи безчесно використовує його, чи розпоряджається ним всупереч вказівок закону, що встановлює порядок здійснення такого розпорядження майном, чи договору, прямо зазначеного чи такого, що малось на увазі, укладеного винним по відношенню до здійснення такого розпорядження, чи умисно допускає такого роду дії з боку іншої особи; та ст.ст. 406-409 КК Індії) [4].

Разом з тим законодавець Індії додатково виокремлює та використовує як елемент складу злочину термінологічну конструкцію «обманне», «обманним шляхом» та «безчесно» (ст. 210 «Отримання обманним шляхом рішення щодо неналежної суми», ст. 246 «Обманне чи безчесне зменшення ваги чи зміна складу монети», ст. 247 «Обманне чи безчесне зменшення ваги чи зміна складу індійської монети», ст. 264 «Обманне використання невірного приладу для зважування», «Обманне використання невірних гирі та міри», ст. 403 «Безчесне привласнення майна», ст. 404 «Безчесне привласнення майна, яким володів померлий в момент смерті», ст. 411 «Безчесне придбання вкраденого майна», ст. 412 «Безчесне придбання майна, викраденого при вчиненні бандитизму», ст. 421 «Безчесне чи обманне переміщення чи приховування майна, з метою перешкоджання його розподілу серед кредиторів», ст. 422 «Безчесне чи обманне перешкоджання доступу кредиторів до боргового майна», ст. 423 «Безчесне чи обманне укладення договору про передачу майна, що містить неправдиве положення про компенсацію», ст. 424 «Безчесне чи обманне переміщення чи приховування майна», ст. 461 «Безчесний злом сховища, що містить майно», ст. 477 «Обманне анулювання, знищення і т. д. заповіту, повноваження на всиновлення або цінного паперу», ст. 496 «Вчинення шлюбної церемонії шляхом обману без вступу в законний шлюб»).

Суб'єктом шахрайства може бути як фізична особа, так і юридична особа. Як зазначено в законі, якщо особа, котра вчинила злочин, є юридичною особою (тобто очолювала юридичну особу чи була відповідальною перед ним за ведення справ, наприклад: директор, розпорядник, секретар або чиновник), то вона вважається винуватою в злочині і підлягає притягненню до відповідальності та покаранню. Вік, з якого настає кримінальна відповідальність, – 12 років, а в окремих випадках з 7 років. Тобто діяння, вчинене дитиною у віці від 7 до 12 років без достатнього усвідомлення, не є злочином.

Суб'єктивна сторона шахрайства характеризується прямим умислом. Про це свідчить термін, що міститься в диспозиції ст. 415 КК Індії, – «навмисно». Мета – заволодіння майном або отримання прав на майно. Мотив – корисливий.

Різновидами шахрайства, що містяться в гл. 17 «Про злочини проти власності», КК Індії вважають: 1) шахрайство шляхом видачі за іншу особу; 2) вчинення шахрайства з усвідомленням того, що особі, інтереси якої злочинець зобов'язаний охороняти, може бути спричинена неправомірна втрата; 3) вчинення шахрайства та безчесне переконання до передачі майна.

З приводу покарання за цей злочин, то воно є таким: позбавлення волі на строк до одного року, або штраф, або те й інше одночасно. Разом з цим сума штрафу в санкції статті конкретно не визначена. Хоча індійський законодавець у даному випадку розмір штрафу не обмежує, але наголошує, що він не повинен бути надмірним.

Висновки. Підсумовуючи наведені вище положення, можна зробити наступні висновки:

1. Проведене дослідження свідчить про те, що індійський законодавець розглядає шахрайство як комплексний кримінально-правовий інститут, який представлений різними формами та способами вчинення цього злочину. В науковому плані заслуговують на увагу чимала кількість специфічних характеристик цього злочину, що містяться в КК Індії (зокрема, об'єктивні та суб'єктивні ознаки, покарання за злочин).

2. Спільними рисами в порівняльно-правовому аспекті є те, що шахрайство пов'язане передусім з посяганням на власність (майно, право на майно) [5], характеризується обманом, має матеріальний склад, є умисним злочином (прямий умисел). Відмінним є те, що індійський законодавець відмежовує власне шахрайство, що вчиняється шляхом введення в оману від інших злочинів, пов'язаних із зловживанням довірою, а також використовуючи таку термінологічну конструкцію, як «безчесно». В КК Індії передбачено більш суворе покарання порівняно з санкцією ст. 190 КК України [6]. Суб'єктом шахрайства за КК Індії може бути фізична осудна особа в віці від 12 років, а в окремих випадках

з 7 років. На нашу думку, не можна вважати доцільним притягнення до кримінальної відповідальності дитини із застосуванням основного та (або) додаткового покарання у вигляді штрафу в такому віці, а тим більше призначати позбавлення волі.

3. Проведене порівняльно-правове дослідження орієнтує на формулювання таких практично значущих пропозицій:

а) В індійському КК передбачений спеціальний суб'єкт злочину, ним може бути юридична особа, тобто та фізична особа, яка вчинила злочин і є юридичною особою (очолювала юридичну особу чи була відповідальною перед ним за ведення справ, наприклад: директор, розпорядник, секретар або чиновник), така особа вважається винуватою в злочині і підлягає притягненню до відповідальності та покаранню. Така позиція є дуже перспективною в науковому аспекті і може бути впроваджена в національне законодавство (зокрема, для корегування положень розділу XVII КК України).

б) при призначенні покарання за шахрайство в індійському кримінальному законодавстві передбачений як альтернативний вид покарання у вигляді штрафу або позбавлення волі, так і у вигляді одночасного призначення цих двох покарань (для порівняння: за КК України покарання за шахрайство призначається у вигляді або штрафу, або більш суворого покарання). Вважаємо за доцільне удосконалення санкції за шахрайство, використовуючи позитивний іноземний досвід.

Література:

1. Савченко А. В., Шуляк Ю. Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство в Україні та за кордоном: порівняльно-правове дослідження : монографія / А. В. Савченко, Ю. Л. Шуляк. – К. : Вид-во ТОВ «НВП«Інтерсервіс», 2013. – 216 с.
2. The Indian Penal Code, 1860 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=201593.
3. Сухарев А. Я. Правовые системы стран мира / Энциклопедический справочник / под ред. А. Я. Сухарева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pravo.vuzlib.org/txt-books_33.html.
4. Уголовный кодекс Индии / под ред. Б. С. Никифорова ; пер. с англ. А. С. Михлина. – М. : Изд-во «Иностранной литературы», 1958. – 240 с.
5. Про судову практику у справах про злочини проти власності : Постанова Пленуму Верховного суду України від 6 листоп. 2009 р. № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://scourt.gov.ua.
6. Кримінальний кодекс України 2001 року : за станом на 4 липня 2013 року (офіційний текст) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

Шуляк Ю. Л. Уголовная ответственность и наказание за мошенничество в Республике Индия: зарубежный опыт

Аннотация. Осуществлен анализ особенностей уголовной ответственности и наказания за мошенничество в Украине и Индии. Сформулированы теоретические выводы. Разработаны практически значимые законодательные предложения.

Ключевые слова: мошенничество, обман, злоупотребление доверием, бесчестно, обманным путем, криминальная ответственность, наказание, Украина, Индия.

Shuliak J. Criminal responsibility and punishment for fraud in the Republic of India: foreign experience

Summary. In the article the special features of criminal responsibility and punishment for fraud in Ukraine and India are analyzed. The theoretical conclusions are formulated. The practical legislative propositions are worked out.

Key words: fraud, deception, breach of trust, dishonourably, fraudulently, criminal responsibility, punishment, Ukraine, India.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА, ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.138

Загурський О. Б.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права
Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

КРИМІНАЛЬНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ПОЛІТИКА УКРАЇНИ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ

Анотація. У статті досліджено особливості кримінальної процесуальної політики України в сфері кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, правову природу кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. Сформульовано пропозиції щодо удосконалення кримінального процесуального законодавства України.

Ключові слова: кримінальна процесуальна політика, кримінальне процесуальне законодавство, кримінальне провадження, приватне обвинувачення, потерпілий.

Постановка проблеми. Питання про кримінальну процесуальну політику України в сфері приватного обвинувачення, правову природу кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, як і питання про доцільність виділення даного виду провадження в категорію особливих порядків кримінального провадження, на сьогоднішній день представляє собою важливий науковий та практичний інтерес. У сучасній кримінальній процесуальній літературі дослідженню даного виду кримінального провадження приділяється недостатня увага.

Вважаємо, що це пояснюється неправильним і необґрунтованим твердженням про те, що кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення представляє собою неважливий і простий вид кримінального провадження *(кримінальної справи)*, який не потребує теоретичної розробки і не створює жодних проблем при його застосуванні на практиці (курсив мій. – О. З.).

Аналіз останніх досліджень та виокремлення нерозв'язаних проблем. В кримінальній процесуальній науці окремі питання кримінального провадження у формі приватного обвинувачення були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних вчених: С.А. Альперта, Ю.П. Аленіна, В.П. Бож'єва, М.І. Гошовського, Ю.М. Грошевого, К.Ф. Гуценка, П.М. Давидова, В.Г. Даєва, Т.М. Добровольської, П.С. Елькінда, В.С. Зеленецького, Д.С. Карєва, Л.Д. Кокорєва, О.П. Кучинської, О.М. Костовської, Л.М. Лобойка, В.Т. Маляренка, Н.В. Малярчука, В.Т. Нора, І.Л. Петрухіна, В.О. Попелюшка, М.М. Розіна, В.М. Юрчишина та ін.

Аналіз праць вищевказаних авторів свідчить про те, що дослідження проблем кримінального провадження у формі приватного обвинувачення базувалося на основі КПК України 1960 р. Тим не менш на доктринальному рівні сучасної кримінальної процесуальної політики України недостатньо досліджено правову природу кримінального провадження у формі приватного обвинувачення (особливості збирання, перевірки та оцінки доказів, специфіка підтримання обвинувачення тощо) У зв'язку з прийняттям нового КПК України 13 квітня 2012 р. виникла необхідність наукового переосмислення інституту кримінального провадження з метою ефективної реалізації кримінальної процесуальної політики в цій сфері на законодавчому та правозастосовчому рівнях.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою даного дослідження є формулювання авторських підходів щодо розуміння правової природи кримінального провадження у формі приватного обвинувачення в контексті сучасної кримінальної процесуальної політики України, формулювання пропозицій щодо удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Кримінальна процесуальна політика України реалізується на правозастосовчому рівні у формі правоохоронної діяльності, яка за своїм характером є різноманітною. Реалізуючи загальні завдання державної правової політики в сфері боротьби зі злочинністю в частині захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, кримінальна процесуальна політика має на меті захист прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, зокрема потерпілого від кримінального правопорушення.

Як показує узагальнення матеріалів судової статистики, у 2010 р. суди розглянули 10,1 тис. скарг потерпілих про притягнення осіб до кримінальної відповідальності у порядку, передбаченому ст. 27 КПК, що на 16,5% більше, ніж у 2009 р., у тому числі кримінальні справи порушено за 3,2 тис. скарг, що на 2,7% менше, або 31,9% [38,2%] від кількості розглянутих; відмовлено у задоволенні майже за 1 тис. скарг, що також на 12% менше, або 9,8% [12,9%]. Залишено без задоволення та повернено особам, які їх подали, 5,3 тис. скарг, що на 43,2% більше, або 52,5% [42,7 %] від кількості розглянутих; прокурору за належністю надіслано 591 скаргу, що на 10,7% більше, або 5,8% [6,1%] [1].

У 2011 р. в порядку, передбаченому статтею 27 КПК України, суди розглянули 9,9 тис. скарг потерпілих про притягнення осіб до кримінальної відповідальності. Кримінальні справи порушено за 3,1 тис. скарг або 31,6% від кількості розглянутих, відмовлено у задоволенні 991 скарги [2].

У 2012 р. в порядку, передбаченому ст. 27, ст. 272 КПК 1960 р., суди розглянули 8,4 тис. скарг потерпілих

та юридичних осіб про притягнення осіб до кримінальної відповідальності, що на 14,9% менше, ніж у 2011 р., у тому числі кримінальні справи порушено за 2,5 тис. скарг, що на 19,5% менше, або 29,9% [31,6%] від кількості розглянутих; відмовлено у порушенні кримінальної справи за 773 скаргами, що на 22% менше, або 9,2% [10%]. Залишено без розгляду та повернуто особам, які їх подали, 4,5 тис. скарг, що на 13,4% менше, або 53,6% [52,6%] від кількості розглянутих; прокурору за належністю надіслано 586 скарг, що всього на 3% більше, або 7% [5,7%] [3].

Для сучасної юридичної науки актуальним завданням залишається дослідження приватних засад у кримінальному судочинстві на більш загальному теоретичному рівні та з урахуванням реалій сьогодення, тенденцій загальнодержавного розвитку і політики у сфері нормативної регламентації кримінального судочинства [4, с. 255].

В.М. Юрчишин звертає увагу на те, що «в сучасних умовах зростає роль приватного начала, в тому числі і в кримінальному процесі. Розширене коло справ, що порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, яка є дещо більше, ніж звичайна заява, і набирає значення першого акту обвинувальної діяльності, а також зводить до мінімуму приводи до порушення окремих кримінальних справ. Волевиявлення потерпілого до притягнення особи до кримінальної відповідальності повинно бути вільним і зазначене чітко лише в його скарзі, а не в поясненні, протоколі допиту тощо» [5, с. 7].

Особливістю кримінальної процесуальної політики радянського періоду з точки зору її доктринального рівня було те, що до справ приватного обвинувачення, які безпосередньо зачіпали інтереси потерпілого, держава відносилася байдуже і тому не була зацікавлена в їх переслідуванні.

Так, М.С. Строгович вважав, що «злочини, які відносяться до даної категорії, що розглядається, за своїм складом, як правило, є дуже незначними і неважливими… Державі немає сенсу самій, за власною ініціативою, порушувати кримінальне переслідування по цих справах, якщо особа, формально визнана потерпілою від цих злочинів, реально такою себе не відчуває; лише в тому випадку, коли потерпілий просить у держави захисту, відповідний державний орган її надає… Адже головна основа будь-якого особливого порядку порушення справ приватного обвинувачення… полягає в об'єктивній неважливості цих справ, якщо потерпілий суб'єктивно не вважається ображеним» [6, с. 118].

М.О. Чельцов також вважав, що «групу справ приватного обвинувачення утворюють головним чином «дрібні правопорушення», а головну причину особливого порядку порушення і закриття цих справ вчений вбачав у тому, що «кожним посяганням такого роду правопорядок порушується досить в незначній мірі, що законодавець передає право переслідувати винного і відмовлятися від переслідування потерпілому від злочину» [7, с. 210].

На думку Н.В. Малярчука, «основою виділення приватного обвинувачення як диференціації кримінально-процесуальної форми виступають характер вчиненого злочину, ступінь його тяжкості, факт завдання шкоди конкретній особі та можливість примирення між обвинуваченим і потерпілим (матеріально-правовий критерій), а також ініціатор кримінального переслідування та особливості процесуальної форми здійснення його діяльності (процесуальний (формальний) критерій)» [8, с. 14].

О.М. Костовська вважає, що «приватне обвинувачення (в матеріальному аспекті) – це надання потерпілим відповідному органу звернення (із проханням про притягнення до відповідальності) та відомостей про факти щодо наявності суспільно небезпечного і протиправного посягання, яке підпадає під конкретний склад злочину, з можливістю його вирішення на власний розсуд. У процесуальному аспекті – приватне обвинувачення – це регламентований законом особливий вид кримінально-процесуальної діяльності приватного обвинувача, який включає звернення до державних органів із твердженням щодо винуватості конкретної особи, подальше підтримання нею обвинувачення у суді, збирання доказів винуватості цієї особи та право відмовитися від пред'явленого обвинувачення» [9, с. 14].

Інституту приватного обвинувачення в кримінальному процесі регулювався ст. 27, ст. 27-2 КПК України від 28 грудня 1960 р. і застосовувався в справах про злочини (10 складів злочину), передбачених ст. 125, ч. 1 ст. 126, ст. 203-1, ч. 1 ст. 206, ст. 219, ст. 229, 231-232-2, ст. 356 Кримінального кодексу України [10; 11].

За період дії КПК України 1960 р. та Кримінального кодексу України 2001 р. відбувалися суттєві зміни в кримінальному процесуальному законодавстві та законодавстві України про кримінальні відповідальність, як наслідок, нового змісту набула кримінальна процесуальна та кримінально-правова політика України.

У зв'язку з цим Законом 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» КПК України було доповнено новою ст. 27-2, яка передбачала механізм притягнення до кримінальної відповідальності за заявою юридичної особи в разі вчинення діянь, передбачених ст. 203-1, ч. ст. 206, ст. 219, ст. 229, ст. 231-232-2; ст. 356, ст. 364-1, ст. 365-1, ст. 365-2 Кримінального кодексу України [12].

Кримінальне провадження по даним категоріям справ мало свої особливості, які відрізняли її від інших категорій кримінальних справ, до яких слід віднести:

- дані справи порушувалися не інакше як за скаргою потерпілого, власника (співвласника) юридичної особи приватного права, якщо завдано шкоду виключно інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми;

- досудове розслідування зазвичай не проводилося; право порушувати справи за скаргами потерпілих належало суду;

- обвинувачення в суді підтримував потерпілий або його представник;

- кримінальні справи підлягали закриттю в суді за примиренням потерпілого з обвинуваченим, підсудним (курсив мій – О. З.).

Вважаємо, що, забезпечуючи правове регулювання кримінального провадження у формі приватного обви-

нування, законодавець намагався максимально захистити інтереси потерпілого, надати йому можливість приймати активну участь кримінальному провадженні, здійснювати кримінальне переслідування осіб, винних у вчиненні таких кримінальних правопорушень, які безпосередньо зачіпають права, свободи та законні інтереси потерпілого.

При аналізі законодавчого рівня реалізації кримінальної процесуальної політики України у сфері кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, приходимо до висновку, що в процесі розробки і прийняття нового КПК України від 13 квітня 2012 р. було сформульовано чимало суттєвих наукових та практичних пропозиції щодо його удосконалення.

«Главою 36 проекту передбачено кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення. При цьому викликає сумнів визначений *перелік кримінальних правопорушень*, які можуть розслідуватися виключно у формі приватного обвинувачення, зважаючи на характер та тяжкість деяких з них; необґрунтованим, на наш погляд, є різке розширення у проекті *переліку злочинів, кримінальне провадження* щодо яких може бути розпочате не інакше як за заявою потерпілого (у проекті це має назву «провадження у формі приватного обвинувачення»). Статтею 477 проекту передбачено *більше 50 складів таких злочинів*, У законопроекті не враховано, що більшість із зазначених вище діянь є злочинами середньої тяжкості, *або навіть тяжкими* (наприклад, передбачений частиною другою статті 152 КК України). На наш погляд, включення до вказаного переліку тяжких злочинів взагалі є неприпустимим [13; 14]. *(курсив мій. – О. З.)*.

Реалізація кримінальної процесуальної політики у сфері кримінального провадження у формі приватного обвинувачення на правозастосовному рівні базується на відповідних джерелах кримінального процесуального регулювання, які визначають порядок правозастосування кримінальних процесуальних норм, що відображають основний зміст інституту приватного обвинувачення в кримінальному судочинстві.

Так, постанова Пленуму Верховного Суду УРСР «Про судову практику в кримінальних справах, які порушуються не інакше як скаргою потерпілого» від 25 січня 1974 р. № 2 вказує, що *«суди повинні мати на увазі, що правильний, відповідно до вимог матеріального та процесуального закону, розгляд справ цієї категорії є однією з умов здійснення права громадян на судовий захист від посягань на їх здоров'я, честь і гідність»*; постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» від 2 липня 2004 р. № 13 визначає, що *«послідовне і неухильне додержання на всіх стадіях кримінального судочинства норм кримінально-процесуального законодавства України, якими перебачені права потерпілого від злочинів, є однією з гарантій важливих умов здійснення закріпленого ст. 55 Конституції України права громадяни на судовий захист від протиправних посягань»* [15; 16] *(курсив мій – О. З.)*.

Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення займає незначну частку в загальному обсязі кримінальних проваджень в зв'язку з його обмеженням обов'язковими ознаками правопорушень, щодо яких може здійснюватися провадження у формі приватного обвинувачення: 1) складах злочину має бути визначений у п.1 ст. 477 КПК; 2) склад злочину має бути визначений у п.1 ст. 477 КПК за умови, що вони вчиненні чоловіком (дружиною потерпілого); 3) склад злочину має бути визначений у п. 3 ст. 477 КПК за умови, що вони вчинені чоловіком (дружиною) потерпілого, іншим близьким родичем чи членом сім'ї потерпілого, або якщо вони вчинені особою, яка щодо потерпілого булла найманим працівником і завдала шкоду виключно власності потерпілого [17, с. 991].

КПК Російської Федерації визначає правову природу приватного обвинувачення, категорії справ, процесуальний статус потерпілого, повноваження мирового судді в справах приватного обвинувачення: «кримінальні справи про злочини передбачені ст. 115 («умисне спричинення легкої шкоди здоров'ю»), ст. 116 («побої»), ч. 1 ст. 128-1 («наклеп») Кримінального кодексу Російської Федерації вважаються кримінальними справами приватного обвинувачення; потерпілий, його законний представник і (або) представник мають право брати участь в кримінальному переслідуванні обвинуваченого, а по кримінальних справах приватного обвинувачення – висувати і підтримувати обвинувачення в порядку, передбаченому чинним Кодексом» [18] (переклад наш. – О. З.).

За КПК Республіки Білорусь, ініціаторами приватного обвинувачення виступають потерпілий від злочину, його законний представник або представник юридичної особи; передбачено 16 складів злочину, за якими допускається приватне обвинувачення. Крім того, концептуальні положення правильного правозастосування інституту приватного обвинувачення відображені в постанові Пленуму Верховного Суду Республіки Білорусь «Про практику застосування норм Кримінально-процесуального кодексу, які регулюють провадження по справах приватного обвинувачення» від 31 березня 2010 р. № 1 [19; 20].

Висновки. Таким чином, в результаті проведеного дослідження можна зробити наступні висновки:

1. Вважаємо, що необхідно обґрунтовано підходити до проблеми повного або часткового розширення переліку злочинів, які відносяться до категорії кримінального провадження у формі приватного обвинувачення.

2. Доцільно розробити концептуальні засади інституту приватного обвинувачення з точки зору нового КПК України:

- необхідно визначити зміст заяви щодо початку кримінального провадження у формі приватного обвинувачення;

- детально регламентувати процедури кримінального провадження у формі приватного обвинувачення (правову природу приватного обвинувачення, процес доказування, особливості підтримання обвинувачення, особливості судового розгляду та зміст і форму судового рішення).

3. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ повинен розробити і прийняти Інформаційний лист щодо особливостей

здійснення кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, враховуючи новий КПК України і практику, яка склалася в результаті його застосування.

4. З метою підвищення ефективності реалізації кримінальної процесуальної політики у сфері кримінального провадження у формі приватного обвинувачення необхідно внести зміни і доповнення до Глави 36 КПК України:

а) ст. 477 КПК України викласти в наступній редакції: «Кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення є провадження, яке може бути розпочате не інакше як за заявою потерпілого, його законного представника або представником юридичної особи щодо кримінальних правопорушень, передбачених статтею 125, частиною 1 статті 126, статтею 152, статтею 203-1, частиною 1 статті 206, статтями 219, 229, 231-232-2, 356 Кримінального кодексу України»;

б) ст. 477 КПК України доповнити ч. 2, виклавши її в такій редакції: «Прокурор має право розпочати кримінальне провадження щодо кримінальних правопорушень, вказаних в ч. 1 цієї статті, і при відсутності заяви потерпілого або його законного представника або представника юридичної особи, якщо дане кримінальне правопорушення має особливе громадське значення, зачіпає державні інтереси, а також у виняткових випадках, коли особа в силу службової чи іншої залежності від підозрюваного чи обвинуваченого або безпорадного стану чи з інших причин не здатна самостійно захистити свої права та законні інтереси. Кримінальне провадження розпочате прокурором направляється для проведення досудового розслідування. Кримінальне провадження в разі примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим) закриттю не підлягає»;

в) ст. 477 КПК України доповнити ч. 3, виклавши її в такій редакції: «Прокурор має право в будь-який момент вступити в кримінальне провадження, яке порушене за заявою потерпілого, про кримінальні правопорушення, зазначені в частині 1 цієї статті, і підтримувати обвинувачення в суді, коли цього вимагає захист прав громадян, державних і громадських інтересів. Вступ прокурора в кримінальне провадження або відмова прокурора від обвинувачення не позбавляють потерпілого, цивільного позивача або їх представників прав, передбачених ст.ст. 56, 58, 59 цього Кодексу, але кримінальне провадження в цих випадках не підлягає закриттю за примиренням потерпілого з підозрюваним чи обвинуваченим)».

Література:

1. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/7E0CBF357826A9DDC2257B7B00510448. - Назва з екрану.
2. Аналіз даних судової статистики щодо розгляду справ і матеріалів місцевими загальними судами, апеляційними судами областей, міст Києва і Севастополя, Апеляційним судом Автономної Республіки Крим у 2011 році [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html. - Назва з екрану.
3. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/E4549252C88A2C5BC2257B9B002F464C. - Назва з екрану.
4. Тітко І. Приватні засади у кримінально-процесуальному праві: постановка питання / Іван Тітко // Вісник Академії правових наук України. – 2012. – № 3 (70). – С. 251-264.
5. Юрчишин В. М. Проблеми державного і приватного обвинувачення в судах України : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Василь Миколайович Юрчишин. – К., 2010. – 17 с.
6. Строгович М. С. Уголовные дела, возбуждаемые по жалобе потерпевшего / Михаил Соломонович Строгович // Еженедельник советской юстиции. – 1926. – № 41 – С. 1186.
7. Чельцов М. А. Уголовный процесс / Михаил Александрович Чельцов. – М. : Юриздат, 1948. – 624 с.
8. Малярчук Н. В. Приватне обвинувачення як диференціація кримінально-процесуальної форми : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Назар Вікторович Малярчук. – К., 2010. – 17 с.
9. Костовська О. М. Доказування у справах про злочини приватного обвинувачення : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Олена Миколаївна Костовська. – К., 2010. – 17 с.
10. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 груд. 1960 р. № 1001-05 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001-05. - Назва з екрану.
11. Кримінальний кодекс України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www. zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14. – Назва з екрану.
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : закон України від 15 лист. 2011 р. № 4025-VI [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 25. – Ст. 263.
13. Зауваження Головного юридичного управління до проекту Кримінального процесуального кодексу України (реєстраційний № 9700 (друге читання)) від 22 бер. 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312. – Назва з екрану.
14. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Кримінального процесуального кодексу України (реєстраційний № 9700 від 13 січня 2012 р.) від 2 лют. 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42312. – Назва з екрану.
15. Про судову практику в кримінальних справа, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 січ. 1974 р. № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-74. - Назва з екрану.
16. Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 лип. 2004 р. № 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-04. – Назва з екрану.
17. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за загальною редакцією проф. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
18. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http: // www.consultant.ru/popular/upkrf/. – Название с экрана.
19. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=hk9900295&p2={NRPA}. – Название с екрана.
20. О практике применения судами норм Уголовно-процессуального кодекса, регулирующих производство по делам частного обвинения : постановление Пленума Верховного Суду Республики Беларусь от 31 мар. 2010 г. № 1 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.supcourt.by/cgibin/index.cgi?vm=d&vr=post&vd=66&at=0&m1=2. – Название с экрана.

Загурский А. Б. Уголовная процессуальная политика Украины в сфере уголовного производства в форме частного обвинения

Аннотация. В статье исследованы особенности уголовной процессуальной политики Украины в сфере уголовного производства в форме частного обвинения, правовая природа уголовного производства в форме частного обвинения. Сформулированы предложения относительно усовершенствования уголовного процессуального законодательства Украины.

Ключевые слова: уголовная процессуальная политика, уголовное процессуальное законодательство, уголовное производство, частное обвинение, потерпевший.

Zagursky O. The Criminal judicial policy of Ukraine in the sphere of criminal procedure in the form of private prosecution

Summary. In the article the features of criminal judicial policy of Ukraine in the sphere of criminal procedure in form private prosecution, legal nature of criminal procedure in the form of private prosecution are investigated. There are set some suggestions in relation to the improvement of criminal judicial legislation of Ukraine.

Key words: criminal judicial policy, criminal procedure, criminal judicial legislation, private prosecution, victim.

УДК 343.98

Кєптене М. П.,
здобувач кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії
факультету підготовки фахівців для підрозділів слідства
Харківського національного університету внутрішніх справ,
старший лейтенант міліції, старший оперуповноважений відділу карного розшуку
Євпаторійського МВ ГУМВС України в Автономній Республіці Крим

ПОНЯТТЯ ТА КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ СЕРІЙНИХ ВБИВСТВ

Анотація. Стаття присвячена питанням визначення поняття «серійних вбивств», а також розробки криміналістичної класифікації злочинів вказаної категорії. У статті проведений аналіз різних положень науковців відносно поняття та класифікації серійних вбивств, вказуються їх основні недоліки. Крім того, запропонована можлива класифікація серійних вбивств відповідно до мотиву та способу скоєння злочинів із зазначенням прикладів серійних вбивць як основа побудови методики їх розслідування.

Ключові слова: серійні вбивства, класифікація серійних вбивств, спосіб вчинення вбивства, мотив вбивства.

Постановка проблеми. Очевидним є той факт, що вбивство представляє собою найбільш небезпечний вид злочинного посягання на особу. Аналіз оперативно-слідчої практики свідчить про те, що людину можуть спонукати дуже різноманітні мотиви спричинити смерть іншій. Це і корисні мотиви заволодіння її майном (відняти, отримати у спадок тощо), і хуліганські, коли жертва позбавляється життя в ході вуличних бійок, з мотивів бажання позбавитися конкурента (по бізнесу, політичного), а також ревнощів, бажання помститися та багато інших. Але завжди особливий резонанс суспільства викликають вбивства, що вчинюють маніакальні особи, коли жертвам спричиняється смерть в ході жорстоких тортур, нанесенні кількісних ран, завданні гострої болі, мучення. За всі часи існування людства можна нарахувати тисячі жертв таких вбивств. За невідомих причин суспільство в певні періоди породжує маніяків – людей, запрограмованих на вбивство собі подібних. Ці вбивці ніколи не зупиняються самі, вони «сіють» смерть до тих пір, доки залишаються в суспільстві. Тому при виявленні жертв серійного вбивці головним завданням правоохоронних органів стає швидкий розшук, покарання й ізоляція «звіра». Як показує практика, при виконанні цього завдання виникають неабиякі труднощі, адже на початковому етапі завжди постає низка питань. Що спонукало злочинця до вбивства? За яким принципом обрана ним жертва? Хто буде наступною і коли?

Ці всі питання стосуються визначення мотиву й характеристики маніяка. Саме мотив таких вбивств довго залишається таємницею для слідства, а треба чітко розуміти, що саме він є основою для розробки плану пошуку серійного вбивці, доказування його вини і притягнення до відповідальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У різні часи проблемами методики розслідування вбивств займалися такі вчені, як Ю.М. Антонян, Б.Л. Гульман, В. Ісаєнко, В.О. Коновалова, В.В. Новик, В.А. Образцов, О.С. Саінчин, В.Л. Сінчук, А.В. Старушкевич, Б.В. Шостакович, але такі важливі для практики питання, як визначення поняття серійних вбивств, їх класифікація та відповідна характеристика маніяків, на жаль, залишаються на даний час недостатньо дослідженими.

Саме тому за **мету** представленої роботи поставлено дослідити і розкрити поняття серійних вбивств та запропонувати криміналістичну класифікацію цих злочинів як основу побудови методики їх розслідування.

Виклад основного матеріалу дослідження. У науці криміналістиці не існує єдиного визначення вищевказаного терміну. В спеціальній літературі і на практиці сформувалася тенденція віднесення того чи іншого вбивства до серії подібних за такими показниками як близький часовий період вчинення, одна територія виявлення жертв, схожий спосіб вчинення та характеристика жертв Але, слід наголосити, що нерідко такий підхід призводе до помилок. Наприклад, коли вбивство помилково включається до серії інших або навпаки, вбивства розслідуються окремо, маючи явний характер серійності і вчинення однією особою. Ці помилки створюють негативну обстановку розслідування злочинів, затягують процес встановлення маніяка і притягнення його до відповідальності.

Отже, розглянемо поняття «серійних вбивств». Серія (від лат. – series) – група або ряд предметів, подій, явищ, які однорідні або мають загальну ознаку, що їх об'єднує, послідовний ряд будь-чого [1]. Вперше термін «серійних вбивств» почав використовуватися засобами масової інформації Сполучених Штатів Америки в 70-ті роки у зв'язку із вчиненням Д. Берковітцем серії своїх злочинів. У вітчизняній науці він з'явився трохи пізніше.

Поняття «серійних вбивств» використовували в своїх роботах багато вчених, при цьому окремі з них трактували його як вчинення двох та більше окремих, розділених між собою періодами емоційного покою, вбивств з особливою жорстокістю осіб, що підпадають під образ жертви, що склався у свідомості серійного вбивці [2]. Інші вчені вважають, що «серійні вбивства – це вбивства, скоєні однією та тією ж особою на протязі певного періоду, при цьому мотив та спосіб вчинення злочину залишається незмінним або неістотно змінюється відповідно до обставин скоєння злочинів» [3, с. 142]. Відомий психіатр О.О. Бухановський, як і Ю.М. Антонян, значну роль приділяли сексуальним

мотивам скоєння серійних вбивств, тим самим, на нашу думку, обмежуючи поняття цих злочинів. Аналіз робот О.О. Бухановського показує, що вчений розумів під серійними вбивствами тільки сексуально детерміновані багатоепізодні злочини [4, с. 13]. Це, на наш погляд, є дещо помилковою позицією, адже слідчо-оперативна практика показує, що спонукати маніяка може не тільки прагнення отримати сексуальне задоволення, а й інші мотиви (які детально будуть розглянуті далі).

Загальним у поглядах науковців на це питання є те, що серійні вбивства представляють собою певний різновид навмисного завдання смерті іншій людині, а точніше – сукупність цих злочинів, що скоєні послідовно, з певним проміжком у часі певною особою при співпаданні мотиву, мети, способу вчинення.

Ключове значення у визначенні розглядуваного поняття відіграє мотив вчинення вбивства. Останній є найважливішим показником причин скоєного злочину, характеристики та ступеню суспільної небезпеки зловмисника. Влучно буде процитовано думку професора М.І. Коржанського, який зазначив, що «значення мотиву як ознаки складу злочину в тому, що поки не відомий, не встановлений мотив вчинку, доти не можна сказати, що трапилось – злочин чи подвиг» [5, с. 247].

Не залишається жодного сумніву, що мотив є головним критерієм відмежування вбивств або об'єднання їх в серії злочинної діяльності однієї особи.

Дослідження мотивів, якими керуються маніакальні вбивці має ключове значення для розробки теоретичних основ розслідування даної категорії злочинів, адже саме він виступає стрижнем їх класифікації на окремі групи. На нашу думку, у кожному випадку затримання вбивці слідчий, оперативний працівник разом з експертами психіатрами повинні ретельно досліджувати і встановлювати, яким чином сформувався мотив вчинення вбивства, яким чином він був реалізований перший раз, як він отримав характер стійкого мотиву на спричинення смерті іншим особам та як він трансформувався з часом.

Крім мотиву, також важливим елементом, що характеризує серійність злочину, є типовий образ дій вбивці на місці події, так званий modus operandi [6]. На типовість образу дій вбивці вказують такі елементи: 1) однотипність обраних ним жертв (за віком, статтю, соціальним положенням, професією); 2) однотипність місць скоєння злочинів (лісосмуга, під'їзди будинків, підземні переходи, території парків тощо); 3) однотипність алгоритму дій маніяка при вчиненні вбивств (спосіб вистежування жертв, спілкування, нападу, приховування); 4) однотипність використовуваних зброї, знарядь і засобів.

Але при оцінці вказаних елементів слід пам'ятати, що на протязі певного часу маніяк може змінювати деякі свої «правила» скоєння вбивств. Будь-яка складова його способу може трансформуватись у зв'язку з набуттям «досвіду». Справа у тому, що, як правило, початкові акти серійного вбивці зумовлюються здебільшого зовнішніми факторами, що співпадають з його сексуальними фантазіями, парафіліями. Дії злочинця визначаються об'єктивними ознаками ситуації та характером поведінки жертв. Дії маніяка спонтанні, тобто визначаються як реакція на ситуацію. В них може не находити свого прояву фаза пошуку жертви. Кримінальна поведінка виглядає як імпульсивний поступок [7]. Тобто в послідовності дій маніяка, що залишається у слідовій картині, простежується відповідним чином психологічний світ злочинця, його стан, спрямованість дій, а саме вмотивованість. Тут виникає взаємозв'язок та взаємовідповідність понять «мотив серійного вбивства» та «спосіб скоєння серійного вбивства». Саме встановлення мотиву та способу скоєння злочину допоможуть слідчим та оперативним працівникам вирішити першочергові задачі, спрямувавши зусилля у вірному напрямку, встановити тип серійного вбивці, а тим самим запланувати проведення необхідних (негласних) слідчих (розшукових) дій, скоротивши час.

Отже, підводячи підсумок вищевказаному, можна сформулювати висновок, що серійними вбивствами слід вважати сукупність вбивств (три і більше), що вчинені послідовно, з певним проміжком у часі однією особою (групою осіб), яка мала стійкий мотив направлений на спричинення смерті іншим особам. Зовнішньо ці вбивства об'єднуються такими ознаками типового образу дій вбивці, як однотипність обраних ним жертв, місць вчинення злочинів, способу вистежування жертв, нападу на них, приховування слідів, а також однотипність використовуваних знарядь і засобів.

Наступними проблемним питанням є криміналістична класифікація серійних вбивств, яка викликає не менше суперечок, ніж проблема визначення їх поняття.

Для чого потрібна класифікація серійних убивств, яку користь вона містить для наукових та практичних працівників? Позиція окремих авторів зводиться до того, що класифікація представляє собою систему підпорядкованих понять (або об'єктів) з певної галузі життя, що використовується як засіб для встановлення зв'язку між зазначеними поняттями (об'єктами) [8]. Сутність класифікації полягає в тому, що вона дозволяє звести масив емпіричних даних у певні класи для подальшого дослідження. Отже, значення класифікації зводиться до аналізу масиву отриманої інформації щодо серійних вбивств (в нашому випадку) з практичних джерел, подальшого аналізу, групування за тією чи іншою ознакою та розробки певних рекомендацій відповідно до згрупованих елементів.

Треба зазначити, що окремі вчені, які займалися проблематикою методики розслідування вбивств, в своїх роботах взагалі не виокремлювали такий вид вбивств, як серійні [9].

Психолог Л.П. Конишева класифікувала серійні вбивства на дві групи: 1) вбивства, що мають ситуативний характер, є атрибутами сексуальних дій; 2) вбивства, що супроводжуються завданням максимальних страждань, є основним елементом.

Кримінолог та психолог Ю.М. Антонян запропонував наступну класифікацію серійних вбивств: 1) вбивства, спрямовані на отримання сексуального задоволення; 2) вбивства з метою подолання опору жертви під час згвалтування; 3) вбивства з метою задоволення статевої пристрасті із трупом; 4) вбивства з метою приховання злочину; 5) вбивства, що вчиняються у відповідь на акт приниження [10, с. 11-12]. Треба за-

значити, що наведена класифікація, на нашу думку, не відповідає практичному досвіду розслідування злочинів даної категорії.

Вчений В.В. Новик класифікує серійні вбивства на дві групи: 1) умовно-сексуальні; 2) безумовно-сексуальні [11]. У свою чергу, Б.В. Шостакович виділяє наступні групи: 1) убивства, вчинені неосудними із захворюваннями на шизофренію і глибокою розумовою відсталістю; 2) убивства, вчинені з метою приховання зґвалтування; 3) убивства в момент насильства для досягнення максимального відчуття статевого задоволення; 4) некросадистські вбивства, при яких статевий акт не обов'язково супроводжує дії убивці [12]. Зазначена класифікація, на нашу думку, взагалі містить логічно не пов'язані між собою елементи.

Інший вчений Б.Л Гульман провів свою класифікацію цих злочинів, розділивши їх на такі групи: 1) вбивства, вчиненні з метою переживання або досягнення оргазму; 2) вбивства з метою пригнічення опору жертви та її кликання на допомогу; 3) вбивства з метою приховання сексуального злочину; 4) вбивства, вчинені у стані алкогольного сп'яніння [13]. Відповідно до класифікації, запропонованої В. Ісаєнко, серійні вбивства можуть бути класифіковані на наступні групи: 1) з корисних мотивів; 2) пов'язані із зґвалтуванням або задоволенням статевої пристрасті неприродним шляхом; 3) під час протистояння організованих груп; 4) вбивства, скоєні на замовлення, особами, для яких це стало професією [14, с. 2-3].

Відповідно до позиції Роберта Реслера, серійні вбивці ним поділені на дві категорії: 1) організований несоціальний злочинець; 2) дезорганізований асоціальний злочинець [10, с. 61].

Узагальнюючи вищенаведені позиції вчених щодо класифікації серійних вбивств, можна зазначити, що єдності поглядів науковців в цьому питанні немає і питання залишається дискусійним. Крім того, на нашу думку, мають місце певні недоліки, що були допущені попередніми дослідниками. Наведемо основні з них:

1. Має місце безпідставне, стереотипне суміщення понять серійних вбивств та вбивств, вчинених на сексуальному ґрунті. Обидва терміна використовуються як синонімічні за змістом в той час, коли вони співвідносяться як загальне та часткове відповідно. Адже вбивства на сексуальному ґрунті виступають тільки частиною всіх серійних вбивств.

2. Наведені класифікації не можуть виступати основою для побудови методики розслідування злочинів розглядуваної категорії у зв'язку з тим, що не відбивають специфіки окремих груп серійних вбивств і не охоплюють всього масиву різновидів маніяків, які були встановлені практикою.

3. Приведені класифікації вбивств відірвані від потреб практики, і часто містять логічні помилки виокремлення груп цих злочинів.

Ми приєднуємося до позиції вчених, які вважають, що ефективність швидкого встановлення вбивці і доказування його вини залежить від вирішення двох головних питань, що постають на початковому етапі розслідування: 1) встановлення серійності окремих фактів вбивств і своєчасне об'єднання їх в одне провадження ; 2) встановлення типу серійного вбивці [10, с. 12]. Для вирішення даних питань ключове значення має вироблення криміналістичної класифікації цих злочинів відповідно до потреб практики і побудова на її основі рекомендацій з розслідування.

Аналіз спеціальної літератури та власний досвід дає підстави стверджувати, що критерієм такої класифікації повинна бути особливість мотиву, яка спонукає серійного вбивцю спричиняти смерть жертвам. Саме мотив вчинення вбивств обумовлює типовий образ дій злочинця, елементи якого нами розкриті вище. Відповідно до представленого нами критерію криміналістична класифікація серійних вбивств може мати наступний вигляд:

1. Серійні вбивства, що вчиняються на сексуальному ґрунті для задоволення патологічних сексуальних потреб. Вбивство при цьому спрямовано на отримання статевого задоволення. Яскравими представниками серійних вбивць даної групи є Альберто де Сальво «Бостонський душитель», Банді Теодор «Нейлоновий вбивця», Цутому Міядзакі «Отаку-вбивця» або «Вбивця маленьких дівочок», Едвард Теодор Гейн, Джон Вейн Гейсі «Вбивця клоун».

Характерним для серійних вбивць даної категорії є те, що у певний період свого розвитку (у пубертатному періоді, у дитинстві або в юнацтві) вони зазнали травм сексуального характеру (фізичних або моральних).

2. Серійні вбивства, що вчиняються з гедоністично-ігрових мотивів. При вчиненні таких вбивств злочинець отримує задоволення від самого процесу спричинення смерті особі, спостерігання за муками, агонією жертви. Здебільшого сприймає вбивство як «гру», «мисливство» тощо. Яскравими представниками серійних вбивць даної групи є Адольфо «де Джізус» Констанцо, Берковіц Девід «Син Сема» або «Вбивця 44-го калібру», Джозеф Д. Болл «Людина-алігатор», Олбрайт Чарльз.

3. Серійні вбивства, що вчиняються з мотивів домінування та самоствердження. Вбиваючи людей, серійний вбивця намагається самоствердитися у власних очах, нібито сам собі демонструючи свою домінуючу роль, авторитет і силу. Особливе задоволення такі вбивці отримують від розповсюдження інформації про свої злочини через засоби масової інформації, від спостереження за панікою населення, труднощів правоохоронних органів у розслідуванні їх злодіянь. Яскравими представниками серійних вбивць даної групи є Берделла Роберт, Гонолульский душитель, Теодор Джон Качинський «Унабомбер», Сергій Олександрович Головкін «Фішер» або «Удав».

4. Серійні вбивства, що вчиняються з мотивів помсти або заміщення. При вчиненні таких злочинів серійний вбивця переносить джерело психічних страждань на своїх жертв, тим самим намагається їх позбутися. Характерним для представників зазначеної групи вбивць є те, що завданням болі, мучення і смерті жертві вони намагаються помститися тій особі, яка в минулому спричинила їм травму (фізичну або психічну) – це і представляє собою заміщення. Причиною такого прагнення в дорослому віці стає спричинена в дитинстві травма, за яку особа не змогла помстити-

ся внаслідок суб'єктивних або об'єктивних факторів. Яскравими представниками серійних вбивць даної групи є Ейлін Уорнос (Ейлін Керолл Пітман), Педро Алонсо Лопес «Монстр Анд», Ноє Мері, Лауденбєрг Адольф Теодор, Генрі Лі Люкас.

5. Серійні вбивства, що вчиняються з місіонерсько-захисних мотивів. Злочинця спонукає до вбивств прагнення очистити суспільство від небезпечних, на його думку, представників. Вбивці вигадують категорію жертв, наділяють їх негативними і небезпечними для суспільства рисами, і беруть на себе роль «місії». Яскравими представниками серійних вбивць даної групи є Маурі Трой Тревіс, Фокін Віктор, Джумангалієв Микола Есполович «Джума», Дамер Джеффрі.

Наведені категорії серійних вбивств можна, в свою чергу, розділити на дві загальних групи в залежності від особливостей дій вбивці:

1. Серійні вбивства, вчинені маніяком-мисливцем. Характерним для зазначеної групи серійних вбивств є чітка спланованість кожної окремої серії. Відповідно, особі серійного вбивці-мисливця притаманні високий інтелект, контрольованість дій, вміння встановлювати контакт з не знайомими особами, обізнаність щодо методів роботи правоохоронних органів під час проведення розслідування за фактами вбивств, поінформованість щодо обстановки в регіоні, спостереження за засобами масової інформації, можливість посереднього спілкування з правоохоронцями. Акт вбивства, як правило, випереджує спілкування з майбутньою жертвою тощо. Своїм зовнішнім виглядом зловмисник здобуває довіру з боку потерпілої особи. Відповідно, акт вбивства вчиняється з дотриманням правил власної безпеки маніяка. На місці вчинення вбивства останній намагається не залишати слідів. Характерними також є приховування тіла жертви. Відповідно спосіб вчинення серійних вбивств визначається відносною системністю, складністю. Яскравим прикладом серійного вбивці, який убивав за способом маніяка-мисливця є Теодор Банді («Нейлоновий вбивця»), який виглядав як молодий, статний чоловік, з яскравою зовнішністю. Акт вбивства випереджувало знайомство із жертвою. При чому рівень інтелектуального розвитку дозволяв маніяку без будь-яких перешкод заводити знайомства з майбутніми жертвами.

2. Серійні вбивства, вчиненні ситуативним (імпульсивним) маніяком. Характерним для зазначеної групи серійних вбивств є спонтанне вчинення злочину, відсутність будь-якої спланованості. Відповідно знаряддя злочину маніяком заздалегідь не підготовлюється. Географія скоєння серії вбивств, на відміну від маніяка-мисливця, є значно звуженою. Акти вбивств можуть вчинятися в районі місця мешкання зловмисника. При собі також може залишати певні речі потерпілих осіб в якості фетишу, трофею. Місце та час можуть змінюватись. Бажання вбити виникає і реалізується раптово. Зовнішність ситуативного маніяка неохайна. Він не намагається слідити за собою та за місцем мешкання, адже не відчуває стимулів до продуктивного спілкування з оточуючими особами. Яскравим прикладом серійного вбивці, який убивав за способом імпульсивного маніяка, був Річард Чейз, також відомий під псевдонімом «Вампір із Сакраменто», який мав психічну хворобу шизофренію. Також можемо назвати Суворова Ігоря Сергійовича, який вів бродячий образ життя, вчинив серію вбивств жінок у 2007 році в м. Євпаторії Автономної Республіки Крим. Як пояснював Суворов І.С., вбивства ним вчинялися спонтанно, при цьому він використовував знаряддя, що були під рукою. Будь-яких дій щодо знищення доказів на місці злочину не здійснював. На відміну від Теодора Банді, який діяв за допомогою хитрощів, Суворов І.С. використовував виключно переваги фізичної сили [15].

Висновки. Підводячи підсумок вищезазначеному, слід зауважити, що розроблена нами криміналістична класифікація серійних вбивств не є досконалою і може не охоплювати всіх різновидів даного виду злочинів. Але вона може слугувати принциповою схемою для розробки криміналістичної характеристики окремих груп серійних вбивств і системних рекомендацій щодо ефективного пошуку, встановлення маніяків і доказування їх вини в ході досудового розслідування.

Література:

1. Словарь иностранных языков [Текст]. – М. : Русский язык, 1980. – С. 461.
2. Яланский А. А. Криминалистическая характеристика серийного убийцы [Текст] // Використання сучасних досягнень криміналістики у боротьбі зі злочинністю. – 2007. – С. 119-124, С. 120.
3. Строжев, С. А. Использование возможностей судебной медицины при расследовании серийных убийств [Текст] // Беларусь в современных геополитических условиях: политико-правовые и социально-экономические аспекты устойчивого развития. – Т. 1. – 2007. – С. 142-143.
4. Серийные убийства и их предупреждение: юридические и психологические аспекты [Текст] : материалы междунар. науч.-практ. конференции . – Ч. 1. – 140 с.
5. Коржанський, М. І. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна. Курс лекцій [Текст]/ За ред. М. І. Коржанського. – К. : Атіка, 2001.-432 с.
6. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ru.wikipedia.org/wiki/Modus_operandi.
7. Бегунова Л. А. Проблемы разработки и использования психолого-криминалистического портрета подозреваемого при раскрытии изнасилований и убийств, сопряженных с действиями сексуального характера [Текст] : автореф. дис. … канд. юр. наук. ВНИИ МВД России. – М.,2002, 14 с.
8. Антонян Ю. М. Личность преступника [Текст] / Ю. М. Антонян, В. Н. Кудрявцев, В. Е. Эминов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 366 с., С. 144.
9. Коновалова, В. Е. Убийство: искусство расследования [Текст] : монографія. – Х. : Факт, 2001. – 312 с.
10. Образцов В. А. Серийные убийства как объект психологии и криминалистики [Текст] / В. А. Образцов : Ин-т междунар. права и экономики им. А. С. Грибоедова. – М. : Омега – Л, 2003. – 208 с.
11. Новик В. В. Криминалистические аспекты сексуальных убийств [Текст]// Серийные убийства и социальная агрессия. – Ростов н/Д., М., 1994. – С. 77.
12. Шостакович Б. В. Феномен серийных сексуальных убивств [Текст]// Серийные убийства и социальная агрессия. – Ростов н/Д., М., 1994, С. 103.
13. Гульман, Б.Л. Сексуальні злочини: системний аналіз психологічних, соціальних, соціально-психологічних і біологічних чинників, психодіагностика та психопрофілактика [Текст] : автореф. … доктора психологічних наук. – К., 1994. – С. 25.
14. Исаенко В. Организация расследования серийных убивств [Текст] // Законность. – 1999. –№ 2. – С. 2-7.
15. Матеріали кримінальної справи СВ Євпаторійського МВ № 10705220809 від 15.08.2007 року, порушеної за ознаками злочину, передбаченого ст. 115 ч. 2 п.п. 1, 4 КК України.

Кептене М. Ф. Понятие и криминалистическая классификация серийных убийств

Аннотация. Статья посвящена вопросам определения понятия «серийных убийств», а также разработки криминалистической классификации преступлений указанной категории. В статье анализируются различные положения ученых относительно понятия и классификации серийных убийств, указываются их основные недостатки. Кроме того, предложена возможная классификация серийных убийств в зависимости от мотива и способа совершения преступлений с указанием определенных серийных убийц как основа построения методики их расследования.

Ключевые слова: серийные убийства, классификация серийных убийств, способ совершения убийства, мотив убийства.

Keptene M. Notion and criminalistics classification of serial murders

Summary. The following article defines the notion of «serial murders» and presents research regarding crime classification of indicated type. The different viewpoints of researchers are presented in this article, referring to notions and classifications of serial murders and main deficiency. In addition potential classification of serial murders based on motive and methods committed by the specific serial killers is presented in this article as a fundamental basis of investigation process.

Key words: serial murders, classification of serial murders, methods of murder committing, motive of a murder.

УДК 343.144.5

Лешкович Т. А.,
аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка

ФОРМИ ВИКОРИСТАННЯ ПОЛІГРАФА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ

Анотація. Стаття присвячена проблемам використання поліграфа в кримінальному провадженні України, досліджуються можливі форми проведення обстежень на поліграфі та їх особливості.

Ключові слова: поліграф, форми використання поліграфа, оперативно-розшукова діяльність, слідчі (розшукові) дії, судова експертиза, психофізіологічна експертиза.

Постановка проблеми. За своєю суттю проведення обстежень на поліграфі в кримінальному провадженні є використанням спеціальних знань. Постає закономірне питання: в якій формі (процесуальній чи непроцесуальній) може проводитися психофізіологічна діагностика поліграфом? Вирішення цього питання має життєво важливе значення. Адже від форми використання спеціальних знань залежить правовий статус «обізнаної особи», значення отриманих з допомогою спеціальних знань даних, подальше нормативно-правове врегулювання цього питання тощо. Тим паче, що з формами використання поліграфа в кримінальному провадженні є значні труднощі як у практичних працівників, так і в науковців, законодавством питання використання поліграфа в кримінальному провадженні не врегульовано.

Аналіз судових рішень в кримінальних справах, у яких використовувався поліграф показує, що практичні працівники також стикаються з певними труднощами під час вибору форми використання поліграфа. Зокрема, використовувалися такі форми як психофізіологічна експертиза з використання поліграфа, комплексна психолого-психофізіологічна експертиза з використанням поліграфа, психофізіологічне інтерв'ю, психофізіологічне дослідження з використанням поліграфа, психолого-психофізіологічне дослідження, опитування з використанням поліграфа, психофізіологічне обстеження з використанням поліграфа, психофізіологічне тестування тощо.

Також в судових рішеннях неоднаково визначається процесуальний статус поліграфологів (в одних вироках фігурує експерт, в інших спеціаліст, спеціаліст поліграфа, спеціаліст-експерт, оператор поліграфа тощо). По-різному оформляються і результати психофізіологічної діагностики поліграфом (як висновок експерта, висновок спеціаліста, довідка тощо; трапляються, навіть, випадки допиту осіб, які проводили обстеження на поліграфі, як свідків та приєднання їхніх показань до матеріалів провадження в якості доказів).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вітчизняні криміналісти частково досліджували цю проблему, різні моделі використання поліграфа в кримінальному провадженні пропонували Д. В. Затенацький [1, с. 96], Л. Д. Удалова [2, с. 16], Р. С. Бєлкін [3, с. 579], П. Прукс [4, с. 146], Ю. І. Холодний [5, с. 86] тощо.

Виклад основного матеріалу дослідження. Аналіз законодавства, судової практики та позицій науковців дозволяє виділити наступні можливі форми використання поліграфа в розслідуванні злочинів.

І. Використання поліграфа в оперативно-розшуковій діяльності. Відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативні підрозділи мають право *опитувати осіб за їх згодою* (п. 1 ч. 1 ст. 8), а відповідно до ч. 16 ст. 9 *для одержання інформації забороняється застосовувати технічні засоби, психотропні, хімічні та інші речовини, які пригнічують волю або завдають шкоди здоров'ю людей та навколишньому середовищу* [6].

Згідно з процитованими статтями, немає перешкод у використанні поліграфа (технічного засобу, який не пригнічує волю та не завдає шкоди здоров'ю людей та навколишньому середовищу) в процесі опитування осіб (якщо на це є їхня згода). Проте для усунення протиріч та непорозумінь серед практичних працівників, доцільно закріпити це право законодавчо. Тому п. 1 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» пропонується викласти в такій редакції:

«Стаття 8. Права підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

Оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності за наявності передбачених статтею 6 цього Закону підстав надається право:

1) опитувати осіб за їх згодою, *в тому числі з використанням поліграфа*, використовувати їх добровільну допомогу».

Аналогічна пропозиція вже мала місце в дослідженні О. В. Линник [7, с. 5]. Відповідно до пропонованих змін, психофізіологічна діагностика поліграфом буде проводитись не як самостійний оперативно-розшуковий захід, а в межах опитування осіб, лише з використанням технічного приладу – поліграфа. Таку ж модель використовують в Російській Федерації. Ю. І. Холодний з цього приводу зазначає, що «говорячи про опитування з використанням поліграфа, необхідно підкреслити, що ця процедура не може і не повинна розглядатися як самостійний оперативно-розшуковий захід» [5, с. 86].

Дані, отримані з використанням поліграфа в ході оперативно-розшукової діяльності, не мають доказо-

вого значення. Відповідно до ч. 2 ст. 99 КПК України матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази. Але до документів, згідно з цією ж статтею, можуть належати: 1) матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні); 2) матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України; 3) складені в порядку, передбаченому цим Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії; 4) висновки ревізій та акти перевірок. Оскільки опитування з використанням поліграфа не підпадає під жоден з цих пунктів, то його результати не можуть бути визнані документами як джерелами доказів.

Проте навіть використання поліграфа з тактичною метою, дозволяє значно спростити та пришвидшити слідство. Окрім цього, поліграф в оперативно-розшуковій діяльності може використовуватися і з профілактичною метою. Адже, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», однією із підстав проведення такої діяльності є «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» [6]. Такі особи можуть бути перевірені, в тому числі, і з допомогою поліграфа.

II. Використання поліграфа як допоміжного технічного засобу в ході проведення окремих слідчих (розшукових) дій.

Відповідно до ч. 2 ст. 71 КПК України для надання безпосередньої технічної допомоги під час досудового розслідування чи судового розгляду сторонами кримінального провадження може бути залучений спеціаліст. Відповідно до ч. 1 цієї ж статті спеціалістом є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших заходів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань та навичок.

Таким спеціалістом може бути і спеціаліст-поліграфолог, якого залучають для надання безпосередньої технічної допомоги в роботі з поліграфом (в КПК передбачено перелік видів такої допомоги: фотографування, складення схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо; тобто перелік є відкритим і можуть бути використані і інші види допомоги) і консультацій з приводу оцінки отриманих психофізіологічних показників.

Спеціаліст-поліграфолог може залучатися до проведення таких слідчих (розшукових) дій, як ***допит, пред'явлення для впізнання, обшук, слідчий експеримент.*** Найчастіше поліграф використовується саме під час проведення допиту. Випадки такого використання поліграфа можна знайти в повідомленнях прес-служби МВС України [8; 9; 10], а також в судовій практиці [11; 12; 13]. Обстеження на поліграфі може проводитися до початку допиту (як тактичний прийом з метою отримання орієнтуючої інформації, спонукання до дачі показань тощо) або після його проведення (з метою оцінки отриманої в ході допиту інформації). Можливе також використання поліграфа безпосередньо в ході допиту.

Висловлюються пропозиції в літературі і щодо можливого використання поліграфа в ході проведення **пред'явлення для впізнання** [14, с. 169-172]. Поліграф може використовуватися перед пред'явленням для впізнання (в ході опитування особи, передбаченого ч. 1 ст. 228 КПК України) або після проведення впізнання з метою перевірити правдивість особи, яка здійснювала впізнання. Ще одним способом застосування поліграфа в цій слідчій дії є проведення впізнання безпосередньо під контролем поліграфа. Організаційною особливістю такого впізнання є те, що впізнавані об'єкти повинні пред'являтися особі по черзі, а поліграф фіксуватиме реакції особи на них.

Трапляються також пропозиції щодо можливого використання поліграфа в ході проведення таких слідчих дій як **обшук, слідчий експеримент** [4, с. 164; 15]. Аналогічно, як і у випадках використання під час допиту чи пред'явлення для впізнання, поліграф може використовуватися перед, під час або після проведення обшуку чи слідчого експерименту. Перед проведенням цих слідчих дій використання поліграфа дозволяє отримати додаткову орієнтуючу інформацію слідчому, прокурору стосовно місця розташування шуканих об'єктів (у випадку обшуку) або ж стосовно ходу та послідовності поведінки особи, обстановки чи обставин події тощо (у випадку слідчого експерименту).

Можливе також використання поліграфа безпосередньо під час проведення обшуку чи слідчого експерименту. Проте тут виникають труднощі організаційного характеру. Сучасний контактний поліграф для цього не підходить, адже особа, в житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, не зацікавлена в обстеженні її на поліграфі під час обшуку і навряд чи дасть на це згоду. Особа ж, яка в ході слідчого експерименту, показує, як відбувалася подія, не може сидіти в кріслі приєднана до поліграфа, адже повинна рухатися на місці проведення слідчого експерименту, показуючи ті чи інші свої дії тощо. Безпосередньо в ході проведення обшуку чи слідчого експерименту в майбутньому можуть використовуватися безконтактні поліграфи, які фіксують психофізіологічні показники особи дистанційно. Таким чином можна буде виявити хвилювання особи в момент наближення слідчого чи оперативних працівників до місця захування шуканих об'єктів, виявити ознаки нещирості особи під час проведення слідчого експерименту тощо. І хоча сучасний рівень науково-технічного розвитку не дозволяє цього робити, не можна відкидати такої можливості в майбутньому.

В ході проведення слідчих (розшукових) дій використання поліграфа здійснюється шляхом залучення спеціаліста-поліграфолога. Використання поліграфа можливе лише у випадку добровільної згоди обстежуваної особи. Винятком може бути лише використання так званих «безконтактних поліграфів», які реєструють психофізіологічні показники організму особи дистанційно і не пов'язані з накладенням на тіло людини жодних датчиків.

Дані, отримані з використанням поліграфа в ході слідчих дій, не мають доказового значення і можуть бути використані лише з орієнтуючою, тактичною метою. Це пов'язано з тим, що висновки спеціаліста не є джерелом доказів. І хоча організаційно використання поліграфа спеціалістом під час допиту та експертом в ході судової експертизи майже не відрізняється (це може бути навіть одна і та ж особа, яка в одному кримінальному провадженні залучається для проведення допиту з використанням поліграфа як спеціаліст, а в іншому – залучається як експерт для проведення судової психофізіологічної експертизи), отримані результати матимуть різне значення.

Можливість використання поліграфа або інших подібних технічних засобів, призначених для реєстрації неусвідомлених реакцій особи, потребує нормативного закріплення.

ІІІ. Використання поліграфа в судових експертизах.

Використання поліграфа в судових експертизах є найбільш раціональною та ефективною формою проведення психофізіологічної діагностики поліграфом.

Поліграф може застосовуватися в кількох видах судових експертиз:

1. Першою експертизою, під час проведення якої поліграф може бути використаний як допоміжний технічний засіб, *є судово-психологічна експертиза*. На таку можливість вказало 54 опитаних респонденти (32%).

Згідно з п. 1.4. Інструкції про порядок призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень: «Під час проведення експертиз (експертних досліджень) з метою виконання певного експертного завдання експертами застосовуються відповідні методи дослідження, методики проведення судових експертиз, а також нормативно-правові акти та нормативні документи… Визначення способу проведення експертизи (вибір певних методик, (методів дослідження)) належить до компетенції експерта» [16]. Тому експерт в ході проведення психологічної експертизи для вирішення поставлених перед ним питань має право використовувати як допоміжний засіб поліграф. Тим паче, що одним із підвидів судової психологічної експертизи О. М. Холопова виділяє судово-психологічну експертизу свідків, в ході якої встановлюється правдивість їхніх показань, а у випадку дачі неправдивих показань – їх завідомий характер [17, с. 213].

2. Аналогічно поліграф може використовуватись і під час проведення судово-психіатричної експертизи (предметом якої, відповідно до п. 7 Порядку проведення *судово-психіатричної експертизи*, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України 8.10.2001 р. № 397 є «визначення психічного стану осіб, яким призначено експертизу, у конкретні проміжки часу і відносно певних обставин, що становлять інтерес для органів слідства та суду» [18]) та комплексної *психолого-психіатричної експертизи.*

3. Проте найчастіше обстеження на поліграфі в кримінальному провадженні здійснюється у формі самостійної експертизи – *судово-психофізіологічної експертизи з використанням поліграфа.* Випадки проведення такої експертизи можна знайти в судовій практиці України [19; 20; 21; 22; 23]. Проблема полягає у тому, що така експертиза не передбачена нормативно-правовими актами. А тому в Міністерстві юстиції України не розглядають питання щодо присвоєння кваліфікації експерта з правом проведення психофізіологічних експертиз із використанням поліграфа.

Для усунення цього недоліку, переліки судових експертиз [24; 25] потрібно доповнити ще одним видом експертизи – психофізіологічною експертизою; з експертною спеціальністю – психофізіологічні дослідження з використанням поліграфа. Предметом психофізіологічної експертизи з використанням поліграфа будуть ті факти та обставини, які встановлюються на основі дослідження психофізіологічних реакцій організму людини, зареєстрованих поліграфом в ході проведення обстеження. Об'єктом психофізіологічної експертизи з використанням поліграфа (за аналогією з психологічною та психіатричною експертизою) є людина, фізична особа (підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, свідок), стосовно повноти та/або правдивості показань якої у суду, обвинувачення чи захисту є сумніви та яка добровільно погодилася пройти обстеження на поліграфі. До об'єкта цієї експертизи можна також віднести матеріали провадження, які надаються експерту для ознайомлення.

Психофізіологічна експертиза з використанням поліграфа призначається в загальному порядку. Фактичною підставою її призначення є наявність фактичних даних, аналіз яких потребує використання спеціальних психофізіологічних знань. Такими фактичними даними можуть бути неузгодженості, суперечності, прогалини в показаннях, необхідність отримання інформації про певні обставини події, стосовно яких в сторін провадження є певні розбіжності, сумніви щодо правдивості показань тощо.

Юридичною підставою проведення психофізіологічної експертизи з використанням поліграфа може бути:

1) ухвала суду про доручення проведення експертизи, винесена за результатами розгляду клопотання сторін кримінального провадження або потерпілого (ч. 1 ст. 332 КПК);

2) ухвала суду про доручення проведення експертизи, винесена незалежно від наявності клопотання, якщо суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності (ч. 2 ст. 332 КПК);

3) ухвала слідчого судді про доручення проведення експертизи, винесена за результатами розгляду клопотання сторони захисту (ст. 244 КПК);

4) постанова слідчого, прокурора про залучення експерта для проведення експертизи, в тому числі за клопотанням сторони захисту чи потерпілого (ч. 1 ст. 243 КПК);

5) договір про проведення експертизи між стороною захисту та експертом (ч. 2 ст. 243 КПК).

В усіх перерахованих випадках має бути також *заява про згоду* на проведення психофізіологічної експертизи з використанням поліграфа.

Висновки. Інформація, отримана в результаті проведення психофізіологічної експертизи з використанням поліграфа, є ***непрямим доказом*** і підтверджує лише суб'єктивну значимість конкретних стимулів, які можуть вказувати на наявність прихованої інформації про обставини злочину або на щирість відповідей на поставлені запитання. Проте питання доказового значення результатів поліграфа виходить за межі даної статті та потребує окремого дослідження.

Література:

1. Затенацький Д. В. Ідеальні сліди в криміналістиці (технік-криміналістичні та тактичні прийоми їх актуалізації) : монографія / Д. В. Затенацький; за ред. В. Ю. Шепітька. – Харків : Право, 2010. – С. 96.
2. Удалова Л. Д. Теоретичні засади отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України : автореф. … д. ю. н. / Л. Д. Удалова. – К., 2007. – С. 16.
3. Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов. – 3-е изд., дополненное. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – С. 579.
4. Прукс П. Уголовный процесс: Научная «детекция лжи». Инструментальная диагностика эмоциональной напряженности и возможности ее применения в уголовном процессе / П. Прукс. – Тарту, 1992. – С. 146.
5. Холодный Ю. И. Применение полиграфа при профилактике, раскрытии и расследовании преступлений (генезис и правовые аспекты) : монография / Ю. И. Холодный. – М. : «Мир безопасности», 2000. – С. 86.
6. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
7. Линник О. В. Використання поліграфа при розслідуванні злочинів у кримінальному судочинстві України : автореф. дис. … к. ю. н. / О. В. Линник. – Ірпінь, 2013. – С. 5.
8. Убивцю дев'ятикласниці засуджено до довічного ув'язнення [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/745831.
9. У Херсоні затримали вбивцю 14-літньої дівчини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/699473.
10. Життя пенсіонера молодик оцінив… у пляшку горілки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/700459.
11. Вирок Томаківського районного суду Дніпропетровської області в кримінальному провадженні № 1-135/09 від 2.10.2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 7464852.
12. Вирок Крюківського районного суду м. Кременчука Полтавської області в кримінальному провадженні № 1-71/11 від 31.10.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 19706545.
13. Вирок Зарічного районного суду м. Суми в кримінальному провадженні № 1-70/11 від 24.10.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19437972.
14. Дубягина О. П. Опознание в практике розыска человека и раскрытия преступлений (научно-методические аспекты) [Текст] / О. П. Дубягина, Ю. П. Дубягин, С. Г. Логинов. – М. : Юрлитинформ, 2006. – С. 169-172.
15. Семенцов В. А. Проверка правдивости показаний на полиграфе / В. А. Семенцов // Российский юридический журнал. – 2011. – № 2. – СПС «Консультант-Плюс».
16. Інструкція про порядок призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 8.01.1998 р. № 53/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98/print1360924232814159.
17. Холопова Е. Н. Судебно-психологическая экспертиза : монография / Е. Н. Холопова. – М. : Издательство «Юрдитинформ», 2010. – С. 213.
18. Порядок проведення судово-психіатричної експертизи, затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України 8.10.2001 р. № 397 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0219-02.
19. Вирок Апеляційного суду Полтавської області в кримінальному провадженні № 1-32/2007 від 5.12.2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3909595.
20. Вирок Апеляційного суду Житомирської області в кримінальному провадженні № 1-44/08 від 1.08.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8100829.
21. Вирок Староміського районного суду м. Вінниці в кримінальному провадженні № 1-23/10 від 27.05.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9531920.
22. Вирок Куйбишевського районного суду м. Донецька в кримінальному провадженні № 1-51/11 від 22.08.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21035915.
23. Кримінальне провадження № 1/1312/2012 р. від 26.01.2012 р. // Архів Личаківського районного суду м. Львова.
24. Інструкція про порядок проведення атестації судового експерта експертно-кваліфікаційними комісіями Міністерства юстиції України, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 22.12.95 р. N 32/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0473-95.
25. Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затверджене наказом Міністерства юстиції України від 09.08.2005 р. № 86/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0882-05/print1365155404921703.

Лешкович Т. А. Формы использования полиграфа в уголовном производстве Украины

Аннотация. Статья посвящена проблемам использования полиграфа в уголовном производстве Украины, исследуются возможные формы проведения обследований на полиграфе и их особенности.

Ключевые слова: полиграф, формы использования полиграфа, оперативно-розыскная деятельность, следственные (розыскные) действия, судебная экспертиза, психофизиологическая экспертиза.

Leshkovych T. The forms of using polygraph in criminal investigation of Ukraine

Summary. The article is devoted to the issues of using polygraph in criminal investigation of Ukraine, the author analyzes possible forms of polygraph examinations and its characteristics.

Key words: polygraph, forms of using polygraph, operational-investigative activity, investigative (search) actions, forensic examination, psychophysiological examination.

УДК 343.985 : 343.132

Якимчук Б. В.,
адъюнкт кафедры криминалистики и судебной медицины
Национальной академии внутренних дел

УСТАНОВЛЕНИЕ ПСИХОЛОГИЧЕСКОГО КОНТАКТА ПРИ ПРОВЕДЕНИИ СЛЕДСТВЕННЫХ (РОЗЫСКНЫХ) ДЕЙСТВИЙ С ИНОСТРАНЦАМИ

Аннотация. В статье проанализированы приемы и способы установления психологического контакта с иностранцами при проведении вербальных следственных (розыскных) действий. Отмечается, что тактические приемы, которые основываются на необходимости установления психологического контакта и психологическом воздействии, должны соответствовать требованиям избирательности. Может быть использована различная система тактических приемов для установления психологического контакта. Такие приемы могут использоваться как по отдельности, так и в форме тактических комбинаций.

Ключевые слова: психологический контакт, следственные (розыскные) действия, тактический прием, психологическое влияние, конфликт, тактика.

Постановка проблемы. Вопрос установления психологического контакта при проведении следственных (розыскных) действий с иностранцами является особо актуальным для исследования, так как с данной категорией лиц проведение следственных (розыскных) действий является более сложным процессом. Так, кроме некоторых процессуально-правовых особенностей производства следственных (розыскных) действий с иностранцами, следует обратить внимание также на некоторые психологические и общие организационные особенности, влияющие на тактику производства следственных (розыскных) действий с этой категорией лиц. Так, среди таких особенностей следует выделить установление психологического контакта. Именно вопросы установления психологического контакта при производстве следственных (розыскных) действий с иностранцами будут рассмотрены в статье.

Так, одним из основных условий эффективности следственных (розыскных) действий является установление с лицом, с которым производятся следственные (розыскные) действия, в нашем случае с иностранцем психологического контакта. Психологический контакт – это наиболее благоприятная психологическая атмосфера допроса, которая способствует взаимодействию и взаимоотношениям между его участниками, это определенный настрой на общение [1, с. 113]. Установление психологического контакта состоит в создании условий для позитивного, доброжелательного восприятия одним лицом другого. На установление психологического контакта с иностранцем, который принимает участие в проведении следственного (розыскного) действия существенное влияние оказывают форма и содержание адресованных ему непосредственно, в том случае, если он владеет языком судопроизводства, или через переводчика вопросов [2, с. 27]. Так, для установления психологического контакта может использоваться: демонстрация доброжелательности следователя; проведение предварительной беседы на постороннюю тему; обращение к логическому мышлению; разъяснение цели и задач допроса [3].

Установление психологического контакта позволит получать более полную информацию при производстве следственных (розыскных) действий, при установлении психологического контакта проявляются коммуникативные качества следователя.

Изложение основного материалы исследования. Так, установление психологического контакта может осуществляться с использованием ряда тактических приемов, среди которых можно назвать: 1) уточнение данных анкетно-биографического характера [1]; 2) демонстрация осведомленности следователя об обстоятельствах жизни допрашиваемого лица, его потребностей, интересов; 3) оповещение о цели допроса, убеждение в неотвратимости наказания виновных за совершенное преступление; 4) разъяснение значения чистосердечного раскаяния и других смягчающих обстоятельств, анализ перспектив ситуации, использование положительной оценки отдельных качеств личности; 5) разъяснение возможностей сообщения правдивых показаний; 6) убеждение в необходимости оказания помощи органам расследования; 7) разъяснение сущности и общественной опасности совершенного преступления, предоставление возможности ознакомиться с документами и вещественными доказательствами и пр.

Рассматривая вариант, при котором допрашиваемый не желает самостоятельно давать показания, следует отметить, что во время производства допроса подозреваемого и обвиняемого по данной категории уголовных производств, целесообразно применять приемы психологического влияния, предложенные Ф.М. Сокираном [4]. Он предлагает систему приемов психологического влияния при допросе подозреваемого и обвиняемого: установление психологического контакта; убеждение; разъяснение значения чистосердечного признания; создание видимости большей осведомленности следователя; выяснение преступной осведомленности (психологический эксперимент по определению преступной осведомленности) частичное сообщение допрашиваемому информации, которой располагает следователь [5, с. 71-72]; внезапность, стимулирование положительных качеств характера личности, использование противоречий в показаниях лиц, участвующих в деле, использование противоречий между показаниями подозреваемого

или обвиняемого и имеющимися в деле другими доказательствами; восстановление ассоциативных связей путем напоминания или возбуждение в памяти состояния аффекта [6, с. 39-40].

Бесспорно, установление психологического контакта требует от следователя знаний психологии допрашиваемого. Психологические особенности, которые должен принимать во внимание следователь при работе с иностранцами, разнообразны и зависят, в том числе от самой личности иностранца. Так, на необходимость использования специальных психологических знаний в уголовном процессе обращал внимание М.В. Костицкий [7], О.В. Полстовалов [8], В.А. Пономаренков [9], Е.И. Пухов [10]. Он должен учитывать его индивидуально-психологические особенности, типологические качества, психическое состояние в момент допроса, жизненный опыт и др. [1, с. 113]. Заметим, что изучение этнопсихологических типов характера необходимо для умелого приспособления к особенностям национального менталитета в различных сферах профессиональной деятельности. Знание национальных характеров способствует лучшему пониманию особенностей восприятия партнеров и способствует возникновению сотрудничества с ними [11, с. 3-5]. Так, прежде всего нужно принимать во внимание особое психологическое состояние иностранца. Закономерно, что иностранцу присущи стрессовые состояния (отчаяние, растерянность, фрустрация и т. п.), которые усугубляются сознанием одиночества, незнанием языка страны пребывания, ее законов и обычаев, неопределенностью своего положения. В связи с этим следователю необходимо проявить особый такт в обращении с иностранцем.

Следует обратить внимание на то, что тактические приемы, направленные на установление психологического контакта с допрашиваемым, основаны на использовании данных психологии, логики и других наук. В этом отношении определенный интерес представляют способы воздействия на людей, предложенные Дейлом Карнеги [12]. Он рекомендует шесть таких способов: 1) проявляйте искренний интерес к другим людям; 2) улыбайтесь; 3) помните, что для человека звук его имени – самый сладостный и самый важный звук человеческой речи; 4) будьте хорошим слушателем; поощряйте других рассказывать вам о себе; 5) ведите разговор в кругу интересов собеседника; 6) давайте людям почувствовать их значимость и делайте это искренне. Банальность некоторых приемов очевидна, однако это не лишает их практического значения при определенной интерпретации [1, с. 113]. Однако в современных условиях, когда многие интересуются психологией, знакомы с рекомендациями Дейла Карнеги, даже следование его рекомендациям не всегда способствует установлению психологического контакта, если человек чувствует неискренность.

Психологический контакт всегда имеет двусторонний характер, его установление и поддержание зависит как от следователя, так и от допрашиваемого, хотя инициатива должна принадлежать следователю. Так, наиболее существенной психологической преградой, оказывающей решающее значение при установлении психологического контакта при производстве следственных (розыскных) действий с участием иностранцев, является незнание или недостаточное знание государственного языка. Это обстоятельство вообще исключает или существенно усложняет свободное общение между участниками следственного (розыскного) действия, что приводит к усложнению процесса воспроизводства иностранцем воспринятого, нарушение четкости и логичности его мышления, осложнения восприятия и оценки следователем информации поступающей от иностранца. Другими словами, возникает языковой барьер [2, с. 27-28], исключающий возможность двустороннего психологического контакта. Поэтому для выполнения точного перевода весьма важно, чтобы переводчик хорошо владел иностранной юридической терминологией.

Обратим внимание, что тактический прием, который заключается в демонстрации следователем осведомленности в обстоятельствах жизни допрашиваемого, его потребностях, интересах, способствует адаптации подозреваемого на допросе, устранению нежелательных состояний его психики. Использование этого тактического приема вызывает у допрашиваемого интерес к информации, которую сообщает следователь, отвлекает от факторов, мешающих сосредоточиться на главном, способствует откровенности допрашиваемого [1, с. 114]. Однако возможности следователя по изучению личности иностранца, по сравнению с государственными правоохранительными органами страны гражданства иностранца, достаточно ограничены. Это вызвано и кратковременностью пребывания на территории государства, и полным или частичным отсутствием социальных связей иностранца в обществе страны пребывания [2, с. 28]. Кроме того, следует отметить, что такой тактический прием следует применять достаточно осторожно, необходимо взвешивать каждое слово.

Выводы. Стоит отметить, что тактические приемы, которые основываются на необходимости установления психологического контакта и психологическом воздействии, должны соответствовать требованиям избирательности. Такие тактические приемы базируются на методах передачи информации, убеждения, внушения, управляемых психических состояний, примера, рефлексии, эмоционального заражения и т. д. В зависимости от цели установления психологического контакта и процессуального положения лица, с которым необходимо установить психологический контакт, может быть использована различная система тактических приемов. Такие приемы могут использоваться как по отдельности, так и в форме тактических комбинаций. Заметим, что такие тактические приемы должны оказывать влияние только на тех лиц, которые каким-либо образом скрывают определенные правдивые сведения имеющие значение для дела и быть нейтральными (не влиять) на незаинтересованных лиц.

Литература:

1. Настільна книга слідчого : [Наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів] / М. І. Панов, В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова та ін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – 728 с. : 49 іл.
2. Закатов А. А., Смирнов В. В. Правовые, тактические и психологические особенности расследования по уголовным делам с участием иностранных граждан : учеб. пособие. – Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1984. – 48 с.

3. Лукашевич В. Г. Тактика общения следователя с участниками отдельных следственных действий : учебн. пособ. – Киев, 1989. – 88 с.
4. Сокиран Ф. М. Правовые и тактические основы психологического воздействия на предварительном следствии : автореф. дис. … на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 – «Уголовный процесс; судоустройство; прокурорский надзор; криминалистика» / Ф. М. Сокиран. – К., 1987. – 21 с.
5. Сокиран Ф. М. Сучасні концепції психологічного впливу на досудовому слідстві : монографія / Сокиран Ф. М. ; за заг ред. В. Г. Гончаренка. – Київ : НАВСУ. – Правник, 2002. – 172 с.
6. Сокиран Ф. М. Шляхи вдосконалення тактики психологічного впливу при проведенні окремих слідчих дій : посіб. / Ф. М. Сокиран, М. Ф. Сокиран ; за ред. В. Г. Гончаренка. – К. : НАВСУ, 2005. – 160 с.
7. Костицкий М. В. Использование специальных психологических знаний в советском уголовном процессе : дис. … на соискание ученой степени доктора юрид. наук : специальность 12.00.09 – Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности // Костицкий, Михаил Васильевич. Львов. – 1990. – 457 с.
8. Полстовалов О. В. Совершенствование тактических приёмов криминалистики на основе современных достижений психологической науки : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 – Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности // Полстовалов Олег Владимирович – М., 1998. – 308 с.
9. Пономаренков В. А. Этносоциальная детерминация уголовно-процессуального доказывания : дис. … докт. юрид. наук : 12.00.09 – Уголовный процесс; криминалистика; и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность / Пономаренков Виталий Анатольевич. Владимир, 2008. – 325 с.
10. Пухов Е. И. Криминалистические и психологические особенности использования тактических приемов при расследовании преступлений : автореф. дис. … канд. юрид. наук : специальность: 12.00.09 – Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности // Волгоград, 1999. – 237 с.
11. Этнопсихологические проблемы вчера и сегодня : Хрестоматия / Сост. К. В. Сельченок. – Мн. : Харвест, 2004. – 496 с.
12. Дейл Карнеги. Как приобретать друзей и оказывать влияние на людей / Прогресс. – Москва, 1989. – 394 с.

Якимчук Б. В. Встановлення психологічного контакту при провадженні слідчих (розшукових) дій з іноземцями

Анотація. У статті проаналізовано прийоми і засоби встановлення психологічного контакту з іноземцями при провадженні вербальних слідчих (розшукових) дій. Відмічається, що тактичні прийоми, які засновані на необхідності встановлення психологічного контакту і психологічному впливі, мають відповідати вимогам вибірковості. Може бути використана різна система тактичних прийомів для встановлення психологічного контакту. Такі прийоми можуть використовуватися як окремо, так і в формі тактичних комбінацій.

Ключові слова: психологічний контакт, слідчі (розшукові) дії, тактичний прийом, психологічний вплив, конфлікт, тактика.

Yakimchuk B. The establishment of psychological contact with the conduct of investigative (detective) actions with foreigners

Summary. The article analyzes the techniques and methods of establishing psychological contact with foreigners during the verbal investigative (detective) actions. It is noted that the tactics that are based on the need to establish psychological contact and psychological impact, must comply with the requirements of selectivity. It can be used different system of tactics to establish psychological contact. Such techniques can be used either singly or in the form of tactical combinations.

Key words: psychological contact, investigation (investigative) actions tactic, the psychological impact of the conflict, the tactics.

УДК 343.121

Яновська О. Г.,
адвокат, доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню проблем реалізації в Україні європейських стандартів надання безоплатної правової допомоги в кримінальному судочинстві. Автор визначає основні міжнародні засади надання безоплатної правової допомоги. Окрема увага приділена процедурі залучення захисника для надання безоплатної правової допомоги затриманій особі.

Ключові слова: безоплатна правова допомога, захисник, кримінальне судочинство, право на захист, доступ до правосуддя.

Постановка проблеми. Право громадян на безоплатну правову допомогу вже досить давно закріплено у Конституції України та деяких спеціальних законах України, однак реалізувати його у повному обсязі донедавна було неможливо через відсутність узгодженої політики у сфері надання правової допомоги коштом держави. Закон України від 02.06.11 р. № 3460-VI «Про безоплатну правову допомогу» створив правову базу та механізм для реалізації права кожного на правову допомогу у випадках, коли вона повинна надаватись безоплатно [1]. Цей Закон відповідає ряду міжнародних угод, учасницею яких є наша держава, зокрема Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [2] та Міжнародному пакту про громадянські та політичні права 1966 р. [3], які, зокрема, зобов'язують держав-учасниць надавати кваліфіковану безоплатну правову допомогу малозабезпеченим особам при обвинуваченні їх у вчиненні кримінальних правопорушень.

Виклад основного матеріалу дослідження. Позитивним необхідно визнати прийняття Закону України від 4 липня 2012 р. № 435-р «Про затвердження Концепції Державної цільової програми формування системи безоплатної правової допомоги на 2013-2017 роки» [4], в якій зазначається, що Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Конвенція про статус біженців, Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах та інші міжнародні акти передбачають обов'язок держави забезпечити безоплатну та ефективну правову допомогу особам, які її потребують, і встановити мінімальні вимоги до надання такої допомоги.

Європейський підхід в питанні надання безоплатної правової допомоги залишається незмінним і полягає у невід'ємності реального права на правову допомогу від права на реальний доступу до суду, яке, в свою чергу, є ключовою складовою права на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, питання щодо цивільних прав та обов'язків особи або встановлення кримінального обвинувачення, висунутого проти неї, гарантованого статтею 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод в інтерпретації цього права в прецедентній практиці Європейського суду з прав людини. Такий підхід втілився в низці конкретних принципів, серед яких, мабуть, найважливішими є наступні принципи, відображені в Резолюції 78 (8) «Про безоплатну правову допомогу і юридичні консультації», прийнятій Комітетом Міністрів Ради Європи 2 березня 1978 року [5]:

1. Ніхто не може бути в силу перешкод економічного характеру позбавленний можливості використання або захисту своїх прав у будь-яких судах, повноважних виносити рішення по цивільних, господарських, адміністративних, соціальних чи податкових справах. З цією метою кожна особа має бути наділена правом на необхідну безоплатну правову допомогу в судовому провадженні.

2. Безоплатна правова допомога має завжди надаватися особою, яка має право практикувати в якості адвоката у відповідності з правовими нормами держави.

3. Особа, якій надається допомога, має бути, наскільки це можливо, вільною у виборі кваліфікованого захисника. Призначена захисником особа має одержати належну винагороду за виконану роботу в інтересах особи, яка отримує безоплатну правову допомогу.

4. Відповідальність за фінансування безоплатної правової допомоги має бути покладена на державу.

5. Державі належить вжити необхідних заходів, щоб довести порядок надання безоплатної правової допомоги до відома широкого загалу та всіх зацікавлених сторін, зокрема тих державних органів, до яких можуть звертатися особи, що клопотатимуть про безоплатну правову допомогу.

Ці принципи знайшли подальшу деталізацію в певних практичних настановах, втілених у рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № К (81) 7 від 14 травня 1981 року [6] та інших. Серед них наступні: право кожного на допомогу адвоката за рахунок держави, якщо особа не може сплатити гонорар, в усіх

судових процедурах (кримінальних, господарських, адміністративних, цивільних тощо і у всіх цивільних інстанціях) із збереженням права на вибір адвоката; простота судових та позасудових процедур, дотичничих до прав людини; можливе скорочення судових витрат; сприяння доступу до позасудових методів розв'язання конфліктів.

Так, в Рекомендації № К (93)1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасницям «Про ефективний доступ до закону і правосуддя для найбідніших верств населення» від 8 січня 1993 р. вказується, що держави-учасниці мають: «...3. Сприяти ефективному доступу найбідніших верств населення до судів, зокрема: а) поширенням надання безоплатної правової або інших форм допомоги на всі судові інстанції (цивільні, кримінальні, господарські, адміністративні, соціальні тощо) та на всі змагальні або незмагальні процеси незалежно віл того, в якій якості виступають відповідні особи».

На жаль, в Україні ситуація з наданням безоплатної вторинної правової допомоги до 2012 року була вельми невтішною. Це призводило до прийняття численних рішень Європейського суду з прав людини проти України щодо порушення вимог Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у частині права на справедливий суд, призначення захисника та забезпечення людей безоплатною правовою допомогою. Як приклад можна навести декілька вирішених Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ) справ, у яких він звертає увагу на порушення права на правову допомогу: справи «Бортник проти України» (№ 39528/04 від 27 січня 2011 р.), «Нечипорук та Йонкало проти України» (№ 42310/04 від 21 квітня 2011 р.), «Балицький проти України» (№ 12793/03 від 3 листопада 2011 р.) та інші рішення ЄСПЛ.

Водночас, право на правову допомогу віднесено до конституційних прав як таке, що за статусом є загальним правом кожного. Так, стаття 59 Конституції проголошує: «Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» [7].

У ст. 4 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» зазначається, що при реалізації права на безоплатну правову допомогу не допускається застосовування привілеїв чи обмежень до осіб за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Державна політика у сфері надання безоплатної правової допомоги ґрунтується на таких принципах: 1) верховенство права; 2) законність; 3) доступність безоплатної правової допомоги; 4) забезпечення якості безоплатної правової допомоги; 5) гарантоване державне фінансування.

Закон України «Про безоплатну правову допомогу» визначає наступне коло суб'єктів надання безоплатної вторинної правової допомоги в Україні (ст. 15): 1) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги; 2) адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом; 3) адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі на підставі договору.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI також в ст. 25 визначає, що адвокати є суб'єктами надання безоплатної правової допомоги [8]. Здійснення захисту за дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, або в разі залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії в порядку, передбаченому чинним кримінальним процесуальним законодавством, а також законодавством про надання безоплатної правової допомоги, є важливим професійним обов'язком адвоката. Необґрунтована відмова від прийняття на себе захисту або участі у проведенні окремої процесуальної дії за цих умов є неприпустимою. Відмову слід вважати обґрунтованою тільки у випадках: - коли адвокат через тимчасову непрацездатність не може повноцінно виконувати свої професійні обов'язки; - коли з об'єктивних причин у адвоката відсутня належна кваліфікація для надання правової допомоги у конкретному провадженні, що є особливо складним; - коли при прийнятті адвокатом на себе захисту певної особи через конкретні причини неможливо забезпечити дотримання вимог Правил адвокатської етики, які регламентують неприпустимість конфлікту інтересів або правил, що забезпечують гарантії збереження конфіденційної інформації; - коли прийняття доручення або залучення для проведення окремої процесуальної дії через конкретні об'єктивні причини може потягнути суттєве порушення прав і законних інтересів інших клієнтів адвоката [9].

Крім того, треба зазначити, що адвоката, який надає безоплатну вторинну правову допомогу, може бути замінено лише у разі: 1) хвороби адвоката; 2) неналежного виконання адвокатом своїх зобов'язань за умовами договору; 3) недотримання ним порядку надання безоплатної вторинної правової допомоги; 4) виключення адвоката з Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом, чи Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі на підставі договору. Під час заміни одного адвоката іншим забезпечується безперервність надання безоплатної вторинної правової допомоги. Адвокат, який призначається на заміну іншого адвоката, зобов'язаний вжити заходів для усунення недоліків у наданні безоплатної вторинної правової допомоги, які мали місце до його призначення.

Водночас адвокат, який надає безоплатну вторинну правову допомогу, зобов'язаний: 1) неухильно дотримуватися вимог Конституції України, цього Закону, міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та інших нормативно - правових актів; 2) надавати якісно та в необхідному обсязі безоплатну вторинну правову

допомогу; 3) приймати до провадження справи осіб, які потребують безоплатної вторинної правової допомоги, відповідно до договорів, укладених з Центром з надання безоплатної вторинної правової допомоги; 4) не розголошувати конфіденційну інформацію про особу, яка стала відомою у зв'язку з наданням безоплатної вторинної правової допомоги.

На виконання зазначених вище положень Закону України «Про безоплатну правову допомогу» Кабінетом Міністрів України були прийняті такі нормативні акти, як постанова від 28 грудня 2011 р. № 1362 «Про затвердження Порядку і умов проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються до надання безоплатної вторинної правової допомоги» [10], постанова від 11 січня 2012 р. № 8 «Про затвердження Порядку і умов укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі» [11], постанова від 18 квітня 2012 р. № 305 «Питання оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу» [12].

У разі звернення осіб, зазначених у п. 3 -7 ч. 1 ст. 14 цього Закону, про надання безоплатної вторинної правової допомоги або надходження інформації про затриманих осіб у випадках, установлених законом, Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги зобов'язаний прийняти рішення про надання безоплатної вторинної правової допомоги з моменту затримання особи. Загалом, правовою підставою участі адвоката у кримінальному судочинстві є конституційні принципи здійснення правосуддя в Україні, а саме право на правову допомогу та право на захист від обвинувачення при вирішенні справ у судах та в інших державних органах за допомогою адвокатури (ч. 2 ст. 59); право кожного заарештованого чи затриманого з моменту затримання користуватися правовою допомогою захисника (ч. 4 ст. 29); право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист (ч. 2 ст. 63) та забезпечення цього права (п. 6 ч. 3 ст. 129). Крім того, нормативно закріплена участь адвоката у кримінальному судочинстві, в тому числі і на стадії досудового розслідування, положеннями Кримінального процесуального кодексу України (ст.ст. 20, 45-54 КПК України), Законами України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та «Про безоплатну правову допомогу». Участь адвоката в кримінальному провадженні є важливою гарантією прав і законних інтересів осіб, яких він уповноважений захищати і котрим надає юридичну допомогу, а також є необхідною умовою реалізації конституційного принципу

змагальності сторін (ст.22 КПК).

Участь захисника у кримінальному процесі є важливою гарантією реалізації конституційного принципу забезпечення підозрюваному, обвинуваченому права на захист та дотримання законності в ході кримінального судочинства. Допомагаючи підзахисному ефективно реалізувати свої права, адвокат забезпечує захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію)» (ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Виступаючи як захисник у кримінальних справах, адвокат виконує завдання державної важливості - захист особи від повідомленої йому підозри. Не можна забувати, що право на захист зовсім не є абстрактним правовим поняттям. Це є правом конкретної фізичної особи на захист від конкретного обвинувачення. Це є гарантованою підозрюваному, обвинуваченому можливістю спростовувати підозру всіма передбаченими в законі засобами й домагатись тієї міри справедливості, яку він вважає правильною. Цьому праву кореспондує сукупність норм, що зобов'язують державні органи забезпечити безперешкодне здійснення захисту обвинуваченим. Таким чином, право на захист має особовий характер, є особистим правом громадянина.

Саме тому викликає здивування позиція деяких науковців та практиків стосовно наявності чи відсутності обов'язку уповноваженої службової особи, що здійснила затримання, негайно повідомити про це орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 4 ст. 213 КПК).

Постановою Кабінету міністрів України від 28 грудня 2011 р. № 1363 був затверджений Порядок інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб, відповідно до якого негайно після фактичного затримання особи уповноважена службова особа суб'єкта подання інформації, яка здійснила затримання, повідомляє за допомогою телефонного, факсимільного зв'язку, електронної пошти або через комплексну інформаційно-аналітичну систему забезпечення надання безоплатної правової допомоги відповідному центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги прізвище, ім'я, по батькові та дата народження затриманої особи (якщо вони відомі);час та підстави затримання особи; точна адреса місця для конфіденційного побачення адвоката із затриманою особою; найменування суб'єкта подання інформації, його поштова адреса, номери телефону та адреса електронної пошти; прізвище, ім'я, по батькові та посада особи, що передала повідомлення [13]. Службова особа суб'єкта подання інформації, відповідальна за перебування затриманих, зобов'язана перевірити дотримання вимог цього Порядку та у разі нездійснення повідомлення про затримання – здійснити його самостійно. Треба зазначити, що проблема своєчасного надання правової допомоги затриманій особі загострюється у зв'язку із тим, що у майже у 23% випадків час фактичного затримання не співпадає із часом, зазначеним у протоколі затримання [14]. У разі отримання від особи, яка провадить дізнання, слідчого чи суду запиту про призначення захисника Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги зобов'язаний призначити захисника протягом 24 годин з моменту надходження запиту.

Висновки. В усякому разі необхідно пам'ятати, що надання безоплатної правової допомоги має розглядатися не як акт благодійності щодо незабезпечених, а як зобов'язання, покладене на суспільство в цілому. При цьому кожна особа має бути наділена правом на необхідну безоплатну правову допомогу адвоката в судовому провадженні, будучи, наскільки це можливо, вільною у виборі кваліфікованого захисника. Водночас відповідальність за фінансування безоплатної правової допомоги має бути покладена на державу.

Література:

1. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // http://zakon2.rada. gov.ua/laws/show/про%20безоплатну%20 правову%20допомогу.
2. Європейська конвенція з прав людини (Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 року) // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій. – Амстердам. – Київ, 1996. – С. 12-17.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. – К., 1992. – С. 36-62.
4. Концепція Державної цільової програми формування системи безоплатної правової допомоги на 2013-2017 роки : Закон України від 4 липня 2012 р. № 435-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://legalaid.gov.ua
5. Резолюція 78 (8) «Про безоплатну правову допомогу і юридичні консультації» : прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 2 березня 1978 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_132.
6. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № К (81) 7 від 14 травня 1981 року відносно полегшення шляхів доступу до правосуддя [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http:// zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_133.
7. Конституція України : Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К. : Преса України, 2009. – 80 с.
8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // http://zakon2.rada.gov.ua/laws show/про%20адвокатуру%20 та%20адвокатську%20діяльність.
9. Правила адвокатської етики від 17 листопада 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unba.org.ua.
10. Порядок і умови проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються до надання безоплатної вторинної правової допомоги : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 р. № 1362 // Офіційний вісник України. – 2011 р. – № 101. – Ст. 3718.
11. Порядок і умови укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі: постанова Кабінету Міністрів України від 11 січня 2012 р. № 8 // Офіційний вісник України. – 2012 р. – № 3 – Ст. 92.
12. Порядок оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу : Постанова Кабінету Міністрів України від 18 квітня 2012 р. № 305 // Офіційний вісник України. – 2012 р. – № 30. – Ст. 1114.
13. Порядок інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб: постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 р. № 1363 // Офіційний вісник України. — 2011 р. – № 101 – Ст. 3719.
14. Попередній звіт за результатами дослідження проблемних питань, що виникають у сторони захисту при застосуванні нового кримінального процесуального законодавства, підготовлений Координаційним центром з надання правової допомоги та центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://legalaid.gov.ua/images/Actual/Results_research.pdf.

Яновская А. Г. Европейские стандарты предоставления бесплатной правовой помощи в уголовном судопроизводстве: проблемы реализации в Украине

Аннотация. Статья посвящена исследованию проблем реализации в Украине европейских стандартов предоставления бесплатной правовой помощи в уголовном судопроизводстве. Автор выделяет основные международные принципы предоставления бесплатной правовой помощи. Отдельное внимание уделено процедуре привлечения защитника для предоставления бесплатной правовой помощи задержанному.

Ключевые слова: бесплатная правовая помощь, защитник, уголовное судопроизводство, право на защиту, доступ к правосудию.

Ianovska O. European standards for the provision of free legal assistance in criminal proceedings: Implementation Challenges in Ukraine

Summary. The article investigates the problems of implementation in Ukraine of European standards for providing free legal aid in criminal proceedings. The author highlights the major international principles of providing free legal aid. Special attention is paid to the process of attracting defense counsel to provide free legal assistance to detainees.

Key words: free legal aid, defense counsel, criminal justice, the right to protection, the right to access to justice

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

УДК 343.1

Dr. Pim Albers,
International expert administration of justice

IMPROVING THE QUALITY OF COURTS

Summary. In this article I will describe the main results of the court performance evaluation project of the Ukrainian court in the context of European and international developments by making a reference to the work of the CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice) – Council of Europe, the quality initiatives undertaken by a number of European countries, the United States and Singapore, as well as the publication of the international framework of court excellence.

Key words: courts, European Commission for the Efficiency of Justice, court excellence.

Introduction

For several years courts in Europe and other parts of the world are faced with many challenges related to various performance and quality aspects. A lack of independence of the judiciary, insufficient financial resources, difficulties with the implementation of court information technology (including case management information systems), a long duration of court procedures, combined with a growing demand for adequate dispute resolution mechanisms resulting in a rise of the number of incoming cases issued at the courts can lead to an erosion of the quality of justice, the quality of services delivered by the courts and a reduction in the public trust and confidence in the judiciary. To overcome these challenges and to improve the quality and performance of the courts court quality systems and court quality policies have been introduced in a number of countries. At a global level the international framework of court excellence have been developed to assist courts in the process of finding their way towards court excellence. Inspired by best-practices available in other countries and the work of the international consortium for court excellence, a number of courts of the Ukraine – as a part of the USAID Rule of Law project (currently the USAID FAIR Justice project) have participated in a pilot project to develop court performance evaluation (CPE) indicators and instruments and measurement tools to evaluate the work of judges and court staff in terms of quality and performance.

In this article I will describe the main results of the court performance evaluation project of the Ukrainian court in the context of European and international developments by making a reference to the work of the CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice) – Council of Europe, the quality initiatives undertaken by a number of European countries, the United States and Singapore, as well as the publication of the international framework of court excellence.

The early adopters

When looking at the countries that have started at an early stage with improving the quality at the courts (the Netherlands, Finland, United States and Singapore) several motives played an important role for initiating reforms in the judiciary. In the United States the introduction of the Malcom Baldridge quality award [1] resulted in the development of several quality programs in the public sector, including the courts. With the introduction of the US Trial Court Performance Standards (TCPS) in 1990 a comprehensive court quality instrument was launched which courts can use to assess their level of quality of services, based on 64 measures (quality is measured for the following areas: (1) access to justice, (2) expedition and timeliness, (3) equality, fairness and integrity, (4) independence and accountability, (5) public trust and confidence) [2]. One of the advantages of this model was that it entails a wide range of instruments and measurement tools. However a major drawback of the TPCS model concerned the fact that only a very few courts in the US were able to implement all the instruments listed in the model (e.g. the Los Angeles Municipal Court) [3]. Based on the lessons learned, in 2009 a number of simplified and more flexible instruments were developed under the name US Courtools [4]. The Courtools is comprised of 10 instruments ranging from the application of a court user satisfaction survey till the measurement of the average duration of court proceedings, backlog of cases (age of the pending caseload) and the costs per case. In contrast with the Trial Court Performance Standards these tools are widely accepted and used by the US trial courts.

On the other side of the continent, in Singapore, especially the critics about the long duration of the court procedures, resulted in a shift of orientation of the Singapore judges. Instead of only focusing on judicial quality (represented in high quality judgments) a court user orientation was introduced with the Singapore 'eJustice Scorecard' Quality model [5]. Several new approaches were announced to offer better services to the clients of the courts, resulting in a higher level of court performance. For example electronic procedures for lawyers, an electronic mediation scheme (eADR) and more investments of the courts to raise their level of accountability (by publishing annual reports, relevant judgments on the website, etc.) was the outcome of a large number of quality initiatives in Singapore. Not only externally the Singapore courts improved themselves, but internally too. With a resilient focus on good/strong leadership at the courts, efficient internal work procedures and a high level of court automation the judiciary of Singapore is seen as one of the top leading court systems of the world. When looking at the Doing Business studies of the World Bank it is evident that their strong focus on a high quality judiciary is awarded with a top ranking position for economic development and investment climate [6].

In Europe, the Netherlands and Finland can be seen as one of the first countries that started with the development of their own court quality policies/systems.

As a part of a large reform program (justice of the 21st Century) in the period 1998 – 2002 a dedicated project was initiated on court quality in the Netherlands. Inspired by the experiences in the United States with the US Trial Court Performance Standards, a measurement system was developed containing several indicators and instruments to measure the performance and quality of services of the courts (independence and integrity, timeliness of proceedings, unity of law, expertise, treatment of the parties). Pilot projects were launched in three district courts and on the basis of the results of these pilots the Dutch Council for the judiciary created at a national level a court quality policy for all the courts under the title 'RechtspraaQ' [7].

In Finland, at least in one of the jurisdictions, there was already a tradition at the level of the courts of appeal of Rovaniemi, discussions were organized (on a regular basis) about the subject of court quality and quality of the judiciary with the members of the judiciary. The results of these discussions were used to develop concrete measures of improvement, which were included in the annual court plans. At a later stage the orientation on court quality policies was formalized in the 'Quality Benchmarks' program. This program implemented by the courts of appeal in Rovaniemi, includes several measures and activities to improve the quality of services delivered by the courts in the Rovaniemi jurisdiction. Since the Quality benchmarks were seen at a European level seen as a 'best practice' example for innovation in the justice sector, the courts of Rovaniemi received in 2005 the Crystal Scales of Justice Award.

When looking at the quality models applied in the US, Singapore, the Netherlands and Finland, there are a number of similarities that can be identified. First of all, there is a strong orientation towards the users of the courts. Instead of only focusing on a high judicial quality, all the models described tries to incorporate the needs of the users of the courts in a system to measure the court quality and to improve this. A second similarity concerns the need to guarantee or to improve access to justice at the courts. Not only in terms of affordability, but also in the sphere of improving the easy access to court buildings and 'electronic' accessibility of the courts, by means of an intensified use of electronic exchange of information or information provision through court websites, the use of electronic forms and the application of videoconferencing techniques. The last point brings us also to the third similarity, namely the stimulation of internal organizational measures focusing on the strengthening of efficiency and productivity of the courts. Better work procedures, efficient and timely internal judicial procedures, strong leadership in the courts, good management of human, financial and material resources as well as a good working atmosphere and cooperation between judges and court staff will have a positive contribution to the quality of services at the courts.

European and global initiatives

At a European level the topic of court quality policies and improving the quality of justice is put on the agenda through the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) of the Council of Europe. This Commission, established in 2002, promotes the efficiency and quality of justice via the publication of periodic reports about the composition and functioning of justice (reports 'European Judicial Systems'), the organizations of thematic meetings, working groups and the publication of guidelines that can be used by the member states of the Council of Europe to improve their national judicial systems. One of the most relevant working groups of the CEPEJ on the subject of court quality, concerns the GT-Qual working group *(Groupe de travail Qualité)*. These working groups, composed of a limited number of national experts (often national members of the CEPEJ), discussed on a regular basis important topics on the subject of court quality and have produced a number of studies and/or recommendations for the member states to improve the quality of justice. For example in 2008 a checklist for promoting the quality of justice was released [8], to be followed by a comparative report about the application of court quality policies in eight Council of Europe member states [9]. A practical guideline on the development and use of court user survey was published in 2010. This guideline contains a model template for court user surveys and a working method for courts to implement a survey to collect necessary information about the level of satisfaction of the court users (litigants, lawyers, public prosecutors and other 'repeat players') [10]. The most recent publication of the working group concerns a guideline on the use of a court location policy to facilitate access to justice. In this guideline criteria are defined for a high level of geographical access to the courts, including norms for the travel time of a litigant for travelling to a court and the distribution of the workload of cases between the courts [11].

Besides the active involvement of the CEPEJ – Council of Europe in stimulating court quality policies in 2006 another initiative was taken at a global level with the establishment of an international consortium for court excellence. This consortium, represented by the US National Center for State Courts, the US Federal Judicial Center, the Singapore subordinate courts, the Australasian Institute for Judicial cooperation, supported by the CEPEJ and the World Bank, developed the 'international framework for court excellence' [12]. Based on best-practice examples described in the previous part of this article, the framework tries to present a solution for all courts in the world to assess the current situation in the courts (in terms of quality and performance) and to develop measures for improvement. Similar to the individual quality initiatives of several countries, the framework identifies seven areas of quality – or in terms of the framework: seven areas of excellence – namely: court management and leadership, court policies, court proceedings, public trust and confidence, user satisfaction, court resources, affordable and accessible court services. With the use of a comprehensive or simplified version of a self-assessment checklist courts can score their situation and are able to detect areas of improvements. Examples of courts that have applied the framework of court excellence are: the Land and Environment court of New South Wales (Australia), the Supreme Court of Victoria (Australia) and the Magistrate's court of Victoria. Moreover, workshops

about the international framework were held in the Philippines. The Abu Dhabi Judicial Department of the United Arab Emirates decided to introduce the international framework for court excellence in their department with a view of achieving world class standards in the judiciary and it is expected that in the coming years more and more countries will follow this path.

Experiences of the Ukraine: Rule of Law project and FAIR Justice

The influence of European and global initiatives to promote measures to improve the quality of justice at the courts resulted also in a number of activities in Ukraine to evaluate and improve the court quality and to enhance the public trust and confidence in the judiciary. An important role is played by the work of the USAID Ukraine Rule of Law project (2006-2011) and the USAID FAIR Justice project. FAIR Justice tries to support the development and implementation of key judicial reform legislation and improve judicial policies and procedures that promote a more effective, accountable and independent judiciary [13]. By contributing to a new legislative and regulatory framework to the judiciary, strengthening the accountability and transparency, professionalism and effectiveness of the judiciary, as well as strengthening the role of civil society organizations in advocating and monitoring the work of the judiciary, the project will contribute to a long term change of the judiciary into a legal organization that can meet all relevant European and global standards on quality and effectiveness of the judiciary.

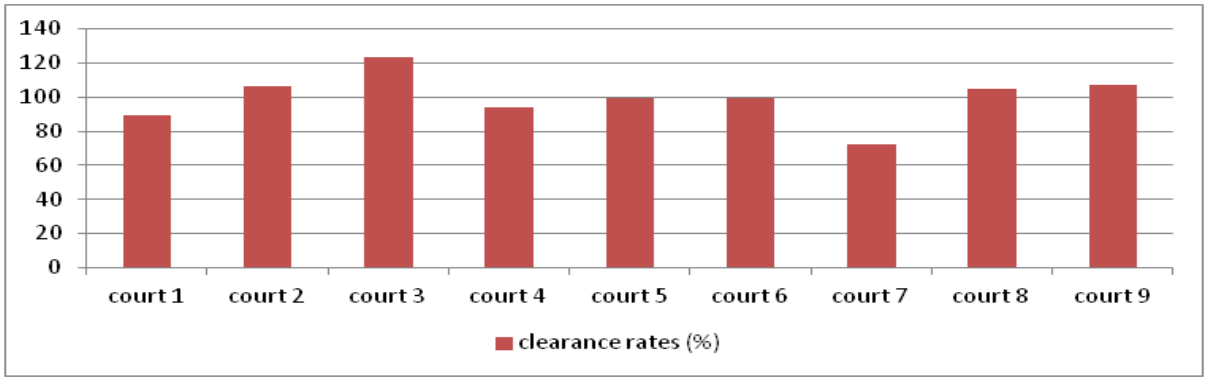
In the sphere of improving the quality and performance of the courts a standard court performance evaluation framework has been developed by FAIR Justice in cooperation with the Council of Judges of Ukraine and the State Judicial Administration. The development of this framework started already in 2010 when a Court Performance Evaluation working group was established (CPE working group) to create tools for internal court performance evaluation focusing on the timeliness of the proceedings and quality of court decisions. The testing of these instruments took initially place in six courts. In 2012 the number of participating pilot courts was extended to 13 courts under the guidance of the CPE working group in cooperation with the State Judicial Administration Working Group on Innovation.

The Court Performance Evaluation Framework (CPE Framework) is composed of four evaluation areas: (1) efficiency of court administration, (2) timeliness of court proceedings, (3) quality of court decisions and (4) court users' satisfaction with the court performance. For each of these areas several evaluation tools and criteria have been defined. There are a number of *internal court performance evaluation* instruments, such as a survey of judges and courts staff and an expert analysis of court decisions and timeliness of the proceedings. In addition to these internal evaluation instruments the CPE Framework contains also two *external evaluation* instruments, namely a court user satisfaction survey (Citizen Report Card) and an analysis of available court statistics [14].

As indicated earlier, the pilot testing of the CPE Evaluation Framework took place in 13 courts (nine first instance courts and five courts of appeal representing general, administrative and commercial courts of eight oblasts regions) [15].

The efficiency of court administration is measured by looking at several aspects that are of main importance for a proper functioning of the courts. E.g. the adequate funding of the courts, the efficient use of the court resources, satisfaction of the judges and court staff with the working conditions, leadership and management of the courts en the efficiency of the judicial self-governance of a court. The results of the evaluation show that several pilot courts receive a (much) lower budget than was requested. This can have a negative impact on the court performance, since there may be lesser financial resources available for recruiting (new) judges and court staff. On the other side, the majority of the court staff and the judges is of opinion that the available court resources are properly used. In that sense, despite the situation that a number of courts receive a lower budget than was requested, the financial resources are adequately spending the management of the courts. With regards to the working conditions most of the judges and court staff of the pilot courts are satisfied with the courthouse premises and offices (a score above 4 on a 5 points ranking scale where the score 5 is the highest level of satisfaction and a score of 1 is the lowest). When asking the judges and staff about the quality of the management and leadership of the court president and the chief of staff, the majority of the pilot courts are reviewing them positively (with the exception of one pilot court where the head of the court staff was very negatively rated).

Besides the subjective rating of the efficiency of court administration, the court performance of the pilot courts was also analyzed on the basis of available court statistics and key court-performance indicators (e.g. average costs



Graph 1 Clearance rates of the pilot courts

per case, number of adjudicated cases per judge in the first half of 2012, the number of adjudicated cases per court staff member in the first half of 2012, number of pending cases older than one year, clearance rates (ratio between the number of incoming and resolved cases and the disposition time (to indicate the number of days that are required to resolve a case). Graph 1 shows the variety of the court performance of 9 pilot courts in terms of reducing/increasing the backlog of cases by presenting data about the clearance rates (this is the ratio between the number of incoming cases and resolved cases. A clearance rate above 100 percent implies a reduction of the backlog cases, whilst a figure below 100 percent indicates that the court is confronted with an increase of backlog/pending cases). The number of pending cases will have a negative impact on the average duration of procedures. The higher the number of pending cases, the longer the average durations of court procedures will be. As can be concluded from this graph, some of the pilot courts are confronted with an increase of the number of pending cases, whilst in other courts the backlogs are being reduced.

Another interesting instrument that is applied as a part of the Court Performance Evaluation concerns the court user satisfaction surveys, based on the citizens' report card method. At the pilot courts users were invited to fill in a survey about their level of satisfaction of a number of key aspects related to the quality and services delivered by the court. On the basis of a 5 point scale scoring mechanism the users of the court had to rate their level of satisfaction related to: court accessibility, level of comfort in the courthouse, completeness and understandability of information, timeliness of the court proceedings, satisfaction of citizens with the work of the judges and satisfaction of the citizens with the work of the court staff. As was expected, the scoring for the participating pilot courts varied on these various aspects ranging from an average score of 3.2 (not satisfied with the quality of services delivered by the courts) till 4.4 (the users are (very) satisfied with the court services).

This type of (perception) information is a valuable source to compare this with the objective court performance information (based on court statistics and the evaluation studies on the timeliness of the proceedings and quality of the judgments. The use of all these sources of information makes it possible to generate a balanced and complete picture of the court performance of individual courts and to compare the individual courts with each other as a part of a benchmarking method. Comparing the Court Performance Evaluation initiative of the FAIR Justice project with the international developments on court quality systems and court quality policies shows that – at least for the participating pilot courts – the quality-awareness is increasing in the Ukraine and that the participating courts are willing to take necessary steps to implement several measures to improve their performance and level of quality. The challenge will be though to expand this initiative to the national level. Already the strategic plan for the Ukrainian judiciary (2013-2015) approved by the Council of Judges (in December 2012) underlined the need for a national framework for court performance standards [16]. The work that has been conducted in the recent past on the Court Performance Evaluation methods can contribute to this and must be seen as a valuable starting point for creating a national standard for court performance.

References:

1. 1987, the Malcolm Baldridge National Quality Act of 1987
2. http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/ctadmin/id/1493
3. P. Casey, Defining Optimal Court Performance: The Trial Court Performance Standards. In: Court review (Winter 1998), pp. 24 – 29 (http://aja.ncsc.dni.us/courtrv/cr35-4/CR35-4Casey.pdf)
4. http://www.courtools.org
5. This model was based on the Balanced Scorecard method of Norton and Kaplan (see: R.S. Kaplan (2010), Conceptual Foundations of the Balanced Scorecard, in: Harvard Business School (working paper: 10-074).
6. http://www.doingbusiness.org/~/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB13-full-report.pdf
7. http://www.rechtspraak.nl/English/Publications/Documents/Quality-of-the-judicial-system-in-the-Netherlands.pdf
8. CEPEJ (2008), Checklist for promoting and improving the quality of justice in the courts, Strasbourg.
9. CEPEJ (2010)3E, Quality management in courts and in the judicial organizations in 8 Council of Europe member States, Strasbourg.
10. CEPEJ (2010)2e, Working group on the quality of justice (CEPEJ-GT-QUAL) - Report on conducting satisfaction surveys of court users in Council of Europe member states, Strasbourg.
11. CEPEJ (2013)7, Lignes directrices relatives à la création de cartes judiciaires visant à faciliter l'accès à la justice dans un système judiciaire de qualité, Strasbourg.
12. See: http://www.courtexcellence.com
13. See: intro: http://www.fair.org.ua/index.php/index/text/about
14. FAIR Justice project (2013), Court performance evaluation in Ukraine: pilot testing results in 2012.p. 4.
15. Vinnytsia District Administrative Court, Commercial Court of Dnipropetrovsk Oblast, Ordzhonikidze District Court of the City of Mariupol, Ivano-Frankivsk Oblast Court of Appeals, Kirovskyi District Court of the City of Kirovohrad, Kirovohradskyi Raion Court of Kirovohrad Oblast, Kirovohrad Oblast Court of Appeals, Prymorskyi District Court of the City of Odessa, Kharkiv District Administrative Court, Kharkiv Appellate Administrative Court, Chornobaivskyi Raion Court of Cherkasy Oblast, Cherkasy Oblast Court of Appeals, Leninskyi District Court of the City of Kirovohrad.
16. http://www.aija.org.au/Asia%20Pacific%202013/Presentations/Vaughn%20SP.pdf

Пім Альберс. Удосконалення якості судів

Анотація. У цій статті описуються основні результати оцінки ефективності проекту українського суду в контексті європейських і міжнародних подій, з посиланням на роботу ЕКЕП (Європейська комісія з ефективності правосуддя).

Ключові слова: суд, Європейська комісія з ефективності правосуддя, удосконалення суду.

Пим Альберс. Усовершенствование качества судов

Аннотация. В этой статье описываются основные результаты оценки эффективности проекта украинского суда в контексте европейских и международных событий, со ссылкой на работу ЕКЭП (Европейская комиссия по эффективности правосудия).

Ключевые слова: суд, Европейская комиссия по эффективности правосудия, усовершенствование суда.

УДК 341(438)(092)

Бем М. В.,
аспірант кафедри міжнародного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ Р. ЛЕМКІНА ЩОДО КВАЛІФІКАЦІЇ ОКРЕМИХ ПРИКЛАДІВ МАСОВИХ ПОРУШЕНЬ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ЗЛОЧИНУ «ГЕНОЦИДУ»

Анотація. Стаття присвячена аналізу міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна щодо кваліфікації окремих прикладів масових порушень прав людини як злочину «геноциду».

Ключові слова: геноцид, міжнародно-правові погляди, права людини, Р. Лемкін.

Постановка проблеми. В історію міжнародного права і людства загалом Рафал Лемкін (1900-1959) увійде в першу чергу як видатний правник, автор терміну «геноцид», невтомний борець за імплементацію цього поняття в практику міжнародних правовідносин. Проте особистість Р. Лемкіна була багатогранною і він залишив по собі велику наукову спадщину в різних сферах, яка, на жаль, і досі залишається маловивченою і практично невідомою широкому загалу. До такої спадщини Р. Лемкіна, зокрема, належать його дослідження з історії геноциду, в яких він аналізує окремі історичні події крізь призму юридичного розуміння поняття «геноцид», яке він пропонував у своїх працях.

Як відзначає Д.Й. Шаллер, він: «…був не «лише» впливовим правником, а й також істориком, що є фактом, який досі ігнорують більшість дослідників геноциду» [1, p. 531]. Можна погодитися з вченим і констатувати, що ця частина наукового доробку Лемкіна ще потребує свого ґрунтовного дослідження. Зокрема, особливий інтерес для науки міжнародного права мають його міжнародно-правові погляди щодо кваліфікації окремих фактів протиправних дій як злочину геноциду.

Відповідно, **метою** цієї статті є вивчення міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна щодо кваліфікації деяких історичних подій, в ході яких мали місце масові порушення прав людини, як злочину геноциду відповідно до міжнародно-правової концепції, розробленої цим вченим.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити, що в науці міжнародного права існують окремі дослідження присвячені цій частині наукової спадщини Р. Лемкіна. Зокрема, історично-правову спадщину Р. Лемкіна вивчали такі зарубіжні вчені як А.Д. Мозес, М.А. Макдоннел, Дж. Саркін, Д. Стоун, Д.Й. Шаллер та ін. У вітчизняній науці окремих аспектів цього питання торкалися в своїх працях М.М. Антонович, В.І. Мароч-ко, Р. Сербин тощо.

Виклад основного матеріалу дослідження. Досліджуючи історико-правову спадщину Р. Лемкіна, не слід забувати, що вчений не був професійним юристом, а не істориком, що й зумовлює певні особливості його праць з історії геноциду. Як наголошує Д. Стоун: «… слід пам'ятати, що Лемкін не писав як історик. Хтось може вважати його методологію недостатньою для здійснення визначного вкладу в історіографію» [1, p. 541]. З таким твердженням слід погодитися і ще раз підкреслити, що ці праці Лемкіна, в першу чергу, носять *історично-правовий*, а не просто *історичний характер* і тому видається доцільним їх дослідження саме в контексті міжнародно-правових поглядів цього вченого.

Зокрема, в останній період свого життя 1953-1959 р. вчений готував масштабне дослідження присвячене проблематиці геноциду. Воно мало б складатися з чотирьох частин: першої, яка б називалася «Вступ до вивчення геноциду» (англ. Introduction to the Study of Genocide) і трьох присвячених історії геноциду. На жаль, всі спроби Р. Лемкіна отримати кошти для видання цієї праці виявилися невдалими і його напрацювання так і залишилися у вигляді рукописів [2], що зберігаються в американських архівах, зокрема в містах Цинциннаті та Нью-Йорку.

Найбільш дослідженими є міжнародно-правові погляди Р. Лемкіна щодо кваліфікації як «геноциду» таких історичних подій, як: політики колоніальних адміністрацій європейських держав в Африці в кін. XIX–на поч. XX ст. [3; 4, p. 447-452], українського Голодомору 1932-1933 рр. [5, с. 21-30], дій європейських колонізаторів проти корінного населення Америки [6, p. 501-529]; стосовно Голокосту [1, Pp. 539-550]; та геноциду вірменського народу 1915 р. [11, p. 125-135]. Оскільки міжнародно-правові погляди Р. Лемкіна щодо Голокосту та Голодомору вже були предметом наукових публікацій автора [7, с. 175-180], то в цій статті видається за доцільне зосередитися на поглядах вченого з приводу інших масових порушень прав людини, зокрема: колонізаційної політики Іспанії в Америці в XVI ст.; дій німецької колоніальної адміністрації в Африці на поч. XX ст.; вірменського геноциду 1915 р.

Міжнародно-правові погляди Р. Лемкіна щодо кваліфікації колонізаційної політики Іспанії в Америці в XVI ст. як злочину геноциду. Як відзначають М.А. Макдоннел та А.Д. Мозес, в архівних працях Лемкіна щодо історії геноциду можна знайти значну кількість напрацювань, які стосуються європейської колонізації Нового Світу – Америки та кваліфікації, які мали місце в ході цієї колонізації, як геноциду [6, p. 501-502].

Розглядаючи це питання, в першу чергу, Лемкін наголошував на тому, що індіанські цивілізації, які існували на території Північної та Південної Америки, до їх відкриття у 1492 р. (ацтеки (сучасна Мексика), майя (сучасна Центральна Америка), інки (сучасні Перу та Еквадор) тощо), перебували на порівняно високому

ступені суспільного та культурного розвитку, але впали жертвою бажання іспанських колонізаторів-конкістадорів до загарбництва, багатства і пригод. Причинами того, що вони не зуміли успішно протистояти завоюванню, вчений називав у першу чергу внутрішні протиріччя, кризи і громадянські війни, які роздирали ацтеків, майя та інків [6, p. 505-506].

Лемкін виділяє три основні методи геноциду, які застосовувалися іспанською владою проти місцевого населення. У першу чергу це були *фізичні методи*, тобто фізичне знищення. Він виділяв три види такого фізичного знищення, яке застосовувалося іспанцями: *попереджувальне знищення* через побоювання повстання корінного населення (напр., різня, яку влаштували конкістадори на чолі з Кортесом в м. Чолула в 1519 р.); *знищення, в ході придушення повстань*, для ліквідації повстанців і припинення виступів проти колоніальної влади; *знищення задля розваги* (напр., використання людей для тренування собак і т.п.) [6, p. 506-507].

Щодо *біологічних методів* геноциду, які застосовувалися іспанцями, Р. Лемкін виділяв два основні види їх застосування. До першого виду він відносив злочинні дії щодо жінок і дітей: «індіанські жінки не просто підлягали дискримінації, а й поповнювали гареми іспанських колонізаторів… Той факт, що виснажені матері-рабині часто були не в стані доглядати за своїми дітьми, також призводив до вимирання раси… Діти ж не отримували належного догляду з боку іспанців». Другим видом, з його точки зору, було рабство, яке призводило до виснаження, підвищення смертності і т. п. [6, p. 507].

Нарешті, *культурні методи* геноциду, які застосовувалися іспанцями, в розумінні Лемкіна полягали в знищенні місцевих еліт; насадженні християнства та іспанської і латинської мов; забороні місцевих звичаїв та ритуалів, національного одягу; поширенні алкогольних напоїв і споюванні місцевого населення; руйнуванні архітектурних пам'яток тощо [6, p. 508-509].

Таким чином, можна констатувати, що Р. Лемкін вважав, що дії іспанської колоніальної влади проти корінного населення Америки носили характер геноциду. Він стверджував, що ці дії відповідають методам геноциду, які він розробив і запропонував в своїй основній книзі «Правління держав «осі». У той же час дослідники міжнародно-правових поглядів Лемкіна, роблять застереження щодо джерельної бази (напр., авторства Б. де Лас-Касаса), якою користувався Лемкін, як такої, яка часто надто ідеалізувала індіанське населення і демонізувала іспанців [6, p. 504].

Міжнародно-правові погляди Р. Лемкіна щодо дій німецької колоніальної адміністрації в Африці на поч. XX ст. Наприкінці XIX ст. Німеччина провадила активну колонізаційну політику в Африці, зокрема на території сучасної Намібії. У 1903 р. племена гереро і нама, які мешкали на території Намібії підняли повстання. За наслідками боротьби у 1904-1908 рр. чисельність гереро, за приблизними оцінками, скоротилася з 80 тисяч до 15 тисяч осіб [8]. Більшість з них загинула внаслідок бойових дій, репресій німців під час ув'язнення в концтаборах і вимушеної втечі через пустелю Калахарі на території, що контролювалися британцями.

В архівах Лемкіна є два рукописи присвячені геноциду гереро: один незакінчений і без назви на 17 сторінок і другий під назвою: «Німці в Африці» на 52 сторінки, де вчений так само торкається цього питання. Обидва манускрипти зберігаються в Центрі американських єврейських архівів імені Джейкоба Рейдера Маркуса в м. Цинциннаті [10, p. 538].

На думку Лемкіна, повстання гереро і подальші трагічні події були викликані політикою німецької колоніальної адімінстрації, яка складалася з низькокваліфікованих фахівців [10, p. 533]. Вони не намагалися вибудувати відносини із місцевими племенами та їх вождями, як це робили британці, що створили систему «непрямого управління», не відбираючи у місцевих вождів влади над місцевим населенням [10, p. 533]. Натомість, як стверджував Лемкін, вожді гереро були позбавлені своєї влади і їм було делеговано лише повноваження щодо найму робочої сили. В разі, якщо ж вони не справлялися зі своїми обов'язками, то до них застосовувалися жорстокі покарання [10, p. 533].

Коментуючи безпосередньо трагічні події, Лемкін наголошував, що: «німці ввели у своєму управлінні африканськими колоніями прусську військову систему, систему жорстокості і гноблення… Прусський мілітаризм був заснований на принципах терору і сили» [10, p. 533-534]. Зокрема він наводив так протиправні дії, які здійснювалися німця проти гереро: розстріли, повішення, голод, тілесні покарання, примушування до проституції, розділення сімей, постійне скорочення народжуваності [10, p. 534].

Хоча Лемкін не використовував термін «геноцид» по відношенню до подій 1904-1908 рр. в Німеччині в тексті, але в той же час глава його незакінченого рукопису, присвяченого заходам, які вживалися німцями для придушення повстання гереро і їх наслідкам, носить назву «Геноцид» [3, p. 104], що дозволяє дійти висновку, що він розглядав їх саме як цей злочин.

Крім того, ті дії німців, які він наводить, однозначно співпадають зі змістом поняття геноциду в трактуванні Р. Лемкіна, яке він висловлював в своїх опублікованих працях, зокрема і в «Правлінні держав «осі» в окупованій Європі» [9, p. 79]. Окремі вчені, як і у випадку з поглядами Лемкіна щодо геноциду корінного населення Америки, роблять застереження щодо об'єктивності таких суджень Р. Лемкіна. Так, німецький науковець Д.Й. Шаллер вважає, що Лемкін не був в достатній мірі проінформований про події в Намібії. Також він вказує, що ключовим джерелом оцінки тих подій стали повідомлення британців з Південної Африки і ті джерела, які мали на меті однозначну дискредитацію німців [10, p. 532-533]. Проте в той же час сам факт, що ці дії привернули увагу автора поняття «геноцид», який займався дослідженням історії цього явища, уже свідчить про існування певних підстав для цього.

Як підсумок варто зазначити, що в своїй науковій діяльності Р. Лемкін часто звертався до історичних прикладів злочину геноциду та проводив їх аналіз з точки зору власної міжнародно-правової концепції злочину геноциду. До кожного з цих випадків він підходив надзвичайно ретельно, особливої уваги заслуговує його об'єктивність. Висновки вченого з кожного конкретно-

го такого випадку можуть служити вагомим аргументом при юридичній кваліфікації кожної з цих подій.

Міжнародно-правові погляди Р. Лемкіна щодо геноциду вірменського народу 1915 р. Трагічні події 1915 р., коли влада османської Туреччини здійснювала масові вбивства вірменського населення, чорною сторінкою вписана в історію людства. Саме цей факт став поштовхом спершу для розробки міжнародно-правової системи захисту національних меншин, а згодом – і для розробки Лемкіним концепції злочину «геноциду».

Через майже сто років після тих трагічних подій питання визнання їх геноцидом на міжнародному рівні залишається відкритим, в основному через супротив Туреччини, яка всіляко заперечує таку кваліфікацію. В архівах Лемкіна, збереглися два неназвані рукописи Р. Лемкіна присвячені цьому питанню: на 139 і на 6 сторінок відповідно. Їх детально аналізували, зокрема, Дж. Купер [10, p. 250-252] та С.Л. Джейкобс [11, p. 125-135].

З цих двох документів особливу цінність для дослідження міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна має більший за обсягом рукопис, оскільки в шестисторінковому, за словами С.Л. Джейкобса, лише наводяться кілька додаткових прикладів, цитуються кілька джерел і констатується героїзм вірменського народу, який боровся проти винищення турецькою владою [11, p. 132].

В першу чергу, говорячи про геноцид вірменського народу, Р. Лемкін проводив паралелі між ним та Голокостом єврейського народу під час Другої світової війни, вказуючи на схожості в соціальному становищі і суспільній ролі обох груп [10, p. 250]. Більш того: розглядаючи цей геноцид він не обмежувався виняткового періодом 1915-1916 рр., а торкався і його передумов, а саме подій 1890-1900-х рр. [10, p. 251]. Саме існування вірменського народу, з точки зору міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна, було об'єктом цього злочину, а фізичне винищення – складало *об'єктивну сторону.*

Суб'єктом злочину геноциду в цьому випадку, за концепцією Р. Лемкіна, виступав «…Оттоманський (турецький – авт.) уряд, як політично-релігійна система..», у якій «…не було місяця… для осіб християнського віросповідання» [10, p. 251] та. Саме релігійні мотиви, з точки зору вченого, становили *суб'єктивну сторону* злочину геноциду при вчиненні цього злочину: «Переслідування вірмен, потужного християнського елементу, що існував у серці релігії Мухаммеда, був неминучим…» [11, p. 132].

Ми вважаємо, що з цим твердженням вченого можна погодитися лише частково. Справді, релігійний фактор був одним із ключових елементів суб'єктивної сторони геноциду вірмен у 1915 р. Проте навряд чи він міг стати головною мотивацією, після майже п'ятсотлітнього спільного існування турецьких мусульман і вірменських християн на території Туреччини. Швидше за все, мав місце збіг різних обставин, у тому числі політичних, релігійних, соціальних тощо.

Зрештою, сам Лемкін наголошував на особливому соціальному становищі вірменського населення в Туреччині в той період, вказуючи, що в середовищі вірмен була дуже велика кількість ремісників, інтелектуалів, торговців, кваліфікованих робітників тощо [10, p. 251] та На різноманітті мотивів при вчиненні геноциду наголошують й інші дослідники, зокрема Д. Блоксхем, який підкреслює, що: «Вірменський геноцид, був мабуть архетип ним прикладом націоналістичного геноциду». Щоправда, згодом він вказує, що і такі фактори, як біологічний расизм та релігійний фанатизм, певною мірою справили вплив на його виконавців [12, p. 44].

Таким чином, можна констатувати, що аналіз міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна дає змогу зробити висновок, що вчений однозначно кваліфікував масове винищення вірменського народу турецькою владою у 1915 р. однозначно розглядалося ним як злочин геноциду. Лемкін підкреслював те, що турецька влада проводила систематичну політику знищення вірменського народу і саме його існування було головною ціллю цих дій.

Така міжнародно-правова позиція Р. Лемкіна загалом збігається із тією точкою зору на юридичну кваліфікацію цього злочину, який на сьогодні висловлюють в науці міжнародного права. Так, російський вчений Ю.Г. Барсегов вважає, що: «Геноцид вірмен повністю відповідає складу цього міжнародного злочину і підпадає під його визначення в міжнародному праві» [13, с. 30].

Висновки. У своїх працях, Р. Лемкін неодноразово звертався до окремих історичних подій, які він розглядав крізь призму власної концепції геноциду. Аналіз цих праць дозволяє провести юридичну кваліфікацію цих подій відповідно міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна щодо злочину «геноцид». Зокрема, в своїй наукові роботі вчений торкався питань, геноциду вірмен у 1915 р., геноциду африканських племен гереро і нама з боку німецької влади на початку XX ст., а також колонізаційної політики іспанської влади в Центральній та Південній Америці у XVI ст. Аналіз міжнародно-правових поглядів вченого щодо цих історичних подій дає змогу однозначно стверджувати, що Р. Лемкін усі ці факти кваліфікував як геноцид. Позиція вченого з цього питання може бути в подальшому використана як вагомий аргумент в дискусіях щодо юридичної кваліфікації цих трагічних подій.

Література:

1. Stone D. Raphael Lemkin on the Holocaust / D. Stone // Journal of Genocide Research. Special issue: Raphael Lemkin: the 'founder of the genocide convention' as a historian of mass violence. – December 2005. – Vol. 7, Iss. 4. – Pp. 539-550.
2. Raphael Lemkin Project / The Center for the Study of Genocide, Conflict Resolution, and Human Rights of Newark College of Arts and Sciences [Electronic source]. Cit. 20.10.2012. Retrieved from - http://www.ncas.rutgers.edu/center-study-genocide-conflict-resolution-and-human-rights/raphael-lemkin-project-0.
3. Sarkin J. Colonial genocide and reparations claims in the 21st century: the socio-legal context of claims under international law by the Herero against Germany for genocide in Namibia, 1904–1908 / J. Sarkin. – Westport, Connecticut-London: Praeger Security International, 2009. – x, 309 P.
4. Shaller D. J. From the Guest Editors: Raphael Lemkin: the "founder of the United Nation's Genocide Convention" as a historian of mass violence / D.J. Shaller, J. Zimmerer // Journal of Genocide Research. Special issue: Raphael Lemkin: the 'founder of the genocide convention' as a historian of mass violence. – December 2005. – Vol. 7, Iss. 4. – Pp. 447-452.
5. Сербин Р. Концепція злочину геноциду Рафаеля Лемкіна та його аналіз українського геноциду / Р. Сербин // Рафаель Лемкін: ра-

дянський геноцид в Україні (стаття 28 мовами) / Р. Сербин (ред.), Стасюк О. (упор.). – К. : Майстерня книги, 2009. – С. 21-30.
6. McDonnell M.A. Raphael Lemkin as historian of genocide in the Americas / M.A. McDonnell, A.D. Moses // Journal of Genocide Research Special issue: Raphael Lemkin: the 'founder of the genocide convention' as a historian of mass violence. – December 2005. – Vol. 7, Iss. 4. – Pp. 501-529.
7. Бем М. В. Голокост та Голодомор в контексті міжнародно-правових поглядів Р. Лемкіна щодо концепції злочину геноциду / М. В. Бем // Європейські перспективи. – 2013. – № 4 – С. 175-180
8. UN Whitaker Report on Genocide, 1985 [Electronic source]. Cit. 23.07.2013. Retrieved from – http://www.preventgenocide.org/prevent/UNdocs/whitaker/section5.htm.
9. Lemkin R. Axis rule in occupied Europe : laws of occupation, analysis of government, proposals for redress / R.Lemkin ; with new introduction by S.Power. - Clark, N.J. : Lawbook Exchange, 2005. – x, xxxvii, 674 P.
10. Cooper J. Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention / J. Cooper. - New York: Palgrave Macmillan Ltd, 2008. – viii, 338 P.
11. Jacobs S.L. Raphael Lemkin and the Armenian Genocide / S.L. Jacobs // Looking backward, moving forward : confronting the Armenian Genocide / R. G. Hovannisian (edt). – New Brunswick, N.J. : Transaction Publishers, 2003. – Pp. 125-135.
12. Bloxham D. Determinants of the Armenian Genocide / D. Bloxham // Looking backward, moving forward : confronting the Armenian Genocide / R. G. Hovannisian (edt). - New Brunswick, N.J. : Transaction Publishers, 2003. – P. 23-50.
13. Барсегов Ю. Г. Геноцид армян – преступление против человечества : (О правомерности термина и юридической квалификации) / Ю. Г. Барсегов. – Ер. : Айастан, 1990. – С. 30.

Бем М. В. Международно-правые взгляды Лемкина относительно квалификации отдельных примеров массовых нарушений прав человека как преступления «геноцида»

Аннотация. Статья посвящена анализу международно-правовых взглядов Р. Лемкина относительно квалификации отдельных примеров массовых нарушений прав человека как преступления «геноцида».

Ключевые слова: геноцид, международно-правовые взгляды, права человека, Р. Лемкин.

Bem M. International legal views of R. Lemkin concerning the qualification of the certain historical facts of the massive human rights violations as a crime of «genocide»

Summary. The article is devoted to the international legal views of R. Lemkin concerning the qualification of the certain historical facts of the massive human rights violations as a crime of «genocide».

Key words: genocide, international legal views, human rights, R. Lemkin.

УДК 341.4

Гарбазей Д. О.,
здобувач кафедри конституційного та міжнародного права
Харківського національного університету внутрішніх справ

НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Анотація. У статті висвітлено історію становлення та розвитку інституту незаконного збагачення, його закріплення у міжнародно-правових актах та законодавстві країн з різною правовою системою; проаналізовано недоліки та переваги незаконного збагачення як окремого складу корупційного злочину та можливість імплементації в національне законодавство України.

Ключові слова: незаконне збагачення, презумпція невинуватості, корупція, тягар доведення, державний службовець.

Постановка проблеми. Корупція як суспільне явище носить латентний характер. Вершиною цієї проблеми є вчинення корупційних злочинів (отримання і давання хабара, зловживання службовим становищем та інші). Проте, як показує статистика, зазначені прояви корупції займають лише частину можливих форм корупційних діянь. Інший бік корупції зовні прихований від суспільства і його проявом в очах громадян є невідповідність доходів і видатків посадовців займаним посадам, виконуваним функціям.

Питання законності отриманих доходів має два паралельні шляхи становлення: перший – доходи, пов'язані з протиправною діяльністю осіб; другий – доходи, появу та зростання яких необхідно пояснити.

Отримання доходів від протиправної діяльності завжди було незаконним, а тому актуальним в умовах зростання ролі організованої злочинності та відмивання коштів, отриманих злочинним шляхом. Уперше ідея криміналізації незаконного збагачення виникла в американському законодавстві як спроба здійснювати контроль за відмиванням грошових коштів [1]. Згодом на міжнародному рівні можливість перенесення тягаря доведення законного походження передбачуваних доходів або іншої власності, що підлягають конфіскації від протиправної діяльності встановила Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (ч. 7 ст. 5) [2]. У подальшому ідея незаконного збагачення від протиправної діяльності знайшла своє закріплення в ст. 12 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності, яка визначила необхідність встановлення вимоги про те, щоб особа, яка вчинила злочин, довела законне походження передбачуваних доходів від злочину або іншого майна, яке підлягає конфіскації [3]. Зазначені положення стосувалися будь-якого громадянина, що вчиняв злочин. Незаконне збагачення, як форма корупційного злочину державного службовця, на міжнародній арені вперше було закріплене Міжамериканською конвенцією про боротьбу з корупцією, ввівши на міжнародний рівень наявний у внутрішньому законодавстві багатьох країн Латинської Америки даний склад злочину.

Актуальність. Інститут незаконного збагачення в галузі кримінального права покликаний виявляти, попереджати розвиток корупційного збагачення посадових осіб органів влади, хоча і достатньо новим для романо-германської правової системи, а тому не досить дослідженим. Впровадження останнього в законодавство країн Європи, у тому числі й України, може відкрити новий етап попередження та боротьби з корупцією.

Виходячи з означеного, **метою** даного дослідження є аналіз інституту незаконного збагачення, його розвиток на теренах Латинської Америки й Азії, причини несприйняття зазначеної форми боротьби з корупцією розвиненими країнами Америки та Європи та можливість впровадження інституту незаконного збагачення на теренах України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити, що в сучасній науці міжнародного права загальним аспектам боротьби з корупцією, огляду, аналізу форм корупційних проявів надано суттєву увагу в роботах українських і зарубіжних авторів, зокрема: Л.П. Брич, О.О. Дудорова, М.І. Мельника, Т.М. Тертиченка, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, О.В. Шемякіна, О.І. Алєксєєва, Г.І. Богуша, В.М. Боркова, В.В. Лунєєва, Ндива Кофеле-Кале, Нелли Гачері Камунде, Гілермо Дордж та ін. Разом із тим, незважаючи на значний інтерес до цієї тематики, вона потребує подальшого ретельного вивчення.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розпочинаючи наше дослідження, зазначимо, що незаконне збагачення державних службовців як склад злочину в кримінальному законодавстві можна зустріти в країнах Латинської Америки. Причиною цьому є поєднання рис романо-германської та англо-саксонської (у більшості своєму американської) правових сімей, а також традицій, звичаїв, характерних для цього континенту.

Розуміння незаконного збагачення як дійсно корупційно небезпечної проблеми почало з'являтися наприкінці 70-х років XX століття. Першою серед міжнародних організацій, яка визначила невідповідність доходів і видатків посадовців займаним посадам, виконуваним функціям як незаконне збагачення та необхідність його криміналізації, стала Організація Американських Держав. У ст. IX Міжамериканської конвенції про боротьбу з корупцією встановлюється вимога визнання як злочину суттєвого збільшення майна урядового чиновника, що він не може зрозуміло пояснити у відношенні до його законних заробітків під час здійснення своїх функцій [4]. У той же час лише 2 (США та Канада) з 33

країн, що підписали/ратифікували Конвенцію, відмовилися визнавати як окремий склад злочину – незаконне збагачення [5]. Докорінно інший підхід до розуміння терміну «незаконне збагачення» містить Конвенція Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею. Згідно із ст. 1 Конвенції, незаконним збагаченням визнається не лише значне збільшення активів державної посадової особи, яке він або вона не може раціонально обґрунтувати по відношенню до його або її доходу, а й будь-якої іншої особи [6, с. 4]. Тобто апріорі, у випадку наявності у громадянина майна значно більшого за його офіційні доходи незалежно від належності державній службі, це буде визнаватися актом корупції та вимагатиме відповідного розслідування.

На теренах європейського континенту в рамках Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією та Конвенції складеної на основі ст. К. 3 (2) (с) Договору про Європейський Союз по боротьбі з корупцією, яка стосується посадових осіб Європейських Співтовариств або посадових осіб держав-членів Європейського Союзу взагалі відсутні будь-які згадки про таке кримінальне діяння як «незаконне збагачення».

У ході обговорення тексту Конвенції ООН проти корупції на сесії Спеціального комітету з розробки конвенції проти корупції Генеральної Асамблеї ООН 21 липня – 8 серпня 2003 року представником Куби, що виступав від імені держав-членів ООН, які входять до Групи держав Латинської Америки та Карибського басейну, було звернено увагу щодо питання криміналізації незаконного збагачення як основоположного інструменту для боротьби з корупцією в правових системах країн, що входять до складу Групи держав Латинської Америки та Карибського басейну. В той же час запропонований текст не передбачав встановлення зобов'язання криміналізувати незаконне збагачення, але при цьому залишає відкритою можливість міжнародного співробітництва [7, с. 6]. Позицію Представника Куби підтримав представник Бразилії, що представляв держави-члени ООН з Групи 77 та Китаю [7, с. 4]. Проте зазначене питання залишилося поза увагою представників Європейського Союзу та асоційованих держав, а також представників арабського світу, що брали участь у сесії Комітету.

Результатом чого стала поява в Конвенції ООН проти корупції статті 20, яка встановлювала можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи та які вона не може раціонально обґрунтувати, за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи [8].

Проаналізувавши визначення терміну «незаконне збагачення», що використовується в міжнародно-правових документах, доходимо висновку: 1) спільними рисами є значне збільшення матеріальних активів, що не відповідає офіційним доходам; 2) посадова особа як спеціальний суб'єкт вказаного діяння та відсутність розумного пояснення щодо походження таких активів; 3) відмінною рисою, що наявна в кожній конвенції, що розглядає зазначене питання, є наявність суб'єктивної сторони у формі умислу (характерно для Конвенції ООН проти корупції), час вчинення діяння як складова об'єктивної сторони складу злочину (для Міжамериканської конвенції про боротьбу з корупцією), будь-яка інша особа, що не виконує функцій держави як суб'єкт зазначеного складу злочину (Конвенція Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею).

Варто додати, що незаконне збагачення як корупційний злочин за своєю природою є факультативною нормою, тобто кожна країна-учасниця відповідно до своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи визначає можливість впровадження даного складу злочину у своє національне законодавство. Цей принцип дотримано в Конвенції ООН проти корупції та Міжамериканській конвенції про боротьбу з корупцією. У свою чергу Конвенція Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею встановлює обов'язковість визнання та імплементацію в національне законодавство країн-учасниць Конвенції «незаконного збагачення» як акту пасивної корупції [9, с. 1]. У той же час на теренах Європейського континенту така норма в міжнародних документах відсутня. Більшість країн Європи, а також США, як і раніше, неохоче здійснюють криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінально караного діяння.

Причиною цьому є порушення принципів кримінального судочинства та конституцій багатьох країн світу щодо презумпції невинуватості, покладання тягаря доведення на сторону обвинувачення та можливості не свідчити відносно себе.

Презумпція невинуватості закріплена у багатьох конституціях світу і практично в кожному договорі про права людини. Згідно з частиною 1 статті 11 Загальної декларації прав людини 1948 року та пунктом 2 статті 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинним доти, доки його провину не буде доведено в законному порядку [10].

Презумпція невинуватості як основоположний принцип охоплює наступні вимоги: розслідування злочину не повинно починатися з припущення вини особи; доведення вини особи покладається на орган обвинувачення (тягар доведення); право обвинуваченого не свідчити проти самого себе; обвинувачений має право мовчання [1].

Незаконне збагачення автоматично передбачає визнання посадової особи, активи якої значно більші за офіційні доходи, винною.

Сутність тягаря доведення полягає в обов'язку обвинуваченого спростувати підозри органу звинувачення щодо незаконності придбаного майна, достатність або недостатність доказів якого призведе до засудження або виправдання обвинуваченого. Це суперечить вимогам кримінального судочинства багатьох країн світу, де засудження або виправдання обвинуваченого ґрунтується на доведенні своєї позиції стороною звинувачення.

Перенесення тягаря доведення з прокурора на обвинуваченого застосовується в деяких міжнародних

конвенціях, національному законодавстві країн світу та підтримується Європейським судом з прав людини. Як уже згадувалося раніше, Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності (UNTOC, також відома як Конвенція Палермо) містить положення про необхідність доведення особою, що вчинила злочин, законність отримання доходів, щодо яких є сумніви в їх походженні. Аналогічне положення також є і в Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. Європейський суд з прав людини ухвалив, що тягар доведення не завжди несе сторона обвинувачення. Судом окреслено три випадки, коли тягар доведення лежить не на стороні обвинувачення: а) у так званій суворій відповідальності злочинів (so-called strict liability offences); б) конфіскація майна, отриманого в наслідок вчинення кримінального злочину; в) у кримінальних злочинах, в яких тягар доведення був перенесений на відповідача [11].

Ще одним принципом, що порушується в рамках складу злочину незаконного збагачення, є право не свідчити відносно себе та близьких осіб. Право не свідчити відносно себе вимагає від сторони обвинувачення довести свою правоту, навіть якщо обвинувачений вирішить не давати жодних свідчень і доказів протягом усього процесу. При незаконному збагаченні обвинувачений сам повинен надати докази, дати свідчення задля спростування підозр у набутті незаконно придбаних активів. У такому випадку, при дотриманні цього принципу, тобто не даючи жодних пояснень та не спростовуючи підозри відносно себе, обвинувачений в незаконному збагаченні автоматично визнається винним. Останнє в кінцевому випадку є порушенням принципів кримінального судочинства [1].

Суперечність між обмеженням прав людини, принципів кримінального судочинства та необхідності боротьби з корупцією забезпечують наявність двох протилежних позицій щодо існування інституту незаконного збагачення. Одні вчені, серед яких Г.І. Богуш, В.І. Тютюгін, О. Дудоров, вважають, що потреби у новому кримінальному інституті немає, впровадження такої норми не узгоджується з положеннями про презумпцію невинуватості та вводить у кримінальне право елементи об'єктивного ставлення за провину [12, с. 30; 13]. Важливо оптимізувати та налагодити вже існуюче законодавство в частині боротьби з відмиванням доходів, а відповідно і конфіскації доходів, отриманих злочинним шляхом. Зазначений підхід аргументується тим, що значне збільшення активів службовця при перевищенні його офіційних доходів обов'язково є пов'язаним із вчиненням таким службовцем певних протиправних діянь, будь то злочини у сфері службової діяльності чи приналежність до злочинних угрупувань. А тому, виявляючи первинні злочини, доведення протиправності отриманих активів не буде нести жодних ускладнень.

Поряд із зазначеною вище позицією існує й така, що формою контролю за законністю отримання доходів осіб, що виконують функції держави, є декларування доходів і видатків держслужбовців і членів їх сімей. Вимоги щодо офіційного оприлюднення доходів службовців наявні в багатьох країнах світу, а не подання декларації або подання недостовірних даних карається накладенням штрафів (США, Перу, Латвія, Румунія. Філіппіни), обмеженням права обіймати посади в державній службі (Аргентина), обмеженням чи позбавленням волі на певний строк (США, Аргентина, Перу, Латвія, Румунія, Індія) [14]. Наявність інституту декларування доходів і відповідальності за нього є дієвим механізмом боротьби з незаконно отриманими активами службовців.

Окрім того, введення в кримінальне законодавство складу злочину незаконне збагачення призведе до звинувачення службовців та ще більшого прояву корупції серед правоохоронних органів та судів, які вирішуватимуть питання про достатність чи недостатність наданих обвинуваченим доказів.

Протилежна позиція, яка визнає за необхідність упровадження інституту незаконного збагачення, представниками якої є В.В. Лунєєв, В.М. Борков, Ндива Кофеле-Кале, Нелли Гачері Камунде, Гілермо Дордж, вважають, що процесуальні права, до яких належить презумпція невинуватості не є абсолютними і за для подолання глобальної проблеми боротьби з корупцією можуть бути частково обмежені. Судова практика Європейського суду з прав людини чітко розмежовує, що презумпція невинуватості не є перепоною для законодавчого закріплення кримінальної відповідальності за діяння до тих пір, поки принципи розумності та пропорційності належним чином дотримуються [15, с. 14]. Управління ООН по наркотикам і злочинності зазначає, що криміналізація незаконного збагачення, коли обвинувачувана у цьому діянні особа повинна подати розумне пояснення різкого збільшення своїх активів, у деяких країнах може розцінюватися як виключне право вважатися невинною доти, поки його провина не буде доведена відповідно до закону. При цьому ясно дається зрозуміти, що презумпція винності відсутня і що тягар доведення як і раніше лежить на стороні обвинувачення, оскільки саме вона зобов'язана продемонструвати, що масштаби збагачення перевищують законні доходи особи. Відповідно, це може розглядатися як спростована презумпція, так як після пред'явлення відповідних доказів обвинувачений може представити розумне або таке, що заслуговує на довіру, пояснення [16, с. 100].

У той же час Лінді Музіла, Міхаель Моралес, Марієн Матіс, Тамар Бергер зазначають, що ефект від введення цієї норми відзначався в тих країнах, де був високий рівень корупції, корумпованості чиновників і низькі доходи. Введення цієї норми посприяло зниженню корумпованості, що поступово призвело до зменшення застосування даного інституту [15, с. 28]. Головною вимогою при обмеженні прав людини, яку підкреслив Ден Вілшер, є встановлення балансу між боротьбою із корупцією та правами людини [1].

Після прийняття інституту незаконного збагачення за основу і входження зазначеного складу злочину до Конвенції ООН проти корупції відбувся моніторинг впровадження в національне законодавство країн-учасниць вимог Конвенції. Торкнулося це і незаконного збагачення. Станом на 4 березня 2013 року найбільшою перешкодою до введення в національне законодавство країн інституту незаконного збагачення стала порушення принципу презумпції невинуватості, розподілу тягаря доведення у кримінальному процесі та неможливіс-

тю встановлення складу незаконного збагачення у світлі положень конституції. Найбільшого розповсюдження дане положення отримало в країнах Азіатсько-Тихоокеанського регіону (5 країн з 9 вже ввели, 3 країни готують до введення у внутрішнє законодавство), Латинської Америки. Незаконне збагачення знайшло своє відображення у законодавстві країн Східної Європи (2 з 9 передбачили відповідальність за цей склад злочину). Серед країн Західної Європи, Африканського континенту жодна держава не запровадила інститут незаконного збагачення [17, с. 8-9].

За словами генерального директора Центру антикорупційних досліджень та ініціатив Transparency International Олени Панфілової, в РФ є країни, які вилучають якісь статті з різних причин, це звичайна практика. Більше того, є розвинені країни, які не ратифікували конвенцію ООН взагалі: Німеччина і Японія. Але з країн старої демократії ніхто статтю 20 і не вилучав. Важливо пояснити, що Конвенція рекомендує країнам встановити кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, а таким визнається наявність у публічної посадової особи якоїсь власності, яку він не вказав у декларації і якої не може пояснити. Багато країн не встановили кримінальної відповідальності, але у них адміністративна відповідальність такого обсягу, що вона цілком адекватна криміналізації. Наприклад, Італія використовує таку санкцію, як конфіскація [18].

У країнах Стамбульського плану дій (Азербайджану, Вірменії, Грузії, Казахстану, Киргизстану, Росії, Таджикистану, а також і України) у боротьбі з корупцією жодна з країн-учасниць не визначила кримінальну відповідальність за незаконне збагачення [19, с. 12]. Російська Федерація відмовилася від ратифікації статті 20 Конвенції ООН на підставі невідповідності закріпленому в статті 49 Конституції РФ принципу презумпції невинуватості. За словами голови думського комітету з безпеки та протидії корупції Ірини Ярової: «Незаконне збагачення може здійснюватися різними способами. А якщо немає конкретних ознак складу злочину, то по них не можна прийняти рішення про відповідальність. Уже сьогодні в законі прописана норма, яка наділяє прокурора повноваженнями з ініціювання в суді питання про відчуження майна в дохід держави, за яким держслужбовцям не буде доведена сумлінність придбання» [20].

Україна, як і більшість європейських держав, не здійснила імплементацію в національне законодавство норми щодо незаконного збагачення, передбаченої ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. Причиною цьому, як зазначалося раніше, стали невідповідність вказаної норми вимогам Конституції України, Кримінального та Кримінально-процесуального кодексу України в частині порушення принципу презумпції невинуватості, розподілу тягаря доведення у кримінальному процесі. У той же час, за словами В.Н. Боркова, презумпція невинуватості не виключає можливості проведення різноманітних процесуальних дій з метою отримання доказів у кримінальній справі, як вже зазначалося раніше. У такому випадку потрібно буде доводити не факт вчинення тих чи інших злочинів, які потягли за собою збагачення, а навпаки, відсутність законних підстав для значного збільшення активів службової особи. Таким чином, цілком можливо зняти зі службової особи, яку перевіряють, тягар обґрунтування нею легітимності її майнових актів значної вартості [21, с. 5]. Європейський суд з прав людини, як вже згадувалося, підтверджує можливість встановлення винятків із зазначеного принципу. У французькій юридичній літературі, принцип презумпції невинуватості виступає усього лише принципом, а не догмою, тому в деяких категоріях справ тягар доведення покладено на сторону захисту [21, с. 6].

Українські законотворці з метою приведення українського законодавства до вимог Конвенції ООН проти корупції внесли зміни до Кримінального кодексу України, серед яких є і стаття 368-2 «Незаконне збагачення», тобто одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва [22]. О.О. Дудоров і Т.М. Тертиченко зазначили, що «закріплене у ст. 368-2 КК України визначення незаконного збагачення вихолощує основний зміст аналізованого корупційного діяння у розумінні Конвенції: живеш не на зароблені кошти і не можеш це належним чином пояснити – ти злочинець» [12, с. 30]. Таким чином, з одного боку, Україна запровадила кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, виконавши формально свої міжнародні зобов'язання, пов'язані з ратифікацією Конвенції, а з іншого – норма, передбачена ст. 368-2 КК України, не відображає належним чином ознаки незаконного збагачення як діяння, визначеного в ст. 20 («Незаконне збагачення») Конвенції ООН проти корупції 2003 року [21, с. 3].

У свою чергу українське законодавство містить норми, що спрямовані на боротьбу із незаконним збагачення державних службовців. Однією з таких норм є вимога щодо подання декларацій про майно, доходи, витрати та зобов'язання фінансового характеру, передбаченої Законом України «Про засади запобігання та протидії корупції». Проте недоліком, що зводить нанівець всі спроби боротися з незаконно отриманим майном державних службовців, є відсутність відповідальності за подання недостовірної інформації в декларації.

Також Верховною Радою України прийнято закон про впровадження інституту спеціальної конфіскації, що передбачає вилучення майна, доходів осіб, які отриманні останнім у результаті вчинення корупційних дій. Зазначена норма покликана забезпечити відшкодування заподіяної у наслідок корупційного діяння шкоди та попередити подальші спроби незаконного збагачення державних службовців і членів їх сімей.

Проте все ж таки дієвого механізму щодо попередження боротьби з корупцією та притягнення корупціонерів до відповідальності немає. Тому з огляду на світовий досвід і позитивні результати впровадження інституту незаконного збагачення законотворцям в Україні варто розглянути можливість поєднання обмеження прав людини та боротьби з корупцією.

Висновки. Узагальнюючи проведений аналіз, доходимо наступних висновків: 1) досвід впровадження інституту незаконного збагачення приносить свої результати. Прикладом цьому є країни Латинської Америки та Азії (відповідно до Індексу сприйняття корup-

ції 2011, оприлюдненого організацією Transparency International більшість країн Латинської Америки входять у першу сотню Індексу, КНР займає 75 місце, в той час як Україна займає 152 місце [23]); 2) Принцип презумпції невинуватості, покладання тягаря доведення на сторону обвинувачення та можливості не свідчити відносно себе, які входять у протиріччя з інститутом незаконного збагачення, не є догмою і світовий досвід, в тому числі й позиція Європейського суду з прав людини, вказує на можливість поєднання класичних принципів права з необхідністю боротьби з корупцією в сучасних умовах існування; 3) Світовий досвід дає можливість запровадження інституту незаконного збагачення як самостійного складу злочину. Введення спеціальної статті за незаконне збагачення є доцільним, оскільки надає правоохоронним органам України важливий додатковий юридичний інструмент для протидії корупційному збагаченню. Проте законотворці підмінюють (змінюють) істинне розуміння проблеми на недієвий механізм боротьби, а небажання реально боротися з корупцією призводить до занепаду такого важливого механізму протидії корупції, як декларування доходів і видатків, конфіскації майна, здобутого злочинним шляхом.

Література:

1. Nelly Gacheri Kamunde THE CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT UNDER INTERNATIONAL ANTI-CORRUPTION LEGAL REGIME/Non-Peer Reviewed Articles // KLR Journal [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kenyalaw.org/klr/index.php?id=426 (1).
2. Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин // правова система Нормативні акти України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1014.436.3&nobreak=1 (2).
3. Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності // Інтернет-портал Ліга: Закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU00144.html#480527 (3).
4. Міжамериканська конвенція проти корупції, прийнята на третій пленарній сесії держав-членів Організації Американських Держав № B-58 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_089 (4).
5. Інформаційна довідка щодо держав, що підписали та ратифікували Міжамериканську конвенцію проти корупції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html. (5)
6. Конвенція Африканського союзу про недопущення корупції та боротьбу з нею, Мозамбік, 11 липня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf (6).
7. Доклад Специального комитета по разработке конвенции против коррупции о работе его п'яток сессии (A/AC.261/16), проходившей в Вене с 10 по 21 марта 2003 года / [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_6/16r.pdf (7).
8. Конвенция Організації Об'єднаних Націй проти корупції (A/RES/58/4) від 31 жовтня 2003 року / Відомості Верховної Ради України. - 2007. - № 49 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16.
9. Конвенция Африканского союза о предупреждении и противодействии коррупции [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://archiv.council.gov.ru/files/journalsf/item/20110603131554.000000.pdf (8).
10. Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від від 04.11.1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (9).
11. Davor Derenčinović Criminalization of Illegal Enrichment // Freedom from Fear - July 2009 – Issue 4. – C. 18-23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.freedomfromfearmagazine.org/index.php?option=com_content&view=article&id=144:criminalization-of-illegal-enrichment&catid=47:issue-4&Itemid=183 (10).
12. О.Дудоров Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко// Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С. 28–34. (11).
13. В.І. Тютюгін Новели кримінального законодавства щодо посилення кримінальної відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення / В.І. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 2010. – № 6: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.yurincom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=5364&jid=361 (12).
14. П. Прошко Сравнительно-правовой анализ деклараций о доходах и имуществе в различных странах / Проектно-учебная Лаборатория Антикоррпционной Политики НИУ Высшая Школа Экономики. - 2011 год. – С. 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:askjournal.ru/uploads/docs/declaration_analisis_pulap.doc (13).
15. On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption / Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, Tammar Berger //Washington, DC: WorldBank. DOI: 10.1596/978-0-8213-9454-0. – 2012. – p. 106 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/on_the_take_criminalizing_illicit_enrichment_to_fight_corruption.pdf (14).
16. Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции. Второе исправленное и дополненное издание / Управление ООН по наркотикам и преступности. – Нью-Йорк. – 2012. – С. 284 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_R.pdf (15).
17. Осуществление главы III (Криминализация и правоохранительная деятельность) Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции на региональном уровне (CAC/COSP/IRG/2013/1) / Доклад Группы осуществления Конвенции ООН против коррупции Конференции государств-участниц Конвенции ООН против коррупции. – Вена. – 27-31 мая 2013 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/27-31May2013/V1381713r.pdf (16).
18. М. Озерова Кто и как охотится на чиновников, скрывающих доходы / Московский Комсомолец. – № 26185. – 14 марта 2013 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://www.mk.ru/politics/russia/interview/2013/03/13/825520-strashnyiy-son-naslednikov-koreyko.html (17).
19. Стамбульский план действий по борьбе с коррупцией: достижения и проблемы / Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Центральной Азии// Организация экономического сотрудничества и развития. – 2008. – С. 123 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.oecd.org/corruption/acn/library/41603502.pdf (18).
20. КПРФ внесла в ГД поправки в конвенцию ООН о незаконном обогащении // РИА Новости. – 04.02.2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://ria.ru/politics/20130204/921216559.html (19).
21. В. Кубальський Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в контексті принципу призумції невинуватості [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://er.nau.edu.ua/jspui/bitstream/NAU/1882/1/Kubalskiy%20%D0%A0%D0%95%D0%94_23%20%D0%B1%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%B7%D0%BD%D1%8F%202013%20(2).rtf.
22. Кримінальний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 05.04.2001 за № 2341-III зі змінами та доповненнями станом на 04.07.2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.
23. Найбільш корумповані країни світу / Перша рейтингова система. – 13.12.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rate1.com.ua/ua/suspilstvo/2095/

Гарбазей Д. А. Незаконное обогащение: международно-правовой аспект

Аннотация. В статье освещена история становления института незаконного обогащения, его развитие на международной арене и в странах с различной правовой системой, проанализированы недостатки и преимущества незаконного обогащения как отдельного состава коррупционного преступления и возможность имплементации в национальное законодательство Украины.

Ключевые слова: незаконное обогащение, презумпция невиновности, коррупция, бремя доказывания, государственный служащий.

Garbasey D. Illicit Enrichment: international legal aspect

Summary. In the article it is delighted the history and the establishment of the institute of illicit enrichment, its emplementingin the international law acts and in the legislative system of the conntries with different law systems; it is analysed the faults and the advantages of the illicit enrichment as a component of the corruption crime and the possibility of implementation into the national legislative system of Ukraine.

Key words: illicit enrichment, presumption innocence, corruption, burden of evidence, a state clerk.

УДК 341.96:347.65

Діковська І. А.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПІВПРАЦЯ – ОБОВ'ЯЗОК СТОРІН МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ДОГОВОРУ

Анотація. У статті аналізуються норми міжнародних уніфікованих документів, що регулюють обов'язок співпраці сторін міжнародного приватного договору.

Ключові слова: співпраця, проект спільних підходів, принципи європейського договірного права, принципи УНІДРУА.

Постановка проблеми. Виконання договорів часто залежить від того, наскільки сумлінно сторони співпрацюють між собою. Співпраця сторін договірного правовідношення може виявлятися у наданні певної інформації, матеріалів одна одній, зверненння до державних органів, дотримання обов'язків, від яких, в свою чергу, залежить виконання договірних обов'язків контрагентом тощо. Зобов'язання сторін співпрацювати врегульоване міжнародними уніфікованими актами. Необхідність його дотримання випливає із окремих положень чинного законодавства України.

Метою даної статті є дослідження положень Проекту спільних підходів (Draft Common Frame of Reference (далі – DCFR), Принципів Європейського договірного права (Principles of European Contract Law (далі – PECL), Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (далі – Принципи УНІДРУА), які регулюють зобов'язання сторін договору співпрацювати.

Актуальність теми дослідження. У юридичній доктрині окремі прояви зобов'язання співпрацювати досліджувалися авторами, які присвячували увагу виконанню договірних зобов'язань (Беляневич О.А., Боднар Т.В., Васильєвою В.А. та ін.), а також вченими, які вивчали принцип добросовісності та чесного ведення справ (оскільки він покладає на сторони серед іншого обов'язок співпрацювати) (Рейтером Б. (Reiter B.), Клімасом Е. (Klimas E.) та ін). Водночас зобов'язання співпраці сторін договору є настільки багатоаспектним і важливим, що потребує нових досліджень.

Методами дослідження під час написання цієї статті стали: аналіз та синтез правових явищ та порівняльно-правовий.

Виклад основного матеріалу дослідження. Зобов'язання сторін співпрацьовувати прямо передбачене ст. III. -1:104 DCFR, ст. 1:202 PECL, ст. 5.1.3 Принципів УНІДРУА. Однак, формулювання, використані у цих документах для його встановлення, дещо відрізняються. Так, ст. 1:202 PECL вимагає від кожної із сторін «співпрацьовувати з іншою з метою повного виконання договору». Натомість ст. III. -1:104 DCFR покладає на сторони «зобов'язання співпрацьовувати одна з одною тоді і тією мірою, які можуть розумно очікуватися для виконання зобов'язань боржником». Близьким до цього є формулювання ст. 5.1.3. Принципів УНІДРУА, відповідно до якої: «Кожна сторона повинна здійснювати співробітництво з іншою стороною, якщо таке співробітництво можна розумно очікувати у зв'язку із виконанням зобов'язань цієї сторони».

Таким чином, порівняно із PECL, DCFR та Принципи УНІДРУА обмежують дане зобов'язання «співпрацею, яка може розумно очікуватися для виконання зобов'язань іншою стороною».

Коментар до DCFR підкреслює, що співпраця є «зобов'язанням» сторін, а не «обов'язком», що створює можливість застосовувати способи захисту, передбачені на випадок порушення зобов'язання, у разі недотримання сторонами (стороною) зобов'язання співпрацювати, включаючи можливість вимагати виконання в натурі та зупинення виконання зобов'язання [1; 713, 714].

Слід відмітити те, що зобов'язання співпраці відіграє особливу роль у виконанні зустрічних зобов'язань, в яких виконання обов'язку однією стороною обумовлює виконання обов'язку іншою. Загальновизнаним є те, що невиконання стороною своїх обов'язків надає право іншій стороні зупинити виконання зустрічного зобов'язання (ст. III. – 3:401 DCRF, ст.ст. 9:201, 8:105 PECL, ст. 71 (1) Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-подажу товарів (надалі – (КМКП), ст. 538 ЦК України).

Співпраця включає зобов'язання дати можливість боржникові виконати його обов'язки і, таким чином, отримати будь-які результати від виконання.

Коментар до DCFR пояснює цю думку наступною ілюстрацією: «С. у Гамбурзі погоджується продати товари В. у Лондон за ціною FOB Гамбург. В. не призначає судно для перевезення товарів. Це невиконання зобов'язань з боку В. порушує зобов'язання співпрацювати, оскільки створює перешкоди для виконання зобов'язань С. із транспортування товарів, і, в результаті, не дає можливості С. отримати плату за договором. С. може розірвати договір і отримати відшкодування збитків» [1;713].

Співпраця виявляється також у зобов'язаннях повідомити іншу сторону, яка не знає, що виконання договору несе у собі ризик заподіяти шкоду особам чи майну, зобов'язаннях отримувати ліцензії чи дозволи, необхідні для виконання договору [1, с. 713].

Окремим різновидом співпраці є зобов'язання сторони повідомити іншу сторону про перешкоди, які виникають у виконанні зобов'язання. DCFR, PECL, Принципи УНІДРУА, КМКП вказують на те, що таке повідомлення має бути здійснене у розумний строк після того, як сторона дізналася або повинна була дізнатися про відповідні обставини. При цьому інша сторона має право вимагати відшкодування будь-яких збитків,

які виникли у зв'язку із неотриманням такого повідомлення (ст. III. 3:104 (5) DCFR, ст. 8:108 (3) PECL, ст. 7.1.7 (3) Принципів УНІДРУА, ст. 79 (4) КМКП).

Крім того, зобов'язання співпраці вимагає від сторони, договірні права якої порушені, вжиття заходів щодо зменшення шкоди.

Так, наприклад, відповідно до ст. III. – 3:705 DCFR, ст. 9:505 PELC, ст. 7.4.8. Принципів УНІДРУА сторона, яка порушила зобов'язання, не відповідає за втрати, понесені потерпілою стороною, тією мірою, якою остання могла розумними заходами зменшити такі втрати. Однак потерпіла сторона має право вимагати відшкодування будь-яких розумних витрат, понесених під час спроби зменшити такі витрати.

Таким чином, характеристикою заходів, які повинна вжити інша сторона для зменшення шкоди є їх «розумність».

Для ілюстрації «розумних заходів», які вживаються для зменшення шкоди, коментар до DCFR наводить наступний приклад: «О. наймає будівельника В. виконати ремонтні роботи даху будинку, оскільки він протікає, що призводить до заподіяння шкоди. Сторони домовилися, що В. повинен виконати роботи у найближчі 24 години. В. не прийшов у цей строк, однак запевнив О., що він виконає роботу наступного дня. Для О. розумно буде почекати сплину наступного дня, перш ніж запросити іншого будівельника. О. може вимагати відшкодування збитків, заподіяних простроченням. Однак для О. нерозумно буде чекати більше, ніж один день. Якщо він вчинить так, то не зможе відшкодувати збитки, що є виразом додаткових втрат» [1;953].

«Розумні заходи» можуть полягати як у вжитті певних дій, так і в утриманні від дій, що є необґрунтованими за даних обставин. Даний принцип застосовується й у випадках, коли порушення є очікуваним, наприклад, якщо боржник оголосив, що зобов'язання не буде виконано у належний час. Кредитор не повинен здійснювати подальші витрати і повинен вживати заходів, щоб зменшити збитки. Іноді сторона, вживаючи розумних заходів для зменшення збитків, насправді їх збільшує. У такому випадку відшкодуванню підлягають усі витрати [1, с. 954].

Необхідність вживати заходів щодо зменшення збитків лежить також в основі ст. III. -3:302 (5) DCFR, яка обмежує кредитора у стягненні збитків або обумовленого платежу за невиконання, тією мірою, якою кредитор збільшив збитки або суму платежу нерозумно наполягаючи на виконанні в натурі у мовах, коли кредитор міг укласти розумні замінюючі правочини без значних зусиль або витрат.

Характеризуючи «розумні заходи», спрямовані на зменшення шкоди, коментар до Принципів УНІДРУА поділяє їх на дві групи: 1) ті, що спрямовані на зменшення існуючої шкоди (наприклад, укладення замінюючих правочинів); 2) ті, що запобігають збільшенню початкової шкоди [2, с. 277].

При цьому укладення замінюючих правочинів має відбуватися з урахуванням вимог ст. 7.4.5 Принципів УНІДРУА, тобто, такий правочин має укладатися в розумний строк і розумним способом. Дотримання цих вимог є підставою для отримання різниці між ціною договору та ціною замінюючого правочину, а також відшкодування «будь-якої наступної шкоди».

Обов'язок сторони, яка посилається на порушення договору, вжити розумних заходів для зменшення шкоди, включаючи упущену вигоду, передбачений також ст. 77 КМКП. Невжиття таких заходів дає право стороні, яка порушила договір, вимагати зменшення відшкодування збитків на суму, на яку вони могли бути зменшені.

До розумних заходів, вжитих потерпілими покупцями, у судовій практиці були віднесені: продаж швидкопсувних продуктів; використання покупцем власних резервних запасів вугілля у разі прострочки поставки з боку продавця; звернення до державного органу за спеціальним дозволом на реекспорт у випадку невідповідності товару і пропозиція перевірити товар у зоні вільної торгівлі до ввезення в країну та ін. [3, с. 368].

Покупець визнавався таким, що не виконав обов'язків із зменшення шкоди, коли: не припинив використовувати товар після того, як віднайшов дефект; не шукав заміни товару на ринках за межами місцевого регіону; не відмовився від договору купівлі-продажу зі своїм субпокупцем і не уклав замінюючого правочину та ін. [3, с. 369].

Розумними заходами, вжитими продавцем для зменшення збитків визнавадися: оплата витрат на транспортування, зберігання і обслуговування непоставленого устаткування, перепродаж товару третій особі [3, с. 369].

Необхідність вживати дій щодо запобігання чи зменшення збитків визнана також загальними та спеціальними нормами чинного законодавства України. Так, із ст. 616 (2) ЦК України випливає, що кредитор має обов'язок вживати заходів щодо зменшення збитків. Ст. 989 (1) (4) ЦК України покладає страхувальника обов'язок вживати заходів щодо запобігання збиткам, завданим настанням страхового випадку.

Висновки. Таким чином, DCFR та Принципи УНІДРУА розуміють співпрацю, як таку, що «може розумно очікуватися для виконання зобов'язань іншою стороною». Згідно із DCFR порушення вимог співпраці дає підстави для застосування способів захисту, що використовуються у випадку порушення зобов'язань. Співпраця виявляється у належному виконанні сторонами своїх зобов'язань за договором, вчиненні інших дій, необхідних для виконання договору, які не обов'язково прямо передбачаються договором (отримання дозволів, ліцензій тощо), наданні іншій стороні інформації, необхідної для виконання договору, попередження іншої сторони про ризик заподіяння шкоди виконанням договору, повідомлення іншої сторони про перешкоди у виконанні договору та вжитті заходів щодо зменшення збитків.

Сторона, договірні права якої порушені, зобов'язана сприяти зменшенню збитків. Для зменшення збитків потерпіла сторона має вжити «розумних заходів». Відповідність заходів критерію «розумності» здійснюється у кожному конктерному випадку з урахуванням усіх обставин справи. Однак, загалом можна зробити висновок, що такі заходи можуть полягати в укладенні замінюючих правочинів, вжитті заходів запобігання зіпсуття товару, припинення використання певного об'єк-

ту після того, як у ньому були винайдені дефекти та ін. За певних умов розумними можуть визнаватися заходи, що мали на меті зменшення шкоди, але фактично призвели до її збільшення.

Зобов'язання сторін міжнародного приватного договору співпрацювати потребує подальших досліджень, які мають зосереджуватися на детальному аналізі кожного із його проявів.

Література:

1. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. – 4795 p.
2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2010. – 454 p.
3. UNCITRAL Digest Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2012 Edition. – 695 p.

Диковская И. А. Сотрудничество – обязанность сторон международного частного договора

Аннотация. В статье анализируются нормы международных унифицированных документов, регулирующие обязанность сотрудничества сторон международного частного договора.

Ключевые слова: сотрудничество, проект общих подходов, принципы европейского договорного права, принципы УНИДРУА.

Dikovska I. Cooperation – an obligation of international private contract parties

Summary. This article analyzes the rules of international uniform documents regulating the oligation of cooperation of international private contract parties.

Key words: cooperation, draft Common Frame of Reference, principles of European Contract Law, UNIDROIT Principles.

УДК 341.213.2

Задорожній О. В.,
кандидат юридичних наук, професор,
завідувач кафедри міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГЕТЬМАНЩИНИ ПІСЛЯ СМЕРТІ Б. ХМЕЛЬНИЦЬКОГО: ВІД ПОЛІВАСАЛІТЕТНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ ДО ВТРАТИ СТАТУСУ ДЕРЖАВНОГО УТВОРЕННЯ

Анотація. Для міжнародно-правової діяльності Гетьманщини протягом 60-х рр. XVII–початку XVIII ст. характерні часті зміни протекторів. В останній чверті XVII ст. внаслідок внутрішніх міжусобиць та посилення сусідніх держав землі Гетьманщини були остаточно поділені між Росією та Річчю Посполитою, що призвело до втрати Гетьманщиною міжнародно-правового статусу державного утворення.

Ключові слова: полівасалітет, Гетьманщина, міжнародно-правовий статус, протектор.

Постановка проблеми. Сучасні тенденції аналізу ролі України на світовій арені свідчать про спроби применшити роль нашої держави в розбудові сучасного світопорядку. Це обґрунтовується переважно тим, що державність України перебуває на стадії становлення, а тому потрібен час для повноцінного входження у впливові міжнародні структури. Таким чином, ігнорується глибока історія міжнародно-правової діяльності українського народу від Київської Русі, Галицько-Волинського князівства, української козацької держави [1, с. 5].

При цьому ігнорується й особливе значення міжнародно-правової діяльності української козацької держави, і, передусім, Війська Запорозького (Гетьманщини) під проводом Б. Хмельницького (1648-1657 рр.) – утворення, якому були притаманні основні ознаки держави. Міжнародно-правова діяльність Гетьманату визначалась «полівасалітетним» міжнародно-правовим статусом, що передбачав одночасну підлеглість кількох сусіднім монархічним володарям; при цьому Військо Запорозьке було незалежним якщо не de jure, то de facto. М. Грушевський, як відомо, вважав Гетьманщину, започатковану саме у цей час, третім після антів та Русі історичним етапом української державності [2, с. 45].

Однак, з точки зору науки міжнародного права, високою актуальністю характеризуються й дослідження міжнародно-правового статусу Гетьманщини доби після смерті Б. Хмельницького, доби, періодам якої притаманна низка важливих тенденцій у сенсі трансформації міжнародно-правового статусу козацького державного утворення. Так, гетьманство наступника Хмельницького, І. Виговського, відповідно до даних проведених вітчизняними та іноземними науковцями досліджень, визначається продовженням Гетьманщиною міжнародно-правової діяльності, характерної для часів Б. Хмельницького і спрямованої на утвердження полівасалітетного міжнародно-правового статусу козацької держави. Водночас, внутрішні міжусобиці зумовили послаблення Гетьманщини та зростання її залежності від сусідніх держав. Наступні періоди позначені посиленням вказаних тенденцій: міжнародно-правовий статус Гетьманщини послаблюється, її землі входять до складу Російської імперії та Речі Посполитої і вона, врешті-решт, ліквідується.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед вчених, наукові дослідження яких присвячені різним аспектам державності Війська Запорозького, – Д. Бантиш-Каменський [3], М. Грушевський [2], В. Липинський [4], Д. Дорошенко [5], І. Крип'якевич [6], В. Смолій, А. Степанков [7], Н. Яковенко [8], Т. Чухліб [9], П. Поточний [10], В. Горобець [11], С. Брехуненко [12], С. Плохій [13], П. Сас [14], Н. Полонська-Василенко [15], А. Козаченко [16], І. Грозовський [17], Р. Лащенко [18], О. Буткевич [1] тощо.

Виклад основного матеріалу дослідження. Разом з тим зазначимо, що вказана тема залишається вкрай політизованою і не досить розробленою з точки зору міжнародного права. Тому наразі актуальним завданням досліджень української науки міжнародного права є комплексний аналіз процесів трансформації міжнародно-правового статусу Гетьманщини після смерті Б. Хмельницького, як з огляду на об'єктивні потреби (як у зверненні до «історичних коренів» міжнародно-правової діяльності українського народу), так і у використанні (з достатньо зрозумілими об'єктивними застереженнями) цього досвіду у контексті розвитку зовнішньої політики та міжнародно-правової діяльності сучасної незалежної України.

Міжнародно-правовий статус Гетьманщини періоду гетьманства І. Виговського. Належний науковий аналіз трансформації міжнародно-правового статусу Гетьманщини після смерті Б. Хмельницького неможливий без розуміння тенденцій розвитку тогочасного міжнародного права у Європі. Вже на середину XVII ст., незважаючи на певну регіональну специфіку, європейські держави були настільки тісно пов'язані між собою політичними, економічними та соціальними зв'язками, що більшість фундаментальних процесів (за усієї специфічності їх проявів у межах окремих регіонів, держав і суспільств), у тому числі процесів розвитку міжнародного права, мали загальноєвропейський характер.

Тенденції розвитку правовідносин у сфері міжна-

родного права свідчать про перетворення старих «приватних» сюзеренно-васальних відносин на міжнародно-правові – відносини між державними утворенням [19]. Вестфальський мирний договір 1648 р. створив систему міжнародно-правових відносин, засновану на визнанні суверенітету і рівноправності держав [20, с. 21-22]. Відповідно до цих загальноєвропейських тенденцій формувалися й міжнародно-правові сукупності: від субрегіонів до міжсубрегіонального міжнародного права, від міжсубрегіонального до регіонального, від регіонального до становлення міжрегіональних міжнародно-правових відносин і зміцнення останніх як перших витоків універсального міжнародного права [1, с. 14].

Саме у контексті цих тенденцій слід сприймати розвиток міжнародного права у регіоні Центрально-Східної Європи, і, в тому числі, у контексті трансформації міжнародно-правового статусу та міжнародно-правової діяльності державних утворень регіону, зокрема, такого специфічного як Гетьманщина, що виникла у результаті революційних подій 1648–1657 рр. на теренах «руських» воєводств Речі Посполитої.

Однак смерть Б. Хмельницького влітку 1657 р. послабила Військо Запорозьке як державне утворення та, відповідно, негативно позначилась на його міжнародно-правовому статусі. Хоча обраний через чотири тижні після смерті Б. Хмельницького на Козацькій раді «тимчасовим» («доки возмужає Богданів син Юрій Хмельницький») гетьманом Іван Виговський [21, с. 32-35] продовжив діяльність попередника (передусім у сенсі підтримання статусу Війська Запорозького як полівасалітетного державного утворення, що може самостійно вступати у відносини із сусідніми державами й укладати договори), положення Гетьманщини на міжнародній арені поступово послаблювалось через внутрішні конфлікти – гетьмана із Запорозькою Січчю та Полтавським полком, повстання під проводом М. Пушкаря і Я. Барабаша тощо. Внутрішні міжусобиці використовувались сусідніми державними утвореннями і поклали початок добі так званої «Руїни».

В цих умовах І. Виговський здійснює кроки щодо врегулювання відносин з Московщиною, щодо питань протекторату – з Трансільванією, Швецьким королівством, Османською імперією. Так, у 1657 р. гетьман надіслав низку листів урядовцям Московської держави. Зокрема, у зверненні до путивльського воєводи М. Зюзіна він наголосив на тому, що буде «вірно служити» російському цареві». Водночас вже 31 серпня того ж року у розмові з царським послом В. Кікіним Виговський окреслив зовнішньополітичні плани свого уряду: досягнення союзу Москви й Чигирина зі Шведським королівством проти Речі Посполитої [22, с. 236].

Крім того, гетьман підтвердив існування українсько-трансільванського союзу, намагався поновити відносини з Кримським ханатом, що випливає з його листів до татарського хана [21, с. 65]. При цьому гетьманський уряд поступово відходить від орієнтації на московську протекцію: по-перше, згідно із дослідженнями М. Грушевського, українці побоювалися того, що цар скасує гетьманське правління, започаткує воєводську управу, зменшить кількісний склад козацького реєстру, «привілеї» для старшини, заборонить автономію церкви в Україні тощо [23, с. 40-50]; по-друге, Московія підтримувала антигетьманські сили в середовищі козацтва.

Вказані обставини, що зумовили загрозу війни з Московією, сприяли укладенню Гетьманщиною у 1658 р. Гадяцького договору із Річчю Посполитою [24, с. 47], відповідно до положень якого козацька Україна перетворювалася на Велике князівство Руське – третю складову Речі Посполитої, автономне державне утворення під сюзеренітетом останньої [25, с. 185]. Таким чином, продовжуючи реалізацію концепції функціонування Гетьманщини як полівасалітетного державного утворення, Чигирин прагнув одержати підтримку Польської корони [25, с. 185], що дало б і можливість поновити союз з Кримським ханатом, який був у дружніх стосунках з Яном II Казимиром.

При цьому важливо, що у проекті угоди українською стороною закладалося положення щодо неучасті козацьких військ у польсько-російській війні. Ще до Гадяцької угоди, запевняючи російського царя Олексія Михайловича у «вірному підданстві» йому «гетьмана та всього Війська Запорозького», посли Гетьманату у Москві попереджували про можливий перехід під протекцію султана та переговори з поляками (це мало змусити царя прийняти вимоги Гетьманщини щодо дотримання ним своїх попередніх зобов'язань).

Справді, гетьман не прагнув до повного розриву, а тим більше до початку війни з Московською державою [26, с. 31], і 18 жовтня 1658 р. повідомляв царя, що воює не проти російських військ, а проти «свавільників» [22, с. 277]. Однак Москва проігнорувала позицію Гетьманщини й оголосила про «зраду» І. Виговського [27, с. 192]: війська Г. Ромодановського на початку листопада 1658 р. окуповують полкові міста Полтавщини – Миргород і Лубни.

У січні 1659 р. І. Виговський, одержавши військову допомогу від поляків, вже не пристає на нові російські пропозиції, і у листі до Олексія Михайловича пояснює мотиви переходу Гетьманщини у підданство до короля Речі Посполитої [27, с. 279]. Серед них, передусім, – недотримання російським монархом взятих на себе сюзеренних зобов'язань та загроза окупації московськими військами північно-східних земель Гетьманщини.

У цьому контексті видається цілком логічним, що під час війни з Росією український уряд продовжував полівасалітетну міжнародно-правову діяльність щодо інших держав Північної, Центрально- та Південно-Східної Європи: представники Гетьманату проводили переговори із Швецією, Угорщиною, Волощиною (щодо протекторату та надання допомоги у війні з Росією), щодо прийняття протекції цісаря Австрійської імперії, перемовини з Османською імперією (встановлення відносин Гетьманщини із Туреччиною на умовах васальної залежності і надання Мегмедом IV дозволу Кримському ханові надавати козакам військову підтримку) [28, с. 206-215]. Найбільш вдалими виявились саме відносини з останнім: хан без вагань надавав значні військові підрозділи для придушення антигетьманської опозиції; і саме сорокатисячне кримське військо допомогло І. Виговському розгромити російську армію під Конотопом у червні 1659 р.

Що стосується відносин з Польщею, то, не зважаючи на підписання Гадяцького договору, проблеми

двосторонніх стосунків так і не були вирішені відповідними міжнародно-правовими засобами [29, с. 103]: ратифікаційний процес Гадяцьких статей відбувався складно. В підсумку 12 червня 1659 р. виправлений текст угоди було ратифіковано Варшавським сеймом у найневигіднішому для Гетьманщини варіанті: його положення поступалися домовленостям з Москвою 1654 р. Так, якщо українсько-російський договір передбачав лише номінальну васальну залежність гетьманату від московського царя, то угода 1658 р. юридично закріплювала входження Козацької держави як складової частини до Речі Посполитої, хоча й на федеративних правах.

Втрата міжнародно-правового статусу Гетьманщини як полівасалітетного державного утворення. 1659 р. позначений поступовою втратою І. Виговським внутрішньої підтримки через невдоволення козаків Гадяцьким договором, що, врешті-решт, змусило гетьмана у вересні того ж року передати булаву Юрію Хмельницькому. Міжнародно-правовий статус Гетьманщини та правовий статус самого Ю. Хмельницького згідно із положеннями укладеного із Річчю Посполитою Чуднівського трактату 1660 р. значно погіршився: з васального володаря України гетьман перетворитися на регіментаря-управителя з обмеженими адміністративними правами (однак цей статус все одно був вище за той, який планувалося впровадити в Україні відповідно до укладеної у 1659 р. з Московською державою Переяславської угоди). Однак, незважаючи на принесену присягу «дідичному пану», Ю. Хмельницький й надалі вважав себе фактичним володарем Гетьманщини, що була наділена полівасалітетним міжнародно-правовим статусом: було підписано мирні договори з Кримським ханатом, проведено переговори щодо протекторату із Османською імперією.

Водночас Ю. Хмельницький здійснив кроки щодо усунення з української території польських урядовців – старост і підстарост, а також державців королівських маєтностей (ці дії суперечили постанові Вального Сейму Речі Посполитої про повернення шляхти в Україну та змісту Чуднівської угоди). Лише за допомогою військового походу польському монархові вдалося змінити ситуацію у «свавільному» краї. Проте, це вже відбувалося за гетьманування П. Тетері, який від початку 1663 р. офіційно визнав повну зверхність над собою «королівської милості» і пропонував королю запровадити періодичність виборів гетьмана (від сейму до сейму), результат яких мав затверджуватися польським монархом. Колабораціоністську діяльність П. Тетері наприкінці 1660-х – першій половині 1670-х рр. продовжували наступні гетьмани – М. Ханенко і Є. Гоголь.

У 1667 р. політику полівасалітетної підлеглості Гетьманщини відновлює один із найвидатніших представників тогочасної козацької еліти гетьман П. Дорошенко. Визнання ним одночасної польської і турецької протекцій мало на меті руйнування планів коронних військ щодо вторгнення в Україну та розірвання Андрусівського перемир'я між Польщею та Росією (що закріпило владу цих держав над відповідно Правобережною та Лівобережною Україною) задля об'єднання Право- і Лівобережної частин Гетьманщини, і, нарешті, її трансформацію в Українське князівство.

Водночас, Дорошенко налагоджує стосунки з Москвою. Військові дії проти російських підрозділів на Лівобережжі не завадили йому розпочати ведення традиційної козацької дипломатії з московським царем, а саме – обнадіювання царя щодо можливого переходу під його «високу руку». Тим самим передбачалося послабити військовий тиск з боку Московської держави, частково нейтралізувати Андрусівське перемир'я та певною мірою забезпечити Дорошенку можливість стати повноправним гетьманом «обох сторін Дніпра».

У зв'язку з різними причинами проект трансформації Гетьманщини в Українське князівство Дорошенкові втілити в життя не вдалося, а тому він знову повертається до традиційних, хоча, як засвідчувала багаторічна практика, безперспективних договірних відносин із Польською короною. У лютому 1675 р. він висилає до Варшави так звані «Чигиринські пункти», які в основному ґрунтувалися на гадяцьких положеннях. Згідно з ними український гетьман повинен був мати такі ж права, що і Великий литовський князь у межах Польсько-литовсько-української федерації. Однак вже вкотре ці домагання були відхилені королівським урядом.

Протягом 1675-1676 рр. відбувся остаточний крах полівасалітетної міжнародно-правової діяльності уряду П. Дорошенка. З одного боку, польський король та турецький султан прагнули інкорпорувати Козацьку державу на Правобережжі, з іншого – сам гетьман не зміг консолідувати козацьку старшину, «чернь» та «поспільство» навколо ідеї непідлеглості України. Врешті-решт, Дорошенко добровільно перейшов на бік російського монарха і здав булаву на користь І. Самойловича.

Міжнародно-правовий статус українських земель продовжував залишатись невизначеним. Ні Андрусівське перемир'я 1667 р. між Москвою та Варшавою, ні Бучацький мир 1672 р. між Варшавою й Стамбулом, ні Бахчисарайський мир 1681 р. між Стамбулом і Москвою, ні «Вічний мир» 1686 р. між Варшавою і Москвою не встановили остаточної влади якоїсь із династичних родин над усією українською територією. Водночас, слід зазначити, що вже з середини 70-х рр. поступово починають окреслюватися межі modus vivendi між Польщею, Туреччиною і Росією. Перші дві обмежили свої територіальні претензії Правобережною Україною, остання – Лівобережжям.

Лише протягом короткого періоду часу, від початку 1676 р. й до середини 1681 р. на невеликій частині території Гетьманщини Ю. Хмельницький зміг встановити князівську форму правління козацьким державним утворенням зі столицею у Немирові, яке, однак, перебувало у повній васальній залежності від Османської імперії.

Крім того, в останній чверті XVII ст. на території Правобережжя існував правовий інститут наказного гетьманства «від імені Його Королівської Милості». Здійснюючи захист від турецько-татарської агресії та витіснення османських сил з території України й Молдавії, наказні гетьмани С. Куницький, А. Могила, Г. Гришко, С. Самусь не давали змоги утвердитися їм на землях Київщини та Східного Поділля. Отримавши в середині 1680-х рр. королівський дозвіл на освоєння спустошених внаслідок довголітніх війн земель Право-

бережної України, козацька старшина здійснювала діяльність, спрямовану на відродження на цих територіях державних органів Гетьманщини. Козацький устрій на Правобережжі було остаточно скасовано Річчю Посполитою у 1699 р.

Що стосується юридичного статусу Гетьманщини Лівобережної України, то важливе значення мав укладений у 1669 р. гетьманом Дем'яном Многогрішним і московським урядом договір – «Глухівські статті» [30, с. 161]. Глухівський договір 1669 р. став правовою основою двосторонніх відносин впродовж багатьох років (підтверджувався у 1672, 1674 і 1687 рр.). «Глухівські статті» повторювали основні положення «Переяславських статей» 1659 р. – про вільний вибір гетьмана (без царського указу), про перебування царських воєвод в Україні, функції яких знову охоплювали лише поняття захисту від «неприятельських приходів», про збір доходів через місцевих урядників, про заборону будь-яких зовнішніх зносин Війська Запорізького, проте з правом присутності українських представників під час переговорів Росії з сусідніми державами (п. 4 «додаткових» статей грудня 1659 р.).

Умови іншого правового акту – «Конотопських статей» (1672 р.) гетьмана І. Самойловича стали лише певним доповненням до норм Глухівського договору 1669 р. Проте, в акті 1672 р. чітко виявилася тенденція щодо обмеження гетьманської влади, при чому не російським керівництвом, а з боку саме української старшини: наслідком «Конотопських статей» 1672 р. стало обмеження гетьманської влади на користь старшини, закріплення її претензій на посилення власних повноважень.

Розуміючи, що Лівобережна Україна далі вже не може перебувати у стані міжнародно-правової та політичної невизначеності (це призводило до її внутрішньополітичного, економічного та соціального виснаження) та з огляду на військово-політичну потугу Москви, гетьман І. Самойлович визнає зверхність російського монарха і робить все можливе для того, щоб змусити козацьку еліту орієнтуватися лише на одного протектора. Водночас в останні роки свого правління він, як і попередники, намагається започаткувати власну династію, відновити непідлеглість Козацької держави та утворити «удільне князівство».

З набуттям у 1674 р. російського підданства Військом Запорозьким та «всякого чину» людьми Задніпров'я було підписано новий Переяславський договір, умови якого відповідали «Глухівським статтям» (1669 р.) та «Конотопським статтям» (1672 р.). Принципово новою була ст. 2 Договору 1674 р., яка відобразила специфіку міжнародних відносин того часу: Росія зобов'язувалася захищати Україну у разі нападу турок, татар та інших ворогів. Офіційно на цій території не поширювалась дія тих норм Глухівського договору 1669 р., що стосувалися нагород козаків і старшин «дворянською честю» та наявності царських воєвод і гарнізонів у містах Малоросії, хоча вони вже були туди направлені.

В основу «Коломацьких статей» (1687 р.) гетьмана І. Мазепи також були покладені умови Глухівського договору 1669 р., але водночас акт 1687 р. юридично закріпив деякі важливі аспекти українсько-російських відносин. Так, встановлювався пріоритет влади царя над гетьманською владою у сфері статусу земельних наділів у Малоросії (у договорі 1654 р. ця норма була прописана нечітко); поновлювалося положення Московського договору 1665 р. про вибір гетьмана лише за вказівкою царя; регулювалися деякі питання внутрішньої та зовнішньої торгівлі України. «Коломацькі статті» вперше заборонили державний характер гетьманської влади, а разом із тим – обмежили державність України [31, с. 55].

Загалом, аналіз договорів Війська Запорізького з Москвою, підписаних у другій половині XVII ст., засвідчує, що залежно від зовнішньої та внутрішньої ситуації відбувалось скорочення чи збільшення ступеня автономності України-Малоросії у складі Російської держави.

Важливою подією, що вплинула на міжнародно-правовий статус Гетьманщини Лівобережжя, стала Північна війна між Швецією та Росією 1700–1721 рр. Тогочасний гетьман Лівобережжя І. Мазепа під патронатом московського царя Петра І проводив курс на відновлення козацької держави Війська Запорозького в кордонах часів Хмельниччини. Свавілля російських військ на території України під час війни та загроза особистій владі Мазепи з боку Петра І, змусили його перейти на бік шведів, що, однак, призвело до поразки під Полтавою 1709 р., втечі Мазепи й відповідно значного погіршення міжнародно-правового становища Гетьманщини.

Наступні нормативно-правові акти, якими було врегульовано відносини Росії та Гетьманщини лише умовно можна віднести до договірних: практика підписання угод поступилася однобічному волевиявленню російської влади, при цьому будь-які елементи міжнародно-правового статусу Гетьманщини було скасовано. Так, Договір гетьмана І. Скоропадського 1709 р. («Рішучий указ») став першим українсько-російським договором XVIII ст. та першим, в якому очевидно порушено принцип рівноправності суб'єктів договору. «Рішучий указ» – це односторонній акт, фактично резолюція на прохання [31, с. 78].

Вибори 1727 р. гетьмана Д. Апостола (за дозволом царського керівництва), а також нова українська «конституція» – «Рішучі пункти», здавалося б, могли стати свідоцтвом визнання автономного статусу Малоросії з боку Російської держави. Проте «Рішучі пункти» дали Росії можливість більш глибокого втручання у внутрішнє життя України. І гетьман, і старі автономні органи керівництва Малоросії втратили навіть ту самостійність, яка зберігалася за ними з часів початку XVII століття. Росія ж, у свою чергу, забезпечила собі право в довільній формі дозволяти вибори або відставку гетьмана; затверджувати призначення ним генеральної або полкової старшини; право безпосередньо, без впливу гетьманських універсалів, розпоряджатися землею Малоросії за службу тощо.

У період 1734-1764 р. правове становище України змінювалося декілька разів. Незважаючи на формальне збереження попередніх автономних інститутів та органів управління Малоросії, протягом 16 років не функціонував інститут гетьманства, Малоросія була поставлена під контроль Сенату і безпосередньо підпорядковувалась Міністерській Канцелярії, наблизившись за статусом до Слобідської України.

Поновлення гетьманства у 1750 р. та визначення автономії Малоросії відповідно до умов договору І. Скоропадського 1709 р. знову змінило її правовий статус. Однак жодних нових договорів, які б регламентували права та обов'язки сторін з гетьманом К. Разумовським укладено не було. Та й цей період «відносної незалежності» тривав недовго. Катерина ІІ особистим указом від 10 листопада 1764 р. ліквідувала інститут гетьманства, який уособлював у собі автономний устрій Малоросії.

Переважна більшість науковців пов'язує поступове зникнення української автономії з розвитком абсолютизму в Росії. Однак окремі дослідники, наприклад Г.А. Санін, відзначали деяку однобічність такого погляду, вважаючи, що головну роль у процесі поступової ліквідації особливого статусу Малоросії відіграли зовнішньополітичні фактори. Вчений вказував на те, що «рух Російської імперії до чорноморського узбережжя та ліквідація загрози від Османської імперії робили непотрібними «український політичний буфер», який закривав південні кордони країни» [32, с. 41].

Висновки. Міжнародно-правовий статус Війська Запорозького як полівасалітетного державного утворення, утверджений у період гетьманства Б. Хмельницького, надалі зазнав серйозної трансформації. Наступні події (починаючи від доби «Руїни») призвели до втрати основних здобутків періоду 1648-1657 рр. у вказаних аспектах, і, врешті-решт, у середині XVIII ст. – до втрати будь-яких ознак автономії, скасування інституту гетьманства та руйнування Запорозької Січі.

Важливою тенденцією, характерною для міжнародно-правової діяльності Гетьманщини протягом 60-х рр. XVII–початку XVIII ст. (гетьманство І. Виговського, Ю. Хмельницького, П. Дорошенка, І. Мазепи, П. Орлика), є достатньо часті зміни протекторів Гетьманщини. Основними причинами цієї тенденції були, на наш погляд, по-перше, нездатність об'єднання гетьманами тогочасних українських земель під зверхністю того чи іншого монарха і, по-друге, можливості забезпечення основними потенційними сюзеренами – королем Речі Посполитої, царем Московської держави або султаном Османської імперії кращих вольностей для Війська Запорозького як корпоративної станової організації, а також «прав та привілеїв» всіх вищих і середніх станів тогочасного українського суспільства – тих складових, що утворювали ранньомодерну Українську державу.

В останній чверті XVII ст. внаслідок внутрішніх міжусобиць та посилення сусідніх держав землі Гетьманщини були остаточно поділені між Росією та Річчю Посполитою; саме з цього часу можна говорити про тенденції втрати Гетьманщиною міжнародно-правового статусу державного утворення, хоча інститут гетьманства продовжував існувати на Лівобережній Україні понад півстоліття (на Правобережній Україні – скасований у 1699 р.)

У XVIII ст. Гетьманат Лівобережної України здійснив невдалу спробу змінити довголітнього протектора та сюзерена (російського царя Петра І). Низка наступних трагічних для української історії подій врешті-решт призвела до скасування інституту гетьманства, руйнування Запорозької Січі, скасування автономії Лівобережної України у складі Російської імперії.

Література:

1. Буткевич О. В. Теорія і практика докласичного міжнародного права. – Рукопис. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, 2009.
2. Грушевський М. Ілюстрована історія України. – К., 1991.
3. Бантиш-Каменський Д. История Малой России со времен присоединения оной к Российскому государству при царе Алексее Михайловиче». Ч. I – IV. – М., 1822.
4. Липинський В. Україна на переломі. Замітки з історії українського державного будівництва. – Відень, 1920.
5. Дорошенко Д. Історія України. 2 т. – Варшава, 1930–1932.
6. Крип'якевич І. П. Богдан Хмельницький / І. П. Крип'якевич. – 2-ге вид., виправ. і доп. – Львів : Світ, 1990. – 408 с. – (Пам'ятки історичної думки України); Крип'якевич І. П. Богдан Хмельницький / І. П. Крип'якевич. – Київ, 1954. – 536 с.
7. Смолій В., Степанков В. Українська національна революція XVII ст. (1648 – 1676 рр.) / НАН України. Інститут історії України. – К. : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2009.
8. Яковенко Н. Середньовічна та ранньомодерна історія України. – К., 1998.
9. Чухліб Т. Гетьмани і монархи. Українська держава в міжнародних відносинах 1648–1714 рр. – К., 2003 ; Чухліб Т. Секрети українського полівасалітету: Хмельницький – Дорошенко – Мазепа». – К., 2011.
10. Potychny P.J. (ed.) Poland and Ukraine: Past and Present. Edmonton, 1980; Plokhy S. Tsars and Cossaks. A Study of Iconography. Cambridge, 2002.
11. Горобець В. Еліта козацької України в пошуках політичної легітимації: стосунки з Москвою та Варшавою, 1654–1655. – К. : Інститут історії України НАН України, 2001 ; Горобець В. «Волимо царя східного». Український Гетьманат та російська династія до і після Переяслава. – К. : Критика, 2007.
12. Брехуненко В. Українська держава доби Богдана Хмельницького. – К., 2009.
13. Plokhy, Serhii and Frank E. Sysyn. Religion and Nation in Modern Ukraine. – Canadian Institute of Ukrainian Study Parishes, 2003.
14. Сас П. Політична культура українського суспільства (XVI–XVII ст.). – К., 1998.
15. Полонська–Василенко Н. Історія України: У 2 т. / Н. Полонська-Василенко. – К. : Либідь, 1992. – Т. 1 : До середини XVII ст. – 640 с.
16. Козаченко А. Про державну владу Богдана Хмельницького: окремі питання // Право України. – № 2. – 1998.
17. Грозовський І. М. Право Нової Січі (1734-1775 р.) // Харків, 2000. – 108 с.
18. Лекції по історії українського права / Р. Лащенко. – К. : Україна, 1998. – 254 с.
19. Legal Positivism / Ed. by Tom D. Campbell. – Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney: Dartmouth Publishing Company limited; Ashgate Publishing limited, 1999. – Second Series: The International library of essays in law and legal theory. – 543 p.
20. Международное право / Отв. ред. Е. Т. Усенко, Г. Г.Шинкарецкая. – М. : Юрист, 2003. – 495 с.
21. Грушевський М. Історія України – Руси. – Т. X. – Ч. 1. – К., 1998.
22. Яковлева Т. Гетьманщина в другій половині 50-х років XVII століття: Причини і початок Руїни. – К. : Основи, 1998.
23. Діптан І. І. Михайло Грушевський про українську державну ідею за гетьманування Івана Виговського // Постметодика. – № 5. – 2008.
24. Горобець В. Гадяцька угода 1658 року у контексті міжнародних відносин.
25. Горобець В. Зовнішня політика Української держави другої половини 1650-х років у контексті геополітичного розвитку Центрально-Східної Європи // Четвертий міжнародний конгрес українців. Історія. – Част. 1. – Одеса–Київ–Львів, 1999.
26. Горобець В. М. Від союзу до інкорпорації: українсько-російські відносини другої половини XVII-першої чверті XVIII ст. / НАН України. Інститут історії України. – К., 1995.
27. Акты, относящиеся к истории Юго-Западной России. – СПб., 1863. – Т. IV.

28. Петровський М. З матеріалів до історії українсько-турецьких взаємин другої половини XVII-го віку // Східний світ. – № 2. – 2000. – С. 206-215.
29. Степанков В. Гетьманство Івана Виговського: соціально-політична боротьба і проблеми державного будівництва (серпень 1657 – вересень 1659 р.) / В. Степанков // Середньовічна Україна : зб. наук. пр. – Київ, 1994. – Вип. 1. – С. 88–108.
30. «Око всей великой России». Об истории русской дипломатической службы XVI–XVII веков / Под ред. Е. В. Чистяковой, сост. Н. М. Рогожин. – М.: Междунар. отношения, 1989. – 240 с. – (Из истории дипломатии).
31. Полонська-Василенко Н. Історія України: У 2-х т. Т. 2. Від середини XVII століття до 1923 року. – К.: Либідь, 1992.
32. Санин Г. Антиосманские войны в 70 – 90-е годы XVII века и государственность Украины в составе России и Речи Посполитой // Россия – Украина: история взаимоотношений. – М., 1997.

Задорожний А. В. Международно-правовой статус Гетманщины после смерти Б. Хмельницкого от поли-вассалитетной государственности к потере статуса государственного образования

Аннотация. Для международно-правовой деятельности Гетманщины в 60-х гг XVII–начале XVIII в. характерны частые изменения протекторов. В последней четверти XVII в. вследствие внутренних междоусобиц и усиления соседних государств земли Гетьманщины были окончательно разделены между Россией и Речью Посполитой, что привело к потере Гетьманщиной международно-правового статуса государственного образования.

Ключевые слова: поли-вассалитет, Гетьманщина, международно-правовой статус, протектор

Zadorozhniy O. The Hetmanate's international legal status after the death of Hetman Bohdan Khmelnytsky: from multi-vassal statehood to the loss of the status of the nation-state

Summary. Characteristic of the Hetmanate's international legal activity within 60 XVII – beginning of XVIII century – frequent changes of protectors. In the last quarter of the XVII century due to internal strife and increasing power of the neighbouring states Hetman's lands were finally divided between Russia and the Polish Commonwealth, which led to the loss of the Hetmanate international legal status of public entity.

Key words: multi-vassal, Hetmanate, international legal status, protector.

УДК 341.123.04 : 341.231.14

Зубарєва А. Є.,
аспірант кафедри міжнародного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ДОПОВІДІ ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ МІЖНАРОДНОГО ПАКТУ ПРО ГРОМАДЯНСЬКІ ТА ПОЛІТИЧНІ ПРАВА 1966 р. ЯК ЕЛЕМЕНТ МОНІТОРИНГОВОГО МЕХАНІЗМУ КОМІТЕТУ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ

Анотація. Стаття присвячена місцю та значенню доповідей держав-учасниць Міжнародного Пакту про громадянські та політичні права 1966 р. в процесі функціонування моніторингового механізму Комітету ООН з прав людини.

Ключові слова: права людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Комітет ООН з прав людини.

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку міжнародного права, проблема захисту прав людини залишається в центрі уваги світового співтовариства. Протягом останніх десятиріч, постала ціла система контрольних механізмів виконання державами своїх зобов'язань за міжнародними договорами щодо захисту прав людини. До таких механізмів належить і моніторинговий механізм Комітету ООН з прав людини, одним із ключових елементів якого є процедура подання державами-учасниця Міжнародного Пакту про громадянські та політичні права 1966 р. періодичних доповідей, щодо виконання власних зобов'язань за цим міжнародним договором.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Можна констатувати, що міжнародно-правові аспекти функціонування моніторингового механізму Комітету ООН з прав людини, зокрема в частині доповідей держав було предметом дослідження низки вчених, зокрема М.М. Антонович, Т. Бургенталя, Б.Г. Манова, Н.Ю. Фаяда та ін. В той же час, багато аспектів цієї проблеми досі залишаються нерозкритими, що зумовлює необхідність проведення її комплексного дослідження.

Відповідно **метою** цієї статті є аналіз ролі, значення та процедури подання доповідей держав Комітету ООН з прав людини, а також юридичних наслідків їх розгляду Комітетом і проблем, які виникають в ході їх розгляду.

Серед форм співпраці Комітету ООН з прав людини (далі – Комітет) із державами-учасницями Міжнародного Пакту про громадянські та політичні права 1966 р. (далі – МГПП), однією із найважливіших є розгляд цим органом доповідей держав. Як наголошував Б.Г. Манов: «Розгляд доповідей є основним методом в механізмі сприяння реалізації Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» [1, с. 89].

У той же час науковці, які досліджують міжнародно-правові аспекти діяльності Комітету ООН з прав людини, підкреслюють всю складність і делікатність цього елементу його моніторингового механізму. Зокрема, Т. Бургенталь вказував, що: «...держави традиційно є дуже обережними, щодо будь-яких зобов'язувальних міжнародних інструментів імплементації чи моніторингу згідно з міжнародними договорами щодо прав людини» [2, p. 346].

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до ст. 40 МГПП, його держави-учасниці: *«зобов'язуються подавати доповіді про здійснені ними заходи для втілення у життя прав, визнаних у цьому Пакті, і про прогрес, досягнутий у застосуванні цих прав»* [3]. Крім доповіді, в ході її розгляду Комітет може вимагати від держав надання додаткової інформації у вигляді додаткової доповіді [3].

Кожна держава-учасниця МГПП надсилає свою доповідь Комітету в обов'язковому порядку, протягом року після набрання МГПП чинності щодо неї, а у всіх наступних випадках – на вимогу Комітету [3]. Відповідно до пп.2 п. 66 Правил процедури, Комітет самостійно визначає періодичність надання доповідей. На своїй 13-ї сесії Комітетом було прийнято рішення, згідно з яким такі доповіді держави повинні надавати на його розгляд через п'ять років, починаючи з моменту розгляду першої доповіді чи додаткової інформації [4].

Проте, в перспективі допускалася можливість про скорочення строків, протягом яких держави зобов'язані подавати періодичні доповіді Комітету. Як наголошував Б.Г. Манов: «П'ятирічна періодичність встановлена Комітетом у зв'язку із завантаженістю роботою. В подальшому, він вважає можливим перейти до трирічної чи чотирирічної періодичності» [1, с. 90].

Рішення про направлення державі запиту щодо надання доповіді, зазвичай, приймається Комітетом. Єдиний виняток з цього правила вказаний в п. 66 Правил Процедури Комітету. Там передбачено, що за виняткових обставин, в період між сесіями Комітету, такий запит може бути направлений Головою Комітету, який діє в консультації з членами Комітету [5].

Термін, протягом якого доповідь повинна бути підготовлена і направлена на розгляд Комітету, визначається ним індивідуально в кожному конкретному випадку (пп. 3 п. 66 Правил процедури) [5]. Крім того, Комітет через Генерального Секретаря ООН може повідомляти держави, про бажану форму та зміст таких доповідей (пп. 4 п. 66 Правил процедури) [5].

Як вказує Н.Ю. Фаяд, з метою надання державам допомоги у виконанні задач, покладених на них згідно ст.50 МГПП 1966 р. полегшення роботи над доповідями, Комітет ухвалив Керівні принципи щодо форми і змісту доповідей держав-учасниць [6, С. 89]. Ці прин-

ципи було ухвалено прийнято на 308 засіданні в ході XIII сесії 27 липня 1981 р. і згодом вони переглядалися на 1002 засіданні (XXXIX сесія) 24 липня 1999 р.; 1089 засіданні (XLII сесія) 25 липня 1991 р.; 1415 засіданні (LIII сесія) 7 квітня 1995 р. [7].

У той же час інші міжнародні договори містили положення щодо аналогічних процедур подання державами своїх доповідей відповідним договірним органам, які створені згідно з цими міжнародно-правовими актами. Кожен з цих органів розробляв власні Керівні принципи, в яких визначалися форма і зміст таких доповідей. Наприклад, Комітет з прав дитини, 20 листопада 1991 р. прийняв власні Керівні принципи з цього питання [8].

В рамках співпраці між договірними органами системи Організації Об'єднаних Націй в сфері прав людини, виникла ініціатива сформувати уніфіковані Керівні принципи щодо форми і змісту доповідей держав-учасниць. Цю ідею було зреалізовано в ході П'ятої міжкомітетської наради договірних органів з прав людини, яка проходила 21-26 липня 2006 р. в Женеві. За результатами цієї наради було прийнято Узгоджені Керівні принципи надання доповідей органам із нагляду за дотриманням міжнародних договорів з прав людини (далі – Узгоджені Керівні принципи) [9]. Відповідно до п. 1 цих принципів, вони повинні служити орієнтиром, в тому числі, і для держав-учасниць МГПП [9].

Відповідно до Узгоджених Керівних принципів, доповідь держав має складатися із двох основних частин: загального базового документу та документу по конкретному договору. Загальний базовий документ містить загальні відомості про державу та становище в ній і може використовуватися для доповідей по будь-якому із міжнародних договорів із прав людини, по яких така доповідь вимагається. В цей документ включаються дані стосовно: демографічних, економічних, соціальних і культурних особливостей держави, її конституційної, політичної і правової структури, а також загальна інформація про систему захисту прав людини та механізми її реалізації на національному рівні [9].

Варто наголосити, що включення такої інформації в текст доповідей держав, зумовлене об'єктивними факторами, які супроводжують виконання державами-учасницями МГПП 1966 р. своїх зобов'язань за ним. Одним із найскладніших аспектів контролю за виконанням державами рішень Комітету та розгляду їх доповідей є необхідність враховувати ті об'єктивні обставини та чинники, які існують в кожній окремій державі.

Як відзначав радянський науковець Р. Куліков, аналізуючи законодавчі положення держав, щодо обмеження прав людини, на які вони посилаються в своїх доповідях Комітету, дозволяє зробити висновок, що в більшості випадків при виконанні своїх зобов'язань щодо захисту прав людини, вони: «…застосовують застереження про публічний порядок, згідно з яким таке виконання зобов'язань не повинне заподіювати чи суперечити основам соціального порядку відповідної країни» [10, с. 26-27].

Аналогічну точку зору з цього приводу висловлював в ході своєї роботи і Комітет. Так, в своїй доповіді Генеральні Асамблеї ООН у 1977 р., Комітет зазначив, що обговорення ним доповідей держав буде повноцінним лише в тому випадку, якщо при розгляді законодавчих і адміністративних положень будуть враховуватися економічні, соціальні і культурні умови, що існують в кожній окремій державі [11].

Зрештою, доцільність врахування всіх таких факторів, як зокрема, так і їх сукупності, знайшло своє відображення в правових актах, що є юридичними підставами діяльності Комітету. Ще в п. 2 ст. 40 МГПП, було встановлено, що держави можуть вказувати в своїх доповідях: «фактори і труднощі, якщо такі мають місце, які впливають на реалізацію Пакту» [3]. Аналогічне положення міститься і в п. 66 Правил процедури Комітету в останній їх редакції [5].

На нашу думку, такий підхід є вірним. В цьому випадку слід враховувати, що Комітет приймаючи рішення, безпосередньо не займається його виконання, як і не визначає форми і порядок імплементації положень МГПП. Вчинення дій, пов'язаних із практичною реалізацією та забезпечення виконання ними зобов'язань, згідно з МГПП, покладається на держави-учасниці Пакту. Вони повинні досягти конкретної мети: виконання рішення Комітету або ж імплементувати положення МГПП, а способи досягнення цих цілей держави визначають вже самостійно. Аналогічний принцип застосовується при виконанні державами рішень Європейського Суду з прав людини, що свідчить про визнання його ефективності в практиці міжнародних правовідносин в сфері прав людини.

Другою, і основною, частиною доповідей держав є їх друга частина – документ по конкретному договору (в цьому випадку – Міжнародного Пакту про громадянські та політичні права 1966 р.), містить відомості щодо виконання державами положень Пакту та конкретних питаннях з цього приводу. Крім того, в нього включається також інформація, яку запитує Комітет, а також дані про заходи, вжиті для вирішення питань, на яких наголошував комітетом у своїх зауваженнях до попередньої доповіді держави-учасниці [9].

В Узгоджених Керівних принципах передбачається, що обсяг доповідей держав має складати, по можливості, не більше 100-140 сторінок. З них 60-80 сторінок має займати загальний базовий документ, а решту складає документ по зобов'язаннях згідно з МГПП. Перший звіт має мати не менше 60 сторінок, всі наступні періодичні – 40 сторінок [9].

Цілком очевидно, що можуть виникати проблеми в плані періодичності надання державами доповідей до Комітету ООН з права людини,. Зокрема, українська вчена М.М. Антонович вказує, що уряди держав подають свої доповіді про виконання договірних зобов'язань із запізненням або зовсім не подають [12, с. 8].

Після отримання доповідей Комітет повідомляє державу, через Генерального Секретаря ООН про дату, тривалість і місце проведення сесії, на якій будуть розглядатися їх доповіді, а, в разі, потреби і про засідання де буде прийматися рішення про подання запиту на отримання додаткової інформації. На обох засіданнях можуть бути присутні представники відповідної держави, а в другому випадку – при прийнятті рішення про запит на отримання додаткової інформації, представники

держав мають бути готові відповісти на питання членів Комітету (п. 68 Правил процедури) [5].

Генеральний Секретар може провести консультації із Комітетом, за підсумками яких він може надіслати окремим спеціалізованим установам ООН примірники тих частин доповідей, які стосуються їх компетенції. Своєю чергою, Комітет може пропонувати спеціалізованим установам ООН надати власні зауваження щодо цих доповідей [5].

Якщо говорити власне про особливості та процедуру розгляду доповідей держав, то необхідно зазначити, що в цьому випадку Комітет покликаний виконувати не репресивні функції – покарання порушень, а моніторингові – їх виявлення та сприяння їх протидії. На цьому наголошують і представники науки міжнародного права, зокрема Б.Г. Манов, який вказує, що: «В Комітеті… була досягнута загальна згода, відносно того, що основною метою розгляду доповідей має стати надання допомоги державам-учасницям» [1, с. 91].

Власне, Комітет ООН з прав людини в ході своєї роботи теж підкреслював, що розгляд доповідей держав має проходити в конструктивній атмосфері із врахуванням необхідності підтримувати і розвивати дружні відносини між державами-членами ООН у відповідності із основними принципами міжнародного права. Іншою ключовою метою розгляду цих доповідей, Комітет визначив досягнення реального прогресу в справі реалізації прав людини в державах-учасницях МГПП [11; 13].

За результатами розгляду Комітет може надсилати державам загальні зауваження, в разі, якщо вони будуть прийняті за підсумками розгляду доповіді, і в цих загальних зауваженнях вказати на ті пріоритетні аспекти, яким держави повинні приділити особливу увагу [3]. Н.Ю. Фаяд наводить принципи, якими керується Комітет при підготовці та наданні зауважень:

– зауваження мають сприяти співробітництву між державами-учасницями в справі виконання МГПП;

– зауваження мають відображати досвід накопичений Комітетом, при вивченні доповідей держав;

– зауваження повинні привертати увагу держав-учасниць до питань пов'язаних з вдосконаленням процедури надання доповідей, щодо виконання МГПП;

– зауваження повинні стимулювати діяльність держав-учасниць і міжнародних організації в сфері захисту прав людини [6, с. 92].

На нашу думку, особливо важливим серед цих принципів є необхідність врахування досвіду накопиченого Комітетом, при вивченні доповідей держав. Це означає, що в зауваженнях Комітету має також узагальнюватися його попередня практика із певних питань. Це сприяє одноманітності в оцінці Комітетом виконання державами своїх зобов'язань за МГПП, а також сприяє застосуванню найефективніших підходів до вирішення тих проблем, які виникають у зв'язку із реалізацією цих зобов'язань.

Крім того, Комітет може надсилати доповіді держав, разом із загальними зауваженнями висловленими щодо них Економічній та Соціальній Раді ООН (ЕКОСОР) [3]. У відповідь, держави так само можуть надсилати Комітету свої міркування щодо загальних зауважень [3], а також зобов'язані у встановлені Комітетом строки подавати відповіді щодо тих пріоритетних аспектів на які особливу увагу звернув Комітет в своїх зауваженнях до доповіді [5].

В науці міжнародного права наголошують на тому значенні, яку такі зауваження відіграють в діяльності Комітету ООН з прав людини. Як підкреслює Н.Ю. Фаяд: «Зауваження… відігравали і продовжують відігравати позитивну роль, надаючи допомогу держав у вдосконаленні свого законодавства і приведенні його у відповідність з положеннями МГПП…» [6, с. 93].

Висновки. Таким чином, можна констатувати, що доповіді держав, які подаються Комітету ООН з прав людини є важливим елементом його моніторингового механізму. Необхідність їх подання закріплена в Міжнародному Пакті про громадянські та політичні права 1966 р., а практика Комітету засвідчує, що вони є ефективним інструментом контролю за дотриманням прав людини та вдосконалення системи їх захисту. За результатами їх розгляду Комітетом приймаються зауваження, в яких дається як оцінка доповіді, так і вказується на проблеми з виконання положень Пакту в конкретній державі і вказуються ймовірні шляхи їх вирішення.

Особливої уваги заслуговує те, що за весь період діяльності Комітету, було розроблено повноцінну систему норм, які регулюють процедуру подання доповідей, їх форму та зміст, а також юридичні наслідки їх розгляду для держав. У той же час необхідно наголосити, що в процесі подання та розгляду доповідей можуть виникати деякі проблеми, проте в цілому вони не носять системного характеру.

Література:

1. Манов Б. Г. ООН и содействие осуществлению соглашений о правах человека / Б. Г. Манов ; Отв. ред.: Чхиквадзе В. М. – М. : Наука, 1986. – 112 с.
2. Buergenthal T. The U.N. Human Rights Committee / T. Buergenthal. – Max Planck United Nations Yearbook of International Law. – 2001. – Vol. 5. – Pp. 341-398.
3. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права : від 16.12.1966 р. // Збірник нормативних актів з питань правозахисної діяльності / упоряд. С. Ф. Гончаренко. – К. : Юрінком Інтер, 1995. – С. 38-44.
4. Док. ООН CCPR/C/19.
5. Rules of procedure of the Human Rights Committee [Electronic source]. Cit. 15.03.2013. Retrieved from – http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/400/67/PDF/G1240067.pdf?OpenElement.
6. Фаяд Н.Ю. Контрольный механизм по международным пактам о правах человека. (Сравнительный анализ) : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.10 / Насер Юзеф Фаяд. – М., 1998. – 177 с.
7. Human Rights Committee, Guidelines Regarding the Form and Contents of Periodic Reports from States Parties, U.N. Doc. CCPR/C/20/Rev.2 (1995) [Electronic source]. Cit. 15.03.2013. Retrieved from – http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/HRC-PROC.html.
8. General guidelines for periodic reports : . 20.11.1996. CRC/C/58 (Basic Reference Document) //[Electronic source]. Cit. 15.03.2013. Retrieved from - http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e78f6fffd63fcca2c1256403005754a5?Opendocument.
9. Согласованные руководящие принципы представления докладов согласно международным договорам о правах человека, включая руководящие принципы подготовки общего базового документа и документов по конкретным договорам Доклад Межкомитетской технической рабочей группы [Электронный ресурс]. Цит. 06.06.2013. Режим доступа : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/419/44/PDF/G0641944.pdf?OpenElement.
10. Куликов Р. О международно-правовой ответственности за на-

рушение прав человека / Р. Куликов. – М. : Междунар. отношения, 1979. – 96 с.
11. Док.ООН А/32/44.
12. Антонович М. М. Моніторингова система ООН за виконанням договірних зобов'язань: з досвіду України / М. М. Антонович // Наук. зап. НаУКМА. Сер. Юрид. науки. – 2005. – Т. 38. – С. 8-15.
13. Док. ООН А/35/40.

Зубарева А. Е. Доклады государств-участников Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. как элемент мониторингового механизма Комитета ООН по правам человека

Аннотация. Статья посвящена месту и значению докладов государств-участников Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. в процессе функционирования мониторингового механизма Комитета ООН по правам человека.

Ключевые слова: права человека, Международный пакт о гражданских и политических правах, Комитет ООН по правам человека.

Zubareva A. Reporting by States Parties according to the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 as the part of the monitoring mechanism of the UN Human Rights Committee

Summary. Article is devoted to the role and place of the reporting by States Parties according to the International Covenant on Civil and Political Rights in 1966 in the functioning of the monitoring mechanism of the UN Human Rights Committee.

Key words: human rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the UN Committee on Human Rights.

УДК: 341

Келестин М. В.,
аспірант кафедри міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГІВЛІ ЦУКРОМ В ПЕРІОД МІЖ ПЕРШОЮ ТА ДРУГОЮ СВІТОВИМИ ВІЙНАМИ

Анотація. У статті розглядаються основні міжнародно-правові заходи щодо регулювання торгівлі цукром, які були запроваджені в період між Першою та Другою світовими війнами. Досліджуються причини та особливості прийняття товарних угод у сфері цукру в цей проміжок часу, а саме Міжнародної угоди по цукру 1931 року та Угоди стосовно регулювання виробництва та торгівлі цукром 1937 року. Вивчаються передбачені цими угодами регулюючі механізми та їх вплив на міжнародну цукрову промисловість. Також аналізуються правові принципи діяльності створених зазначеними документами міжнародних контролюючих органів – Міжнародних рад по цукру.

Ключові слова: міжнародно-правове регулювання торгівлі цукром, План Чадбурна, Міжнародна угода по цукру 1931 року (МУЦ 1931), Угода стосовно регулювання виробництва та торгівлі цукром 1937 року (МУЦ 1937), Міжнародна рада по цукру.

Постановка проблеми. Період між Першою та Другою світовими війнами, коли були укладені дві перші міжнародні товарні угоди по цукру, виявився визначальним для розвитку міжнародної цукрової промисловості. Угоди 1931 та 1937 років сформували напрям подальшого міждержавного співробітництва щодо торгівлі цією сировиною. Цінність першої угоди полягає в тому, що в результаті її застосування було виявлено основні труднощі при багатосторонньому врегулюванні світового ринку цукру. Вона проторувала шлях для угоди 1937, яка стала модельною для майбутніх міжурядових документів цукрової галузі. Вивчення характерних особливостей первинних міжнародних угод по цукру є ключовим для комплексного розуміння сучасних товарних угод в цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Міжнародні угоди по цукру 1931 та 1937 років детально розглядалися цілою низкою зарубіжних науковців. В першу чергу слід виділити праці Б. Сверлінга, Т. Робертса, М. Факрі та Дж. Роу. При цьому, зазначені угоди лише поверхнево згадуються українськими вченими.

Формулювання цілей статті. Метою статті є ґрунтовний аналіз причин, особливостей та наслідків укладення перших двох міжнародних товарних угод у сфері цукру, а саме Міжнародної угоди 1931 року та Угоди стосовно регулювання виробництва та торгівлі цукром 1937 року.

Виклад основного матеріалу дослідження. Прототипи сучасних міжнародних товарних угод у сфері цукру почали з'являтися ще з середини дев'ятнадцятого століття. Так, у 1864 році була укладена Конвенція щодо регулювання повернення вивізного мита на цукор. По-справжньому глобальним намаганням врегулювати світову цукрову промисловість можна вважати Конвенцію щодо скасування премій на експорт цукру 1888 року. Першим дієвим багатостороннім документом щодо цієї сировини стала Міжнародна конвенція стосовно премій на цукор 1902 року (Брюссельська конвенція). Однак міждержавні угоди по цукру в їх класичному розумінні побачили світ лише в період між Першою та Другою світовою війнами.

На думку Б. Сверлінга, можна виділити три основні спроби по запровадженню міжнародних контролюючих заходів щодо торгівлі цукром в зазначений проміжок часу. До першої науковець відносить односторонні зусилля Куби по коригуванню розбалансованості світової цукрової економіки. Другою він вважає укладення між провідними експортерами сировини Міжнародної угоди по цукру 1931 року. І третьою вчений називає багатостороннє співробітництво основних країн-виробників та країн-споживачів цукру в рамках Міжнародної угоди по цукру 1937 року [1, с. 2].

Після укладення Брюссельської конвенції та до початку в 1927 році Великої депресії в міжнародних переговорах по цукру наступило тимчасове затишшя. Перша світова війна практично повністю паралізувала виробництво сировини в Європі. Відповідно, відбулось значне підвищення попиту на тростинний цукор. Реагуючи на таку ситуацію, Куба дуже швидко збільшила площі посіву тростини. Однак, з відновленням європейської цукрової промисловості, надлишкові обсяги південноамериканської сировини на континенті спричинили сильне падіння цін. Подальше погіршення ситуації, викликане настанням наприкінці 20-х років минулого століття загальносвітової економічної кризи, змусило учасників світової торгівлі цукром знову сісти за стіл переговорів [2, с. 169].

Ініціатором налагодження міжнародного ринку цукру виступила Куба. На початку 30-х років економіка держави була в глибокому занепаді. Жодні внутрішньо-національні заходи не змогли покращити ситуацію, тому вихід потрібно було шукати на міждержавному рівні. Зважаючи на те, що основним експортним товаром країни був цукор, всі зусилля були направлені на розробку міжнародно-правових механізмів для стабілізації торгівлі саме цією сировиною [3, с. 223-234].

26 серпня 1930 року в Нью-Йорку відбулася між-

державна зустріч під керівництвом авторитетного американського юриста та власника кількох кубинських цукрових заводів Т. Чадбурна. У ній взяли участь представники Куби та усіх підпорядкованих США острівних країн-виробників цукру. Запропонований на зустрічі Т. Чадбурном план по розподілу американського ринку цукру був підтриманий всіма її учасниками[1]. Відповідно до його умов Гавайї, Пуерто-Ріко, Філіппіни та Куба повинні були обмежити експорт цукру на американський ринок, унормувати виробництво сировини та розпланувати її постачання таким чином, щоб уникнути виникнення сезонних надлишків. Крім того, остання взяла на себе зобов'язання по ініціюванню міжнародної конференції з метою стабілізації цукрової промисловості на загальносвітовому рівні [1, с. 42-43].

Так, вже восени того ж року в Брюсселі була проведена міжнародна конференція за участю Яви, Німеччини, Чехословаччини, Польщі, Угорщини, Бельгії та Куби, інтереси якої представляла очолювана Чадбурном делегація. Результатом переговорів стало підписання в травні 1931 року першої Міжнародної угоди по цукру (МУЦ 1931). По своїй суті вона була розширеною версією Плану Чадбурна [4, с.169-170].

Не зовсім вірним слід вважати твердження про те, що уряди країн не приймали жодної участі в переговорах та на стадії підписання МУЦ 1931. Так, від імені держав на конференції виступали асоціації виробників цукру. Однак, у більшості випадків внутрішньодержавні організації виробників, на зразок Інституту по стабілізації цукру Куби, були урядовими агенціями уповноваженими представляти національну цукрову галузь. Крім того, після укладення МУЦ 1931 уряди сторін повинні були вжити необхідних заходів для набрання нею чинності [5, с. 871-873].

МУЦ 1931 стала визначальною подією на світовому ринку цукру на той час [6, с. 1]. Як зазначає Т. Чадбурн, вона об'єднала чотири основоположні елементи, які мали б стати запорукою для її подальшого успіху. Цими елементами були контроль над виробництвом, розподіл надлишкових запасів, урядові санкції та нагляд з боку постійно діючої ради [7, с. 384].

Для контролю за дотриманням МУЦ 1931 було створено міжгалузеву координаційну організацію – Міжнародну раду по цукру. Її головним завданням був загальний нагляд за виконанням положень угоди, моніторинг та дослідження ринку, а також консультування з питань, що стосувалися цін на цукор та встановлених угодою квот [8, с. 3-8].

Міжнародна раду по цукру складалась з представників кожної з семи країн-учасниць МУЦ 1931. Голоси щодо прийняття рішень були розподілені у відповідності до становища на ринку, яке займала та чи інша держава. Оскільки рішення приймались простою більшістю, найвагоміший вплив мали Куба та Ява, відповідно найбільші виробники та експортери цукру [8, с. 3-8].

Компетенція Міжнародної ради по цукру щодо вирішенні суперечок між сторонами МУЦ 1931 була дещо обмеженою. По суті, вона могла лише встановлювати факт порушення положень угоди. Якщо ж представники національного виробника не погоджувались з прийнятим нею рішенням чи виникав інший спір, він повинен був врегульовуватись між зацікавленими сторонами, без будь-якого втручання з її боку [9, с. 223-225].

Відповідно до МУЦ 1931 сторони взяли на себе зобов'язання обмежувати виробництво та експорт цукру протягом п'ятирічного періоду, на який вона була укладена. Результатом її застосування мало б стати врівноваження експорту зі споживчими потребами та поступове зменшення і остаточна ліквідація величезних запасів цукру, які накопичились в основному на Яві та Кубі, а також загальне підвищення ціни на цукор [10, с. 146].

Разом з тим МУЦ 1931 не передбачала жодних прямих домовленостей щодо ціноутворення. Її автори були переконані, що проблема, пов'язана з низькою вартістю цукру, мала б вирішитись сама по собі в результаті обмеження його постачання [11, с. 38].

Застосування МУЦ 1931 протягом першого року не принесло бажаних результатів. Зменшення надлишкових запасів цукру не відбулось в основному через великий обсяг виробництва в 1930-1931 роках. Однак, незважаючи на запроваджені МУЦ 1931 обмеження, наступні роки її дії виявились не набагато успішнішими. Так, на момент припинення МУЦ 1931 було зафіксовано зниження світових запасів цукру лише на 27% від пікового обсягу кінця 1931 року. Сподівання розробників МУЦ 1931 стосовно підвищення вартості цукру також не виправдали себе. Протягом всього періоду її застосування світова ціна на цукор залишалася на незадовільно низькому рівні [11, с. 39].

Науковці одностайні в своїх міркуваннях щодо того, що основною причиною провалу МУЦ 1931 стало збільшення виробництва цукру поза рамками угоди. У той час, коли країни-учасниці добросовісно дотримувались передбачених МУЦ 1931 жорстких обмежень щодо виробництва та експорту цукру, країни, що не брали в ній участі (в основному Індія та інші Британські колонії), пропорційно збільшували обсяги постачання сировини [10, с. 146-147]. Відповідно, будь-який позитивний ефект від запровадження МУЦ 1931 щодо зменшення надлишкових запасів та підвищення ціни було нівельовано. Ці обставини пояснюють, чому МУЦ 1931 не було продовжено по завершенню її терміну дії.

Варто зазначити, що далеко не всі зарубіжні фахівці в сфері міжнародно-правового регулювання торгівлі сировинними товарами розглядають МУЦ 1931 власне як першу міжнародну угоду по цукру. Справа в тому, що вона не була договором чи міжурядовою угодою в чистому вигляді. Її скоріше можна класифікувати як домовленість контрактного характеру між виробниками цукру окремих країн. Саме тому, аналізуючи перші міжнародні угоди по цукру, більшість науковців лише поверхнево згадують МУЦ 1931 у своїх працях.

Нейтральною видається позиція Б. Сверлінга з цього приводу. Вчений не вважає МУЦ 1931 року ані комерційним договором між національними урядами, ані суто приватним картелем між виробниками [1, с.

[1] За своєю формою План Чадбурна був джентльменською угодою. Небажання укладати письмовий договір пояснюється тим, що зацікавлені сторони побоювались запровадження антимонопольних заходів з боку американського уряду [1, с. 43; 12, с. 118-119].

45]. Виваженою видається точка зору М. Факрі щодо даного питання, яку він висловив у своєму дисертаційному дослідженні. Науковець стверджує, що МУЦ 1931 має більше рис, притаманних міжнародному публічному договору, аніж міжнародній приватній угоді між виробниками [4, с. 173]. Можна цілком погодитися з таким міркуванням, адже міжнародно-правового характеру МУЦ 1931 надає той факт, що, як зазначалося вище, уряди країн-учасниць все ж приймали в ній опосередковану участь.

Вже через два роки після укладення МУЦ 1931 у зв'язку з відсутністю відчутних позитивних зрушень на ринку цукру світова спільнота була змушена вдатися до пошуку більш дієвих заходів міжнародного регулювання. На Світовій економічній конференції 1933 року було підтверджено неспроможність чинної угоди вирішувати поточні проблеми галузі, її загальний незадовільний стан і потребу в подальшому продовженні переговорів для налагодження та підтримки належного співвідношення між попитом і пропозицією на сировину [12, с. 121].

На виконання рекомендацій Світової економічної конференції у лютому 1937 року делегації двадцяти двох країн[2] зібралися у Лондоні для підготовки та укладення нового міжнародного договору по цукру. Підвищений інтерес до заходу та участь у ньому усіх основних світових виробників та споживачі цукру були обумовлені не лише тим, що він проходив під егідою Ліги Націй, а також бажанням зацікавлених сторін зробити рішучий крок до вільної торгівлі [1, с. 55]. За результатами лондонської конференції 6 травня 1937 року було підписано Угоду стосовно регулювання виробництва та торгівлі цукром – другу Міжнародну угоду по цукру (МУЦ 1937) [13, с. 26].

Основні умови та цілі МУЦ 1937 були типовими для міжнародних товарних угод. Вона наголосила на важливості підтримання балансу між попитом та пропозицією, визначила пріоритетним забезпечення належного постачання цукру споживачам по розумній ціні та підкреслила необхідність створення умов для отримання виробниками бажаного доходу [13, с. 26-28].

Центральне місце в МУЦ 1937 посіло визначення поняття «вільного ринку». На момент її укладення учасники світової торгівлі цукром поділялись на дві категорії. До першої відносились країни, що здійснювали експорт сировини на цільовий ринок та самодостатні країни. Друга ж включала держави, що постачали цукор на «вільний ринок». При визначенні поняття «вільного ринку» було вирішено залишити існуючу на той час ситуацію. Так, не підпадали під це поняття наступні поставки цукру: до Великобританії та Франції з підконтрольних їм колоній, з Куби до США, з СРСР до сусідів на далекому Сході, з Філіппін до США, а також з Бельгії до Люксембургу [13, с. 28]. Таким чином, угода визначила «вільний ринок» як норму та окреслила всі інші ринки як виключення з правила.

Як і в попередній угоді, для забезпечення контролю над дотриманням та виконанням положень МУЦ 1937 було створено Міжнародну раду по цукру. Однак, цього разу орган отримав дещо ширші повноваження. Рада могла визначати та корегувати системи квот, а також збирати відповідну інформацію (статті 20, 21, 24). Крім того, вона була наділена правовою функцією тлумачити норми угоди (статті 28 і 46) та врегульовувати суперечки між її сторонами (стаття 44). До юрисдикції Міжнародної ради по цукру відносилось встановлення факту, чи мало місце порушення МУЦ 1937, та рекомендування урядам договірних держав вжити у зв'язку з цим тих чи інших заходів [13, с. 34-36, 41].

До складу Міжнародної ради по цукру входили по одній делегації[3] від кожної держави-учасниці МУЦ 1937. Делегації наділялись певною кількістю голосів, які приблизно відображали частку імпортованого чи експортованого їх країнами цукру (пункт а статті 37). Країни-експортери разом отримали п'ятдесят п'ять голосів, найбільше з яких припало Кубі та Яві, 10 та 9 відповідно. Країни-імпортери всього мали сорок п'ять голосів, по 17 у Великобританії та США [13, с. 38-39]. Оскільки рішення Міжнародної ради по цукру зазвичай приймалися простою більшістю голосів, при голосуванні країни-експортери завжди мали перевагу над країнами-імпортерами.

Відповідно до статей 40 та 41 МУЦ 1937 Міжнародна рада по цукру могла делегувати частину своїх повноважень Виконавчому комітету. До його складу входило всього дев'ять представників: по три від країн-імпортерів (Великобританія та США мали постійне місце), по три від країн-виробників тростинного цукру (незмінною була участь Куби та Яви) і по три від країн-виробників бурякового цукру (які щорічно змінювались) [13, с. 40]. За такого розподілу постійні представники отримали найбільший формальний вплив.

Як цілком справедливо зазначає у своїй дисертаційній роботі Т. Робертс, МУЦ 1937 так і не запрацювала на повну силу. Протягом першого року дії її повноцінному функціонуванню зашкодила відсутність ратифікацій значної кількості учасників[4]. А вже в 1939 році свій вагомий вплив на угоду здійснила зростаюча загроза Другої світової війни. В очікуванні можливого порушення нормальної світової торгівлі, Великобританія й інші європейські країни почали накопичувати ресурси. Це призвело до різкого зростання цінності цукру і потреба в запроваджених МУЦ 1937 контролюючих механізмах фактично відпала [12, с. 123].

Остаточно свою актуальність МУЦ 1937 втратила з початком Другої світової війни. При цьому фор-

[2] Учасників умовно можна було поділити на чотири категорії: а) країни, які виробляли цукор виключно для експорту – Куба, Ява, Перу, Домініканська Республіка, Гаїті; б) експортери із значним внутрішнім споживчим ринком – Південна Африка, Австралія, Бельгія, Бразилія, Чехословаччина, Угорщина, Японія, Польща, Португалія, СРСР та Югославія; в) самодостатні країни, які повністю забезпечували власні потреби та не експортували сировину – Франція, Німеччина та Індія; г) країни, які імпортували значні обсяги цукру – Канада, Китай, США та Великобританія [1, с. 55].

3 Відповідно до статті 31 МУЦ 1937 делегація могла складатися не більше ніж з трьох членів та трьох радників.

[4] Лише Австралія, Великобританія, Чехословаччина, Домініканська Республіка, Німеччина та Перу ратифікували угоду станом на 1 вересня 1937 року.

мально вона була припинена лише в 1944 році, після чого на протязі наступних дев'яти років чинними залишались лише окремі її положення. Цікавим є той факт, що Міжнародна рада по цукру продовжувала свою діяльність незалежно від угоди. Вона слугувала форумом для збору та обміну статистичною інформацією і підготовки в подальшому проекту нового міжнародного договору щодо цієї сировини [14, с. 83].

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, можна зробити наступні висновки. Першою класичною міжнародною товарною угодою у сфері цукру стала ініційована представниками Куби угода 1931 року. Розроблена на основі Плану Чадбурна, вона за допомогою встановлення річних квот мала б поступово ліквідувати надлишкові запаси цукру та стимулювати підтримання цін на сировину на належному рівні. Однак, незважаючи на сумлінне дотримання сторонами угоди встановлених нею обмежень, збільшення експорту третіми країнами спричинило її загальний провал.

Зробивши висновки з невдалого досвіду застосування Міжнародної угоди 1931 року, учасники світової торгівлі цукром в 1937 році підписали нову, покращену угоду. На відміну від попередньої, вона була укладена на міжурядовому рівні та мала значно ширшу сферу застосування, охопивши цього разу не тільки виробників, а й основних споживачів цукру. Крім того, передбачена угодою більш гнучка система квот, мала стати запорукою її загального успіху. Хоча оцінити сильні та слабкі сторони застосування МУЦ 1937 завадила Друга світова війна, безперечним залишається той факт, що вона стала моделлю для міжнародних угод по цукру, що укладались протягом наступних п'ятдесяти років.

Література:

1. Swerling B. C. International Control of Sugar, 1918-41 / B. C. Swerling. – Stanford: Stanford University Press, 1949. – 69 p.
2. Gordon-Ashworth F. International commodity control: A contemporary history and appraisal / F. Gordon-Ashworth. – London: Croom Helm, 1984. – 356 p.
3. McAvoy M. Sugar Baron: Manuel Rionda And The Fortunes Of PreCastro Cuba / M. McAvoy. – Gainesville: University Press of Florida, 2003. – 340 p.
4. Fakhri M. The Making of International Trade Law: Sugar, Development and International Institutions: thesis / M. Fakhri. – Toronto, 2011. – 345 p.
5. Wilk K. International Affairs: The International Sugar Régime / K. Wilk // The American Political Science Review. – 1939. – v.33, n.5. – P. 860-878.
6. The Chadbourne plan [Електронний ресурс] / Townsville Daily Bulletin. – 1935. – Режим доступу : http://nla.gov.au/nla.news-article62405985 – Заголовок з екрана.
7. Chadbourne T. L. International Stabilization of the Sugar Industry / American Labor Legislation Review. – 1931 – Vol. 21. – P. 383-385.
8. Chadbourne T. L. The Chadbourne plan: copy of the agreement executed on May 9th, 1931 at Brussels, Belgium, by the sugar producers of Cuba, Java, Germany, Czechslovakia, Poland, Hungary and Belgium / T. L. Chadbourne. – New York: Lambourne & Co., 1931. – 27 p.
9. Dye A. How brinkmanship saved Chadbourne: Credibility and the International Sugar Agreement of 1931/ Dye A., R. Sicotte // Explorations in Economic History. – 2006. – v43, n2. – P. 223-256.
10. Rowe J.W. F. Primary commodities in international trade / J.W.F. Rowe. – Cambridge: Cambridge University Press, 1965. – 223 p.
11. Stocking G. Cartels in Action / G. Stocking, A. Kahn, M. Watkins // Case Studies in International Business Diplomacy. – 1946. – Vol. 44. – P. 14-56.
12. Roberts T. J. A study of international commodity agreements: thesis / T. J. Roberts. – Vancouver, B.C.: University of British Columbia, 1951. – 196 p.
13. Intergovernmental commodity control agreements / International Labour Office. – Montreal : ILO, 1943. – 221 p.
14. M. Raffaelli Rise and demise of commodity agreements : an investigation into the breakdown of international commodity agreements / Raffaelli M. – Cambridge : Woodhead Pub., 1995. – 240 p.

Келестин М. В. Международно-правовое регулирование торговли сахаром в период между Первой и Второй мировыми войнами

Аннотация. В статье рассматриваются основные международно-правовые меры по регулированию торговли сахаром, которые были внедрены в период между Первой и Второй мировыми войнами. Исследуются причины и особенности принятия первых товарных соглашений в сфере сахара в этот промежуток времени, а именно Международного соглашения по сахару 1931 года и Соглашения касаемо регулирования производства и торговли сахаром 1937 года. Изучаются предусмотренные этими соглашениями регулирующие механизмы и их влияние на международную сахарную промышленность. Также анализируются правовые принципы деятельности созданных указанными документами международных контролирующих органов – Международных советов по сахару.

Ключевые слова: международно-правовое регулирование торговли сахаром, План Чадбурна, Международное соглашение по сахару 1931 года (МСС 1931), Соглашение касаемо регулирования производства и торговли сахаром 1937 года (МСС 1937), Международный совет по сахару.

Kelestyn M. International legal regulation of sugar trade in the period between the First and Second World Wars

Summary. This article deals with the main international legal measures for controlling the world sugar trade, which were introduced in the period between the First and Second World Wars. Research of the reasons and consequences of adoption of commodity agreements in the sphere of sugar during this period, namely International Sugar Agreement of 1931 and Agreement concerning the Regulation of Production and Marketing of Sugar of 1937 is provided in the article. Introduced by these agreements regulating mechanisms and their influence on the international sugar industry are studied in the article. Legal principles of operation of International sugar councils – international controlling bodies created by the abovementioned documents – are also analyzed in the article.

Key words: international legal regulation of the world sugar trade, Chadbourne Plan, International Sugar Agreement of 1931 (ISA 1931), Agreement concerning the Regulation of Production and Marketing of Sugar of 1937 (ISA 1937), International Sugar Council.

УДК - 341.1/.8

Клак О. Г.,
аспірант кафедри міжнародного права факультету міжнародних відносин
Львівського національного університету імені Івана Франка

ЄВРОПЕЙСЬКА СИСТЕМА СКОРОЧЕННЯ ВИКИДІВ ПАРНИКОВИХ ГАЗІВ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню правової бази Європейського Союзу щодо викидів парникових газів в атмосферу. Автор розкриває суть та зміст основоположних нормативних документів ЄС у цій сфері.

Ключові слова: Європейський Союз, парникові гази, викиди парникових газів.

Постановка проблеми. Зміна клімату Землі з кожним роком стає все важчим випробуванням для людства. Доказом таких змін на нашій планеті є збільшення середньої температури, танення льодовиків, часті періоди повеней та засух. Ризики для планети та для майбутніх поколінь настільки великі, що існує термінова потреба дії.

Особливої уваги розробленню та реалізації заходів забезпечення екологічної безпеки, зокрема через правове регулювання, приділяється на рівні Європейського союзу. І хоча європейське екологічне право – порівняно нова галузь європейського права, воно динамічно розвивається усі останні роки під впливом міжнародно-правових процесів. Європейський Союз уже декілька років веде активну боротьбу зі зміною клімату як на внутрішній, так і на міжнародній арені. Така боротьба є пріоритетним завданням його кліматичної політики. Окрім того, ЄС включив у свою сферу діяльності обмеження викидів парникових газів з метою досягнення наступних результатів: ефективнішого використання екологічно чистих носіїв енергії, зменшення викидів та досягнення збалансування у транспортній системі, залучення підприємств до відповідальності без нанесення шкоди їх конкурентоспроможності, досягнення кліматозберігаючого землевпорядкування та ведення сільського господарства, створення сприятливих умов для досліджень та впровадження нововведень. Така практика ЄС є цікавою для України, якій потрібно сформувати власну дієву кліматоохоронну стратегію. Враховуючи глобальний характер екологічних проблем, становлення та реалізація національної екологічної стратегії неможливі без врахування міжнародного досвіду.

Аналіз останніх досліджень. За останні роки значно збільшилась увага українського наукового кола до міжнародного екологічного права. Окремі питання екологічної політики ЄС уже досліджувались у вітчизняній правовій літературі. Серед вітчизняних дослідників до питань правового врегулювання викидів парникових газів у Європейському союзі у своїх працях зверталися О. Акментина, І. Андрущенко, О. Биченко, М. Медведєва, М. Микієвич, Н. Андрусевич, Т. Будякова, О. Вишняков, В. Качурінер та інші. Незважаючи на значну кількість публікацій з цієї тематики, цілісне дослідження правової бази Європейського союзу щодо викидів парникових газів у галузевій літературі досі не отримало свого розвитку. Спроба комплексного дослідження такого законодавства та обґрунтування дієвої системи щодо скорочення викидів парникових газів у Європейському союзі стала **завданням** цієї статті.

Викладення основного матеріалу. Політика Європейського Союзу у сфері навколишнього середовища здійснюється поетапно шляхом прийняття так званих Програм дій з навколишнього середовища, які хоча й носять рекомендаційний характер, але завдяки встановленню чітких напрямків, цілей і принципів екологічної політики Європейського Співтовариства, разом з їх детальним описом і графіком реалізації сприяють розвитку та імплементації екологічного законодавства [1, ст. 13]. Таких програм Європейський Союз розробив уже сім: перша з них була прийнята ще у 1973 році, а сьома – у 2007 році.

В рамках реалізації цих програм було прийнято ряд законодавчих актів, які стосуються якості повітря та регулюють викиди парникових газів у межах співтовариства. Серед таких актів слід відзначити Директиву Ради 80/779/ЄЕС 1980 року про граничні норми якості повітря та настановні величини сірчистого газу й зважених частинок, Комюніке Комісії 1995 року щодо стратегії Євросоюзу зі зменшення викидів СО2 пасажирськими автомобілями та збільшення економії пального, Директива Ради 96/62/ЄС щодо оцінки та управління якістю атмосферного повітря, Директива Ради 99/30/ЄС щодо граничних обсягів двооксиду сірки, двооксиду азоту та оксидів азоту, пилових часток та свинцю у оточуючому повітрі, Директива Ради 2000/25/ЄС про дії, які необхідно вжити проти викидів газоподібних та пилових забруднюючих речовин двигунами, які встановлюються на сільськогосподарські та лісогосподарські трактори, Рішення Ради 93/389/ЄЕС 1993 року щодо механізмів контролю викидів вуглекислого газу та інших парникових газів у Співтоваристві, Директива Ради 93/76/ЄЕС 1993 року спрямована на обмеження викидів вуглекислого газу шляхом підвищення ефективності використання енергії [2].

Після ратифікації Рамкової конвенції зі зміни клімату у 1993 році Європейська Комісія прийняла у 2000 році Європейську програму зі зміни клімату з метою визначення та розвитку усіх необхідних елементів стратегії ЄС для імплементації Кіотського протоколу, який був ратифікований Співтовариством у 2002 році. Усі країни-учасниці цього протоколу зобов'язались у період з 2008 по 20012 роки спільно зменшити загальні викиди парникових газів у світі на 5%. Країни Європейського союзу в свою чергу прийняли зобов'язання знизити ви-

киди парникових газів на 8% протягом цього періоду [3, ст. 25-26].

Європейський Союз проявляє неабияке прагнення обмежити забруднення повітря у глобальних масштабах. З цією метою він розвиває можливі механізми для досягнення цілей, поставлених Рамковою конвенцією 1992 року та на практиці застосовує механізми Кіотського протоколу. З метою імплементації норм Кіотського протоколу у межах Євросоюзу приймаються такі нормативні документи, як Директива Європейського парламенту та Ради 2003/87/ЄС 2003 року, яка створює схему торгівлі квотами на викиди парникових газів та Рішення Європейського парламенту та Ради 280/2004/ ЄС 2004 року відносно механізму контролю за викидами парникових газів Співтовариством та імплементації Кіотського протоколу. Останнім рішенням було впроваджено систему спостережень за усіма антропогенними викидами парникових газів, викиди яких не були врегульовані у Монреальському протоколі щодо речовин, які руйнують озоновий шар. Також цим рішенням була організована система імплементації норм Рамкової конвенції 1992 року та Кіотського протоколу. система оцінювання позитивних результатів, досягнутих Співтовариством у сфері скорочення викидів та правила подання звітів Співтовариством до Секретаріату Рамкової конвенції щодо змін клімату [4]. Держави-члени ЄС в свою чергу вносили зміну до національного законодавства з метою приведення його у відповідність з вищеназваними директивами. Такі кроки Європейського союзу призвели до істотних успіхів у боротьбі зі зміною клімату.

Європейський Союз у 2005 році розробив реалістичну кліматичну стратегію [5] та запропонував конкретні заходи для обмеження збільшення середньої температури Землі в рамках двох градусів у порівнянні з доіндустріальним періодом. Сформована стратегія по подоланню змін клімату поставила перед країнами ЄС численні завдання: вони повинні протистояти кліматичній загрозі; боротьба зі змінами клімату повинна відбуватися за участю якомога ширшого кола міжнародних акторів; необхідно впроваджувати інноваційні технології, щоб змінити продуктивність та розхід енергії у промисловості; важливою є робота щодо пристосування країн до невідворотних змін кліматичних умов. На основі цієї стратегії були розроблені численні нормативні акти з метою виконання поставлених завдань.

У 2007 році ЄС розробив іншу стратегію щодо заходів боротьби з змінами клімату до 2020 року [6]. У цьому документі визначені як внутрішньоєвропейські цілі (наприклад, зобовязання щодо скорочення викидів парникови газів та щодо проведення політичних заходів по кліматичним питанням), так і міжнародні (в першу чергу йдеться про переговори щодо наспупної міжнародної угоди після Кіотського протоколу). ЄС прийняло рішення про зниження викидів парникових газів на 20% до 2020 року від рівня 1990 року всередині ЄС незалежно до рішень в рамках Кіотського проколу та Рамкової конвенції ООН зі зміни клімату. У випадку досягнення міжнародної угоди по зниженню викидів парникових газів на період після 2012 року ЄС візьме зобов'язання щодо зменшення викидів парникових газів на 30% від рівня 1990 року. В березні 2008 року комісія ЄС презентувала схему розподілу зусиль на зниження викидів парникових газів між 27 країнами співтовариства. Усі викиди парникових газів поділено на 2 групи: перша – викиди від підприємств, що входять в Європейську Систему Торгівлю Викидами і друга – інші викиди парникових газів. До першої групи включені великі енергетичні та промислові підприємства. Кожне підприємство отримує ліміт дозволів на викиди парникових газів, який є меншим, ніж потрібно підприємству. Це створює попит на додаткові дозволи на викиди і формує ринкову ціну одиниці скорочення викидів. Підприємство може або впроваджувати додаткові заходи зниження викидів на своєму виробництві, або купувати дозволи на викиди у іншого підприємства в ЄС, що входить в систему Європейську Систему Торгівлі Викидами, або купити одиниці скорочення викидів в рамках механізму спільного впровадження або чистого розвитку. Головним чинником у виборі джерела додаткових дозволів для підприємств є економічний фактор. Якщо підприємство під кінець року перевищує ліміт викидів парникових газів, то воно платить штраф в розмірі 100 євро за кожну тону викидів CO2. До другої групи парникових газів потрапили усі інші джерела викидів: сектор транспорту, середні та малі підприємства, сільське господарство, тощо. За базовий рік для визначення зобов'язань на зниження викидів парникових газів для країн було обрано 2005 рік. Основний аргумент саме такого базового року, а не 1990, як в Кіотському протоколі – найбільш повна інформація інвентаризації саме за 2005 рік. Такий підхід розподілу викидів на 2 групи виявився найбільш прийнятним: сектори Європейської системи торгівлі викидами, що в усіх країнах оперують на більшменш рівних конкурентних умовах повинні виконувати єдині вимоги. Щодо другої групи викидів парникових газів, то їх вже розподілено зважаючи на економічні можливості та технологічні показники кожної з країн.

У рамках цієї стратегії було прийнято Рішення Європейського парламенту та Ради 406/2009/ЄС 2009 року щодо зусиль країн-членів по скороченню викидів парникових газів з метою виконання зобов'язань Співтовариства по скороченню викидів парникових газів до 2020 року. У цьому рішенні визначено, який мінімальний вклад повинні зробити країни-члени щодо скорочення викидів парникових газів у період з 2013 по 2020 роки. Зазначено, що у цей період викиди кожної окремої країни рік за роком повинні зменшуватись у порівняні з відповідним щорічним звітом. Країни-члени ЄС для виконання своїх зобов'язань можуть застосовувати такі форми кредитування для скорочення викидів парникових газів: сертифікати на скорочення викидів та одиниці скорочення викидів, які були прийняті Директивою 2003/87/ЄС на період 2008-2012; сертифікати на скорочення викидів, які видаються на реалізовані проекти по скороченню викидів парникових газів у менш розвинених державах; строкові та довгострокові сертифікати на скорочення викидів з дослідницьких проектів [7].

Висновки. З вищесказаного зрозуміло, що еволюція екологічної політики Європейського Союзу сформувала чіткі підходи до проблем навколишнього середовища і сприяла становленню ЄС в якості впливового суб'єкта міжнародної екологічної політики. Європейський Союз є активним учасником міжнародного процесу щодо ско-

рочення викидів парникових газів, який відповідально ставиться до прийнятих на себе зобов'язань згідно з міжнародними договорами. Окрім активної міжнародної діяльності у цій сфері, ЄС створив власну систему, розробив механізми та намітив цілі щодо результативного скорочення викидів парникових газів у атмосферу. У центрі діяльності органів ЄС стоїть зниження рівня парникових газів у атмосфері. Європейський Союз за допомогою налагодженої системи контролю постійно контролює емісію та імісію парникових газів. З метою досягнення поступового зниження викидів парникових газів Європейський Союз впровадив систему торгівлі квотами на такі викиди, яка ґрунтується на стандартах ринкової економіки.

Прослідковуючи активність створення та реалізації норм щодо захисту навколишнього середовища, а особливо щодо скорочення викидів парникових газів, на міжнародному та європейському рівнях можна припустити, що міжнародне екологічне право у майбутньому розвиватиметься у напрямку регіоналізації.

Література:

1. Акментина О. Г. Правове регулювання відносин в сфері довкілля в Європейському союзі та в Україні / [Акментина О. Г., Андрущенко І. М., Биченко О. Ю. та ін.]; за заг. ред. к. е. н. В. Г. Дідика. – К., 2007. 579 с.
2. Збірник нормативно-правових актів Європейського союзу у сфері охорони навколишнього середовища. – Львів, 2004. – 192 с.
3. Ekardt F. Landnutzung, Klimawandel, Emissionshandel und Bioenergie. – Berlin : Lit Vertrag, 2010. S. 120.
4. Рішення Європейського парламенту та Ради 280/2004/ЄС 2004 року відносно механізму контролю за викидами парникових газів Співтовариством та імплементації Кіотського протоколу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://europa.eu/legislation_summaries/environment/tackling_climate_change/l28044_de.htm.
5. Європейська стратегія успішної боротьби з глобальною зміною клімату {SEK (2005) 180} [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=de&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=35.
6. Стратегія по утриманню кліматичних змін у межах 2 градусів за Цельсієм – Шляхи вирішення у майбутньому до 2020 року та в подальшому [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0002:DE:NOT.
7. Рішення Європейського парламенту та Ради 406/2009/ЄС 2009 року щодо зусиль країн-членів по скороченню викидів парникових газів з метою виконання зобов'язань Співтовариства по скороченню викидів парникових газів до 2020 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009D0406:EN:NOT.

Клак Е. Г. Європейская система снижения выбросов парниковых газов: правовой аспект

Аннотация. Статья посвящена исследованию правовой базы Европейского Союза относительно выбросов парниковых газов в атмосферу. Автор раскрывает суть и содержание основополагающих нормативных документов ЕС в этой сфере.

Ключевые слова: Европейский Союз, парниковые газы, выбросы парниковых газов.

Klak O. European system for greenhouse gases reduction: legal aspects

Summary. The article is devoted to the analysis of legal base of the European union about the greenhouse gas emissions in an atmosphere. An author exposes essence and maintenance of fundamental normative documents of EU in this sphere.

Key words: European Union, greenhouse gas, greenhouse gas emissions.

УДК: 340.5

Лук'янов Д. В.,
кандидат юридичних наук, начальник управління планування і координації правових досліджень Національної академії правових наук України

ПОНЯТТЯ «ПРАВОВА СІМ'Я» В ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ: МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню методологічного значення такої категорії юридичної науки як «правова сім'я». Розкрито дослідницькі завдання, що вирішуються за допомогою її введення до понятійного апарату порівняльно-правових досліджень.

Ключові слова: правова система, класифікація правових систем, правова сім'я, види правових сімей.

Постановка проблеми. Людство увійшло до третього тисячоліття з численним різноманіттям існуючих правових систем. Кожна національна правова система має як спільні, так і відмінні ознаки з правовими системами інших держав, адже в кожній країні історично під впливом традицій, культури, менталітету та інших факторів соціально-економічного й політичного характеру склалася своя правова система. Підкреслюючи глибоку різницю в організації правових систем сучасності, порівняльне правознавство водночас допускає можливість їх зіставлення за певними принциповими критеріями для виявлення спільних ознак. Для позначення групи правових систем, що мають схожі юридичні ознаки, які дають підстави говорити про відносну єдність систем, порівняльне правознавство користується специфічною термінологією: «сім'я правових систем», «правові кола», «форма правових систем», «структурна спільність». Проте найбільшого поширення в сучасній компаративістиці набув термін *«правова сім'я»*[1].

Виклад основного матеріалу дослідження. «Правосімейний» підхід *(the legal families approach)*, який іноді звинувачують в суто західному характері, а тому – в упередженості [2, p. 54], спрямований на пошук відповіді на одне базове питання: чи може вся значна кількість правових систем світу бути поділена на декілька великих систем (сфер, сімей, груп)? І якщо раніше порівняльне правознавство виходило із розуміння правових систем здебільшого як правових систем держав із суто з формальної точки зору, то сьогодні утверджується їх більш широка характеристика, що включає до змісту правової системи не тільки правові норми і інститути, судові прецеденти й доктрини, але й також елементи соціальних відносин, історичні фактори, ідеологію, культуру і традиції [3, p. 722; 4, p. 382]. Так, В.Н. Карташов визначає правову систему як «єдиний комплекс органічно пов'язаних і таких, що взаємодіють між собою правових явищ (права, правосвідомості, юридичної практики тощо), за допомогою якого здійснюється цілеспрямований вплив на поведінку людей, їх колективів і організацій, а також юридичне забезпечення різноманітних сфер суспільного життя [5, с. 49]. Широке розуміння правової системи запропоновано й іншими вченими.

Правова система кожної держави відображає закономірності розвитку даного суспільства, його історичні, національні, культурні особливості. І якщо б сьогодні в когось виникло бажання охопити одним дослідженням всі правові системи, він, за справедливим зауваженням професора А. Саїдова, просто потонув би в емпіричному матеріалі. У XX столітті кількість лише національних правових систем збільшилася майже втричі й нині наближається до двохсот, тож вивчити кожну окремо правову систему не можливо. Тому дослідження насамперед повинно бути обмеженим числом правових систем. Саме їх вивчення є найбільш корисним. Крім того, дослідження можна сконцентрувати на порівнянні правових сімей як певних «моделей», особливих типів права, до яких входить більш-менш значна кількість правових систем.

На думку вчених-компаративістів, ситуація з об'єднанням правових систем у правові сім'ї нагадує ситуацію зі світовими релігіями. Так, християнство об'єднує католицизм, православ'я та протестантизм, які, попри їх принципову розбіжність, засновані на фундаментальній єдності. Можна також провести паралель із об'єднанням національних мов у мовні сім'ї, яке проводять вчені-лінгвісти (наприклад, українська мова входить до підгрупи східнослов'янських мов слов'янської групи, яка, у свою чергу, є складовою індоєвропейської мовної сім'ї). До речі, ідея об'єднання правових систем у певні групи виникла в компаративістів другої половини XIX століття саме під впливом лінгвістики.

Поняття *«правова сім'я»*, під якою розуміють певну сукупність правових систем, об'єднаних спільністю найбільш важливих рис, що вказують на суттєву схожість цих систем, має суттєве значення для порівняльного правознавства. Так, використання цього поняття полегшує порівняльно-правові дослідження[2], сприяє «досягненню розуміння світової панорами правових систем», дозволяє «намалювати глобальну мапу права» [7, p. 478], сформувати загальне уявлення про правову картину світу. Так, в

[1] *Прихильники використання саме поняття «правова сім'я» вказують, зокрема, на таку його перевагу як можливість продовжити метафору і говорити про родинні зв'язки між правовими системами: про дітей і батьків, близьких і дальніх родичів тощо. Умовно кажучи, з'являється певна правова генетика, виявляється історичний взаємозв'язок між правовими системами. Деякі вчені навіть заходять так далеко, що називають порівняльне правознавство наукою про історичні зв'язки між правовими системами [1, p. 98].*

[2] *Окремі вчені навіть пропонують поділ порівняльного правознавства на дві важливі сфери досліджень: макрокомпаритивістику і мікрокомпаративістику. Якщо остання має справу із окремими юридичними нормами, інститутами, розглядає спеціальні правові конфлікти тощо, то макрокомпаративістський рівень фокусується на широких питаннях. Серед таких питань – систематизація, групування і класифікація правових систем світу [6, p. 112].*

юридичній літературі підкреслюється, що «якщо правова система є своєрідною внутрішньою мапою національного права, то типологія (класифікація) правових систем створює своєрідну «правову мапу світу», яка розкриває специфіку інститутів, що використовуються для юридичного регулювання в тих чи інших країнах, і виявляє, до яких правових сімей належать правові системи народів (держав) земної кулі» [8, с. 127].

Поняття «правова сім'я» не тільки сприяє формуванню загального уявлення про право, але й допомагає у вивченні окремих правових систем. Завдяки об'єднанню правових систем у правові сім'ї компаративісти можуть виявити внутрішню спільність принципів та інститутів правових систем, побачити загальну основу правових систем, яка ховається за їхньою зовнішньою різнорідністю.

Допомога в пізнанні окремих правових систем є особливо відчутною в ситуації, коли дослідник починає вивчення іноземної правової системи. Віднесення конкретної правової системи до певної правової сім'ї дозволяє, навіть без детального знайомства з конкретним правовим матеріалом, зробити низку висновків про її характерні риси. Це свого роду дедукція: відомо, що певна правова сім'я має певні характерні особливості. Також відомо, що правова система, яка досліджується, належить до цієї правової сім'ї. Отже, ми можемо зробити висновок про те, що даній правовій системі притаманні певні характерні особливості. Це дає можливість відразу ж сконцентруватись на їх дослідженні.

Поняття «правова сім'я» має наукове значення і для теоретиків права, оскільки принципово важливі особливості права, однотипні елементи, його якості та риси розкриваються великою мірою саме в сім'ях національних правових систем.

У той же час, є очевидним той факт, що жодна класифікація не може бути єдино правильною, оскільки будь-яке групування правових систем здійснюється у певному методологічному контексті, з озиранням на конкретні дослідницькі цілі. Саме тому кожен такий поділ правових систем на правові сім'ї буде мати відносний характер. Крім того, компаративісти вимушені заздалегідь визнавати набагато більш умовний характер класифікацій правових систем, що лягає в основу виокремлення правових сімей, аніж класифікацій у ботаніці чи зоології [9, p. 34]. Саме тому в юридичній літературі можна зустріти зізнання у тому, що в дійсності в реальному житті «немає і не може бути завершеної правової або будь-якої іншої класифікації, і будь-яка виокремлювана правова сім'я неминуче буде мати відносний характер» [10, с. 22].

Головна складність класифікацій правових систем, на підставі яких можна було б виокремити правові сім'ї, полягає у знаходженні належного критерію для такої класифікації. І західній, і вітчизняній науці порівняльного правознавства відомі спроби проведення класифікацій правових систем як на підставі лише одного або декількох близьких критеріїв, так і шляхом використання відразу цілої низки різноманітних підстав для порівняння правових систем між собою [11, p. 131]. Одні вчені за допомогою класифікацій намагаються підкреслити спільні риси правових систем (інтегративні порівняння), інші – ставлять за мету визначити їх відмінні ознаки (контрастні порівняння) [7, p. 478]. При цьому дуже часто за основу порівняння беруться такі критерії як схожість в історії формування, ідеології, правових стилях, правовому мисленні, рівні кодифікації права, обґрунтуванні судових рішень, структурі системи права, правовому менталітеті, в системі підготовки юристів, ставленні закону до релігії і політики, економічних основах права, в доктрині джерел права, емпіричній ефективності формальних правових приписів, ролі традиції в сфері права тощо.

Історія розвитку порівняльно-правових досліджень виробила декілька найбільш ґрунтовних теорій правових сімей. Так, у 1913 році Г. Созе-Алль запропонував виокремити правові сім'ї за національним критерієм. Це були: індоєвропейська, семітська, монгольська правова сім'я та право нецивілізованих народів [12, с. 101]. До першої групи входили зокрема греко-римська, германська, слов'янська, англосаксонська, іранська правові системи. У 1919 році під час 50-річного ювілею французького Товариства порівняльного законодавства його учасники обмежили класифікацію лише трьома сім'ями: французькою, англо-американською та мусульманською [13, с. 121].

Таким, що знаходить підтримку серед вчених, є підхід, запропонований П. Гленом, який в основу класифікації поклав правову традицію. На цій підставі виокремлено звичаєво-правову, талмудичну правову традицію, традицію цивільного права, ісламську традицію, традицію загального права, індуську й азійську [14, p. 67].

У другій половині XX ст. найбільшого поширення набули два головні напрями класифікації правових систем. Перший напрям розкрито у класифікації Р. Давида, який запропонував ідею трихотомії – виокремлення трьох основних правових сімей: англо-американської, романо-германської та соціалістичної на основі двох критеріїв – юридичної техніки та однакових філософських, політичних й економічних принципів. Всі інші правові системи він об'єднав під умовною назвою «Інші види суспільного устрою та права», серед яких розглядалося мусульманське, індуське та індійське право, а також правові системи країн Африки та Далекого Сходу [15, с. 25].

Другий напрям був представлений К. Цвайгертом. Він доповнив розроблену класифікацію Арміджона, Нольде та Вольфа та запропонував використовувати як критерій класифікації поняття «правовий стиль», який складається з п'ятьох факторів (по суті критеріїв класифікації): походження і еволюція правових систем, своєрідність юридичного мислення, специфічні правові інститути, природа джерел права та способи їх тлумачення й ідеологічні фактори. На цих підставах він розрізняв вісім правових сімей: романську, германську, англо-американську, соціалістичну, скандинавську, далекосхідну, ісламську та індуську [12, с. 117].

Компаративісти Дж. Меррімен і Д. Кларк, використовуючи як критерій класифікації правових систем правові традиції, дійшли висновку, що в сучасному світі існує три основні правові сім'ї: цивільне, загальне і соціалістичне право, а також «всі інші» правові сім'ї. Останні географічно розташовані в Азії, Африці і на

Ближньому Сході. До їх складу, відповідно, входять ісламське, індуське, іудейське, китайське, корейське, японське право і африканське право.

Одним із представників компаративістських вчень, якими було запропоновано класифікації правових систем, є А. Шнітзер. Ним було запропоновано концепцію, в основу якої покладено правову історію. На цій підставі було виокремлено: право культурних народів Середземномор'я, євро-американська правова сфера, релігійне право, що включає в себе єврейське, християнське і ісламське право, а також право афро-азійських народів. Надалі вчений доопрацював цю систему, розділивши євро-американську правову сферу ще на чотири групи: романського, германського, слав'янського і англо-американського права. Концепція А. Шнітзера сьогодні має послідовників, які підкреслюють важливість правового менталітету і правової культури як критеріїв класифікації правових систем [4, p. 390].

Сучасні російські та вітчизняні автори тією чи іншою мірою також використовують ці основні класифікації. Так, Ю.О. Тихомиров розрізняє континентальну (романо-германську) правову сім'ю, сім'ю загального права, соціалістичну правову сім'ю, сім'ю релігійно-моральної орієнтації, а також північноєвропейського, латиноамериканського права та кочуючи правові сім'ї [16, с. 113]. А. Х. Саідов виокремлює наступні правові сім'ї: загального права, романо-германську, скандинавську, латиноамериканську, соціалістичну, мусульманську, індуську, звичаєву (африканську) та далекосхідну [13, с. 125]. М.М. Марченко досліджує дві найбільш поширені та «впливові» правові сім'ї – англосаксонську та романо-германську, а також соціалістичну та постсоціалістичну, іудейську та мусульманську [10, с. 76].

О.Ф. Скакун виокремлює наступні типи (сім'ї) правових систем: романо-германський, англо-американський, змішаний, релігійний, традиційний та соціалістичний [17, с. 311]. О. В. Зайчук та Н. М. Оніщенко досліджують романо-германську, англосаксонську, соціалістичну та сім'ю традиційного права [18, с. 569]. Л.А. Луць розрізняє наступні типи сучасних правових систем світу: романо-германський, англо-американський, змішаний (за підтипами – дуалістичний: скандинавський, латиноамериканський; релігійно-общинний: мусульманський, індуський; традиційно-філософський: японський, китайський; звичаєво-общинний [19, с. 12]. Х. Бехруз розглядає романо-германську, англо-американську, далекосхідну та правову сім'ю звичаєвого права, а також окремі правові системи: мусульманську, індуську та пострадянські [20, с. 56].

В дослідженнях із порівняльного правознавства можна також зустріти класифікації правових систем на західне право (до якого належать європейська і англо-американська правові сім'ї, що засновані на особистісному підході, уявленнях про справедливість, рівність, свободу, принципі автономії особистості, невтручанні держави до приватних сфер життя); східне право (релігійні і традиційні правові сім'ї, засновані на поняттях обов'язку, належного, залежності особи від суспільства і її підпорядкування державі тощо); ідеологічне право (соціалістичні і постсоціалістичні правові системи) [21, с. 182].

Увагу до себе привертає також класифікація, запропонована У. Маттеєм. В її основі – домінування «професійного права», «політичного права» або «традиційного права». Право «західної цивілізації» вчений відносить до «професійного права», в якому норми права і політики мають чіткий критерій розмежування, а правовий процес є досить консервативним. Правові системи «політичного спрямування» характеризуються синкретизмом політико-правового процесу і відсутністю «автономних сфер» політики і права. До держав із такими правовими системами дослідники відносять недостатньо розвинуті країни, де ідеологія значною мірою впливає на розвиток права. Перш за все, це держави Східної Європи, Латинської Америки і Африки (крім країн мусульманського права). Нарешті, третя група правових систем детермінується парадигмою домінування релігійного світогляду [22, p. 23].

Таким, що продовжує концепцію У. Маттея, вважається підхід, запропонований Дж. Вандерліденом. Він виокремлює п'ять основних груп правових систем: системи звичаєвого права (це не обов'язково архаїчні чи примітивні системи, проте окремі групи суспільства продовжують використовувати звичай), доктринальні системи (правові системі, в основі яких – правова доктрина іноземного походження), системи юриспруденції (в них зроблено акцент на рішеннях судів), законодавчі системи (основним джерелом права визнають письмовий кодифікований акт) і системи божественного одкровення (релігійні системи) [4, p. 390].

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, маємо наголосити на тому, що право, як явище суспільне, є наслідком формування певної правосвідомості в суспільстві. При чому однаково важливу роль відіграють як правова ідеологія, так і правова психологія. Форма всіх інших явищ правової системи – правових норм та їх системи, джерел права, особливостей правозастосування тощо є наслідком певної правосвідомості суспільства. Водночас застосування такого складного та багатогранного явища у якості критерію поділу може викликати певні складнощі під час дослідження. Тому в деяких випадках, можливим є виокремлення інших додаткових критеріїв, які, з одного боку, повинні найяскравіше відбивати специфіку правосвідомості певного суспільства, а з іншого, бути простими, інструментальними та зручними для порівняння.

Література:

1. Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law / A. Watson. – University of Georgia Press; 2nd edition edition, 1993. – 121 p.
2. Henrÿ H. Kulturfremdes Recht Erkennen: Ein Beitrag zur Methodenlehre der Rechtsvergleichung / H. Henrÿ. – Helsinki: Veröffentlichungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Helsinki, 2004. – 129 p.
3. Varga C. The Uniqueness of National Legal Cultures. // The Common Law of Europe and the Future of Legal Education (B. De Witte and C. Forder (eds)) / C. Varga. – Deventer : Kluwer, 1992. – P. 721-733.
4. Husa J. Legal families // Library of Congress Cataloguing in Publication Data. Elgar encyclopedia of comparative law / edited by Jan M. Smits / J. Husa. – Edward Elgar Publishing, 2008. – P. 382-392.
5. Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Учебное

пособие: В 2-х томах. Т. 2 / В. Н. Карташов. – Ярославль : Изд-во ЯрГУ, 2006. – 544 с.
6. Örücü E. The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-First Century / E. Örücü. – Leiden : Martinus Nijhoff Publishers; 1St Edition edition, 2004. – 248 p.
7. Schlesinger R. B. The Past and Future of Comparative Law / R. Schlesinger // American Journal of Comparative Law. – 1995. – № 43. – P. 477-481.
8. Цагова И. А. Проблемы соотношения и взаимосвязи понятий «система права», «правовая система», «правовая семья» / И. А. Цагова. // Юристъ-Правоведъ. – 2012. – № 4. – С. 125-128.
9. Bogdan M. Concise Introduction to Comparative Law / M. Bogdan. – Europa Law Publishing, 2012. – 202 p.
10. Марченко М. Н. Правовые системы современности / М. Н. Марченко. – М. : ЗЕРЦАЛО, 1998. – 476 с.
11. Malmström A. The System of Legal Systems. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law / A. Malmström. // Scandinavian Studies in Law. – 1969. – № 13. – P. 129-149.
12. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / Пер. с нем. : В 2-х т. – Том I. Основы: Пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : Междунар. отношения, 2000. – 480 с.
13. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / Под ред. В. А. Туманова / А. Х. Саидов. – М. : Юристъ, 2009. – 512 с.
14. Glenn H. P. Legal Tradition of the World: Sustainable Diversity in Law / H. P. Glenn. – Oxford, 2000. – 371 p.
15. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М. : Международные отношения, 1999. – 456 с.
16. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. – М. : Норма, 1996. – 432 с.
17. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скакун. – Харків : Еспада, 2006. – 776 с.
18. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
19. Луць Л.А. Типологізація сучасних правових систем світу: Відкрита лекція / Л. А. Луць. – Київ, Сімферополь: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України; Логос, 2007. – 298 с.
20. Бехруз Х. Вступ до порівняльного правознавства: Навчальний посібник / Х. Бехруз. – Одеса: Юридична література, 2002. – 328 с.
21. Винниченко Е. А. Классификация правовых систем современного мира / Е. А. Винниченко // Вестник Брянского государственного университета. – 2012. – № 2. – С. 181-183.
22. Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems / U. Mattei. – American Journal of Comparative Law. – 1997. – № 45. – P. 5-44.

Лукьянов Д. В. Понятие «правовая семья» в сравнительно-правовых исследованиях: методологическое значение

Аннотация. Статья посвящена исследованию методологического значения такой категории юридической науки, как «правовая семья». Раскрыты исследовательские задачи, решаемые с помощью ее введения в понятийный аппарат сравнительно-правовых исследований.

Ключевые слова: правовая система, классификация правовых систем, правовая семья, виды правовых семей.

Lukyanov D. Concept «legal family» in comparative legal studies: methodological significance

Summary. The article investigates the methodological significance of this category of legal science as «Legal Family». Revealed research problems solved with the help of her introduction to the conceptual framework of comparative legal studies.

Key words: legal system, the classification of legal systems, the legal family, the types of legal families.

УДК 341

Рабінович М. Л.,
студентка IV курсу спеціальності «правознавство» економіко-правового факультету
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВА ОСОБИ НА ПСИХІЧНЕ ЗДОРОВ'Я: ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ

Анотація. Стаття присвячена аналізу правового регулювання забезпечення та захисту права особи на психічне здоров'я на рівні права ЄС. Категорію «право особи на психічне здоров'я» розглянуто в контексті права на здоров'я, захисту прав уразливих груп, а також антидискримінаційного законодавства.

Ключові слова: право на психічне здоров'я, Європейський Союз, уразливі категорії, права осіб із обмеженими можливостями.

Постановка проблеми. Відповідно до визначення, сформульованого ВООЗ, здоров'я особистості – це стан повного фізичного, психічного та соціального благополуччя, який відрізняється від простої відсутності хвороб [8]. Визнання психічного благополуччя складовою поняття «здоров'я» зумовило зміни у забезпеченні реалізації цього права. Так, увага приділяється виробці стандартів права особи на психічне здоров'я. Актуальність розвитку правової бази з даного питання викликана необхідністю реалізації права особи на психічне здоров'я (зокрема, внаслідок збільшення частки психічних розладів у тягарі хвороб та значущості економічного навантаження) та еволюцією законодавства щодо забезпечення прав вразливих груп осіб і антидискримінаційних норм. Отже, дослідження європейського законодавства щодо права особи на психічне здоров'я можливе із декількох позицій.

По-перше, право людини на психічне здоров'я може розглядатися як складова частина права на здоров'я, що знаходить своє відображення , зокрема, у Хартії основних прав ЄС тощо.

По-друге, право особи на психічне здоров'я варто розглядати в контексті правового статусу окремих груп осіб (жінок, дітей, мігрантів, біженців тощо). Для цілей даної статті ми розглядатимемо право мігрантів на психічне здоров'я. Вибір цієї категорії осіб зумовлений, зокрема, активністю міграційних потоків та розвитком міграційної політики ЄС.

По-третє, в рамках антидискримінаційного законодавства активно розвивається такий напрямок, як захист прав осіб з обмеженими можливостями. Важливою віхою в цьому процесі стало прийняття ГА ООН 13 грудня 2006 року Конвенції ООН про права інвалідів. 22 січня 2011 року Конвенція вступила в силу по відношенню до ЄС. Наголос на правах осіб з обмеженими можливостями містить й Хартія основних прав ЄС.

Стан дослідження. Право особи на психічне здоров'я як у вітчизняній, так і в зарубіжній практиці рідко стає предметом самостійного дослідження. Так, право на психічне здоров'я розглядається в якості аспекту права особи на здоров'я в дослідженнях О.М. Цімборовського, С.Г. Стеценко, З.С. Гладуна тощо. Зв'язок прав мігрантів та охорони здоров'я в Україні висвітлено здебільшого в спеціальній літературі, присвяченій питанням медицини та психології, тоді як в зарубіжній літературі цій темі присвячена значна кількість наукових досліджень, здійснених як організаціями (Агентство ЄС з основних прав, Європейська обсерваторія з систем охорони здоров'я та відповідних політик тощо), так і окремими дослідниками (П. Скотт, П. Болліні, Д. Бісвас, М. Норредам тощо). Захисту прав осіб із обмеженими можливостями присвячені роботи українських вчених, що працюють в галузі права соціального захисту (М.В. Кравченко, Г.О. Кравцова, О.С. Качний тощо). Нещодавно всеосяжний звіт щодо правового захисту осіб із проблемами психічного здоров'я було опубліковано Агентством ЄС з основних прав.

Виклад основного матеріалу дослідження.

Психічне здоров'я як аспект права особи на здоров'я

Одним з головних прав людини, визнаних на міжнародному, регіональному та національному рівнях є право на здоров'я, яке включає не лише відсутність соматичних хвороб, але й психічний та соціальний добробут. Елементом права на здоров'я є право на психічне здоров'я. Незважаючи на різноманіття визначень поняття «психічне здоров'я», більшість з них оперує подібними компонентами, а саме такими, як емоції, пізнання, соціальне функціонування та відчуття значення та цілей життя [14; 2]. В якості елементу права на здоров'я, право на психічне здоров'я знаходить своє віддзеркалення у найважливіших актах міжнародного права прав людини, а також є важливою категорією в системі міжнародного антидискримінаційного законодавства.

Щодо права ЄС, то варто звернути увагу на дві значні події в галузі захисту прав людини, що відбулися у зв'язку зі вступом в силу Лісабонської угоди про внесення змін в Угоду про Європейський Союз й Угоду про заснування Європейської Спільноти. Так, по-перше, ЄС увійшов до правового простору Європейської конвенції про права людини, а, по-друге, почала діяти Хартія основних прав ЄС. Відповідно до статті 35 Хартії, «кожний має право на доступ до превентивної допомоги та медичне обслуговування на умовах, передбачених національним законодавством та практикою. Підвищена увага має приділятися захисту здоров'я людини при розробці і здійсненні усіх політик та дій Європейського Союзу» [4].

Психічне здоров'я є одним з важливих об'єктів соціальної політики ЄС. Окрім розповсюдженості психічних захворювань, актуальність вироблення єдиної політики ЄС щодо сприяння покращенню психічного здоров'я громадян зумовлена тісним зв'язком між

психічними хворобами та суїцидом, значним навантаженням на економічні, соціальні та освітні системи , а також тенденціями до дискримінації та стигматизації осіб, що страждають на психічні хвороби, які є несумісними із цінностями Союзу. Базовим документом, що містить пропозиції щодо уніфікації відповідних політик ЄС, є Зелена книга «Покращення психічного здоров'я населення. До стратегії щодо психічного здоров'я у ЄС». Основними аспектами відповідної стратегії є сприяння психічному здоров'ю усіх осіб, профілактика, покращення якості життя хворих на психічні хвороби за допомогою соціальної інклюзії та захисту їхніх прав, а також – розвиток системи інформації, досліджень та знань з проблем психічного здоров'я [3]. Серед інших актів ЄС з питань психічного здоров'я варто виокремити ряд документів Ради міністрів Союзу (Висновки 2002, 2003, 2005 років) та резолюцію Європарламенту з психічного здоров'я. Відповідна резолюція Європарламенту концентрується на профілактиці депресії та суїциду, психічному здоров'ї молоді та в галузі освіти, на робочому місці, психічному благополуччі літніх осіб, а також профілактиці соціальної ексклюзії та стигми [5].

Отже, зважаючи на важливість забезпечення захисту населення від негативного впливу психічних хвороб, Союз приділяє певну увагу виробці стратегічних напрямків політики в даній галузі, однак не у вигляді конкретних пропозицій (які є більш притаманними «білим книгам»), а більш загально, створюючи базис для розробки національних стратегій.

Міграція та психічне здоров'я

Відповідно до визначення МОМ, міграція – це процес руху як через кордон, так і в рамках однієї держави. Цей процес включає будь-який рух населення, незалежно від його довжини, складу та причин» [15; 40]. Різні аспекти захисту прав мігрантів в рамках механізму ООН входять до компетенції Управління Верховного Комісару ООН з прав людини, Міжнародної організації міграції, ВООЗ та Міжнародної організації праці. Відповідно до результатів спільних досліджень МОМ та ЮНЕЙДС, основними складнощами в контексті реалізації права мігрантів на здоров'я є брак забезпечення послугами державної системи охорони здоров'я; брак фінансових можливостей для забезпечення себе медичним страхуванням; недостатній доступ до відповідної інформації щодо доступних послуг; шкідливість умов праці; жорстоке поводження, а також страх звернутися до заходів охорони здоров'я [16]. Згідно з результатами дослідження Д. Бхугри та П. Джонса, мігранти є, зазвичай, більш схильні до цілого ряду психічних захворювань, аніж корінне населення. Серед цих захворювань варто виокремити шизофренію, депресії, розлади, пов'язані із харчуванням, а також посттравматичний стрес [9; 21-23].

Питання уніфікації підходів до міграційної політики взагалі та імміграційної політики зокрема, та їхня комунітарізація є одними з найактуальніших у європейській правотворчості через значущість міграційних потоків та необхідність забезпечити реалізацію мігрантами основних прав людини. Вступ в силу Лісабонської угоди про внесення змін в Угоду про Європейський Союз й Угоду про заснування Європейської Спільноти став важливою подією на шляху до подальшої інтеграції об'єднання, формування Простору свободи, безпеки та правосуддя, а також створення спільної імміграційної політики. Крім того, із вступом в силу Лісабонської угоди, почала діяти Хартія основних прав ЄС, що включає право на здоров'я. Незважаючи на активний розвиток спільної міграційної політики ЄС, наразі правову базу реалізації та захисту права мігрантів на психічне здоров'я конституюють акти, що були прийняті до вступу в силу Лісабонської угоди.

Цей факт можна пояснити тим, що забезпечення реалізації та захисту права вразливих груп на охорону здоров'я належить здебільшого до компетенції держав-членів, а змішана компетенція Союзу та держав-членів може існувати лише у разі наявності спільних проблем безпеки у сфері охорони здоров'я в аспектах, визначених в Угоді про функціонування ЄС (ст. 4) (колишня Угода про заснування Європейської Спільноти).

Відповідно до ст. 6 ДФЄС, ЄС має повноваження вживати дії для підтримки, доповнення та координації дій держав-членів у сфері охорони та зміцнення здоров'я людини [1]. Джерела вторинного права Союзу, які безпосередньо або опосередковано стосуються права мігрантів на охорону здоров'я, можна об'єднати у декілька великих груп: покликані забезпечувати рівність громадян та негромадян; ті, що стосуються прав легальних мігрантів; покликані захистити мігрантів, які стали жертвами торгівлі людьми або бракують правового статусу; акти законодавства про соціальний захист та мобільність пацієнтів; акти щодо забезпечення прав людини в контексті сексуального та репродуктивного здоров'я.

Зелена книга ЄС «Покращення психічного здоров'я населення. До стратегії щодо психічного здоров'я у ЄС» містить положення щодо звернення особливої уваги на потреби вразливих груп, зокрема мігрантів, під час розробки та реалізації політик щодо покращення психічного здоров'я [3]. На жаль, це положення не знайшло відображення у вторинному законодавстві ЄС як з питань міграції, так і з питань охорони психічного здоров'я.

Аналіз європейських джерел щодо права мігрантів на охорону психічного здоров'я свідчить про брак спеціальних норм, які б пов'язували категорії «міграція» та «право на охорону психічного здоров'я». Отже, правовою базою для забезпечення та захисту права мігрантів на охорону здоров'я, зокрема психічного, є базові акти права ЄС з питань прав людини та міграції.

Захист прав осіб з розладами психічного здоров'я

Історія норм права ЄС щодо захисту прав осіб із обмеженими можливостями вдало відображає еволюцію поглядів на концепцію інвалідності (концепцію «disability») від суто медичної до соціальної та реабілітаційної моделі. Відповідно до дослідження Агентства ЄС з основних прав, Конвенція ООН з прав інвалідів, до якої 2011 року приєднався Союз, робить останній крок щодо відходу від розгляду інвалідності у зв'язку із певними медичними проблемами та наголосу на повноті та рівності прав осіб з обмеженими можливостями [11; 9-10]. Визначення концепції «disability» є однією із важливих проблем антидискримінаційного напрямку міжнародного права прав людини. Найбільш повне визна-

чення міститься у Стандартних правилах забезпечення рівних можливостей для інвалідів, прийнятих 1993 року Генеральною асамблеєю ООН. Відповідно до Правил, термін «інвалідність» охоплює значну кількість різних функціональних обмежень, що можуть стосуватися населення будь-якої країни в світі. Правила пов'язують інвалідність із порушеннями фізичного, інтелектуального або сенсорного характеру, медичним станом або психічною хворобою [6].

Принцип недопущення дискримінації закріплений статтею 21 Хартії основних прав ЄС. Стаття 26 Хартії містить положення, відповідно до якого Союз поважає право інвалідів користуватися плодами заходів, направлених на забезпечення їхньої самостійності, їхньої соціальної та професійної реабілітації та їхньої участі у житті суспільства [4]. Законодавчі акти Союзу не містять визначення інвалідності. Відповідно до визначення, що міститься у рішенні Європейського суду справедливості у справі Chacon Navas v Eurest Colectividades SA, інвалідність – це стійке обмеження, яке відображається у формі фізичних, психічних чи психологічних порушень, та створює складнощі для участі особи у професійному житті [10]. В літературі існує декілька важливих застережень щодо даного визначення. По-перше, визначення було вироблено Судом для цілей подальшого розгляду справ, пов'язаних із дискримінацією за ознакою інвалідності, а, отже, труднощі можуть виникати під час застосування вищевказаного визначення в інших категоріях справ. По-друге, занепокоєння викликає той факт, що визначення, дане Судом, ґрунтується на медичній моделі інвалідності, що нівелює перехід до соціальної моделі, який є важливою тенденцією розвитку сучасного антидискримінаційного права. По-третє, як визначення, так і рішення Суду взагалі не містять підстав, які б дозволили відрізнити інвалідність від хронічної хвороби [12; 21]. Тим не менш необхідно зауважити, що розглянуті визначення не є універсальними. Так, в контексті правових систем країн – членів ЄС визначення поняття «інвалідність» міститься або в антидискримінаційному законодавстві (Австрія, Мальта, Португалія, Об'єднане Королівство) або ж «запозичене» з законодавства про соціальне забезпечення (Словенія, Чехія).

Положення Хартії основних прав ЄС деталізуються у значній кількості джерел антидискримінаційного законодавства Союзу. Аналіз джерел дозволяє нам розділити їх на дві групи: акти, що стосуються дискримінації у сфері праці та акти, які реалізують заборону дискримінації в інших сферах. Базовим актом у першій категорії є Директива Комісії ЄС 2000/78/ЕС щодо рівності у сфері праці, що, між іншим, вимагає від роботодавців забезпечення людей із обмеженими можливостями необхідними умовами [2]. Друга категорія актів складається зі значної кількості джерел, які містять рамкові положення щодо захисту інвалідів у таких сферах, як доступ до товарів та послуг, освіта, житло, охорона здоров'я та соціальне забезпечення.

Найбільш важливим чинником занепокоєння як в зв'язку з Конвенцією ООН про права інвалідів, так і з відповідними актами права ЄС, є брак визначення інвалідності, яке б створювало базис для уніфікованих підходів до категорій осіб, які потребують захисту, в контексті національних правових систем. Крім того, відповідно до висновків, що містяться в науковій літературі, сучасне законодавство як ЄС, так і країн-членів характеризується значним ступенем впливу медичного чиннику на формування поняття інвалідності, що призводить до того, що, навіть після того, як особа стала жертвою акту дискримінації, вона має довести, що підпадає під критерії, які можуть варіюватися в залежності від країни. Складнощі практичного характеру можуть виникнути в разі, якщо особа, яка була визнана інвалідом в певній країні, одночасно належить до категорії мігрантів, а, отже, має доводити факт інвалідності також і в країні перебування. Окремої уваги потребує аналіз антидискримінаційного законодавства ЄС за ознакою інвалідності у галузях, відмінних від праці, адже відповідні норми «розпорошені» по значній кількості актів, що не дозволяє отримати загальне уявлення про рамкові положення права ЄС у відповідній галузі.

Рамкові антидискримінаційні акти права ЄС не містять спеціальних положень щодо інвалідності, яка є наслідком недоліків психічного здоров'я. Впровадження відповідних положень є актуальним в контексті, по-перше, тенденції до посилення уваги до проблеми розробки політик в галузі забезпечення психічного здоров'я, а також – розповсюдженості психічних хвороб серед осіб, які належать до «вразливих» категорій. Більшість питань, пов'язаних із недопущенням дискримінації осіб, які страждають на вади здоров'я, регулюються національним законодавством, однак на рівні права ЄС можливо встановлення норм-цілей та задач, що будуть сформульовані із увагою до осіб, чия інвалідність пов'язана із вадами психічного здоров'я. Важливою задачею, крім того, є сприяння розповсюдженню кращих практик правового регулювання особливостей забезпечення недопущення дискримінації осіб, які страждають на вади психічного здоров'я.

Висновок. Переходячи до висновків, треба відзначити, що, незважаючи на важливість забезпечення психічного здоров'я, відповідне право особи в нормативних документах Євросоюзу здебільшого розглядається в контексті права на охорону здоров'я. Актуальність еволюції цього напрямку охорони здоров'я проявляється у виробці стратегічних рамкових документів, які містять напрямки розвитку політик в сфері захисту психічного здоров'я.

Щодо другого напрямку дослідження (право на психічне здоров'я уразливих категорій осіб, зокрема мігрантів), слід зауважити, що досліджувані акти права ЄС містять лише наголос на уразливості мігрантів в контексті забезпечення та захисту права на здоров'я. Таким чином, вищезазначені акти не містять прямого зв'язку між категоріями «міграція» та «психічне здоров'я», тоді як відповідний зв'язок знаходить своє відображення у значній кількості досліджень соціологічного та культурологічного характеру. Наслідком браку наголосу на необхідності забезпечення психічного здоров'я мігрантів у європейських нормативних документах є брак конкретних «дружніх до мігранта» політик.

Розвиненість антидискримінаційного законодавства ЄС свідчить про те, що сучасні європейські стандарти фокусуються на захисті прав осіб із обмеженими мож-

ливостями (зокрема тих, які страждають на розлади психічного здоров'я), а не на превенції відповідних хвороб та забезпеченні доступу найуразливіших груп осіб до відповідних послуг. Сучасні проблеми в рамках законодавства про захист осіб із обмеженими можливостями здебільшого пов'язані із браком універсального розуміння концепції disability та можливості захисту прав осіб лише після офіційного підтвердження факту обмеженості можливостей даних осіб.

Отже, очевидно, що найбільш актуальними тенденціями розвитку політик в галузі охорони психічного здоров'я на рівні ЄС є нормативно-правове забезпечення активізації профілактичних заходів, сприяння доступу до послуг в галузі психічного здоров'я якомога більшої кількості осіб із особливою увагою до потреб уразливих груп, розвиток інформаційного та дослідницького напрямків. Щодо антидискримінаційного законодавства, то варто наголосити на необхідності вироблення уніфікованих підходів до категорії «інвалідність» та розгляду можливості переходу до соціальної моделі інвалідності.

Література:

1. Конституційні акти Європейського Союзу (в редакції Лісабонського договору) / за редакцією Г. Друзенка. – К. : «К.І.С», 2010. – 536 с.
2. European Commission Directive of 27 November 2000, 2000/78/EC.
3. European Commission. Green Paper. Improving the mental health of the population: Towards a strategy on mental health for the European Union of 14 October 2005, COM(2005)484.
4. European Parliament, Council of the European Union, European Commission Charter of the Fundamental Rights of the European Union of 18 December 2000, C 364/5.
5. European Parliament Resolution on Mental Health of 28 January 2009, 2008/2209(INI).
6. The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assemble Resolution of 20 December 1993, 48/96.
7. United Nations Convention on the rights of the persons with disabilities adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assemble Resolution of 24 January 2007, A/RES/61/106.
8. World Health Organization Constitution // United Nations, Treaty Series, vol. 14, 2006, p. 185.
9. Bhugra, D., Jones, P. Migration and mental illness/ D.Bhugra, P.Jones. Advances in Psychiatric Treatment, 2004, pp. 216-223.
10. Chacon Navas v Eurest Colectividades SA (2006) C-13/05, [2006] IRLR 706, [2007] All ER (EC) 59.
11. European Agency for Fundamental Rights. The legal protection of persons with mental health problems under non-discrimination law. Understanding disability as defined by law and the duty to provide reasonable accommodation in European Union Member States/ European Agency for Fundamental Rights [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0012/100821/E92227.pdf.
12. European Commission. Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond employment field/ European Commission [Електронний ресурс]. – Режим доступу : ec.europa.eu.
13. European Observatory on Health Systems and Policy Series. The future direction of mental healthcare/ Knapp, M., McDaid, D., Mossialos, E., Thornicroft, G.- Berkshire : Open University Press, 2007, 452 p.
14. Friedli, L. Mental health, resilience and inequalities/ L.Friedli.- Copenhagen : World Health Organization regional office in Europe, 2009, 64 p.
15. International Organization for Migration. Glossary on Migration/ IOM, 2004, 78 p.
16. International Organization for Migration, the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS. Migrants' Right to Health/ IOM, UNAIDS [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/jc519-migrantsrighttohealth_en.pdf.

Рабинович М. Л. Европейские стандарты права лица на психическое здоровье: к постановке проблемы

Аннотация. Статья посвящена анализу правового регулирования обеспечения и защиты права лица на психическое здоровье на уровне права ЕС. Категория «право лица на психическое здоровье» рассматривается в контексте права на здоровье, защиты прав уязвимых групп, а также антидискриминационного законодательства.

Ключевые слова: право на психическое здоровье, Европейский Союз, уязвимые категории, права лиц с ограниченными возможностями.

Rabinovych M. European standards of the right to mental health: problem statement

Summary. The article represents the analysis of legal regulation of ensuring and protecting the right to mental health in terms of European Union law. Right of a person to mental health is considered with respect to the right to health, protection of vulnerable groups' rights and anti-discrimination law.

Key words: right to mental health, European Union, vulnerable groups, disability rights.

УДК 341.9

Сергеев Ю. В.,
кандидат юридических наук, доцент кафедры морского и таможенного права Национального университета «Одесская юридическая академия»

О НОВЫХ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ СТАНДАРТАХ В СФЕРЕ ТРУДА МОРЯКОВ

Аннотация. В статье рассмотрены особенности новых международно-правовых стандартов в сфере труда моряков и их влияние как на международном, так и на национальном уровнях.

Ключевые слова: моряк, трудоустройство, международные стандарты, условия труда, минимальные требования.

Постановка проблемы. Украина является одним из крупнейших в мире поставщиков моряков на суда под иностранным флагом, и изменение международных стандартов в сфере труда моряков в связи со вступлением в силу 20 августа 2013 года Конвенции Международной организации труда «О труде в морском судоходстве» 2006 года будет иметь существенное значение для украинских моряков. Конвенция направлена на создание непрерывного контроля на каждом этапе – от государственных систем защиты вплоть до международной системы и гарантирует морякам право на достойные условия труда. Украина уже является участником трех основополагающих конвенций, регулирующих международный режим судоходства. Это – Международная конвенция по охране человеческой жизни на море 1974 года (SOLAS), Конвенция о подготовке и дипломировании моряков и несении вахты 1978 года (STCW) и Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 года (MARPOL). Для ратификации четвертой – Конвенции Международной организации труда (МОТ) «О труде в морском судоходстве», у Украины оснований более чем достаточно. Риски, которым подвергаются украинские моряки, работающие на судах как под национальным, так и под иностранным флагом, связаны не только со спецификой морских перевозок, но и обусловлены рядом политических, правовых и социальных вопросов, которые требуют незамедлительного решения.

Цель публикации состоит в раскрытии и анализе особенностей новых международных стандартов в сфере труда моряков и их влиянии как на международном, так и на национальном уровнях.

Изложение основных положений. После принятия Международной организацией труда (МОТ) в августе 2012 года 30-й ратификации Конвенции МОТ «О труде в морском судоходстве» 2006 года, все необходимые условия вступления Конвенции в силу (30 государств/33% тоннажа флота), были выполнены. Таким образом, начался обратный отсчет и 20 августа 2013 года Конвенция «О труде в морском судоходстве» вступит в силу и её требования станут обязательными.

Сводная конвенция МОТ «О труде в морском судоходстве» была принята 23 февраля 2006 года на 94-й сессии Генеральной конференции МОТ. Документ был провозглашен «биллем о правах моряков» и «четвертым столпом» законодательства в сфере морского судоходства, призванным дополнить международные конвенции по охране человеческой жизни на море (СОЛАС 74), о подготовке и дипломировании моряков и несению вахты (ПДМНВ 78/95) и по предотвращению загрязнения с судов (МАРПОЛ 73/78).

Конвенция 2006 года после вступления в силу призвана пересмотреть и заменить 37 действующих в настоящее время Конвенций МОТ, направленных на защиту трудовых прав моряков. Это, безусловно, поможет унифицировать стандарты трудовых отношений в мировой морской отрасли в целом. Таким образом, когда 20 августа 2013 года Конвенция о труде в морском судоходстве 2006 года вступит в силу – с ее помощью будут установлены минимальные международные стандарты условий труда и жизни моряков, работающих на более чем 70% судов мирового флота, более того, ожидается, что в течение следующих нескольких лет Конвенция будет ратифицирована и многими другими странами во всех регионах мира.

Конвенция состоит из преамбулы; шестнадцати статей текста самой конвенции, содержащих основные принципы и базовые обязательства государств-участников, правила, определяющие права и обязанности субъектов трудовых и связанных с ними отношений (моряков, судовладельцев, служб найма и трудоустройства моряков, государств) и кодекса, который содержит подробную информацию, в виде стандартов или руководящих принципов, о порядке выполнения правил.

Конвенция о труде в морском судоходстве 2006 года (КТМС 2006 года) устанавливает минимальные международные требования, касающиеся почти всех аспектов условий труда и проживания моряков на судне: минимального возраста, пригодности по состоянию здоровья, профессиональной подготовки, условий найма, включая вопросы, касающиеся оплаты труда, оплачиваемого ежегодного отпуска, репатриации, продолжительности времени работы и отдыха. Конвенция устанавливает стандарты жилых помещений и условий для отдыха на борту, питания и столового обслуживания, охраны здоровья, медицинского обслуживания и т. д. Она также содержит нормы, регулирующие работу служб найма и трудоустройства моряков.

Что касается важного вопроса об оплате труда, КТМС 2006 года требует, чтобы заработная плата выплачивалась регулярно, не реже одного раза в месяц. Выплата заработной платы является одним из элементов, который подлежит инспектированию, а также про-

верке со стороны государства-порта, ратифицировавшего Конвенцию.

В соответствии с КТМС 2006 года, каждый моряк имеет право на:

- справедливые условия занятости, исключающие неправомерные действия со стороны работодателей;
- безопасное и надежное рабочее место, которое соответствует современным нормам безопасности;
- достойные условия труда и жизни на борту судна;
- охрану здоровья, медицинское обслуживание, социально-бытовое обслуживание и другие формы социальной защиты.

После вступления в силу Конвенции, судовладельцы должны будут подтвердить факт сотрудничества со службами найма и трудоустройства, которые соответствуют требованиям Конвенции. Таким образом, украинские компании, которые имеют лицензию и осуществляют деятельность по посредничеству в трудоустройстве моряков за рубежом, должны будут пройти освидетельствование на соответствие требованиям Конвенции и смогут осуществлять поиск работы морякам у иностранных судовладельцев при условии получения Сертификата соответствия Конвенции МОТ «О труде в морском судоходстве» 2006 года.

КТМС 2006 года содержит ряд ограничений и требований к морякам. Так, запрещается принимать на работу, привлекать к работе или использовать труд на борту судна лиц в возрасте до 16 лет. Моряки не допускаются к работе на борту судна, если не засвидетельствована их пригодность по состоянию здоровья к выполнению своих обязанностей. Кроме того, моряки не допускаются к работе на борту судна, если они не прошли профессиональную подготовку или не получили диплом, удостоверяющий их компетентность, или не доказали каким-либо иным образом свою пригодность к выполнению своих профессиональных обязанностей.

КТМС 2006 года четко урегулировала вопрос трудовых договоров (контрактов) моряков. В разделе II Конвенции определен минимальный перечень информации, которая должна содержаться в трудовых договорах моряков. Моряку должна быть предоставлена возможность изучить договор и получить консультации относительно условий, предусмотренных в договоре, и свободно принять их до подписания договора. Этот раздел также регулирует вопросы начисления и выплаты зарплаты, продолжительности рабочего времени и времени отдыха, ежегодного отпуска, репатриации, предоставления компенсаций морякам в случае утраты или затопления судна, укомплектования судов экипажами, повышения квалификации и возможностей для занятости моряков.

Кроме того, Конвенция содержит сведенные воедино нормы, касающиеся требований к жилым помещениям для экипажа, вопросам питания и столового обслуживания. В КТМС 2006 года подробно урегулированы вопросы дизайна, конструкций, вентиляции, отопления, освещения помещений судна. Также установлены требования, касающиеся предупреждения воздействия шума и вибрации в производственных и жилых зонах.

Проблемы, связанные с наймом и трудоустройством моряков, как и их социальным обеспечением, волнуют международное сообщество не менее, чем условия их труда на борту судна. Именно поэтому было принято решение о конвенционном контроле за этой составляющей в сфере труда в морском судоходстве.

Каждое государство-участник должно обеспечить выполнение требований Конвенции, которые применяются в отношении оперативной деятельности и практики служб найма и трудоустройства моряков, основанных на ее территории, с помощью системы инспектирования и мониторинга, правового преследования за нарушения в сфере лицензирования, а также других оперативных требований, предусмотренных в Стандарте А1.4 «Найм и трудоустройство» Конвенции.

КТМС 2006 года предусматривает создание эффективной и подотчетной системы поиска работы за рубежом, эта услуга для моряков должна быть бесплатной. Более того, определены обязательства служб найма и трудоустройства относительно надлежащего информирования моряков об их правах и обязанностях, выдачи каждому копии трудового договора (контракта), постоянного обновления открытого для проверки компетентным органом реестра всех трудоустроенных моряков, страхования, прозрачности и ответственности в отношениях с судовладельцем, предоставления компетентному органу сведений об урегулировании жалоб, которые исходят от моряков.

Также Конвенция устанавливает обязанность государства-участника обеспечить право моряков, работающих на судах, которые заходят в порт, расположенный на территории государства-участника, подавать жалобу о нарушении требований Конвенции, с целью содействия скорейшему и практическому исправлению ситуации.

Жалоба моряка может быть подана уполномоченному должностному лицу в порту, куда заходит судно, на котором работает моряк. На этом основании в соответствии со Стандартом А5.2.2 «Процедуры рассмотрения жалоб моряков на берегу» Конвенции проводится первичное расследование и, если необходимо, детальная проверка.

КТМС 2006 года наряду с вышеописанными положениями, регулирует вопросы медицинского обслуживания на борту судна и на берегу, здравоохранения, обеспечения безопасности и предупреждения несчастных случаев, доступа моряков к береговым объектам социально-бытового назначения и социального обеспечения.

Кроме того, Конвенция регламентирует ответственность судовладельцев в случаях:

- расходов моряков, связанных с их болезнью и травмами;
- финансового обеспечения в случае смерти моряка или долгосрочной потери им трудоспособности в результате профессиональной травмы, болезни или опасности;
- покрытия расходов, связанных с медицинским обслуживанием, включая лечение, а также питание и проживание вне дома;
- оплаты расходов на погребение в случае смерти, произошедшей на борту судна или на берегу в период работы по найму.

Если болезнь или травма моряка влекут за собой

утрату трудоспособности, судовладелец несет ответственность за выплату заработной платы в полном размере в течение всего времени пребывания на судне, пока моряк не будет репатриирован, а также за выплату заработной платы в полном размере или частично с момента репатриации моряка или списания его на берег вплоть до его выздоровления.

При этом Конвенция предусматривает и некоторые ограничения ответственности судовладельца в случае болезни или травмы моряка:

- должно пройти не менее 16 недель со дня причинения травмы или начала болезни;
- если травма не связана с службой на судне;
- если травма или болезнь произошли по причине умышленного нарушения дисциплины заболевшим, травмированным или погибшим моряком;
- если болезнь или физическая неполноценность были намеренно скрыты на момент трудоустройства.

Очевидно, что авторы Конвенции – представители моряков, судовладельцев и правительств, которые составляли и принимали её в рамках Международной организации труда (МОТ), создали новый универсальный инструмент, который максимально приемлем для всех субъектов морского судоходства, преданных принципам достойного труда.

Выводы. Вступление Конвенции в силу будет иметь последствия не только для государств, которые ратифицировали Конвенцию, но и для тех государств, которые не ратифицировали данный международный акт. Такой правовой механизм был реализован благодаря заимствованному из практики Международной морской организации (ИМО) положению, согласно которому, судам любого государства, которое не ратифицировало КТМС 2006 года, не будет предоставляться более благоприятный режим, чем судам, плавающим под флагом государства, которое ратифицировало данную Конвенцию.

Литература:

1. Конвенция Международной организации труда 2006 года «О труде в морском судоходстве» [Електроний ресурс]. – Режим доступа : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_519.

Сергєєв Ю. В. Про нові міжнародні стандарти у сфері зайнятості моряків

Анотація. У статті розглянуто особливості нових міжнародно-правових стандартів у сфері праці моряків та їх вплив як на міжнародному, так і на національному рівнях.

Ключові слова: моряк, працевлаштування, міжнародні стандарти, умови праці, мінімальні вимоги.

Sergeyev Y. About new international standards in the field of seafarers employment

Summary. The article describes the features of international legal standards in the field of seafarers employment and their impact, both at the international and national levels.

Key words: seafarer, employment, international standards, working conditions, minimum requirements.

УДК 341.43

Чернявський А. Л.,
кандидат юридичних наук, завідувач кафедрою правознавства
Севастопольського інституту банківської справи
Української академії банківської справи Національного банку України

ІНСТИТУТ ПРАВА ПРИТУЛКУ В СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Анотація. У статті досліджується історія зародження і розвитку інституту права притулку та розкривається його зміст. Автор розглядає співвідношення між правом притулку та правовим статусом біженців, а також характеризує основні види притулку.

Ключові слова: право притулку, територіальний притулок, дипломатичний притулок, правовий режим біженців.

Постановка проблеми. Інститут права притулку відіграє специфічну роль у сучасному міжнародному праві. Перш за все він виступає достатньо дієвим механізмом міжнародного захисту прав і свобод людини від порушень з боку держави її громадянства. У той же час застосування права притулку нерідко розглядається як засіб політичного тиску у міжнародних відносинах і може спричиняти істотне зростання їхньої напруженості. Саме тому від виваженості міжнародно-правового регулювання відносин, пов'язаних із наданням притулку, значною мірою залежить як ефективність міжнародно-правових гарантій прав і свобод людини, так і стабільність міжнародних відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Не дивлячись на актуальність зазначеної проблеми, у юридичній науці інституту права притулку приділяється недостатньо уваги. Як правило, про право притулку згадується в контексті розгляду іншої тематики, зокрема історії та теорії міжнародного права, змісту суверенітету держави тощо. О.А. Гончаренко, І.Г. Ковалишин, Л.А. Васильєва та деякі інші вітчизняні та іноземні автори, що досліджують питання правового статусу біженців, торкаються проблем права притулку. У той же час спеціальні дослідження інституту права притулку, який зазнав істотних змін після завершення холодної війни та розпаду СРСР, практично не проводилися, що обґрунтовує актуальність обраної теми.

Метою цієї статті є визначення змісту інституту права притулку, розкриття його видів та встановлення співвідношення інституту права притулку з інститутом біженців.

Виклад основного матеріалу. Перші зародки інституту права притулку виникають у період стародавнього міжнародного права, проте відповідні норми були надзвичайно епізодичними і не відмежовувалися від споріднених інститутів. Так, А.І. Дмітрієв, характеризуючи міжнародне право Стародавньої Греції, звертає увагу на інститут проксенії, яка «полягала в тому, що громадянин держави (проксен) добровільно зобов'язувався надавати у своєму домі притулок і захист іноземцям (переважно послам та купцям), які приїздили до його країни» [1, с. 40]. Як бачимо, тут основною метою надання притулку є забезпечення державою перебування захисту іноземців від можливих насильницьких чи недружніх дій з боку населення чи органів влади самої держави перебування. Подібна спрямованість інституту проксенії більшою мірою зближує його з сучасним інститутом консульського захисту, проте визнання можливості надання державою захисту іноземцям стало важливим здобутком античного міжнародного права, і на нашу думку, лягло в основу ідеї про здатність держави надавати притулок іноземцям взагалі, в тому числі і від негативних дій з боку держави їхнього походження.

Важливу роль у формуванні поглядів на право притулку у міжнародному праві відіграло канонічне право. Поняття притулку, що на надавався на території храму особі, яка зазнавала чи могла зазнавати певних переслідувань, було відоме ще у Старому Заповіті, проте саме в канонічному, перш за все західному католицькому праві, норми щодо порядку, особливостей та обмежень у наданні притулку на території храму чи монастиря сформувалися в окремий правовий інститут. В силу права притулку *(jus asili)* злочинець, що прийшов до храму чи монастиря, не міг бути забраний з нього силою, щоправда, і не звільнявся від суду, якщо з тих чи інших причин залишав притулок. Обмеження в реалізації цього права вводилися, як правило, з боку світської, а не церковної влади. Так, Феодосій Великий відняв у церков право притулку для державних злочинців; Аркадій зовсім скасував його (причому першою жертвою скасування цього закону став сам її ініціатор – вельможа Євтропій). Феодосій ІІ-й знову відновив право притулку, і навіть розповсюдив його на притвори і церковні двори. Юстиніан І обмежив право притулку, не дозволивши застосовувати його у випадку вчинення деяких тяжких злочинів Цікавим є той факт, що право притулку не використовувалося Російською православною церквою і було замінене правом ієрархів заявляти перед монархом клопотання про пом'якшення покарання або здійснювати опіку над особами, що попали в опалу [2, с. 106-107].

За часів Реформації XVI ст. притулок почав надаватися не тільки храмами та монастирями, а й державами з мотивів релігійної та політичної доцільності, а згодом політичний мотив надання притулку став якщо й не єдиним, то принаймні, домінуючим. У сучасному розумінні інститут права притулку сформувався після Великої французької революції, зокрема, Конституція

Франції 1793 р. закріпила чи не найважливішу норму цього інституту – право на притулок іноземців, які переслідувалися на батьківщині за домагання свободи [3, с. 190].

Огляд історії зародження та розвитку інституту права притулку дозволяє зробити висновок, що основними особливостями цього інституту у сучасному міжнародному міжнародному праві є:

- визнання суверенного права держави надати притулок іноземцю, що зазнав чи може зазнати переслідувань з боку його власної держави чи третіх держав;
- основною метою надання притулку є захист особи від переслідувань з політичних чи інших мотивів;
- існування ряду обставин (перешкод), за наявності яких право притулку не може бути реалізовано;
- настання певних юридичних наслідків як для особи, якій надано притулок, так і для держави, що такий притулок надала.

Достатньо дискусійним є питання про зміст права притулку у сучасному міжнародному праві. У вітчизняній доктрині домінує погляд, згідно з яким інститут права притулку визначається як суверенне право держави надавати чи не надавити притулок іноземцям, тоді як у багатьох європейський країнах, наприклад, Італії та Франції, переважає погляд на цей інститут як на право особи, що зазнає переслідувань з боку власної держави, отримати притулок в іншій державі [3, с. 190-191]. Існуючі норми міжнародного права не дозволяють зробити однозначний висновок про те, яка з наведених позицій є більш обґрунтованою. Зокрема, ст. 14 Загальної декларації прав людини 1948 р., вказує, що «кожна **людина має право шукати притулку** від переслідувань в інших країнах і користуватися цим притулком» [4]. З іншого боку, відповідно до п. 2 Декларації про територіальний притулок прийнятої Комітетом Міністрів Ради Європи 01.01.1977 р. держави-члени Ради Європи підтвердили «**своє право надавати притулок** будь-якій особі, яка, маючи цілком обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань за ознакою раси, віросповідання, громадянства, приналежності до певної соціальної групи або політичних переконань, <…> а також будь-якій іншій особі, яка, на їх думку, відповідає відповідним умовам для отримання притулку з гуманних міркувань» [5].

Ми вважаємо найбільш доречним зміст права притулку розглядати з точки зору природи та характеру відносин, що виникають внаслідок надання державою притулку певній особі-іноземцю. У випадку, якби ядро таких відносин становило в першу чергу право особи, що зазнала чи може зазнати переслідувань з боку власної держави, то іноземна держава, до якої така особа звернулася б з проханням про надання притулку, була б обмежена у підставах відмови у наданні притулку. Насправді ж цілком очевидним є те, що один лише факт звернення з проханням про надання притулку не тягне виникнення відносин притулку і жодна держава не зобов'язана a priori надавати притулок будь якій особі, що звернулася до неї з таким проханням. Отже, незважаючи на те, що право притулку є важливим і достатньо ефективним засобом захисту прав і свобод людини і громадянина, первинний зміст цього міжнародно-правового інституту становить саме суверенне право держави надавати притулок іноземцю, який зазнав чи може зазнати переслідувань з боку його власної чи третьої держави.

Необхідно одразу зауважити, що було б недоречно відносини притулку розглядати лише в контексті двосторонніх відносин між державою, що надала притулок, та особою, якій цей притулок надано. Насправді коло учасників міжнародно-правових відносин притулку є значно ширшим, оскільки відповідно до ст. 1 Декларації ООН про територіальний притулок від 14.12.1967 р., «притулок, що надається будь-якою державою в силу свого суверенітету <…> має поважатися усіма іншими державами» [6]. З такої точки зору міжнародно-правові зобов'язання, що випливають з права притулку, слід відносити до зобов'язань *erga omnes*, тобто таких міжнародно-правових зобов'язань, що виникають перед міжнародним співтовариством в цілому, а не перед яким-небудь конкретним суб'єктом міжнародного права [7, p. 371]. В силу такого розуміння природи відносин притулку слід вважати, що право оспорювати надання притулку належить будь-якій заінтересованій державі, а не лише державі, громадянином чи підданим якої є особа, котрій притулок надано. Також надання державою притулку конкретному іноземцю слід розглядати в якості правотворюючого юридичного факту, що зумовлює виникнення правовідносин як у національному праві цієї держави, так і у міжнародному праві. Саме тому жодна держава не може ігнорувати заперечення третіх держав проти надання нею притулку певній особі, посилаючись лише на те, що це питання входить до сфери її внутрішніх справ, або на те, що притулок було надано особі, яка не є громадянином чи підданим держави, яка подібні заперечення висловила. Своєрідною ілюстрацією такого висновку може бути справа, пов'язана із втечею у 1941 р. до Великої Британії Рудольфа Гесса – заступника А. Гітлера по НСДАП.

10 червня 1941 р. Р. Гесс здійснив таємний переліт до Великої Британії. Хоча деталі інформації про цю подію до сих пір не розкриті, чимало дослідників сходяться на думці, що основною метою перельоту була пропозиція з боку Німеччини до участі Великої Британії у спільній війні проти Радянського Союзу. Так чи інакше, Р. Гесс був заарештований і ув'язнений британськими військовими. Влітку 1942 р. дружина Р. Гесса Ільза Гесс через канали Міжнародного Червоного Хреста запросила притулку у Великої Британії. Коли інформація набула розголосу, уряд СРСР оголосив протест, і тодішньому міністру закордонних справ Великої Британії «знадобилося три дні для того, щоб обернути все це на жарт та офіційно спростувати факт отримання англійською владою подібного прохання» [8, с. 30].

Певною мірою складність із визначенням змісту права притулку зумовлюється тим, що і в національному, і в міжнародному праві термін «притулок» застосовується не лише у випадку надання державою притулку, зокрема політичного, певному іноземцю.

За своєю сутністю інститут права притулку найбільш близький до інституту біженців, оскільки і в тому, і в іншому випадку держава надає притулок особі, що зазнала чи може зазнати переслідувань в іншій державі. Більше того, у Конвенції про статус біженців 1951 р. країна, яка прийняла на своїй території біженців називається «країною, що надала притулок» (ст. 1 Конвенції) або «країною притулку» (ст. 31 Конвенції) [9]. Однак, подібне використання термінології не означає, що інститути права притулку та біженців співпадають між собою чи співвідносяться як частина та ціле, оскільки право притулку та правовий статус біженців істотно розрізняються між собою порядком та підставами їх надання.

Аналіз достатньо широкої практики держав показує, що в переважній більшості випадків притулок надавався одній особі або групі тісно пов'язаних між собою осіб, наприклад, членам однієї сім'ї, колективу, екіпажу судна тощо, а сам факт такого надання притулку не впливав на розгляд питань про надання захисту від переслідувань іншим громадянам чи підданим цієї ж держави. На відміну від цього, правовий статус біженця надається хоча й в індивідуальному порядку, але великій кількості осіб, тобто масово.

Конвенція про статус біженців 1951 р. чітко визначає вичерпний перелік підстав, за наявності яких може бути надано статус біженця [10, с. 6], тоді як конкретні підстави надання притулку нормами сучасного позитивного міжнародного права не передбачені взагалі, а саме надання притулку у більшості випадків здійснюється державами у першу чергу з політичних, а не гуманітарних міркувань.

На жаль, доводиться констатувати, що ні в міжнародно-правовій науці, ні в практиці міжнародних відносин не напрацьовано єдиного підходу щодо видів права притулку та допустимості їх застосування. Традиційно виділяються два основні види права притулку – право територіального притулку, що передбачає надання державою притулку іноземцю на її власній території, та дипломатичного, що передбачає надання державою особі переховуватися у приміщенні її дипломатичного представництва за кордоном [11, с. 392]. Іноді до права дипломатичного притулку включається і надання особі можливості переховуватися на борту іноземного військового судна [12].

Цікаво відзначити, що для реалізації права територіального притулку не має значення, чи пройшла особа, яка звертається із клопотанням про надання притулку, усі необхідні процедури перетину державного кордону, чи ні, достатньо, щоб вона фізично перебувала на території відповідної держави. Так, наприклад, Едвард Сноуден, звинувачений Сполученим Штатами Америки у розголошенні державної таємниці, 14 липня 2013 р. прибув до аеропорту «Шереметьєво» (Російська Федерація), і не покидаючи транзитну зону аеропорту, звернувся з клопотанням про надання йому тимчасового притулку. Російська Федерація, незважаючи на спротив з боку США, надала притулок Е. Сноудену після майже місячного його перебування в транзитній зоні аеропорту [13].

У вітчизняній та іноземній літературі нерідко зазначається, що надання дипломатичного притулку носить винятково історичний характер і суперечить звичаєвим нормам сучасного міжнародного права. Проте, у цьому відношенні слід звернути увагу на таке. Відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН звичай як джерело міжнародного права представляє собою доказ загальної практики, визнаної в якості норми права, в той же час ми маємо достатньо прикладів саме неоднозначності практики держав щодо допустимості надання дипломатичного притулку. Зокрема, надання дипломатичного притулку іноді має місце в практиці латиноамериканських держав [11, с. 192, с. 393]. Крім того, 20 червня 2012 р. засновник сайту Wikileaks Джуліан Ассанж, перебуваючи в Лондоні, звернувся за політичним притулком до Еквадору і переховувався у приміщенні посольства Еквадору у Великій Британії до 16 серпня 2012 р., коли Президент Еквадору Р. Корреа прийняв рішення про надання Дж. Ассанжу політичного притулку. Таке рішення Еквадору викликало протести з боку Швеції та Великої Британії, критику з боку США, а крім того, британський уряд заявив, що не випустить Дж. Ассанжа з території Сполученого Королівства [13]. Таким чином, враховуючи сучасний характер міжнародних відносин, зробити однозначний висновок про правомірність надання дипломатичного притулку неможливо, проте загальна практика держав, яка б дозволяла говорити про його заборону в силу міжнародного звичаю, також відсутня. На нашу думку, головною проблемою, що ускладнює реалізацію інституту права притулку, є відсутність чітких конвенційних норм, які б визначали його зміст, підстави та порядок надання, а також його юридичні наслідки.

Висновки. Право притулку являє собою самостійний міжнародно-правовий інститут, що ґрунтується на суверенному праві держави надавати притулок іноземному громадянину, підданому чи особі без громадянства, що зазнає переслідувань з боку іноземної держави чи групи держав. Відсутність конвенційних норм не дозволяє зробити чіткий та однозначний висновок про види, підстави та порядок надання притулку, тому існує об'єктивна потреба у розробці міжнародної конвенції про право притулку.

Література:

1. Дмитрієв, А. І. Історія міжнародного права [Текст] : монографія / А. І. Дмитрієв, Ю. А. Дмитрієва, О. В. Задорожній. – К. : Промені, 2008. – 384 с. – ISBN 978-966-8935-05-3.
2. Пѣвцовъ, В. Г. Лекціи по церковному праву / [Соч.] засл. проф. прот. В. Г. Пѣвцова ; Имп. уч-ще правовѣдѣнія. – СПб. : типолитогр. СПб. одиночной тюрьмы, 1914. – 242 с.
3. Міжнародне право. Основні галузі [Текст] : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. В. Г. Буткевича ; [рец.: А. С. Довгерт, В. К. Забігайло]. – К. : Либідь, 2004. – 813, [1] с. – ISBN 966-06-0325-8.
4. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. [Текст] // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.
5. Декларація про територіальний притулок, що прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 01.01.1977 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_806.
6. Декларація ООН про територіальний притулок від 14.12.1967 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_316.

7. Pegna O. Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice / O. Pegna // European Journal of International Law. – 1998. – Vol. 9. – No 4. – P. 724-736.
8. Боратынский С. Дипломатия периода второй мировой войны: международные конференции 1941-1945 годов [Текст] ; пер. с польск. Д. Г. Томашевского // Стефан Боратынский. – М. : Изд-во иностр. лит-ры, 1959. – 356 с.
9. Конвенція про статус біженців від 28.07.1951 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_011.
10. Гончаренко О. А. Статус біженця в міжнародному праві [Текст] : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.11 / О. А. Гончаренко ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2005. – 19 с.
11. Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для юрид. фак. и вузов / И. И. Лукашук. – М. : Бек, 1996. – 367 с. – ISBN 5-85639-129-2.
12. Васильева Л. Институт убежища в Республике Беларусь: теоретико-правовой аспект [Электронный ресурс] / Л. А. Васильева // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2001. – № 4. – Режим доступа : http://evolutio.info/content/view/451/52.
13. BBC Україна : матеріали випусків новин [Електронний ресурс] / British Broadcasting Corporation. – Режим доступу : www.bbc.co.uk.

Чернявский А. Л. Институт права убежища в современном международном праве

Аннотация. В статье исследуется история зарождения и развития института права убежища, раскрывается его содержание. Автор рассматривает соотношение между правом убежища и правовым статусом беженцев, а также характеризует основные виды убежища.

Ключевые слова: право убежища, территориальное убежище, дипломатическое убежище, правовой режим беженцев.

Cherniavskiy A. The institute of sanctuary in the contemporary international law

Summary. History of origin and development of institute of right of sanctuary is discovered in the article, its maintenance is opened up also. An author showes a betweenness by a right of sanctuary and legal status of refugees, the basic types of asylum are discovered too.

Key words: right of sanctuary, territorial asylum, diplomatic asylum, refugees legal regime.

ДЛЯ НОТАТОК:

ЗМІСТ

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Бурило Ю. П.
НЕПРЯМІ ЗАСОБИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СЕКТОРІ ЕКОНОМІКИ **4**

Вербіцька М. В.
АНАЛІЗ ОСНОВНИХ ЗМІН, ВНЕСЕНИХ ДО ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО СУДОУСТРІЙ І СТАТУС СУДДІВ» **8**

Гаценко О. О.
УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ВИЗНАЧЕННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ЧАСТКИ У СПАДЩИНІ ПРИ СПАДКУВАННІ АВТОРСЬКИХ ПРАВ **13**

Єжель О. Л.
ТЛУМАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНИХ ПОТРЕБ У СФЕРІ ДЕРЖАВНОГО ЗАМОВЛЕННЯ **17**

Іваненко М. А.
СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ РЕСТИТУЦІЇ ТА ВІНДИКАЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ **20**

Ільїна Ю. П.
ФОРМУВАННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ОСКАРЖЕННЯ ДІЙ НОТАРІУСІВ В УКРАЇНІ **24**

Канева С. Ю.
ОСОБЕННОСТИ ПЕРСОНИФИЦИРОВАННОГО УЧЕТА ПРАВ ЗАСТРАХОВАННЫХ ЛИЦ В ЧАСТИ РЕЛИГИОЗНЫХ И ИНЫХ УБЕЖДЕНИЙ В СФЕРЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО МЕДИЦИНСКОГО СТРАХОВАНИЯ **27**

Кізлова О. С.
ВИКОРИСТАННЯ ДЕФІНІЦІЇ «ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ» У СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ **30**

Кірін Р. С.
ГЕОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ТРАНСГАЛУЗЕВОЇ КОДИФІКАЦІЇ **34**

Кожевникова В. О.
ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ **39**

Короєд С. О.
ОХОРОНА ПРАВ ТА ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ЯК САМОСТІЙНІ ЗАВДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В АСПЕКТІ ПІДВИЩЕННЯ ЙОГО ЕФЕКТИВНОСТІ **44**

Кравцов О. Л.
ГЕНЕЗИС І РОЗВИТОК КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ: ВІД ДАВНЬОРУСЬКОГО ПРАВА ДО ЗАКОНОДАВСТВА ПОЧАТКУ XX СТОЛІТТЯ **48**

Кравцов С. О.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ **52**

Курило М. П.
СУДОВІ РІШЕННЯ В РІЗНИХ ГАЛУЗЯХ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: МОЖЛИВОСТІ УНІФІКАЦІЇ **57**

Лукач І. В.
ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ СУБ'ЄКТІВ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН **61**

Майкут Х. В.
ДО ПИТАННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ФОРМИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ **65**

Молчанова М. Є.
ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ОГОЛОШЕННЯ ПРО ПРОВЕДЕННЯ ТОРГІВ **69**

Никитченко Н. В.
ДО ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРИРОДИ КОНТРОЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ **73**

Потудінська О. В.
ПРАВОВЕ ПРИРОДА КОМЕРЦІЙНОГО ПОСЕРЕДНИЦТВА **77**

Рашківська В. В.
ДО ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ ІПОТЕКИ **80**

Репешко П. І.
МЕХАНІЗМИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ НА ТВОРИ У ГАЛУЗІ НАУКИ (ПЕРЕШКОДЖАННЯ ПЛАГІАТУ) **83**

Рибак О. С.
ПРАВОВА ПРИРОДА СУДОВОГО ДОРУЧЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ **88**

Сізінцова Ю. Ю.
МЕДИЧНЕ ПРАВО В СИСТЕМІ ПРАВОВОЇ ПІДГОТОВКИ КЕРІВНИКІВ ЛІКУВАЛЬНО-ПРОФІЛАКТИЧНИХ ЗАКЛАДІВ УКРАЇНИ **92**

Стадник К. О.
СУЧАСНИЙ СТАН КОНЦЕНТРАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ В ЕКОНОМІЦІ УКРАЇНИ **96**

Старчук В. М., Старчук О. В.
ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА РЕЖИМУ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ В УКРАЇНІ ТА ПОЛЬЩІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ **99**

ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Запара С. І.
РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНОЇ СЛУЖБИ ПОСЕРЕДНИЦТВА І ПРИМИРЕННЯ У НОВІЙ СИСТЕМІ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ **104**

Мирошниченко Н. В.
ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ОСНОВАНИЙ И ВИДОВ ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ **108**

Прогонюк Л. Ю.
ПРАВОВА ПРИРОДА ПОЯСНЕНЬ ПОРУШНИКА ТРУДОВОЇ ДИСЦИПЛІНИ **116**

Чанишева Г. І.
ЗАХИСТ ПРАВА ПРАЦІВНИКА НА СВОЄЧАСНЕ ОДЕРЖАННЯ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ **120**

ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ, ЕКОЛОГІЧНЕ, ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

Багай Н. О.
КОДИФІКАЦІЯ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ **124**

Кравець Н. В.
ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ЕКОЛОГІЗАЦІЇ АГРАРНОГО ВИРОБНИЦТВА ЯК ПРИНЦИПУ АГРАРНОГО ПРАВА **127**

Макаренко Н. А.
ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ПРИ ВИДОБУВАННІ НАФТИ ТА ГАЗУ В УКРАЇНІ **131**

Макаренко О. Ю.
ДО ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ГІРНИЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА АВСТРАЛІЇ, ВЕЛИКОБРИТАНІЇ, США, ФРАНЦІЇ, КИТАЮ **135**

Піддубна Д. С.
ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ПОВНОВАЖЕНЬ СУБ'ЄКТІВ ЩОДО ЗАХИСТУ ОРГАНІЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ – ЕЛЕМЕНТА ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ **140**

Тюн В. М.
СПІВВІДНОШЕННЯ КОНТРОЛЮ І НАГЛЯДУ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ У СФЕРІ ОХОРОНИ ПРИРОДИ **144**

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Березовська Н. Л.
КАРА В ТЕОРІЇ І ПРАКТИЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА **149**

Забродська Т. А.
НАПРЯМИ ТА ЗМІСТ ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНОГО ЗАПОБІГАННЯ РЕЦИДИВНИМ ЗЛОЧИНАМ У СФЕРІ НЕЗАКОННОГО ОБІГУ НАРКОТИКІВ **152**

Загодіренко П. О.
ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ТА УДОСКОНАЛЕННЯ ДІЮЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА **157**

Мельник П. В.
ЗМІНИ І ДОПОВНЕННЯ ДО РОЗДІЛУ VIII ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПЕНАЛІЗАЦІЯ ЧИ ДЕПЕНАЛІЗАЦІЯ? **160**

Михайлова І. М.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ ТА СУДІВ У ЗАПОБІГАННІ ЗЛОЧИНАМ НЕПОВНОЛІТНІХ **164**

Чеботарьова Г. В.
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ У СФЕРІ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ **169**

Чмут С. В.
ГЕНЕЗИС ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТАТЕВІ ЗНОСИНИ З ОСОБОЮ, ЯКА НЕ ДОСЯГЛА СТАТЕВОЇ ЗРІЛОСТІ **173**

Шуляк Ю. Л.
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ І ПОКАРАННЯ ЗА ШАХРАЙСТВО В РЕСПУБЛІЦІ ІНДІЯ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД **178**

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА, ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Загурський О. Б.
КРИМІНАЛЬНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ПОЛІТИКА УКРАЇНИ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ **182**

Кєптене М. П.
ПОНЯТТЯ ТА КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ СЕРІЙНИХ ВБИВСТВ.....**187**

Лешкович Т. А.
ФОРМИ ВИКОРИСТАННЯ ПОЛІГРАФА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ.....**192**

Якимчук Б. В.
УСТАНОВЛЕНИЕ ПСИХОЛОГИЧЕСКОГО КОНТАКТА ПРИ ПРОВЕДЕНИИ СЛЕДСТВЕННЫХ (РОЗЫСКНЫХ) ДЕЙСТВИЙ С ИНОСТРАНЦАМИ.....**196**

Яновська О. Г.
ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ.....**199**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

Dr. Pim Albers
IMPROVING THE QUALITY OF COURTS.....**204**

Бем М. В.
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ Р. ЛЕМКІНА ЩОДО КВАЛІФІКАЦІЇ ОКРЕМИХ ПРИКЛАДІВ МАСОВИХ ПОРУШЕНЬ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ЗЛОЧИНУ «ГЕНОЦИДУ».....**208**

Гарбазей Д. О.
НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....**212**

Діковська І. А.
СПІВПРАЦЯ – ОБОВ'ЯЗОК СТОРІН МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ДОГОВОРУ.....**218**

Задорожній О. В.
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГЕТЬМАНЩИНИ ПІСЛЯ СМЕРТІ Б. ХМЕЛЬНИЦЬКОГО: ВІД ПОЛІВАСАЛІТЕТНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ ДО ВТРАТИ СТАТУСУ ДЕРЖАВНОГО УТВОРЕННЯ....**221**

Зубарєва А. Є.
ДОПОВІДІ ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ МІЖНАРОДНОГО ПАКТУ ПРО ГРОМАДЯНСЬКІ ТА ПОЛІТИЧНІ ПРАВА 1966 р. ЯК ЕЛЕМЕНТ МОНІТОРИНГОВОГО МЕХАНІЗМУ КОМІТЕТУ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ.....**227**

Келестин М. В.
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГІВЛІ ЦУКРОМ В ПЕРІОД МІЖ ПЕРШОЮ ТА ДРУГОЮ СВІТОВИМИ ВІЙНАМИ.....**231**

Клак О. Г.
ЄВРОПЕЙСЬКА СИСТЕМА СКОРОЧЕННЯ ВИКИДІВ ПАРНИКОВИХ ГАЗІВ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....**235**

Лук'янов Д. В.
ПОНЯТТЯ «ПРАВОВА СІМ'Я» В ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ: МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ.....**238**

Рабінович М. Л.
ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВА ОСОБИ НА ПСИХІЧНЕ ЗДОРОВ'Я: ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ.....**242**

Сергеев Ю. В.
О НОВЫХ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ СТАНДАРТАХ В СФЕРЕ ТРУДА МОРЯКОВ.....**246**

Чернявський А. Л.
ІНСТИТУТ ПРАВА ПРИТУЛКУ В СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ.....**249**

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

Науковий збірник

Виходить двічі на рік

№ 6-1 том 2, 2013

Серію засновано у 2010 р.

Коректор Скрипченко О.О.

Комп'ютерна верстка Кузнєцова Н.С.

Підписано до друку 19.09.2013 р. Формат 60х84/8. Обл.-вид. арк. 30,15, ум.-друк. арк. 27,44.
Папір офсетний. Друк на ризографі. Наклад 300 примірників. Замовлення № 1909-13.

Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4392 від 20.08.2012 р.)
Україна, м. Херсон, 73034, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105. Тел. (0552) 39-95-80
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua