ISSN 2075-1834

Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України

Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна

# *ВІСНИК*
# *Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*

# *№ 1028*

## *СЕРІЯ «ПРАВО»*

Харків 2012

*Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право»* має на меті висвітлення широкого кола актуальних політико-правових проблем, серед яких: проблеми становлення і розвитку громадянського суспільства і правової держави в Україні; проблеми забезпечення прав людини; проблеми боротьби зі злочинністю і захисту громадського порядку; проблеми удосконалення національного законодавства та правозастосовчої практики.

Для юристів, політиків, науковців і практичних працівників, студентів і аспірантів, а також усіх, хто цікавиться питаннями правової теорії та юридичної практики.

Затверджено до друку рішенням Вченої ради Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна (протокол № 10 від 29.10.2012 р.)

*Редакційна колегія:*

*Голова:*

Руденко М. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правосуддя Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, Заслужений юрист України

*Заступник Голови:*

Кагановська Т. Є., доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, Заслужений юрист України

*Відповідальний редактор:*

Григоренко Є. І., кандидат юридичних наук, доцент Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

Волобуєв А. Ф., доктор юридичних наук, професор, професор Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна;

Глушков В. О., доктор юридичних наук, професор, перший проректор Академії управління МВС України, Заслужений юрист України;

Давиденко Л. М., доктор юридичних наук, професор, професор юридичного факультету Дніпропетровського гуманітарного університету;

Корж В. П., доктор юридичних наук, професор, професор Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, Почесний працівник прокуратури України;

Кузнєцова О. А., доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права та процесу, заступник декана з науки юридичного факультету Пермського Державного Університету (РФ);

Мартиненко І. Е., доктор юридичних наук, професор, професор Гродненського державного університету імені Янки Купали (Р. Білорусь);

Марцеляк О. В., доктор юридичних наук, професор, професор Харківського національного університету внутрішніх справ;

Петрова Л. В., доктор юридичних наук, професор, професор Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна;

Попелюшко В.О., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін, директор Інституту права імені І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»;

Рябченко О. П., доктор юридичних наук, професор, професор Національного університету державної податкової служби України;

Скакун О. Ф., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правового регулювання економіки Київського національного економічного університету імені В. Гетьмана, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений юрист України;

Трубников В. М., доктор юридичних наук, професор, професор, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна;

Фролова О. В., доктор юридичних наук, професор, професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

*Адреса редколегії:*

Юридичний факультет, ХНУ імені В. Н. Каразіна,

Майдан Свободи 6, м. Харків, Україна, 61022, к. 421. Електронна адреса: HNU_vesnik@ukr.net

Статті пройшли внутрішнє та зовнішнє рецензування.

Свідоцтво про державну реєстрацію КВ № 11825-696 ПР від 04.10.2006

© Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна, оформлення, 2012

## ЗМІСТ

## ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ НАУКИ

**Лук'янов Д. В.**
Мусульманське право в Європі: проблеми та перспективи ……..8
**Бобровник С. В.**
Антополого-комунікативний підхід як важливий аспект дослідження компромісу та конфлікту в сучасному праві ……...12
**Слинько Д. В.**
Співвідношення понять «режим», «провадження» та «процедура» в юридичному процесі …...16
**Передерій О. С.**
Реформування Європейського поліцейського відомства в контексті трансформації інституціонального механізму Європейського Союзу ……...20
**Писаренко В. В.**
Проблеми імплементації європейських правових стандартів у національні правові системи країн Європи ……...23
**Жук Н. А.**
«Дух народу»: постановка деяких проблем методології дослідження категорії у контексті її впливу на форму і характер публічної влади ……..27
**Єпіфанова Ю. С.**
Деякі питання охорони прав особистості: порівняльно-правовий аспект ……..31
**Воронова І. В.**
Право у нормативно-регулятивній системі громадянського суспільства ……..34
**Аверочкіна Т. В.**
Деякі аспекти використання понять «юрисдикція» та «суверенітет» в морському праві ……38
**Варич О. Г.**
Соціальні інститути як підґрунтя розбудови сучасної державності ……...42
**Глазунова С. М.**
Сутність та основні принципи правотворчої політики в Україні ……...45
**Дідич Т. О.**
Правотворчість народу в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства та державності в Україні ……47
**Коваленко Л. П.**
Сутність інформаційно-правових норм і відносин ……...51
**Николина К. В.**
Функціональне призначення юридичної процедури в умовах розбудови правової держави .....56

## ІСТОРИКО-ПРАВОВІ НАРИСИ

**Туманов Д. Ю.**
Основные этапы развития института конституционных прав и свобод граждан в советском государстве ……60
**Рождественська О. С.**
Закони Ману та соціально-правове становище жінки в сучасній Індії ……..64
**Коцан І. Д.**
Воєнізація та подальше реформування міліції Харківщини на початку 20-х рр. XX ст. …….69
**Андрушко А. В.**
Кримінально-правове значення безпорадного стану потерпілого: історичний аспект ……73
**Єфремова Н. В.**
Проекти конституційної реформи в Російській імперії початку XIX ст.: їх характеристика та значення ……..77

## ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ТА ДЕРЖАВНОГО БУДІВНИЦТВА

**Ярмиш О. М., Червяцова А. О.**
Конституційно-правові санкції: поняття і класифікація ……..81
**Баймуратов М. О.**
Місцеве самоврядування в Україні: симбіоз локального, регіонального, національного та міжнародного факторів в контексті пошуку національної моделі ……85
**Трубников В. М.**
Понятие правового статуса человека и гражданина ……91
**Серьогін В. О.**
Забезпечення недоторканності приватного життя в епоху комп'ютерних технологій: Прайвесі 3.0 ……97
**Кушніренко О. Г.**
Україна як соціальна держава: сучасне розуміння та проблеми реалізації …….101
**Летнянчин Л. І., Бондарчук І. В.**
Правові позиції Конституційного Суду України як джерело конституціоналізації статусу політичних партій і громадських організацій ……...104
**Григоренко Є. І.**
Проблеми корупції у Збройних Силах України ……..108
**Зубенко Г. В.**
Становлення та розвиток Рахункової палати, як органу державного фінансового контролю в Україні ……...112
**Усеінова Г. С.**
Деякі аспекти правотлумачної діяльності Конституційного суду України …….117
**Олькіна О. В.**
Юридичні особи як суб'єкти конституційних правовідносин ……..120

## ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА ТРУДОВОГО ПРАВА

**Кулачок-Тітова Л. В., Кім К. В.**
Трудовая деятельность в пенитенциарной системе: правовые и психологические аспекты ….124
**Венедіктова І. В.**
Охоронюваний законом інтерес в кондикційних зобов'язаннях ……..129
**Турчак І. О.**
Засоби забезпечення виконання договору поставки ……..132
**Грицкевич С. Г.**
Про правову категорію щоденного цивільного ризику фізичної особи ……...137
**Коструба А. В.**
Закінчення строку як правоприпиняючий юридичний факт у сфері права інтелектуальної власності ..……140
**Литовченко Л. А.**
Окремі підходи щодо дослідження проблеми розсуду в цивільному праві ……142
**Лісніча Т. В.**
До питання про класифікацію господарських зобов'язань ……...147
**Бірюкова А. Г.**
Структура системи джерел цивільного права ……151
**Голубєва Н. Ю.**
Критерії розмежування зобов'язань із нематеріальним змістом від «моральних» обов'язків осіб ……154
**Давидова І. В.**
Особливості правового регулювання недійсності правочинів за Цивільним кодексом України та господарських зобов'язань за Господарським кодексом України ……..158
**Івчук Ю. Ю.**
Окремі питання охорони праці осіб з обмеженою працездатністю: вітчизняний та міжнародний досвід ……161

**Ігнатенко В. М.**
Особливості виконання недоговірних регулятивних зобов'язань ……164
**Демченко О. В.**
Понятие фриланса и его правовая характеристика ……168
**Крисань Т. Є.**
До питання гарантій прав спадкоємця на отримання вартості частини майна господарського товариства ……171
**Некіт К. Г.**
Довірче управління майном та довірча власність за цивільним законодавством України: до проблеми співвідношення ……...174
**Наден В. В.**
Брачный возраст как одно из условий заключения брака ……178
**Маслова-Юрченко К. О.**
Канадський досвід нормативного регулювання відносин з підготовки проспекту емісії цінних паперів ……...182
**Махінчук В. М.**
Суб'єкти підприємницької діяльності за цивільним та господарським законодавством України ……..186
**Москаленко О.**
До питання реформування соціального страхування в системі соціального захисту населення в Україні ……...192
**Пешкова А. С.**
Система зобов'язань, що пов'язані з договором про надання телекомунікаційних послуг …..196
**Тупицька Є. О.**
Особливості укладання договорів з умовою про відстрочення або розстрочення платежу …..200
**Коломієць А. С.**
Юридична характеристика цивільно-правового договору сурогатного материнства ……204

## ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

**Кагановська Т. Є.**
Формування резерву кадрів державних службовців – гарант стабільності і професіоналізму державної служби в Україні ……...207
**Завальна Ж. В.**
Щодо питання про інформаційні адміністративні послуги органів державної влади ……211
**Поляков С. Ю.**
Засади забезпечення законності та правопорядку у військових формуваннях іноземних держав ……...215
**Гришина Н. В.**
Щодо розуміння принципу доступності в адміністративному судочинстві ……221
**Россіхіна Г. В.**
Фінансово-правова санкція як один з структурних елементів фінансово-правової норми ……224
**Ростовська К. В.**
Шляхи удосконалення правового регулювання та діяльності відповідних органів щодо забезпечення функціонування адміністративно-правового режиму реєстрації місця проживання (перебування) громадян України ……229
**Кисіль Л. Є.**
Деякі питання організаційно-правових засад оптимізації державного управління ……232

## ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НАУК

**Даньшин М. В.**
Етнічні проблеми сучасної криміналістики ……237
**Шевчук В. М.**
Проблеми формування тактичних операцій: системно-структурний аналіз ……...242

**Харченко В. Б.**
Порушення кримінального провадження щодо незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України ……...246
**Митрофанов І. І.**
Яким бути закону про кримінальну відповідальність? ……..250
**Мельник П. В.**
Питання кримінально-правової охорони земель водного фонду України ……...254
**Хряпинский П. В.**
Метод правового регулирования при освобождении от уголовной ответственности ……257
**Герасименко Л. В.**
Сучасні детермінації злочинності в сфері банківського кредитування ……...262
**Книженко О. О.**
Співвідношення кримінальної відповідальності та заходів кримінально-правового впливу …266
**Архипцев Н. И.**
Совершенствование действующего законодательства по ст. 229.1 Уголовного кодекса Российской Федерации и предупреждение контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов ……..269
**Храмцов О. М.**
Погроза в окремих складах злочинів (питання теорії та практики) ……274
**Житний О. О.**
Системні зв'язки кримінального права України з принципами та нормами міжнародного права (формальні й змістовні аспекти) ……277
**Ключко Р. Н.**
Законодательные конструкции преступлений, совершаемых путем бездействия в Уголовном кодексе Республики Беларусь ……281
**Кундеус В. Г., Лантінов Я. О.**
«Наслідки» за кримінальним правом України та в парадигмі забезпечення пріоритету прав людини та перетворення держави на правову ……...285
**Канібер Ю. М.**
Поняття та види економічних злочинів в контексті розвитку правової держави ……...289
**Балобанова Д. О.**
Щодо розуміння принципу гуманізму в кримінально-правовій політиці ……293
**Бурцев А. С.**
Противодействие фирмам-«однодневкам» – актуальная проблема российского уголовного законодательства ……..295
**Давиденко В. Л.**
Адвокат-захисник як суб'єкт протидії злочинності ……..298
**Слінько Д. С.**
Міднародно-правові аспекти законодавчого регулювання інституту обставин, що виключають злочинність діяння (порівняльний аналіз) ……301
**Тихонова О. В.**
Кримінальні загрози фінансовій безпеці держави ……..307
**Фіалка М. І.**
Службовий обов'язок в кримінальному праві: поняття та межі застосування ……311
**Чорний Г. О.**
Кореляційна залежність елементів «особа потерпілого» та «особа злочинця» в системі криміналістичної характеристики тероризма ……314
**Шаблистий В. В.**
Обов'язки і відповідальність людини і громадянина як гарантія реалізації її прав та свобод (кримінально-правовий аспект) ……..318
**Марушев А. Д.**
Принципи взаємодії слідчого з спеціалістами-економістами ……...321

**Єськов С. В.**
Негласні слідчі (розшукові) дії: шляхи вирішення проблемних питань нормативного регулювання ……..324

## ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ НАУКИ

**Коломоец Т. А.**
Поиск оптимальной дефиниции для обозначения административного процесса – один из приоритетов отечественной административно-правовой доктрины ……..329
**Романюк А. Б., Канюка І. М.**
Процесуальна економія та ефективність кримінального судочинства ……332
**Колесніченко В. В.**
Поняття доказів у справах про адміністративні проступки, які посягають на реалізацію права інтелектуальної власності ……...336
**Бондаренко О. О.**
Класифікація судових експертиз у кримінальному судочинстві ……..339
**Ященко А. М., Крижановський М. В.**
Примирення з потерпілим: деякі аспекти застосування в контексті нового кримінального процесуального законодавства ……...343
**Васильєв С. В.**
Тенденції розвитку системи джерел цивільного процесуального права України ……..347
**Магда С. О.**
До питання про відвід (самовідвід) судді ……353
**Вербіцька М. В.**
Проблеми забезпечення своєчасного судового розгляду цивільних справ ……356
**Гловюк І. В.**
Доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про застосування тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом ……..360
**Шилін Д. В.**
Преюдиціальність як властивість судових рішень у кримінальних справах ……...363
**Юрчишин В. М.**
Особливості відносин прокурора з органами, які здійснюють оперативне супроводження досудового розслідування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України ……..367

## СУДОУСТРІЙ

**Руденко М. В.**
Право прокурора на звернення про перегляд судових рішень Верховним Судом України: теорія і практика ……..372
**Вільгушинський М. Й.**
Єдність державної влади як основа взаємодії судів з іншими органами влади загальнодержавного рівня ……...376

## ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

**Задорожній О. В.**
Національне самовизначення та українська державність: міжнародно-правовий підхід ……..380
**Новікова Л. В.**
Конвенційний механізм міжнародного співробітництва у боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю ……385
**Сыроед Т. Л.**
Правовой статус эксперта в международном уголовном судопроизводстве ……388
**Білоскурська О. В.**
Питання взаємодії міжнародного та конституційного права України ……...393

## ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 340.5

# МУСУЛЬМАНСЬКЕ ПРАВО В ЄВРОПІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

**Лук'янов Д. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
начальник управління планування
та координації правових досліджень
Національної академії правових наук України

***Анотація:*** У статті аналізуються демографічні процеси, які відбуваються у Європі, збільшення мусульманського населення та кількості конфліктів на релігійному ґрунті. Автор розглядає декілька варіантів розвитку подій, політику в країнах Європи (Франція та Великобританія) щодо мусульманської громади і доходить висновку, що релігійному порозумінню буде сприяти визнання прав релігійних громад, у тому числі мусульманської, на регулювання окремих сфер життя на основі власних норм. Водночас можливість застосування релігійного, зокрема мусульманського, права повинна поширюватися лише на сферу приватного права і насамперед, сімейного та спадкового. Публічне право, що закріплює основоположні принципи функціонування суспільства та держави, повинно буди єдиним для всіх незалежно від релігійної належності.

***Ключові слова:*** мусульманське право, іслам, релігія, приватне право, публічне право.

***Аннотация:*** В статье анализируются демографические процессы, происходящие в Европе, увеличение мусульманского населения и количества конфликтов на религиозной почве. Автор рассматривает несколько вариантов развития событий, политику стран Европы (Франция и Великобритания) относительно мусульманских общин и приходит к выводу, что религиозному взаимопониманию будет способствовать признание прав, в том числе мусульманской, общин, на регулирование отдельных сфер жизни на основе собственных норм. Возможность применения религиозного, в частности мусульманского, права должна распространяться лишь на сферу частного права и, прежде всего, семейного и наследственного. Публичное право, закрепляющее основополагающие принципы функционирования общества и государства, должно быть единым для всех независимо от религиозной принадлежности.

***Ключевые слова:*** мусульманское право, ислам, религия, частное право, публичное право.

***Annotation:*** This article analyzes the demographic processes that occur in Europe, the increase in Muslim population and the number of conflicts on religious grounds. The author discusses several options for the future policy in Europe (France and UK) for the Muslim community and concludes that religious understanding will facilitate the recognition of the rights of religious communities, including Muslim, the regulation of certain areas of life based on their own rules. However, the possibility of religious, particularly Islamic law should apply only to the field of private law and, in particular, family and inheritance law. Public Law, which enshrines the fundamental principles of society and state should Buda same for all regardless of religious affiliation.

***Key words:*** Islamic law, Islam, religion, private law, public law.

---

Зв'язок сучасного європейського права з християнською традицією є загальновизнаним. У працях багатьох науковців обґрунтовано доведено, що християнство, зокрема канонічне право, є одним зі стовпів, на якому побудоване романо-германське право та, відповідно, правові системи окремих європейських держав.

Гарольд Берман у своїй праці «Law and revolution. The Formation of the Western Legal Tradition» (у російському перекладі – «Западная традиция права: эпоха формирования») зазначає, що канонічне право стає в XII ст. першою сучасною правовою системою Заходу. Сама церква вперше розглядається як юридична система, як правова держава зі складною системою управління [1, с. 530]. У результаті Папської революції церква стала особливим політико-правовим утворенням у Європі. Не будучи державою, вона набула багатьох її ознак і оголосила себе незалежною, ієрархічною, публічною владою. Її глава — папа мав право видавати закони, а церква проводила їх крізь адміністративну ієрархію, через яку папа правив так само, як нині править суверенний правитель через своїх представників. Церква тлумачила свої закони і застосовувала їх через судову ієрархію, вершиною якої була папська курія в Римі. Таким чином, вона здійснювала законодавчі, адміністративні та судові повноваження сучасної держави. На додаток до цього церква дотримувалась раціональної системи юриспруденції, канонічного права. Вона обкладала своїх підданих податком у формі десятини та інших повинностей. Через записи про водохрещення і смерть церква, по суті, вела метричні книги. Водохрещення ж надавало свого роду громадянство, якого можна було позбавитися через відлучення від релігії. Час від часу церква збирала армії [1, с. 113, 114]. Таким чином католицька церква сформувала не лише сукупність певних правил поведінки, а й повноцінну правову систему з усіма її елементами – правом, розвинутою правовою наукою, підготовкою юридичних кадрів, судовими та виконавчими органами й посадовими особами, які застосовували та захищали право з дотриманням певних процедур. Із часом, як зазначає Г. Берман, система канонічного права та система управління були запозичені державами, що формувалися в наступні епохи [1, с. 521].

Патрік Глен також відзначає, що канонічне право разом із римським найбільше вплинуло на становлення європейських правових систем [2, с. 133].

Водночас наприкінці XX – на початку XXI ст. світові глобалізаційні процеси змінюють звичний для нас світ. Значна міграція населення призвела до суттєвої зміни структури національних та релігійних

*© Лук'янов Д.В., 2012*

громад, що мешкають у Європі. Найбільш швидкими темпами в усіх європейських країнах зростає чисельність мусульманської громади. За різними оцінками, кількість мусульман в Європі перевищила 44 млн. осіб, що становить 6% населення. За даними The Pew Research Center, за 2009 рік ця громада нараховує у Франції близько 3,5 млн., у ФРН – 4 млн., в Албанії – 2,5 млн., у Косово – 2 млн., у Великобританії – 1,6 млн., у Боснії-Герцоговіні – 1,5 млн. у Болгарії – 1 млн, у Македонії – 0,7 млн. Зростає не лише кількість мусульманського населення в абсолютних цифрах, зростає, відповідно, їх доля у загальній кількості населення цих країн. Так, у Франції мусульманська община становить 6% населення, у ФРН – 5%, в Албанії – 80%, у Косово – 90%, у Великобританії – 2,7%, у Боснії-Герцоговіні – 40%, у Болгарії – 12%, у Македонії – 33% [3].

Згідно із соціологічними прогнозами тенденція збільшення кількості мусульманського населення та його долі у суспільстві збережеться у наступні десятиліття. Так відповідно до прогнозу The Pew Research Center мусульманська громада у Європі до 2030 року збільшиться до 58 млн. осіб, що становитиме вже 8% населення.

Філіп Дженкінс із Університету Пенсільванії прогнозує, що до 2100 року мусульмани становитиме вже 25% населення Європи [4]. Таким чином, проблема співіснування в європейських державах різних релігійних громад не лише не зникне сама собою, а з часом стане ще більш складною. Як зазначені демографічні зміни вплинуть на різноманітні соціальні процеси у Європі, спрогнозувати складно, але більшість науковців вважає, що вплив ісламу на суспільні відносини буде все більш відчутним.

Відомі футурологи Елвін та Хейді Тоффлери передбачають, що поступово центри християнства перемістяться у Латинську Америку, а вплив ісламу в Європі буде все більш відчутним на всі сфери життя – політику, економіку, культуру тощо [5]. Філіп Дженкінс, автор роботи «Християнство майбутнього», також визнає, що з другої половини XX століття головні центри християнського світу рішуче зміщуються до Африки, Латинської Америки та Азії [6, с. 533].

Останні десятиліття показують зростання кількості та масштабності соціальних конфліктів між мусульманською та іншими громадами Європи. Так, наприкінці 2004 – на початку 2005 р. значної гостроти набув конфлікт у Франції щодо права мусульманок носити хіджаб – традиційну хустинку, що покриває голову та шию за виключенням обличчя. У лютому 2005 року був прийнятий закон, який заборонив у державних установах та освітніх закладах носити будь-які знаки, що демонструють релігійну належність особи, в тому числі й хіджаб. Це призвело до масових демонстрацій мусульман, які заявляли про обмеження їхніх прав.

Наприкінці 2005 – на початку 2006 рр. вибухнув конфлікт після публікації у датський газеті Jyllands-Posten карикатур на пророка Мухамеда, які повинні були продемонструвати протест проти цензури та підтримку принципу свободи слова у засобах масової інформації. Як наслідок значні виступи за та проти публікації карикатур охопили більшість європейських країн та мусульманських держав, спричинивши сполох насильства між мусульманською та іншими громадами.

Значного розголосу набуло запровадження у Швейцарії заборони на побудову нових мінаретів – спеціальних культових споруд у ісламі, яке було прийнято на референдумі 29 листопада 2009 року. Цей крок призвів до посилення напругі як усередині країни, так й між Швейцарією та мусульманськими країнами.

Головною причиною подібних конфліктів є досить різна ідеологія й культурна традиція мусульманського світу та переважно християнської Європи. На основі цієї ідеології формується досить різна шкала цінностей, яку кожне суспільство намагається підтримувати та захищати. Таким чином ситуація з карикатурами – це конфлікт через визначення переваг – свобода слова чи недоторканість релігійних символів. Як подолати такий конфлікт? Перш за все, через міжкультурний, міжнаціональним та міжрелігійним діалогом. Без знання про цінності одне одного неможливо їх зрозуміти та прийняти, знайти певний компроміс.

Релігійне питання є одним із найактуальніших у сучасній Європі, яка намагається зрозуміти, як жити в нових соціальних умовах. Варіантів рішення є декілька: 1) визнання та закріплення християнської традиції як фундаменту соціальної та правової системи Європи з відповідним ігноруванням мусульманської традиції; 2) дистанціювання від усіх релігій, послідовне проведення секуляризації права та держави; 3) визнання прав релігійних громад, у тому числі мусульманської, на регулювання окремих сфер життя на основі власних норм.

Усі країни Європи намагаються знайти певний шлях вирішення нової для себе проблеми. Проте єдності у цьому питанні не спостерігається, різні країни обирають інколи протилежні шляхи розвитку відносин із мусульманською громадою. Показовим є порівняння політики Франції та Великої Британії. Франція починаючи з XVIII ст. проводить політику секуляризації, чіткого відмежування релігії від держави та освіти. У 1905 році був прийнятий закон про розмежування церкви та держави, який був заснований на принципах нейтралітету держави, свободи релігійної практики та громадських сил, пов'язаних із церквою [7]. Закон проголошував, що Республіка не визнає, не оплачує та не субсидує жодної релігії. Як вже зазначалося, у 2004 році був прийнятий новий закон, що забороняє носіння будь-яких релігійних символів у державних установах та закладах освіти. В 2011 році прийнятий закон про заборону здійснення релігійних обрядів на вулицях, який був спрямований перш за все проти поширеної практики здійснення у громадських місцях молитви мусульманами. Стаття 1 Конституції Франції проголошує її світською, демократичною, соціальною республікою, яка забезпечує рівність перед законом усіх громадян незалежно від походження, раси, релігії.

У Великій Британії провадиться інша політика щодо взаємовідносин з мусульманською громадою. Незважаючи на той факт, що у Королівстві Англіканська християнська церква має статус

державної, всі інші релігії, в тому числі іслам, мають всі демократичні права та гарантії для розвитку.

Значного розголосу мав виступ у 2008 році голови Англіканської церкви – архієпископа Кентерберийського Роуена Уїльямса на тему «Громадянське та релігійне право в Англії: релігійна перспектива», який відбувся в Королівському суді (Royal Courts of Justice) у межах циклу публічних дискусій «Іслам та англійське право». Архієпископ заявив про незворотність включення норм шаріату в британське законодавство. На його думку, Великобританія має визнати, що деякі жителі країни не зв'язують себе межами існуючої правової системи. Включення певних правил шаріату в юридичну практику сприяло б збереженню єдності в британському суспільстві, оскільки в такому разі мусульманам не довелось б вибирати між відданістю національній культурі й вірністю країні. Роуен Уїльямс висловив упевненість, що британське суспільство зможе знайти шляхи співіснування шаріату із законодавством, як це вже відбулося з іншими релігіями. Водночас він підкреслив, що не передбачає, що приватні права людини як послідовника певної релігії, будуть ставитися вище його прав та обов'язків як громадянина Великобританії. Окремо доповідач звернув увагу на наявність у суспільстві негативних стереотипів стосовно шаріату, які формуються на тлі слабких знань про його сутність [8].

Лекція Роуена Уїльямса привела до значного пожвавлення суспільної дискусії щодо місця мусульман у британському суспільстві та шаріату у правовій системі Сполученого Королівства. Необхідно зазначити, що у більшості виступів на цю тематику оцінювалися пропозиції архієпископа негативно. Так, офіс прем'єр-міністра оприлюднив заяву, що закони шаріату на можуть бути використані для виправдання порушення англійських законів, а принципи мусульманського права не повинні застосовуватися в англійських судах, у Великобританії повинен застосовуватися закон, який базується на британських цінностях.

Водночас, незважаючи на різкі заяви деяких політичних діячів, правова система Великобританії фактично робить кроки на зустріч мусульманській громаді у питаннях визнання та застосування шаріату. Ще у 2003 році Британський уряд на законодавчому рівні визнав існування полігамних браків, які визнаються у мусульманському праві, та змінив деякі нормативні акти [9].

Так, у 2008 році у Великобританії офіційно почав роботу перший мусульманський суд (Muslim Arbitration Tribunal), який був утворений відповідно до Закону про арбітраж 1996 року (Arbitration Act 1996) [10]. Він заснований вченими та законознавцями Ісламського університету у місті Нунеатон (Nuneaton), графство Уорикшир, та входить до системи альтернативного розгляду спорів. До його компетенції належать комерційні, цивільні, сімейні справи, а також деякі випадки насилля у сім'ї та сусідські спори. Мусульманський суд є недержавним органом добровільного розгляду спорів у разі, якщо обидві його сторони згодні та звернулися до суду з проханням розсудити їх [11]. Це перший мусульманський арбітражний суд, офіційно визнаний владою, рішення якого є юридично обов'язковими. Проте у Великобританії подібні мусульманські суди фактично існують вже декілька десятиліть, а деякі дослідники нарахували їх більше 80 у різних частинах країни [12]. До речі, необхідно згадати, що Великобританія сприяє створенню арбітражних судів не лише для мусульман, а й іудеїв, які користуються його послугами вже багато років [13].

Рішення, що приймаються на рівні загальноєвропейських інституцій, останнім часом стають все більше релігійно нейтральними та намагаються не надавати переваг певній релігії, перш за все християнству як традиційній релігії більшості. Класичним прикладом є викреслення згадки про християнські корені в проекті Конституції Європи. Чи вирішує це проблему соціальних конфліктів на релігійному ґрунті? Напевно, ні. Так, наприклад, навіть якщо ми не будемо згадувати про християнський зміст західного інституту сім'ї та шлюбу, зрозуміло, вони мають відповідне релігійне забарвлення та не завжди відповідають уявленням про них в ісламі.

Необхідно підкреслити, що відсутність знань про іслам як релігійну та правову систему призводить до неоднозначних висновків навіть таких шанованих у Європі інституцій, як Європейський Суд з прав людини. Так, у рішенні від 13 лютого 2003 року (партія Рефах та інші проти Туреччини) Суд обґрунтував відсутність порушення Конвенції під час заборони вказаної політичної партії. Суд зазначив, що політична партія пропонувала запровадження шаріату у правовій системі Туреччині поряд із національним правом, тобто виступала за плюралізм правових систем. На думку Суду, це призвело б до розмежування всіх осіб за релігійною належністю, у зв'язку з чим права та свободи залежатимуть від приналежності до певної релігії, а подібна модель суспільства не відповідає Конвенції. Також Суд відзначив, що партія намагалася ввести шаріат як правову систему, що застосовується до мусульманської громади, та постановив, що шаріат є антитезисом демократії, що він базується на догматичних цінностях та є протилежним здоровому глузду, концепції свободи, незалежності, а також ідеалам, заснованим на науці [14].

Така ситуація багато в чому пов'язана з недостатніми знаннями про мусульманську правову систему. Якщо запитати навіть досвідченого європейського науковця, що таке мусульманське право та які його риси, то абсолютна більшість не зможе відповісти. Водночас це одна з найбільших у світі правових систем, дія якої поширюється більше ніж на 1,5 млрд. осіб, які мешкають, зокрема, у Європі.

Чи можуть співіснувати різні правові системи в межах певної держави? Такий досвід є в багатьох державах світу, в тому числі й деяких європейських. Показовим є досвід застосування кількох правових систем у Республіці Кіпр. Правова система Кіпру в цілому побудована за англійським зразком, проте визнає дію деяких релігійних систем права – шаріату для мусульманської громади та канонічного – для християнської громади. Згідно зі ст. 111 Конституції Кіпру будь-яке питання щодо заручин, шлюбу, розлучення, судового поділу або реституції

подружніх прав чи сімейних відносин повинно регулюватися правом греко-православної церкви або, відповідно церкви іншої релігійної групи, яке застосовувалося на 1960 рік, і має бути підсудним судам такої церкви. Більше того, Конституція забороняє законодавчій владі вторгатися в зазначену сферу [15].

Таким чином, на наш погляд, саме третій шлях – визнання прав релігійних громад, в тому числі мусульманської, на регулювання окремих сфер життя на основі власних норм може привести до релігійного порозуміння в Європі. Водночас він передбачає певний плюралізм права, що застосовується до різних громад та можливість особам самим обирати, яким правом користуватися. Гарольд Берман підкреслює, що двоїстість церковної та світської юрисдикції є однією з основних рис формування західної традиції права, яка стала джерелом розвитку права та джерелом свободи [1, с. 10]. Тому не треба побоюватися незвичних нам, європейцям, систем права.

Принциповим у такому випадку буде питання про розмежування сфер суспільного життя, що повинні регулюватися для всіх однаково, та сфер, які можуть регулюватися для різних громад по-різному. Можливість застосування релігійного, зокрема мусульманського права, повинна поширюватися лише на сферу приватного права та, перш за все, сімейного та спадкового. Водночас загальні принципи європейського права – демократія, права людини, правова держава, верховенство права та інші, що закріплені у публічному праві, повинні залишитися єдиними для всіх громадян незалежно від їх релігійної належності.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Berman H. J.* Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition / Harold J. Berman. – Harvard University Press, 1997. – 657 p.
2. *Glen P. H.* Legal Traditions of the World / H. Patrick Glen. – Oxford University Press Inc : New York, 2004. – P. 133.
3. *The Future* of the Global Muslim Population available at (last visited Apr. 23, 2012) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pewforum.org/future-of-the-global-muslim-population-preface.aspx
4. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://richarddawkins.net/comments/905172
5. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.alvintoffler.net/, (Last visited Apr.23,2012)
6. *Jenkins P.* Demographics, Religion, and the Future of Europe, Orbis / Philip Jenkins // A Journal of World Affairs. – 2006. – Vol. 50. – № 3. – p. 533.
7. *Loi du* 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, available at // [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://fr.wikisource.org/
8. *Civil and Religious* Law in England: a religious perspective / available at // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/
9. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/742/contents/made
10. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents
11. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sundaymercury.net/news/midlands-news/2008/09/07/muslim-college-in-midlands-is-running-sharia-law-court-66331-21696968/
12. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dailymail.co.uk/news/article-1196165/Britain-85-sharia-courts-The-astonishing-spread-Islamic-justice-closed-doors.html
13. *The Beth* Din, Jewish Courts in the UK, the Centre for Social Cohesion L. – SW1P 3AY. – 2009.
14. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://cmiskp.echr.coe.int
15. *Available at* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.presidency.gov.cy

УДК 340.0

# АНТОПОЛОГО-КОМУНІКАТИВНИЙ ПІДХІД ЯК ВАЖЛИВИЙ АСПЕКТ ДОСЛІДЖЕННЯ КОМПРОМІСУ ТА КОНФЛІКТУ В СУЧАСНОМУ ПРАВІ

**Бобровник С. В.,**
професор кафедри теорії права та держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

***Анотація:*** Обґрунтовано значення антропологo-комунікативного підходу дослідження правового компромісу та правового конфлікту, визначено переваги його застосування та запропоновано шляхи удосконалення правового забезпечення людської комунікації.
***Ключові слова:*** правовий компроміс, правовий конфлікт, антропологo-комунікативний підхід.

***Аннотация:*** Обосновано значение антропологo-коммуникативного подхода исследования правового компромисса и правового конфликта, определены преимущества его применения и предложены пути совершенствования правового обеспечения человеческой коммуникации.
***Ключевые слова:*** правовой компромисс, правовой конфликт, антропологo-коммуникативный подход.

***Annotation:*** The article determines advantages of the use of anthropo-communicative approach in the process of legal compromise and legal conflict investigation, determines the advantages of its applicationand suggest ways of improving the legal provide of human communication.
***Key words:*** legal compromise, legal conflict, anthropo-communicative approach.

---

Актуальність теми дослідження обумовлюється рядом об'єктивних причин, однією з яких є потреба у формуванні наукового підходу, що дає змогу більш органічно інтегрувати феномен людини та формально-логічний підхід у процесі правового впливу на суспільство. Така інтеграція обумовлена необхідністю забезпечення гуманізації права, його системності, непротирічності та реальної можливості реалізації основного функціонального призначення в сучасному суспільстві – забезпечення подолання конфліктів шляхом застосування ефективних прав окомпромісних засобів.

З огляду на це можливо виокремити декілька чинників (переваг) застосування антропологo-комунікативного підходу до дослідження правового конфлікту та правового компромісу.

По-перше, *існує необхідність модернізації загальної моделі взаємовідносин «суспільство – держава – людина»,* в якій на зміну етатистським та юс натуралістським уявленням повинно прийти пізнання того, що зазначені суб'єкти – це перш за все партнери, які функціонують у людському середовищі і разом вирішують загальні завдання.

Подолання конфліктності взаємовідносин у межах класичних типів правопізнання потребує активізації процесу *взаємопроникнення* між загальним, спеціальним та одиничним (суспільство – держава – людина). Іншими словами, монологічне перебільшення впливу одного із наведених суб'єктів людської життєдіяльності може призвести до деконструктивності суспільних відносин, зокрема правових, тому що у разі відсутності стійкої *комунікації між суб'єктами, побудованої за принципом компромісності,* вона постійно буде характеризуватись *перешкодами або розривами.*

З огляду на це слушною є позиція А.В. Полякова, який зазначає, що конфлікт у залежності від ступеня розвинутості та гостроти може бути охарактеризований і як *перешкода* в правовій комунікації, і як *причина* її розриву [1, с. 619].

Отже, антропологo-комунікативний підхід за своєю сутністю, яка полягає у взаємозв'язку індивіда та соціуму, спрямований на забезпечення *компромісності* у сучасній моделі взаємовідносин: *суспільство – держава – людина.*

По-друге, *існує необхідність у модернізації правового забезпечення (охорони та захисту) людської комунікації.* Таке забезпечення у більшості випадків повинно реалізовуватись не за допомогою апарату примусу, заборон та обмежень, що відображають насильницький аспект права, а бути побудованим на засобах *правового компромісу.* Зазначимо, що застосування фізичного примусу не виключається, воно тільки повинно із більш інтенсивного та загального набути форми стимулюючого та індивідуального.

Ідею щодо перебільшення у *правовому забезпеченні стимулюючого впливу* над *примусом* висвітлено у працях багатьох учених-правників. За словами Д. Ллойда, не кожна встановлена в законодавстві норма повинна бути забезпечена *примусом,* хоча останній може бути необхідним елементом ефективної правової системи. При цьому було б помилково вважати ці норми неправовими [2, с. 49].

Як стверджує В.В. Лапаєва, примус не є визначальною ознакою права. Право необхідно розуміти як результат та засіб *соціального компромісу,* що допомагає розкрити його інтегровані (об'єднуючі) якості [3, с. 25].

Таким чином, використання *антропологo-комунікативного підходу* до пізнання права більше сприяє встановленню *правової компромісності* у суспільстві, ніж застосування інших типів праворозуміння.

По-третє, правову систему доцільно *конструювати, враховуючи біполярну модель соціального життя.* Пов'язано це з тим, що *соціальна комунікація* характеризується двома парадигмами. З одного боку, це парадигма

*© Бобровник С.В., 2012*

*компромісу*, а з іншого – парадигма *конфлікту*. Зазначені аспекти соціального буття з онтологічної точки зору є двома діалектично протиборними і у той же час об'єднуючими факторами, які впливають на формування всіх сфер діяльності людини, зокрема правової [4, p. 44-47].

За словами Ю.І. Гревцова, *компроміс і конфлікт* надзвичайно важливі для пізнання принципових питань правової реальності. Ці категорії допомагають пізнати засади правової поведінки суб'єктів; встановити напрямок їх діяльності, ураховуючи індивідуальний та соціальний аспекти права. Іншими словами, біполярність правового життя відображається у соціальній системі за допомогою двох протиборних, але взаємообумовлених тенденцій людської поведінки – *компромісності і конфліктності* [5, с. 193-195]. Звідси Ю.О. Тихомиров зазначає, що *компромісні і конфлікті відносини* є джерелом правотворення. Перші відображають солідарність та єдність інтересів, сприяють вибору варіантів правомірної поведінки, а також забезпечують досягнення домовленості між суб'єктами. Такі відносини доцільно упорядковувати за допомогою права або визнати їх правом.

У свою чергу, другі із зазначених відносин відображають негативну діяльність суб'єктів, яка обумовлена гедоністичними цінностями та антиморалістичними мотивами, а також природним протиборством суб'єктів. Такі відносини необхідно завчасно попереджати та за можливості регульовувати за допомогою охоронних та захисних норм [6, с. 84-85].

З огляду на це *антропологo-комунікативне правопізнання конфлікту і компромісу* охоплює найкращі аспекти природно-правової та соціолого-психологічної концепцій права і розкриває *індивідуальний* та *соціальний* аспекти правового буття людини у біполярному соціумі.

На думку І.Л. Честнова, *антропологo-комунікативне* пізнання права охоплює психологічний, позитивістський, природний та соціологічний його аспекти. Пов'язано це з тим, що *антропологo-комунікативний* підхід заснований, як зазначалось вище, на синтезі *індивідуального та соціального аспектів права*, тобто охоплює індивідуальні соціолого-психологічні якості людини, встановлений позитивними приписами правопорядок, правові звичаї та конкретні життєві ситуації, які можуть піддаватись правовому упорядкуванню [7, с. 53-55].

Ураховуючи зазначене можна стверджувати, що біполярна модель соціального буття потребує *антропологічного та комунікативного* підгрунтя. Пов'язано це з тим, що за допомогою *антропологічного аспекту* пізнаються конкретні (індивідуальні) чинники, які спонукали індивіда до *конфліктної або компромісної* поведінки. У свою чергу, за допомогою *комунікативного аспекту* визначається характеристика та пізнається динаміка *конфліктних і компромісних відносин.*

Нарешті, існує необхідність створення внутрішньо- та зовнішньо-несуперечливої теорії пізнання права, зокрема, *правових конфліктів і правових компромісів.* Така теорія повинна синтезувати усю сукупність проявів *правового конфлікту і правового компромісу*, враховуючи *індивідуальний та соціальний аспекти* їх динаміки. Звідси пізнання права, зокрема *правового конфлікту і правового компромісу,* безпосередньо пов'язується із людиною як соціальним елементом і найбільш яскраво виявляється у межах *антропологo-комунікативного* підходу.

Слід зазначити, що одним із перших на теренах колишнього СРСР *антропологo-комунікативну концепцію* права почав досліджувати та розвивати А.В. Поляков. Він довів, що ідеологію прав людини не потрібно культивувати та підміняти нею сутність права, більш правильно закладати у сутність права найбільш важливі *соціальні комунікації.* Іншими словами, право є невід'ємним елементом життя соціуму. Отже, людина як соціальний суб'єкт не може бути сконструйована без права, прав та обов'язків, які реалізуються у *правовій комунікації* [1, 97-98; 8, с. 12, 16, 19].

У такому розумінні право одночасно є природним (онтологічним), *тому що входить у структуру буття суспільства,* позитивним (штучним), *оскільки конструюється та формально закріплюється людьми у джерелах права,* і соціальним, *тому що безпосередньо пов'язано із природою людини і не має сенсу без її існування* [9, с. 449-450].

З огляду на це, можливо стверджувати, що за своєю сутністю *антропологo-комунікативне* пізнання права та його явищ об'єднує теоретичну та практичну сфери буття права. При цьому вважаємо за доцільне доповнити цей висновок і стверджуємо, що категорії *правовий конфлікт і правовий компроміс є* фундаментальними у *антропологo-комунікативний теорії,* тому що природа людського соціуму *конфліктна*, а для нормального функціонування усіх його механізмів, зокрема правових, є необхідним *компромісне* урегулювання *конфліктних* комунікацій (відносин).

Таким чином, *антропологo-комунікативний підхід* до права, на відміну від інших типів правопізнання, використовує категорії «*правовий компроміс*» і «*правовий конфлікт*» для розкриття сутності правової реальності.

Іншою важливою перевагою *антропологo-комунікативного підходу* до дослідження *правового конфлікту* і *правового компромісу* є те, що цей тип правопізнання одночасно відображає *суб'єктивну та об'єктивну сторони права та його явищ,* зокрема, розкриває індивідуальний та соціальний аспекти *правового конфлікту і правового компромісу.*

Перш ніж перейти до третьої переваги *антропологo-комунікативного підходу* до пізнання *правового конфлікту і правового компромісу*, слід зазначити, що в соціально-неоднорідному суспільстві індивід тільки тоді стає особистістю, коли його залучено до суспільних відносин. Водночас, динаміка цих відносин здійснюється у соціально-неоднорідному суспільстві, тому інтереси суб'єктів, які у них беруть участь, різні. Звідси правотворець установлює правові приписи на засадах саме інтересів особистості, при цьому обов'язково ураховуючи вимоги, що ставляться суспільством, державою та соціальної групою до поведінки особистості [10, с. 20].

Таким чином, можна стверджувати, що фундаментальними елементами формування правових приписів є, з одного боку, *антропологічна складова,* а з іншого – *комунікативна.* На підтвердження цього висновку наведемо декілька позицій науковців щодо взаємозв'язку *індивідуального (антропологічного) і соціального (комунікативного)*.

Звідси, як правильно зазначає Н.С. Пилюгіна, зароджується ідея *конфлікту* у правосвідомості та починається його реалізація у правовій поведінці людини. Пов'язано це з тим, що, з одного боку, людина має суб'єктивну розумову діяльність, а з іншого, – вона перебуває під впливом об'єктивного соціального функціонування суспільства. При цьому *внутрішні та зовнішні правоконфліктні* вияви долаються за допомогою відповідних *правокомпромісних засобів*, серед яких – і самовиховання, яке здійснюється на засадах загальноморалістичних принципів та конкретно правових приписів [11, с. 15-17].

Іншими словами, за допомогою застосування *антрополого-комунікативного підходу, конфліктність та компромісність* суспільних відносин стає можливо виявити на стадії правоутворення, коли враховуються індивідуальні інтереси особистості при формуванні та санкціонуванні правових норм, що є обов'язковими для кожного суб'єкта у суспільстві.

Слід також зазначити, що за допомогою *антрополого-комунікативного* підходу правнику відкривається можливість дослідити соціальний аспект *внутрішніх правових конфліктів* (правових колізій та прогалин у праві) та *компромісність правової системи.* При цьому соціальний аспект *зовнішніх правових конфліктів* виявляється за допомогою застосування будь-якого з типів правопізнання. Пов'язано це з тим, що *зовнішні правові конфлікти* характеризуються наявністю правової комунікації, яка не може бути у суб'єкта права сама по собі, тобто *соціальний аспект* діє у зв'язку із функціонуванням суб'єктів права, які вступають у правові відносини з іншими суб'єктами.

За словами І.Л. Честнова, *компромісність правової системи* при застосуванні антрополого-комунікативного підходу виявляється у діалогічному бутті права, взаємозв'язку ідеального та матеріального, зовнішнього та внутрішнього та інших протилежних елементів, що формують структуру правової реальності і виявляються у правових формах, зокрема, *правокомпромісних,* наприклад: діалог норми права та правовідносин, права та закону тощо [12, с. 4-5].

Щодо виявлення *соціального аспекту у внутрішніх правових конфліктах* при застосуванні *антрополого-комунікативного підходу*, то він безпосередньо може бути пізнаний завдяки *легалізації та легітимізації* правових норм.

Ще однією перевагою застосування *антрополого-комунікативного підходу* до дослідження *правового компромісу і правового конфлікту* є характер буття цих правових явищ. Саме *антрополого-комунікативний підхід* дозволяє виявити взаємозв'язок *трансцендентного та іманентного* у процесі упорядкування *конфліктів і компромісів.*

Такий висновок пов'язаний з тим, що *трансцендентне в праві* – це зовнішні по відношенню до права як цілого соціальні чинники, які виявляються у поведінці суб'єктів, що здійснюється у правовідносинах. У свою чергу, *іманентне в праві* – це правові норми, процес їх правоутворення та реалізація у правовідносинах.

За словами І.О. Ільїна, право обумовлюється взаємозв'язком трансцендентного та іманентного. При цьому такий взаємозв'язок *має конфліктний або компромісний характер* [13, с. 125-126].

Звідси, як правильно стверджує П. Шлаг, найбільш важливим для буття права та його дослідження є *стан діалогу (компромісу) між трансцендентним та іманентним.* При цьому *трансцендентне* є генетичною та функціональною засадою права, а *іманентне* – спеціально-юридичною складовою буття права [14, с. 1200-1210].

Ураховуючи комунікативно-антропологічну методологію [15, с. 450-451; 16, с. 30-35], можна виявити особливості *правового компромісу і правового конфлікту* у *трансцендентній та іманентній* складовій права.

Так, *правові компроміси і правові конфлікти* у межах *іманентної* складової права найбільш чітко можна виявити під час *антрополого-комунікативного аналізу правових текстів.* Зазначений аналіз обумовлюється виконанням таких завдань.

По-перше, на підставі *антрополого-комунікативного аналізу правових текстів* можна отримати емпіричні дані про правові умови життєдіяльності індивіда, групи (об'єднання) людей, держави та суспільства [17, с. 75-80].

По-друге, за допомогою зазначеного аналізу можна виявити найбільш гострі проблеми та рівень ефективності *правового регулювання* відносин між суб'єктами права, модель яких закріплена у правовому тексті [18, с. 54-58].

Нарешті, застосування антрополого-комунікативного аналізу дозволяє виявити найбільш перспективні методи правової регламентації з точки зору *комфортності (компромісності)* реалізації людьми правових установок [19, с. 78-87].

Ураховуючи наведене можна зробити висновки щодо переваг застосування антрополого-комунікативного підходу до дослідження правового компромісу і правового конфлікту.

1. Чинниками, які обумовлюють переваги застосування антрополого-комунікативного підходу до дослідження правового компромісу та правового конфлікту, є:

- нагальність *модернізації загальної моделі взаємовідносин «суспільство – держава – людина»,* в якій зазначені суб'єкти повинні бути перш за все *партнерами,* які функціонують у людському середовищі і разом вирішують загальні завдання;
- необхідність *удосконалення правового забезпечення людської комунікації,* яке повинно реалізовуватись не за допомогою апарату примусу, заборон та обмежень, що відображають насильницький аспект права, а бути побудованим на засобах *правового компромісу;*
- наявність та функціонування *біполярної моделі соціального життя,* у якій соціальна

комунікація характеризується двома парадигмами, з одного боку, це парадигма *компромісу*, а з іншого – парадигма *конфлікту.*

2. До *переваг антропологo-комунікативного типу правопізнання конфлікту і компромісу* належать:

- дослідження моделі *взаємовідносин «суспільство – держава – людина»* як дуалістичного протиріччя *конфлікту і компромісу;*
- пріоритетність застосування *стимулюючого правового впливу,* що зумовлює *компромісність* правовідносин;
- розкриття індивідуального та соціального аспектів динаміки *правокомпромісних і правоконфліктних* відносин;
- функціонування *конфлікту і компромісу* як сутнісних засад права, що, на відміну від інших типів правопізнання, допомагає відобразити усі аспекти правової реальності;
- виявлення соціального аспекту (процесу легалізації та легітимізації правових норм) *внутрішніх правових конфліктів* та *компромісності* правової системи;
- об'єктивація *правових конфліктів і правових компромісів* у певну форму (правовий текст) та реалізація у відповідних правовідносинах;
- пізнання сутності *правового компромісу і правового конфлікту* у процесі легалізації та легітимізації правових норм;
- встановлення взаємозв'язку *трансцендентного та іманентного у* процесі *правового упорядкування конфліктів і компромісів.*

3. За допомогою *антропологo-комунікативного підходу* здійснюється синтез усіх виявів *правового компромісу і правового конфлікту,* що пов'язано із дослідженням людини як індивіда та соціального елемента.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного похода: курс лекций / А.В. Поляков. – СПб.: С.-Петербургский гос. ун-т, 2004. – 864 с.

2. *Ллойд Д.* Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? / Д. Ллойд; пер. с англ. М.А. Юмашевой, Ю.М. Юмашева; науч. ред. Ю.М. Юмашев. – М.: ЮГОНА, 2002. – 415 с.

3. *Лапаева В.В.* Социология права: в поисках новой парадигмы / В.В. Лапаева // Государство и право. – 1992. - №7. – 19-29.

4. *Luhmann N.* Rechtssoziologie. Reinbeck bei Hamburg: Rewohlt, 1972. – 453 p.

5. *Гревцов Ю.И.* Социология права: курс лекций / Ю.И. Гревцов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 304 с.

6. *Тихомиров Ю.А.* Право официальное и неформальное / Ю.А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2005. – №5. – С. 80-87.

7. *Честнов И.Л.* Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права / И.Л. Честнов. – СПб.: С.-Петербургский гос. ун-т, 2002. – 285с.

8. *Поляков А.В.* Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения / А.В. Поляков // Правоведение. – 2000. – №2. – С. 4-23.

9. *Гартман Н.К.* К основоположению онтологии: пер. с нем. / Н.К. Гартман. – СПб: Наука, 2003.-640с.

10. *Кондратьєв Р.І.* Теорія антропоцентризму і наукові засади нормативно-правового регулювання суспільних відносин // Університетські наукові записки. – 2005. – №4(16). – С. 19-21.

11. *Пилюгина Н.С.* Антропологический метод познания права: теоретико-правовой анализ: автореф. дис. … канд. юрид. наук.: Спец.: 12.00.01 / Н.С. Пилюгина / Кубанский гос. ун-т, 2009. – 26 с.

12. *Честнов И.Л.* Принцип диалога в современной теории права (проблемы правопонимания): автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.01 / С.-Петербургский гос. ун-т. – СПб., 2002. – 35с.

13. *Ильин И.А.* Путь к очевидности / И.А. Ильин . – М.: Республика, 1993. - 431с.

14. *Schlag P.* Missing pieces: a cognitive approach to law // Texas Law Review. – №67. – 1989. – P. 1195-1250.

15. *Пучков О.А.* Юридическая антропология и развитие науки о государстве и праве (теоретические основы): дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Уральская гос. юрид. акад., 2001. – 502с.

16. *Бачинин В. А.* Антропосоциологические проблемы права / В.А. Бачинин // Правоведение. Известия вузов. – 2001. – №3. – С. 27-39.

17. *Холостова Т.В.* Человек как предмет социально-антропологического исследования / Т.В. Хол остова // Очерки социальной антропологии. – СПб.: Петрополис, 1995. – С.74-84.

18. *Пучков О.А.* Антропологическое постижение права: монограф. / О.А. Пучков - Екатеринбург: Уральская гос. юрид. акад., 1999 – 384с.

19. *Ковлер А.И.* Антропология права: научное издание / А.И. Ковлер. – М.: НОРМА, 2002. – 480с.

УДК 340.113

# СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «РЕЖИМ», «ПРОВАДЖЕННЯ» ТА «ПРОЦЕДУРА» В ЮРИДИЧНОМУ ПРОЦЕСІ

**Слинько Д. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
факультету підготовки фахівців
для підрозділів слідства та дізнання
Харківського національного
університету внутрішніх справ

***Анотація:*** Стаття присвячена аналізу категоріального апарату теорії юридичного процесу і співвідношенню понять «режим», «провадження» та «процедура» в юридичному процесі. На підставі теоретичного аналізу юридичної літератури, нормативно правового матеріалу відзначено, що існує два відносно самостійних поняття «процес» і «процедура», які відрізняють між собою реальну поведінку суб'єктів від законодавчо регламентованої і вказано на необхідність застосування єдиної системи понять і категорій при дослідженні юридичного процесу
***Ключові слова:*** правоутворення, правовий акт, юридичний процес, юридична процедура, юридичне провадження, юридичний режим, юрисдикція, юрисдикційні провадження.

***Аннотация:*** Статья посвящена анализу категорий теории юридического процесса, а именно соотношению понятий «режим», «производство» и «процедура» в юридическом процессе. На основе теоретического анализа юридической литературы и нормативно-правовых актов сделан вывод о том, что есть два относительно самостоятельных понятия «процесс» и «процедура», которые отличают между собой реальное поведение субъектов и поведение регламентированное законом и существует необходимость в применения единой системы понятий и категорий при исследовании юридического процесса.
***Ключевые слова:*** правообразование, правовой акт юридический процесс, юридическая процедура, юридическое производство, юридический режим, юрисдикция, юрисдикционные производства.

***Annotation:*** This article analyzes the categories of the theory of the legal process and the ratio of the terms «treatment», «production» and «procedure» in the legal process. Based on the theoretical analysis of the legal literature and legal acts concluded that there are two relatively independent concept of «process» and «procedure», which differ in the actual behavior and the behavior of the subjects regulated by law and there is a need for a uniform system of concepts and categories in the study of the legal process.
***Key words:*** law-and legal act of the legal process, legal process, legal proceedings, legal regime, jurisdiction, jurisdictional production.

---

Проблема юридичного процесу, суперечки в науці з цього приводу існували в радянській, а зараз існують і в українській юридичній науці не одне десятиліття. Ця проблема належить до тих наукових питань, які неможливо вирішити раз і назавжди, але від вирішення цих питань збагачується не лише юридична наука, але й залежить зміст законодавства, його вдосконалення, ефективність та чинність правової системи.

Юридичний процес, як категорія загальної теорії права, саме через свій загальний характер виявився складним для сприйняття та використання. Відомо, що правові системи світу (за деякими винятками) сформувалися шляхом поступового складання, об'єднання окремих норм у правові інститути, галузі права і т.д., тобто від простого до складного, від часткового до загального, таким же шляхом пізнається і правова теорія – для загальних висновків потрібна достатня кількість досліджених частковостей.

Проблема юридичного процесу в правознавстві відзначена не лише тривалою історією свого існування, але й гостротою та непримиренністю суперечок, відсутністю єдиної думки. Дискусія з приводу юридичного процесу, вирішення питання про існування чи відсутність його, про потрібність чи непотрібність цієї категорії в системі загальної теорії права і зараз далека від завершеності.

Слід вирішити питання про те, чи є юридичний процес лише суто теоретичним узагальненням, чи має також практичне значення, чи можливо за його допомогою вдосконалити законодавство України, всі види юридичної діяльності, та які питання з процедурної, процесуальної точки зору повинна дослідити теорія юридичного процесу.

Об'єктом дослідження в цій статті виступає категоріальний апарат теорії юридичного процесу, а безпосереднім предметом, відповідно, співвідношення понять «режим», «провадження», «процедура» в юридичному процесі.

Під процесуальним режимом розуміють функціональну характеристику права, особливий порядок правового регулювання, що створює певну ступінь сприяння чи несприяння задоволення інтересів суб'єктів [1; 2]. Між тим, набувши значного розповсюдження в праві, законодавстві, наукових дослідженнях, затвердившись в якості нової правової категорії, поняття правового режиму досить рідко застосовується щодо характеристики процесу. Вказана категорія використовується в галузевому значенні, іноді розглядається як складова правового режиму в цілому, оскільки обмеження і стимули в правовому режимі часто мають процесуальний характер [3; 4; 5], питання про її повноцінність навіть розглядалося на загальнотеоретичному рівні [6; 7; 8; 9].

В.М. Горшеньов вважав процесуальний режим складним комплексним структурним утворенням, конструкція якого поєднує принципи процесу, гарантії їх дотримання, а також засоби та способи реалізації принципів [10, с. 151-162]. На його думку, оскільки проблема процесуального режиму з'явилася

*© Слинько Д.В., 2012*

відносно нещодавно в полі зору юридичної науки, вона не тільки недостатньо розроблена, але й ще не має своєї понятійної визначеності [10, с. 150]. Так, одні вчені традиційно розглядають структуру (правових форм діяльності) виключно в площині проваджень і стадій [11]. Інші, що визнають процесуальний режим елементом процесуальної форми, вважають його або обов'язковим елементом структури юридичних процесів [12, с. 7-11], або додатковим чи факультативним [13, с 121].

М.М. Вопленко розглядає поняття процесуального режиму як сукупність процесуальних норм, принципів та гарантій, що характеризують засоби і способи здійснення діяльності, хоча й визнає певну недосконаліть визначення [14, с. 54]. Крім того, справедливо відзначаючи відсутність теоретичних досліджень процесуальних режимів, він оцінює цю категорію як таку, що пов'язана та залежить від категорії «правозастосовне провадження», оскільки їх категоріальна пов'язаність обумовлена реальною залежністю між порядком розгляду і вирішення окремих юридичних справ і відповідним цьому порядку процесуальним режимом здійснення суб'єктивних прав і виконання юридичних обов'язків [15, с. 8]. Враховуючи певну пов'язаність і те, що обидві категорії визначають елементні складові юридичного процесу, слід все ж зауважити, що провадження не є обов'язковою складовою процесу та не залежить від поняття «режим».

Категорія «провадження» широко використовується як законодавцем, так і процесуальною теорією, при цьому багатозначність тлумачення зустрічається в обох сферах. Наприклад, в Міжнародній поліцейській енциклопедії вказано, що процесуальне провадження – це головний елемент процесуальної форми, який узагальнює сам предмет кожної юридичної справи і відповідає комплексу взаємопов'язаних дій [16, с. 915].

За думкою І.В. Бенедика та В.Є. Протасової співвідношення категорій «провадження» і «процес» полягає в такому. Під процесуальним провадженням слід розуміти головний елемент процесуальної форми, що являє собою комплекс взаємопов'язаних і взаємозумовлєних процесуальних дій, які: 1) утворюють певну сукупність процесуальних правовідносин; 2) викликають необхідність у встановленні, доведенні, обгрунтуванні усіх обставин юридичної справи, що розглядається; 3) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення одержаних процесуальних результатів у відповідних актах-документах. Отже, процесуальний режим – це конструкція, яка складається з принципів, що діють у процесуальній сфері, засобів і способів здійснення ефективного процесу, гарантій забезпечення оптимальних результатів процесу, та відображає якісні характеристики правових форм діяльності [17, с. 403].

Як вважає І.М. Погрібний, у методологічному аспекті для правильного з'ясування категорії «процесуальні провадження» та встановлення їх понятійної автономності може бути використана характеристика, напрацьована законодавством і практикою їх застосування у сфері юрисдикції. Наприклад, у цивільному процесі існують позовні провадження, в кримінальному – касаційні та наглядові провадження. Виходячи з цього, можна зробити висновок, що цивільне процесуальне та кримінально-процесуальне законодавство розглядають провадження як особливе явище порівняно з процесом. У той же час, у правничій літературі склалися концепції щодо визначення «провадження» як більш широкої категорії, ніж «процес». Це пов'язано з відсутністю чіткої наукової дефініції процесуального провадження як складового компоненту процесу та відсутністю єдиного критерію класифікації [18, с. 241].

З огляду на предметну характеристику, зазвичай виділяють такі провадження, як поточна правотворчість, правотворчість із впорядкування чинного нормативно-правового матеріалу, санкціонована правотворчість, делегована правотворчість тощо. Видається оптимальним виділення трьох стадій правотворчості: а) підготовчої, яка поєднує комплекс дій з правотворчої ініціативи, підготування та оформлення проекту нормативного акта; б) основної, яка включає комплекс дій з обговорення проекту і його прийняття як правового нормативного акта; в) вирішальної, яка складається з комплексу дій з оприлюднення прийнятого нормативного акта і встановлення порядку введення його в дію. Кожна стадія відрізняється від інших характером здійснюваних дій, специфічністю складу вповноважених суб'єктів та особливостями юридичних наслідків правотворчих операцій. Режим правотворчості також неоднаковий за своєю сутністю. Його можна виділити насамперед виходячи з безпосередніх умов правотворчості і характеру здійснюваних суб'єктами повноважень. Відзначимо такі режими правотворчої діяльності: безпосередня правотворчість народу – референдум; правотворчий режим колегіальних органів держави; правотворчий режим посадових осіб, які мають повноваження приймати нормативні акти одноособово[17, с. 404].

З метою встановлення єдиного критерію класифікації доцільно використовувати перш за все функціональні особливості процесуальних проваджень, що дозволяє об'єднати однорідні процесуальні утворення. Наприклад, правозастосовні провадження доцільно об'єднувати за функціональною ознакою (правонаділяючі або правовиконавчі, правоохоронні чи юрисдикційні), а потім – в залежності від розгляду індивідуально-конкретних справ.

Однак співвідношення обсягу правонаділяючих, правоохоронних та правовстановлюючих проваджень по відношенню до матеріальних галузей права є різним. Так, у сфері застосування кримінального права виключне місце належить правоохоронним провадженням; адміністративному праву в рівній мірі притаманні правонаділяючі та правоохоронні провадження; земельне право характеризується правонаділяючою спрямованістю (провадження по веденню земельного кадастру).

Процесуальні провадження характеризують виключно предметні ознаки юридичного процесу, що підкреслює їх соціальну цінність та призначення, а також індивідуалізуючі ознаки, притаманні автономним утворенням. За думкою болгарського вченого-процесуаліста Ж. Сталева, процесуальне провадження представляє собою фактичний склад,

сукупність усіх процесуальних дій, що здійснюється для досягнення захисту суб'єктивних прав та примусової реалізації правових наслідків і має такі ознаки: є в правовому розумінні динамічним фактичним складом та має кілька суб'єктів; предметом процесуальних прав та обов'язків, як основи провадження, можуть бути виключно процесуальні дії; кожна дія в процесі провадження набуває відносної самостійності; попередні процесуальні дії нерівноцінні порівняно з кінцевим актом; порівняно з кінцевим актом підготовчі процесуальні дії є безпредметними [10, с. 89-90].

Аналіз процесуального законодавства, що закріплює процесуальні провадження в якості елементів юридичного процесу дає можливість зробити висновок, що процесуальне провадження поєднує в собі три органічно пов'язаних компонента: процесуальні правовідносини, процесуальне доказування та процесуальні акти-документи. Завдяки цим елементам визначається предметна характеристика юридичного процесу та його різновидів.

Таким чином, процесуальне провадження – головний елемент юридичного процесу, що представляє собою системне утворення, комплекс взаємопов'язаних та взаємообумовлених процесуальних дій, які: а) складають певну сукупність процесуальних правовідносин, що відзначається предметною характеристикою та пов'язаністю з відповідними матеріальними відносинами; б) вказують на необхідність встановлення, доказування, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних певної юридичної справи; в) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних актах – документах [18, с. 242].

Застосування термінів «провадження» та «процедура» фактично не пов'язано напряму з видом процесу. Як провадженням, так і процедурою, законодавець може називати видову групу процесу або його складову як в юрисдикційній, так і неюрисдикційній сферах, оскільки немає підстав стверджувати, що в неюрисдикційній сфері відсутні провадження чи в юрисдикційній – відсутні прояви процедурності. Провадження, як складова процесу, існує також в неюрисдикційних процесуальних відносинах, наприклад, в позитивному правозастосовному процесі – провадження у справах по зверненням громадян до державних органів чи органів місцевого самоврядування. В той же час, термін «процедура», що також визначає складову процесу, може застосовуватися в юрисдикційній сфері – наприклад, коли мова йде про процедуру огляду, обшуку, процедуру допиту. У сфері приватного юридичного процесу частіше застосовується термін «процедура» – погоджувальні процедури, наприклад. Використовується цей термін для визначення елементу процесу в ході публічного та приватного правоутворення, наприклад – процедура голосування. Також слід визнати звичним застосування терміну «провадження» стосовно різних видів юрисдикційного процесу. Наприклад, в адміністративному праві провадженнями називають: провадження по приватизації державного і муніципального майна, провадження по комплектуванню особового складу (призов на військову службу, зарахування до ВНЗ), заохочувальне провадження [19, с 129].

В такому випадку, застосовуючи термін «провадження» визначається різновид процесу, а терміном «процедура» – елемент процесу, його складову частину, отже, процесуальний режим і процесуальне провадження мають власне змістове навантаження. Крім того, є недоцільним пов'язування процесуального режиму лише з сукупністю процесуальних норм, принципів та гарантій, як це пропонує М.М. Вопленко [14, с. 54], оскільки виділення поняття «процесуальний режим» має сенс лише в тому випадку, якщо розуміти під ним, за аналогією з загальнотеоретичним поняттям режиму, встановлений законодавцем особливий порядок регулювання, що визначається специфічним комплексом правових засобів, який за допомогою поєднання стимулюючих та обмежуючих елементів створює певну ступінь сприяння чи не сприяння з метою реалізації суб'єктами права своїх інтересів [20, с. 38].

І.М. Матузов відокремлює правові процедури від судових процесів таким чином: «Процедури застосовуються в несудових неюрисдикційних провадженнях: в законотворчій діяльності; виборах депутатів, призначенні на посаду громадян. В більшості випадків для цього достатньо реалізації тільки диспозицій, але не санкцій відповідних норм права. Процедурні норми в першу чергу звернені до органів та установ представницької і виконавчої влади» [21, с. 448].

Але підстав для обмеження застосування терміну «процедура» для судочинства, на погляд С.Я. Фурса, не існує, крім поки що законодавчо закріпленої термінології, яка не завжди відповідає об'єктивній істині, про що свідчать численні поправки до законодавства та попередній матеріал, присвячений юридичній науці [22, с. 128]. Одночасно вона приєднується до позиції Б.М. Лазарева, який не ототожнює терміни «процедура», «процес», «процесуальне провадження» [23, с. 5], але вважає за необхідне висловити власну позицію, оскільки через невизначеність понять «процес» та «процедура» й надалі залишається можливість кожному автору на свій розсуд трактувати зазначені поняття.

У зв'язку з цим С.Я. Фурса пропонує при визначенні цих термінів застосувати формально-логічний і порівняльний методи дослідження, проаналізувавши можливість ототожнення процесу та процедури або реальність поглинання одним більш ширшим поняттям іншого. При цьому, поняттю «процедура» надається характер визначеного законодавством, офіційного порядку вчинення певних дій.

За думкою багатьох вчених процедура вважається більш ширшим поняттям, яке має поглинати процес, оскільки усі приписи процесуальних норм мають процедурний характер і всі приписи процесуальних норм виступають завжди як категоричне веління щодо суб'єктів, які уповноважені організовувати правозастосовний процес, і можуть містити диспозитивні засади щодо зацікавлених учасників правозастосовного процесу [24, с. 230]. Б.М. Лазарєв

підкреслював значення встановлення процедур правовими нормами, що забезпечує перетворення їх в «юридичний елемент правопорядку». Він писав, що правові норми, які закріплюють та встановлюють процедури, а в той же час вміщують в собі ідеальні моделі процесу, являються процедурними, а тим самим і процесуальними [23, с. 5]. Але таку позицію можна правильно застосовувати до випадку, коли визначений законодавством порядок здійснення будь-яких дій слід визнати певною догмою, від якої «відійти» не може жоден із суб'єктів. Але слід відзначити, що не завжди реальна поведінка суб'єктів чітко відповідає нормі закону, крім того, будь-які суб'єкти вправі діяти не тільки в межах певної процедури, а й виходити за її межі, якщо такі дії не будуть суперечити закону та їх діями не будуть порушені права інших осіб. Отже, реальний процес може базуватись на нормах законодавства та виходити за його межі. Це ще раз додатково свідчить про те, що не всі реальні процеси можливо охопити процедурою. Але головним в такому процесі є те, що він відбувається під контролем уповноваженої державою особи. Тобто тут фактично констатується, що суспільні відносини в своєму невпинному розвитку будуть випереджати і не завжди потраплять до визначеної законом процедури. Це положення зокрема спонукає науковців на те, щоб не тільки адаптувати процеси до чинного законодавства, а прогнозувати розвиток процедури з метою наступного закріплення новітніх концепцій в законодавстві.

Таким чином, для юридичної практики необхідними є два відносно самостійних поняття «процес» і «процедура», які будуть відрізняти реальну поведінку суб'єктів від законодавчо регламентованої [22, с. 132] що потребує, в свою чергу, узгодженого застосування понятійно-категоріального апарату як в загальній теорії права так і в галузевих науках при вивченні питань, пов'язаних з дослідженням юридичного процесу.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Матузов Н. И.*, Малько А. В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики / Н.И. Матузов, А.В. Малько // Правоведение – 1996. – № 1. – С. 16 – 29.

2. *Малько А. В.* Правовые режимы в российском законодательстве / А.В. Малько, О.С. Родионов // Журнал российского права. – 2001. – № 9. – С. 19- 25.

3. *Пацурківський Ю. П.* Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ю.П. Пацурківський // Чернівецький національний ун-т ім. Ю.Федьковича. – К., 2001. – 217 с.

4. *Гапотченко Т. М.* Особливості правового режиму земель автомобільного транспорту та дорожнього господарства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Т.М. Гапотченко // Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 201 с.

5. *Мазур Т. В.* Правовий режим Фонду гарантування вкладів фізичних осіб у банках.: дис. ... канд. наук: 12.00.07 / Т.В. Мазур // Київський національний університет імені Тараса Шевченка – К., 2008. – 220 с.

6. *Вопленко Н.Н.* О понятии и основных чертах процессуальных правоприменительных производств и режимов / Н.Н. Вопленко // Процессуальные вопросы повышения эффективности правового регулирования социалистических общественных отношений. Ярославль, 1981. – С.9-15;

7. *Исаков В.Б.* Механизм правового регулирования и правовые режимы // Проблемы теории государства и права; под ред. С.С. Алексеева. – М., 1987. – С. 223-326.

8. *Шамсумова Э.Ф.* Правовые режимы (теоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук:12.00.01 / Э.Ф. Шамсумова. – Екатеринбург, 2001. – 24 с.

9. *Родионов О.С.* Механизм установления правовых режимов российским законодательством: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О.С. Родионов. – Саратов, 2001. – 27 с.

10. *Теория* юридического процесса; под ред. В. М. Горшенев. – Х., 1985. – 192 с.

11. *Дрейшев Б.В.* Правотворчество в советском государственном управлении. М., 1977. – С.52-61; Коренев А.Л. Нормы административного права и их применение. М., 1978. – С.3-52; Сахаров П.Д Землеустроительный процесс в СССР. М., 1968. – С.13-49; Шергин А.П. Административная юрисдикция. М., 1978. – С.7-62; Юсупов В.А Правоприменительная деятельность органов управления. – С.18-35.

12. *Горшенев В.М.* Некоторые методологические проблемы теории юридического процесса / В.М. Горшенев // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. – Вып. 4. М., 1977. – С. 7-11.

13. *Тертышников В.И.* Процессуальная форма защиты субъективных прав / В.И. Тертышников // Вопросы государства и права развитого социалистического общества. – Х., 1975. – С. 121.

14. *Вопленко Н.Н.* Праворазъяснение в системе правовых форм государственной деятельности / Н.Н. Вопленко // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды: Сборник научных трудов. – Ярославль, 1989. – С.54.

15. *Вопленко Н.Н.* О понятии и основных чертах процессуальных правоприменительных производств и режимов / Н.Н. Вопленко // Процессуальные вопросы повышения эффективности правового регулирования социалистических общественных отношений. – Ярославль, 1981. – С.8.

16. *Міжнародна* поліцейська енциклопедія. У 10 т. / Відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – Т. 1. – 1232 с.

17. *Загальна* теорія держави і права: підручник; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Х, «Право», 2009. – 584 с.

18. *Теорія* держави і права: навч.посіб.; за заг. ред. І.М. Погрібного; МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. Справ. – Х.: ХНУВС, 2010. – 274 с.

19. *Бахрах Д.Н.* Административное право. Часть общая / Д.Н. Бахрах. – М., 1993. – 301 с.

20. *Родионов О.С.* Механизм установления правовых режимов российским законодательством: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О.С. Родионов. – Саратов, 2001. – 157 с.

21. *Теория* государства и права. / Байтин М.И., Борисов В.В., Григорьев Ф.А. и др. – М.: Юристъ, 2001. – 771 с.

22. *Фурса С. Я.* Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.03 / С.Я. Фурса / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2003. – 429 с.

23. *Лазарев. Б.М.* Понятие и виды управленческих процедур. Их роль в механизме государственного управления / Б.М. Лазарев // Управленческие процедуры. – М.: Юридическая литература, 1988. – С. 5.

24. *Загальна* теорія держави і права / Колодій А.М., Копєйчиков В.В., Лисенков С.Л. та ін.- К.: Юрінком Інтер, 1999. – 317 с.

УДК 341.17

# РЕФОРМУВАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПОЛІЦЕЙСЬКОГО ВІДОМСТВА В КОНТЕКСТІ ТРАНСФОРМАЦІЇ ІНСТИТУЦІОНАЛЬНОГО МЕХАНІЗМУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

**Передерій О. С.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри державно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені. В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті з позицій загальнотеоретичного аналізу висвітлюються основні причини і напрями реформування Європейського поліцейського офісу, аналізується нормативно-правове забезпечення цього процесу. Основна увага приділяється розгляду зміни компетенції Європолу після реформи 2009 року.
***Ключові слова:*** Європейський Союз, Європейський поліцейський офіс, інституціональний механізм Європейського Союзу, реформування Європейського поліцейського офісу.

***Аннотация:*** В статье с позиций общетеоретического анализа освещаются основные причины и направления реформирования Европейского полицейского офиса, анализируется нормативно-правовое обеспечение этого процесса. Основное внимание уделяется рассмотрению изменений компетенции Европола после реформы 2009 года.
***Ключевые слова:*** Европейский Союз, Европейский полицейский офис, институциональный механизм Европейского Союза, реформирование Европейского полицейского офиса.

***Annotation:*** The article aims to outline the major reasons and trends in European police Office's reformation as well as to analyze them from the point of view of theory and legal framework. Author's priority is given to the new competences of Europol following the reforms of 2009.
***Key words:*** the European Union, European Police Office, institutional machinery of the European Union, the European Police Office reformation.

---

Багаторічний розвиток інтеграційних процесів держав у межах Європейського Союзу (далі – ЄС) є поетапним і складним процесом. Він супроводжується створенням багатьох наддержавних інституцій і їх подальшою організаційно-правовою трансформацією. За час свого існування практично всі ланки інституційного механізму ЄС зазнали структурних і функціональних змін. З організацій, в межах яких розвивалися господарські і економічні зв'язки, вони перетворилися на унікальні утворення нового типу, які функціонують на базі тісного співробітництва держав-членів ЄС у різних галузях народного господарства і сферах суспільних відносин.

Європейський поліцейський офіс (далі – Європол) як складна поліфункціональна структура, що була заснована для координації діяльності національних органів охорони порядку держав європейського альянсу з метою протидії діяльності транснаціональних організованих злочинних угруповань, не стала виключенням. Дана інституція з часу свого заснування також зазнала певних перетворень і зміни правового статусу. Тому *метою статті є висвітлення основних причин реформування Європолу та визначення компетенції цієї організації на сучасному етапі розвитку ЄС.*

Офіційно Європол був заснований 26 липня 1995 року, коли на виконання ст. 29 Маастрихтського договору [1] Радою Європейського Союзу було схвалено Конвенцію про створення Європейського поліцейського відомства (далі – Конвенція про Європол). Основне завдання діяльності Європолу – здійснення загальної координації процесів співпраці поліцейських органів країн-членів ЄС та виконання функції щодо підтримки та посилення діяльності поліцейських органів та інших правоохоронних органів держав-членів Союзу, а також їх спільного співробітництва у запобіганні та протидії тяжкої злочинності, тероризму і тих форм злочинності, що посягають на загальні інтереси, які виступають об'єктом політики Європейського Союзу. Фактично заснування загальноєвропейської поліцейської організації було, як зазначає В.В. Войников відповіддю на необхідність більш тісного співробітництва європейських країн у галузі боротьби зі злочинністю [2, с. 61].

Доцільно зазначити, що за час свого існування правовий статус Європолу змінювався, а сама організація зазнавала реформування. Це обумовлювалося загальною тенденцію трансформації інституціонального механізму ЄС. Основних причин реформування Європолу було декілька:

***по-перше,*** фінансування діяльності Європолу і його загальний бюджет формувався виходячи з фінансових можливостей кожної держави-члена. Ця обставина призводила до певних конфліктних ситуацій на рівні політичного діалогу між державами-членами, адже рівень фінансової спроможності держав ЄС є різним і внески до бюджету Європолу для деяких країн були обтяжливими;

***по-друге,*** правомочність Європолу залежала від того, наскільки швидко Конвенцію про його заснування ратифікують національні парламенти держав-членів ЄС. Ураховуючи те, що ЄС із кожним роком розширювався, збільшувалася кількість парламентів, що мають визнати юрисдикцію Європолу. У підсумку Конвенція про заснування загальноєвропейської поліцейської організації

*© Передерій О.С., 2012*

ратифікувалася на протязі трьох років і вступила в дію 01 липня 1999 року. Відповідно, даний чинник об'єктивно затягував у часі старт роботи Європолу, надавав іміджу цієї організації певного консерватизму;

***по-третє,*** нормативно-правове забезпечення діяльності Європолу передбачало внесення змін і доповнень до Конвенції про Європол. Це, в свою чергу, потребувало реалізації складної і тривалої в часі процедури ратифікації розроблених змін і доповнень національними парламентами держав-членів. Ураховуючи те, що Європол має діяти оперативно і забезпечувати швидкий обмін інформацією, затягування у часі зміни цієї компетенції обумовлює зниження ефективності роботи його інформаційно-аналітичних підрозділів. Окрім того, серед експертів, що спеціалізуються на функціонуванні Європолу, довгий час точилися дискусії щодо особливостей реалізації його повноважень на території держав-членів ЄС. Мова йде, передусім, про надання Європолу повноважень брати участь у діяльності слідчих груп, координації проведення кримінальних розслідувань національними поліцейськими органами держав-членів і т.д. Поступово це також привело до того, що назріла необхідність переглянути положення Конвенції про Європол і внести в неї зміни шляхом видання спеціальних міждержавних договорів, які також потребували ратифікації в усіх країнах Союзу. Оскільки держави-члени нерідко, як ми вже зазначали, затягували ратифікаційний процес, здійснення необхідних реформ у правовому статусі Європолу відкладалося на багато років. Створювалася ситуація, коли Європол не міг виконувати оперативно свої завдання, адже не мав на це мандату певної держави-члена ЄС.

Відповідно, досить жорсткий і складний юридичний механізм зміни правового статусу функціонування Європолу спонукали Європейський Союз, використовуючи нові законодавчі повноваження в кримінально-правовій сфері, надані йому Амстердамським (1997) і Ніццьким (2001) договорами, скасувати Конвенцію про Європол. Невдовзі було започатковано розробку обов'язкового нормативного акту, подальший перегляд якого більше не потребував би національних ратифікації. На рівні ЄС 06 квітня 2009 року було схвалено Рішення «Про створення Європейського поліцейського відомства (Європол)» (далі – Рішення) [3]. Рішення від 06.04.2009 р. de jure і de facto виступає як документ, що заново засновує Європейське поліцейське відомство. У зв'язку зі скасуванням Конвенції 1995 р. створений на її основі «старий» Європол припиняє своє існування. На його місці створюється «новий» Європол, який повністю інтегрований в організаційний механізм Європейського Союзу і має фінансуватися вже не за рахунок унесків держав-членів, а безпосередньо із загального бюджету ЄС. Можливі зміни до Рішення не підлягають обов'язковій ратифікації національними парламентами.

Оновлення нормативної бази функціонування Європолу започаткувало реформу Європолу. У відповідності до документу «новий» Європол набуває ряд додаткових можливостей і повноважень, яких не мав його попередник. Створений Рішенням від 06.04.2009 р. «новий» Європол виступає правонаступником «старого» Європолу, у тому числі щодо укладених міжнародних угод.

Відповідно до ст. 64 Рішення він почав функціонувати з 01 січня 2010 року. Компетенція Європолу була значно розширена, особливо це стосується повноважень щодо протидії злочинами, які не обов'язково здійснені в рамках злочинної організації. Після реформи 2009 року Європол охоплює кілька найважливіших із точки зору забезпечення правопорядку в ЄС напрямків діяльності:

- протидія організованій злочинності, тероризму та іншим тяжким формам злочинності, що зачіпають дві або більше держав-членів таким чином, що зважаючи на масштаби, тяжкості наслідків відповідних злочинів виникає нагальна необхідність у спільних діях держав-членів;

- оцінка злочинності, що загрожує існуванню ЄС, і проведення стратегічних аналізів;

- протидія злочинності, пов'язаної з:

а) з метою придбати засоби вчинення діянь, що перебувають у сфері компетенції Європолу;

б) злочини, вчинені з метою полегшити або довести до кінця вчинення діянь, що перебувають у сфері компетенції Європолу;

в) злочини, вчинені з метою забезпечити безкарність діянь, що перебувають у сфері компетенції Європолу.

Основними функціями Європолу є:

1) збір, зберігання, обробка, аналіз інформації та відомостей, обмін інформацією та відомостями;

2) невідкладне повідомлення компетентним органам держав-членів за допомогою національного відділу про факти, які їх стосуються, і негайне інформування їх про зв'язки, констатовані між злочинами;

3) сприяння розслідувань у державах-членах, особливо шляхом передачі національним відділам всієї доречної інформації з цього приводу;

4) звернення до компетентних органів відповідних держав-членів із запитами про порушення, проведення та координація розслідувань і висунення пропозицій про заснування спільних слідчих бригад по певних справах;

5) надання державам-членам ЄС відомостей і допомоги в аналізі, коли відбуваються великі міжнародні заходи;

6) підготовка оцінок загрози, стратегічних аналізів і спільних доповідей, пов'язані з його цілями, в тому числі оцінок загрози, яку породжує організована злочинність;

7) розвиток експертних знань щодо застосовуваних компетентними органами держав-членів процедур розслідування і надання порад із проведення розслідувань;

8) надання стратегічних відомостей з метою створення сприятливих умов та сприяння ефективному та раціональному використанню ресурсів, наявних на національному рівні та на рівні Союзу для оперативної діяльності, та надання підтримки цієї діяльності.

Європол також виступає як центральне відомство з боротьби з підробками євро відповідно до Рішення

2005/511/ПВД Ради від 12.07.2005 р. про захист євро від фальшивомонетництва. Європол також може сприяти координації заходів, що вживаються компетентними органами держав-членів або в рамках спільних слідчих бригад, коли доречно, у взаємозв'язку з установами Союзу або третіх держав, з метою боротьби з підробками євро. За клопотанням Європол може надавати фінансову підтримку розслідуванням, що стосуються підробок єдиної європейської валюти.

Важливо відзначити також і те, що персонал Європолу відповідно до статті 6 Рішення як сила інформаційної підтримки має право брати участь у діяльності спільних слідчих груп і бригад, що розслідують підвідомчі Європолу злочини на території будь-якої країни-члена ЄС. Організаційні умови участі персоналу Європолу в операціях визначаються за домовленістю керівництва Європолу і держави, на території якої реалізується певний захід. Разом із тим, персоналу Європолу заборонено безпосередньо брати участь у реалізації примусових заходів. Це було і залишається прерогативою національних репресивних служб[1]. До того ж у ході операцій спільної слідчої бригади персонал Європолу підпорядковується національному праву відповідної держави.

Збільшилася роль Європолу і в організації наукового співробітництва поліцейських установ ЄС. Так, після реформи, під егідою Європолу постійно організовуються наукові дослідження з проблем протидії організованій злочинності та уніфікації норм кримінального та кримінально-процесуального права у державах-членах Європейського Союзу.

Слід зазначити те, що в організаційно-управлінському відношенні кожна держава-член ЄС створює спеціальний відділ, що відповідає за здійснення загальних інформаційних функцій Європолу. Подібні відділи очолюють спеціально призначені посадові особи. Зазначимо, що 28 січня 2011 року наказом Міністра внутрішніх справ України у структурі Робочого апарату Укрбюро Інтерполу створено відділ взаємодії з Європолом, на який покладено функції Національного контактного пункту по взаємодії з Європейським поліцейським офісом [4].

У підсумку слід зазначити, що ***реформування Європолу у 2009 р. є складовою частиною трансформації інституціонального механізму Європейського Союзу.*** Після низки організаційно-функціональних перетворень і спрощення механізму реалізації нормативно-правового забезпечення його діяльності, міждержавна поліцейська організація об'єднаної Європи стала більш ефективним знаряддям протидії транснаціональній злочинності.

## ПРИМІТКИ

1. «Репресивні (каральні) служби» – це органи і установи держав які у відповідності до законодавства уповноважені вживати примусові заходи з метою протидії злочинності, притягнення до відповідальності і покарання суб'єктів протиправних діянь. Кримінальну репресію як невід'ємний елемент правоохоронної функції держави слід відрізняти від політичних репресій (переслідування і усунення противників і критиків правлячого режиму), які є абсолютно незаконними з точки зору базових цінностей Європейського Союзу.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Договор* о Европейском Союзе от 07 февраля 1992 г. // Кашкин С.Ю. Европейский Союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Кашкин С. Ю., Кутафин О. Е., Четвериков А. О.; пер. с англ. А. О. Четвериков; под ред. С. Ю. Кашкина. – М.: ИНФРА, 2008. – С. 166-210.

2. *Войников В.В.* Европейское полицейское ведомство (Европол): история, задачи, структура / В.В. Войников // Российская юстиция. – 2005. – № 2. – С. 20-22.

3. *Convention* Based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention) [Текст] : EU. Brussels, 18 July 1995 SN 3549/95 // Official Journal of the European Communities. C316. - 1995. -27 November. - P. 2-32.

4. *On the European Police Office (Europol) Establishment* // Journal officiel de l'Union européenne L 121 du 15.5.2009, p. 37.

5. *Відділ* взаємодії з Європолом // Офіційний Інтернет-сайт Українського бюро Інтерполу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://42827.ncbint00.web.hosting-test.net/?page_id=1222

УДК 340.13:340.116](4)

# ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ У НАЦІОНАЛЬНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ КРАЇН ЄВРОПИ

**Писаренко В. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного,
муніципального і міжнародного права
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено аналізу проблем імплементації європейських правових стандартів у національні правові системи країн Європи. На прикладах європейських країн автор розглядає різноманітні особливості імплементаційного процесу та аналізує проблеми, які постають під час імплементації норм міжнародного права у законодавство окремих країн.
***Ключові слова:*** імплементація, імплементаційний процес, норми міжнародного права, європейські правові стандарти, правова система.

***Аннотация:*** Статья посвящена анализу проблем имплементации европейских правовых стандартов в национальные правовые системы стран Европы. На примерах европейских стран автор рассматривает различные особенности имплементационного процесса и анализирует проблемы, возникающие при имплементации норм международного права в законодательство отдельных стран.
***Ключевые слова:*** имплементация, имплементационный процесс, нормы международного права, европейские правовые стандарты, правовая система.

***Annotation:*** This article analyzes the problems of implementation of European legal standards in the national legal systems of the countries of Europe. Examples from European countries, the author examines the different characteristics of the implementation process and analyze the problems arising in the implementation of international law in the legislation of individual countries.
***Key words:*** implementation, implementation process, international law, European legal standards, the legal system.

---

Бажання України інтегруватися до європейського правового простору зумовлює постійний пошук нею шляхів для зміцнення економічних та правових зв'язків із європейськими інтеграційними організаціями. Вирішальним фактором для досягнення цієї мети є розбудова в Україні на основі європейських правових стандартів громадянського суспільства і за активної участі останнього – правової та соціальної держави. Серед кардинальних заходів, які мають здійснюватися на цьому шляху, – імплементація європейських правових стандартів у національні правові системи. Для розуміння, наскільки ефективно розвивається процес імплементації норм міжнародного права у внутрішньодержавну правову систему України, необхідно дослідити його в інших країнах.

Україна, яка відносно недавно вступила на шлях незалежності і самостійного розвитку та намагається створити сучасні імплементаційні механізми виконання своїх міжнародних зобов'язань, може орієнтуватися на правовий досвід розвинених європейських країн, в правопорядку яких має місце постійний процес імплементації прецедентної практики європейських судів. Доцільним є й використання відповідного досвіду країн-членів ЄС, оскільки в правових системах останніх домінує доктрина примату міжнародного права.

А.С. Гавердовський пропонує розглядати «імплементацію норм міжнародного права» як «цілеспрямовану організаційно-правову діяльність держав, що здійснюється індивідуально, колективно або в межах міжнародних організацій з метою своєчасної, всебічної і повної реалізації прийнятих у відповідності з міжнародним правом зобов'язань» [1, с. 62]. Це визначення вбачається дещо абстрактним і таким, що дуже віддалено нагадує безпосередньо процедуру імплементації норм міжнародного права у національну правову систему через внутрішньодержавне законодавство. Вбачається доцільним поняття *«імплементація норм міжнародного права до національної правової системи»* визначати як «*діяльність національного законодавця, спрямовану на запровадження традиційними для держави правовими засобами у національну правову систему через внутрішньодержавне законодавство країни норми міжнародного права».* Виходячи із того, що європейське право є регіональним міжнародним правом, а європейська правова норма – є нормою регіонального міжнародного права і одночасно правовим стандартом для країн Європейського континенту, можемо запропонувати визначення поняття *«імплементація європейського правового стандарту у національну правову систему»* як *«діяльність законодавця будь-якої європейської країни, спрямовану на запровадження традиційними для країни правовими засобами у національну правову систему через внутрішньодержавне законодавство країни європейського правового стандарту»*.

Якщо звертатися до правової практики різних держав, можна відзначити, що у країнах континентальної Європи імплементація звичайних норм міжнародного права відбувається, як правило, на конституційному рівні. Так, стаття 25 Основного Закону ФРН закріплює загальні правила міжнародного права в якості складової частини федерального права цієї держави. При цьому саме міжнародні правила мають пріоритет перед нормами усіх інших законів Німеччини і є безпосереднім

*© Писаренко В.В., 2012*

джерелом для формування прав та обов'язків громадян ФРН [2, с. 96]. У Німеччині сьогодні функціонують найбільш оптимальні імплементаційні механізми впровадження міжнародних правових стандартів до системи національного права. У питаннях співвідношення міжнародного та внутрішнього права німецька доктрина з певних питань ще й досі характеризується домінуванням у ній дуалістичного підходу, а процес виконання міжнародно-правових зобов'язань нерідко тлумачиться в цій крані у контексті теорії «трансформації». Однак з плином часу під впливом інтеграційних процесів, що відбуваються у світі в цілому, і мають місце в Європі, зокрема, та необхідністю запровадження в національну правову систему європейських правових стандартів, що є обов'язковими для виконання, включаючи й європейську прецедентну судову практику, змінюється німецька доктрина щодо співвідношення міжнародного і внутрішнього права в бік визнання примату міжнародного. Поряд з традиційною для цієї держави дуалістичною теорією співвідношення міжнародного та внутрішнього права і, відповідно, – концепцією його «трансформації», утверджується теорія «реалізації» міжнародного права як більш прогресивна в порівнянні з попередньою. Отже, дослідження правової проблематики, пов'язаної із необхідністю здійснення імплементації європейських правових стандартів, включаючи стандарти фінансування місцевого самоврядування, у національну правову систему через інкорпорацію відповідних норм міжнародного права у внутрішнє законодавство країни, є актуальними для ФРН. Крім того, у ФРН Федеральний Конституційний суд має право тлумачити правові норми з точки зору віднесення їх до загальних норм міжнародного права [3, с. 168]. Таким чином, звичайне міжнародне право інкорпорується у національне право з метою інтенсифікації взаємодії обох правових систем, а отже й правових інститутів, включаючи інститут фінансування місцевого самоврядування. Крім того, виключається будь-яка колізія норми внутрішньодержавного права з загальновизнаною нормою міжнародного права, оскільки остання превалює беззаперечно.

Вбачається, що й українському законодавцеві доцільно використати такий досвід при вирішенні проблеми щодо запровадження спеціальних правових механізмів для усунення «суперечностей» між національною та європейською правовими системами та при реалізації на практиці європейських правових стандартів, зокрема, у сфері фінансування місцевого самоврядування.

В англійській юридичній практиці імплементаційний процес почав розвиватися ще у 18 ст. і позначився появою теорії «інкорпорації» [4, с. 5]. Згідно з цією теорією міжнародне право автоматично визнавалося частиною внутрішньодержавного права і норми міжнародного права не тільки постійно, а ще й різними шляхами, включаючи судову практику, інкорпорувалися в національну правову систему. Так, наприклад, англійські суди, де превалює система прецедентного права, нерідко вирішували судові спори саме на підставі норм міжнародного права. Із згаданої «теорії адаптації» випливала англійська доктрина «імплементації», за якою міжнародно-правові норми визнавалися нормами національного права в тій частині, в якій вони не суперечили Конституції держави, її внутрішнім законам, а також визнавалися судами в якості національних [5, с. 272-292]. Цікавим є те, що британським суддям було надане необмежене право суттєво впливати на імплементаційний процес, розширюючи межі застосування норм міжнародного права у національній правовій практиці, а отже й відповідно поповнювати ними внутрішньодержавну правову систему.

Аналогічно міжнародні акти Росії можуть вважатися джерелом її внутрішнього права, оскільки частиною 4 ст. 15 Конституції РФ міжнародні договори і загальновизнані принципи та норми міжнародного права, проголошуються частиною її «правової системи» і також безпосередньо трансформуються у відповідні елементи національної правової системи (Конституція РФ) [6].

Сучасні ж інтеграційні міжнародні утворення, що є, як правило, регіональними міжнародними організаціями, мають тенденцію до створення інтеграційних правових систем, які суттєво впливають на правові системи та правопорядок країн-членів і вже певним чином їх трансформують шляхом імплементації у їх правові системи особливих приписів. Так, договір про заснування ЄС, імплементує до національних правових систем країн – членів ЄС такі регіональні міжнародні норми (європейські норми), які превалюють над окремими положеннями конституцій цих держав. При цьому верховенство норм міжнародного права над національним, як правило, закріплене самими конституціями цих країн. Наприклад, стаття 10 Конституції Італії проголошує: «Правовий порядок Італії узгоджується із загальновизнаними нормами міжнародного права» [7]. Ідентичний правопорядок закріплено в ст. 9 Австрійської та ст. 7 Конституції Іспанії.

В Швейцарії немає спеціальної конституційної норми про співвідношення міжнародного та внутрішньодержавного права. Натомість, опосередковано звичайні норми міжнародного права прирівняні до договірних, внаслідок чого обидва види міжнародних норм набувають юридичну силу національного закону.

Отже створення і динамічний розвиток європейських інтеграційних організацій суттєво вплинуло на імплементаційні та інтеграційні процеси в країнах, що стали членами цих організацій. Саме із виникненням Ради Європи та Європейського Союзу почала реалізовуватися на практиці наддержавна функція міжнародного права. Адже європейське регіональне право в більшій своїй частині оперує саме імперативними нормами.

Слід зазначити, що в більшості країн світу примат міжнародної правової норми в силу постулату *pasta sunt servanda* має превалювати над нормами національного права.

Так, в США за Конституцією країни міжнародний договір та внутрішній закон мають рівну силу. Натомість, фактичної рівності норми не отримали. Невипадково американський юрист-міжнародник

К. Хенкин відстоював ідею верховенства міжнародної правової норми для правової системи США [8, с. 47]. Дж. Маршалл – прихильник позиції обмеження міжнародної норми в порівнянні із національною. Він вважав, що тільки ті міжнародні норми, що містять в собі механізм самовиконання можуть бути застосовані в судовому провадженні, тобто, фактично, пропонував обмежувати дію міжнародної норми. В США ця концепція Дж. Маршалла знайшла втілення у судовій практиці [9]. При виникненні колізії, в якій важко визначити перевагу міжнародної чи національної правової норми, суди застосовують для вирішення спірного питання національну правову норму. Тобто, дискримінація несамовиконуваної міжнародної норми перед національною виявляє себе саме у судовій практиці США. Якщо ж міжнародна норма самовиконувана, то американський суд приймає рішення за хронометричною ознакою, віддаючи перевагу тій правовій нормі, яка була імплементована раніше.

Згідно з конституційним правом Нідерландів визнається пріоритет норм міжнародних договорів цієї країни перед нормами національного права.

Пріоритет норм міжнародного договору, ратифікованого парламентом, перед національним законом встановлено у правовій системі Франції.

Дослідження імплементаційних процесів в різних країнах світу дає змогу зробити висновок про те, що в значній частині країн, особливо європейських, визнається примат договірних норм міжнародного права перед національними. В деяких країнах закріплено тільки пріоритет загальновизнаних принципів міжнародного права по відношенню до національної правової системи. Однак залишається значна кількість країн світу, які такого пріоритету міжнародного права перед національним не визнають. А це означає, що і як загальновизнані принципи і звичайні норми міжнародного права, так і норми прийнятих країною міжнародних договорів тільки тоді набувають на території країни юридичної сили, коли закріплюються національним законом. Наприклад, до такого кола країн відносять країні Північної Європи. Щодо України, то в ній визнається пріоритет міжнародного права над національним, що випливає з Декларації про державний суверенітет України, Конституції України, Закону України «Про міжнародні договори України», закону про громадянство, цивільного та сімейного кодексів, підтверджується фактом її входження до Ради Європи. Відповідно до п. 2 ст. 17 Закону України «Про міжнародні договори України» при розбіжності правил міжнародного договору України з правилами її внутрішньодержавного законодавства мають застосовуватися правила міжнародного договору [10]. Натомість, процес імплементації в нашій країні на практиці, з одного боку, нібито носить інтенсивний характер, а з другого, – є низько ефективним і мало результативним. Причина такої ситуації вбачається в наступному. Більшість міжнародних договорів, зобов'язання про ратифікацію яких взяла на себе Україна у зв'язку із вступом до Ради Європи, із вступом у ВТО, або в зв'язку з прагненням вступити до ЄС, були українським парламентом ратифіковані. Натомість, деякі міжнародні акти так і залишилися без подальшої імплементації, інші були імплементовані, натомість, шляхом фактичного калькування міжнародних приписів. Зважаючи на те, що міжнародні акти є документами переважно декларативними, вони вимагають, про що прямо в деяких із них зазначається, застосування національних правових засобів їх реалізації. Саме про це забуває український законодавець при імплементації норм міжнародного права, включаючи й європейські правові стандарти фінансування місцевого самоврядування, у національне законодавство. Відсутність практикозастосовних механізмів у законі, до якого імплементовано норму міжнародного права, яка вимагає виконання, робить цю норму недієздатною.

Для європейських країн проблема імплементації норм міжнародного права постає також у зв'язку із утворенням європейських інтеграційних організацій і необхідністю з'ясовувати співвідношення внутрішнього права цих країн із європейським правом, яке хоча і є регіональним міжнародним правом, однак розвивається одночасно як досить специфічне право у силу своєї правової природи та характеру. Воно є, зокрема, конгломеративним правом, яке поєднує у собі право різних європейських регіональних організацій. В юридичній науці більше досліджувалося зазначене співвідношення, як співвідношення національного права європейських країн із правом Європейського Союзу, як одного із найбільш специфічних у світовій практиці інтеграційних міжнародних утворень. Як зазначає Віктор Муравйов, проблема співвідношення права ЄС та внутрішнього права його держав-членів вже протягом півстоліття, починаючи з появи Європейських Співтовариств, посідає одне з центральних місць у працях юристів, присвячених тому чи іншому правовому аспекту діяльності європейських інтеграційних організацій. Вчений, зокрема, вважає, що обгрунтування пріоритету права Євросоюзу є основою для подальшого розвитку концепції примату міжнародного права по відношенню до національного, яка стала домінувати в західній міжнародно-правовій доктрині у другій половині минулого століття [11, с. 104]. На користь цієї концепції свідчать Конституції країн Західної Європи, ухвалені після Другої світової війни, положення яких закріплювали такий примат. Ця доктрина позначилась і на закріпленні примату міжнародного примата, включаючи й європейське право, як його частини, в Конституціях постсоціалістичних країн Європи.

Досліджуючи діяльність таких європейських інтеграційних організацій, як ЄС та Рада Європи, та їх правові системи, можемо зазначити, що з появою цих регіональних міжнародних організацій і формуванням їх правових систем, останні характеризуються як надзвичайно динамічні системи, які все більше перетворюються у наддержавні. Цьому в значні мірі сприяє наявність у складі цих організацій судових органів, прецедентні рішення яких є обов'язковими для виконання країнами-членами і автоматично стають частиною національного законодавства зазначених країн. До того ж концепція примату міжнародного права по відношенню до національного знайшла своє

відтворення на континенті у закріплені примату європейського права через обов'язковість пріоритету права Євросоюзу та права Ради Європи по відношенню до національного права держав-членів, а також прецедентної практики Судів цих організацій. Європейським судом справедливості, що є органом ЄС, та Європейським судом з прав людини, що є органом Ради Європи, закріплено примат права цих організацій перед національним правом держав, що є членами цих організацій. Отже європейське право, як регіональне міжнародне право, фактично, відразу продекларувало про визнання примату міжнародного права перед національним на території континенту. Крім того, воно суттєво вплинуло і продовжує впливати на конституційний процес в європейських країнах. Вимога до імплементації європейських правових норм у правові системи європейських країн і закріплення їх в національному законодавстві цих країн свідчить про виникнення фактору європеїзації національних правових систем та національного законодавства цих країн. Про існування та розвиток такого правового явища свідчить процес значних змін, які зазнають національні конституції, інші законодавчі акти, національна судова практика країн Європи, навіть тих, які не є членом, наприклад, такої організації, як ЄС. Адже євроінтеграційні прагнення усіх європейських країн спонукає їх на здійснення гармонізації національного законодавства із законодавством ЄС та Ради Європи, а також нормами права, презентованими іншими європейськими міжнародними регіональними організаціями. Поглиблення процесу євроінтеграції і постійне оновлення законодавства європейських регіональних організацій, його кодифікація, спричиняють у цих країн необхідність постійно вносити зміни у національне законодавство. А це викликає невідворотні правові наслідки – уніфікацію національного законодавства та національних правових систем європейських країн. Пристосування до нових вимог, пов'язаних із розвитком інтеграційних процесів, стає причиною трансформації, фактично, всієї системи національного законодавства кожної країни-члена і може супроводжуватися конфліктами між правом Євросоюзу та внутрішньодержавним правом цих країн. Так, неодноразово виникали конфлікти між національними компетентними та компетентними органами Європейського Союзу і Ради Європи. Особливо це стосується застосування прецедентних рішень Європейських судів. Крім того, конфлікт між національним правом певних країн Європи і європейським правом виникає із-за превалювання у тій чи іншій країні моністичної або дуалістичної доктрини. Як правило, конфлікт між національною правовою традицією і необхідністю виконувати припис європейської інтеграційної організації, вирішуються рішеннями Конституційних судів цих країн.

Що стосується України та її євроінтеграційної правової політики Конституцією України в національному законодавстві закріплено примат ратифікованих міжнародних договорів. Процес гармонізації норм національного права з нормами права ЄС, членом якого Україна не являється, здійснюється на підставі договорів з цією організацією та її країнами-членами. Натомість, як зазначалося вище, специфічність правової системи України, яка відрізняється від правових систем країн Західної та Північної Європи, ускладнює процеси реальної або фактичної імплементації норм європейського права і відповідно їх правозастосування.

Отже, українському законодавцеві можна рекомендувати розробити проекти спеціальних нормативно-правових актів: «Про імплементацію та застосування норм європейського права» та «Про імплементацію європейських правових стандартів». Ці законопроекти, на нашу думку, сприятимуть розв'язанню правового конфлікту, що має місце в національні правовій системі країни, а саме: між імплементованою нормою європейського права та її правозастосуванням в українському правовому просторі. Крім того, такі нормативні акти мають допомогти усуненню численних правових колізій у внутрішньому законодавстві.

**ЛІТЕРАТУРА:**

1. *Гавердовский А.С.* Имплементация норм международного права / А.С. Гавердовський. – К.: Вища школа, 1980. – 320 с.
2. *Осика І.В.* Процес становлення правової культури в правовій, соціальній державі / І.В. Осика // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – Вип. 16. – Одеса: Одеська юрид. академія, 2002. – С. 95-99.
3. *Браво Л. Ф.* Применение международного права в правопорядке европейских стран / Л.Ф. Браво // Российский ежегодник международного права, 1995. – СПб., 1996. – С. 138.
4. *Барбук А.В.* Соотношение международного и внутригосударственного права: теоретические аспекты: Белорусский государственный університет (международное право: вопросы теории) / А.В. Барбук // Журнал международного права и международных отношений. – 2005. – № 1. – С. 3-9.
5. *Конституции* государств Европы. – М.: НОРМА, 2001.
6. *Конституция* Российской Федерации // «Российская газета». – 25 декабря 1993 года. [Элетронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.constitution.ru
7. *Конституция* Итальянской Республики: [пер. с итал. Л. П. Гринберга] // Конституции государств Европейского Союза; под общ. ред. Л А. Окунькова. – М.: ИНФРА-М–НОРМА, 1997. – С. 423 – 450.
8. *Henkin L.* International Law: Politics and Values / L. Henkin. – Martinus Nijhoff Publishers. – 1995. – P. 47.
9. *Cotton J. P.*, Jr. The Constitutional Decisions of John Marshall in two volumes / J. P. Cotton, Jr. – New York, 1905.
10. *Закон* України «Про міжнародні договори України» // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 50. – Ст. 540.
11. *Муравйов В.І.* Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика): моногpаф. / В.І. Муравйов. – К.: Академ-Прес, 2002. – 425 с.

УДК 340.342.57

# «ДУХ НАРОДУ»: ПОСТАНОВКА ДЕЯКИХ ПРОБЛЕМ МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ КАТЕГОРІЇ У КОНТЕКСТІ ЇЇ ВПЛИВУ НА ФОРМУ І ХАРАКТЕР ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

**Жук Н. А.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри державно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного
університету імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті здійснюється спроба постановки ряду методологічних проблем дослідження категорії «дух народу» як такої його важковловимої, і, тим не менш, сталої характеристики, яка здійснює суттєвий, а нерідко й визначальний вплив на форму політичної організації громадянського суспільства, обумовлює місце держави у суспільстві, модель взаємодії між ними, специфіку державного режиму, а так само є відображенням історичної та цивілізаційної місії конкретного народу, його місця серед інших народів світу, його потенціалу тощо.

***Ключові слова:*** «дух народу», держава, публічна влада, громадянське суспільство, державний режим, історична місія народу.

***Аннотация:*** В статье осуществляется попытка постановки ряда методологических проблем исследования категории «дух народа» как такой трудноуловимой, и, тем не менее, устойчивой его характеристики, которая оказывает существенное, а нередко и определяющее влияние на форму политической организации гражданского общества, обусловливает место государства в обществе, модель взаимодействия между ними, специфику государственного режима, а также является отражением исторической и цивилизационной миссии конкретного народа, его места среди других народов мира, его потенциала.

***Ключевые слова:*** «дух народа», государство, публичная власть, гражданское общество, государственный режим, историческая миссия народа.

***Annotation:*** This paper is an attempt staging a number of important methodological issues research category «the spirit of the people» as such his elusive, and, nevertheless, sustained performance, which provides a significant and often decisive influence on the shape of the political organization of civil society, the state determines the location in it, a model of interaction between them, specific state regime, as well as a reflection of historical and civilizational mission specific nation, its place among other nations, so its potential.

***Key words:*** «the spirit of the people», the state, public authorities, civil society, state regime, the historical mission of the people.

---

В умовах сучасного світу, який на тлі формального проголошення панування основоположних загальнолюдських принципів права – гуманізму, справедливості, рівності, свободи тощо, відрізняється активним розвитком та поглибленням явищ, що є їм прямо протилежними, а саме – кінцевим розтріщанням правових засад міжнародного спілкування, що забезпечували хоча б уявну міжнародну стабільність наприкінці XX ст., подальшої концентрації управління основними ресурсами в руках все менш численної кількості осіб, поглибленням процесів глобалізації та панування транснаціональних корпорацій і наднаціонального капіталу, подальшого звуження державного, народного та національного суверенітетів, зневірення все більшої кількості населення Землі у більшості інститутів демократії та у можливості встановлення реального народовладдя, панування матеріальних цінностей, поширення бездуховності та цинізму. Пріоритетним для будь-якого народу стає пошук основи його самоідентифікації, джерела збереження та стійкого розвитку його громадянського суспільства, а також – пошук нової концепції публічної влади, здатної досягти цих високих та необхідних цілей за таких небезпечних глобальних викликів. І, нарешті, більш глобально – пошук місця народу серед інших народів світу, визначення його історичної та цивілізаційної місії у цьому Всесвіті, умови реалізації його потенціалу, здійснення його призначення тощо.

Правильне розв'язання цих непростих питань пролягає, на нашу думку, через розкриття того, що в літературі прийнято позначати таким доволі абстрактим поняттям, як «дух народу». На перший погляд може здатися сумнівним зв'язок між перспективами розвитку громадянського суспільства, формами публічної влади та методами її здійснення, можливістю реалізації закладеного Творцем потенціалу народу, з одного боку, і його духом –з іншого. Втім, між цими явищами існує безпосередній зв'язок.

На діалектичному взаємозв'язку між виникненням, становленням, подальшим розвитком і підтриманням певного державного режиму та рядом суб'єктивних факторів, зокрема, так званим «духом та волею народу (нації)» як одного з найважливіших серед останніх, наголошують багато авторитетних учених [3, с. 208-209]. При цьому ними слушно акцентується на певній загальності, невизначеності та делікатності матерії цих категорій, що, втім, не стає на заваді широкого та активного оперування ними в ході юридичних, філософських, історичних та соціологічних досліджень.

Недаремно цією загальною закономірністю розвитку державно-правової матерії переймалися учені минулих часів. Ця проблематика, наприклад, червоною ниткою проходить крізь більшість праць видатного державного діяча Флоренції та ученого середньовічної Європи Нікколо Макіавеллі. Так, зокрема, в одній з фундаментальних його робіт – «Розміркування щодо першої декади Тіта Лівія» у главі LV присвячена дослідженню того, «наскільки легко вести справи в місті з незіпсованими норовами;

*© Жук Н.А., 2012*

там, де царює рівність, не можна встановити одноособове правління, а де його нема – республіканське» (власно, таку назву ця глава і має).

У результаті змістовного дослідження проблеми впливу ключових рис характеру народу на державний лад та його специфіку на прикладі провідних того часу західноєвропейських країн учений доходить висновку, що «нічого доброго не можна очікувати там, де така (цим словом автор надає високої оцінки шляхетним і законослухняним діям римського плебсу щодо виконання ними певного рішення Сенату в умовах відсутності механізму контролю за цим з боку останнього – Н.Ж.) добропорядність відсутня, у тому числі, у розбещених на сьогодні країнах, насамперед і менш за все в Італії, а також у Франції та Іспанії, на які частково розповсюджується зазначена зіпсованість». Навпаки, продовжує Н. Макіавеллі, «в Германії добре помітно, як набожність та нерозбещеність її народів приводить до того, що там багато вільних республік, що суворо охороняють свої закони, так що ніхто ані зсередини, ані ззовні не наважиться на них зазіхати» [4, с. 110].

Примітно, що такий висновок зроблено Макіавеллі у тому числі й на підставі дослідження старовинних традицій і «тамошніх порядків» германців, що зберегли свою силу в сучасний йому час. Йдеться, зокрема, про такий: «названі республіки у випадку суспільної потреби у певній сумі грошей, зазвичай через відповідних посадових осіб або через власні дорадчі органи обкладають усіх жителів міста податком на майно у розмірі одного або двох відсотків. У цьому випадку...кожна людина перед особою, що збирає податки, складає клятву сплатити відповідну суму та кладе у сундук стільки, скільки їй підказує совість, і ніхто інший у цій справі участі не приймає» [Там само]. «Що ж спонукає германців до такої шляхетності та законослухняності»? – запитується автор і висуває припущення: «Усякий платить, скільки з нього запитують, тому що у протилежному випадку податок не забезпечить надходження тих грошей, які за старовинним звичаєм вважають за потрібне зібрати; тоді обман розкрився б і попередній спосіб мало б бути відмінено» [Там само].

У свою чергу німецький юрист XIX ст. Рудольф Ієрінг опікувався проблемою визначення духу і волі (іншими словами – характеру) римського народу в період розквіту давньоримської держави, маючи на меті, у тому числі, пошук відповіді на запитання: чи то велич римської державності покоїлася на волі імператорів, чи то її запорукою виступили основні риси характеру давніх римлян.

У своїх дослідженнях Р. Ієрінг дійшов вкрай цікавих висновків стосовно витоків знаної давньоримської свідомості. Насамперед, щодо глибокої схильності римлян до своїх національних коренів, про що він писав: «...навряд будь-який інший народ володів такою невикорененою національністю та тримався неї так міцно, як вони» [5, с. 273]. Не менш важливими у справі впливу на зміст специфіки державного ладу рисами характеру римлян учений називає непереборне прагнення свободи, особистої незалежності, гостре відчуття власної гідності, шляхетність, індивідуалізм, особистий та національний егоїзм тощо. Щодо останнього учений висловлює переконання, що саме він виступив «спонукаючою причиною римської спільності» та є «основною рисою римського духу» [Там само]. Примітно, що давній римлянин, зі слів Ієрінга, прагнучи задоволення «індивідуальних благ», ніколи не сягав їх «за рахунок права, честі, вітчизни» в силу усвідомлення того, що «його індивідуальне благо обумовлено благом держави», що «суворе дотримання та виконання законів відповідає загальному, а, отже, і його особистому інтересу» [5, с. 278]. Таким чином, підкреслює Р. Ієрінг, «національне почуття обов'язку» вимагало від кожного римлянина таких вчинків і такого образу дій, за яких би не переслідувалась «особиста вигода за рахунок держави, миттєвий прибуток за рахунок кінцевої мети», а підкорялося б «відносно нижче – відносно вищому, окреме – загальному» [5, с. 278-279].

Серед інших характерних рис давньоримського народу дослідник називає «залізну послідовність», неухильну законослухняність та ставлення до права як до «вищого пункту підняття римського світу», «моральну відразу до неповаги» та до тих, хто не поважає свої «раніш ухвалені принципи», а також – підкорення власних релігійних почуттів та «релігійних настанов» цілям Римської держави [5, с. 273-291]. І саме це, за висновками російських дослідників цієї проблематики, «у вирішальному ступені сприяло укріпленню та подальшому розвитку» державного ладу Давнього Риму відповідного періоду [3, с. 211].

Сьогодні, в умовах занепаду ідеї мультикультуралізму, що особливо яскраво спостерігається на прикладі історії розвитку Європейського Союзу в цілому та окремих країнах, що входять до його складу, однією з головних світових тенденцій можна вважати активний пошук народами (великими і малими) (як, втім, і в глибині історії нашої цивілізації) точки опори у питанні самоідентифікації та самовизначення, їх відчайдушної боротьби за самозбереження в умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів. І ключовим у цьому, на наше переконання, має стати пошук духовної основи певного громадянського суспільства, яка й має обумовлювати специфіку політичної організації останнього та механізм взаємодії суспільства і держави, а також визначати засади взаємодії конкретного народу з рештою людства.

Важливою віхою у цьому процесі нам вбачається поглинання у дослідження історії духовності народу. Вітчизняний учений-філософ В.В. Зеньковський (1881-1962), професор Київського університету (1915-1919) писав, що «в історії, як і в природі, якщо й відбуваються «стрибки» і перерви, то вони не відміняють минулого, – і чим більш різки й сильніші ці стрибки, тим ясніше вимальовується пізніше повернення до минулого, поновлення цілісного історичного потоку» [1, с. 269].

Загалом, вітчизняній гуманітарній науковій культурі дорадянських часів було притаманне звернення до інтелектуальної історії, постановка цілого ряду філософсько-історичних,

культурологічних, історико-філософських та інших проблем, ключовими серед яких можна вважати аналіз нашої національної специфіки, осмислення ролі православної віри у розвитку духовної культури нашого народу та власної національної свідомості. Загалом, проблема пошуку серцевини духу руського (у широкому розумінні цього поняття, що охоплює собою східнослов'янські народи, у тому числі сучасний український) народу, його місця у світовій історії завжди посідала почесне місце у працях провідних учених так званого руського світу від часів зародження на наших теренах самостійної філософської думки. Це цілком справедливо щодо цілої плеяди найавторитетніших філософів XIX–XX ст. – М.О. Бердяєва (1874-1948), Г.В. Флоровського (1893-1979), В.В. Зеньковського (1881-1962) (примітно, що усі вони є етнічними українцями, народилися, навчалися та певний час працювали на теренах сучасної України).

Зважимо на деякі з їх особливо цікавих думок із приводу проблеми, що розглядається.

Так, за переконанням Г.В. Флоровського Г. В., на внутрішнє становлення національного духу східних слов'ян особливий вплив здійснила характерна народові «орієнтація на осмислення історичного минулого країни, її місця серед інших держав і народів, орієнтація на обгрунтування національних завдань, обумовлених цим місцем» [Цит. за: 2, с. 24], що, на думку вченого, багато в чому набуло форми теологічних зисків. За висновками ж іншого видатного руського філософа так званого післяжовтневого зарубіжжя Г. П. Федотова (1886-1951), національне в культурі не зводиться лише до релігійного, адже «глибинне і зовнішнє, духовне і матеріальне життя нації» поряд із богослужінням становлять також художня творчість і філософська думка, господарська і політична організація» [6, с. 447].

Невтомно шукаючи «точку відліку» в історичному розвитку великої культури в епохах Київської, Московської та Новгородської Русі, знаходячи її чи то у «Золотому Києві», чи то у «геніальному давньому руському мистецтві», Г.П. Федотов щоразу підкреслював самобутній характер Русі, її чи не найвищий розвиток серед усіх країн Європи впритул аж до середини XIII ст. Головним же завданням для кожного співвітчизника філософ вважав збереження свого «духовного ліку», опанування тяжкої, але й багатої спадщини попередників. Адже, на його переконання, одна з ключових небезпек для майбутнього нашого суспільства криється у кризі «національної свідомості, збіднілості духовних традицій, захопленні «американізмом», надмірною матеріалізацією життя на шкоду духовності та душевності» [2, с. 36].

Особливо цікавими уявляються висновки Г.П. Федотова стосовно першопричин занепаду «духу руського народу». За його переконанням, так звані «національні хвороби», до яких він відносить націоналізм, національний індиферентизм, нігілізм в усіх його проявах (у тому числі, правовий) тощо, своїми коренями сягають глибини історії і визначаються цілим комплексом причин, ключовою серед яких, на думку філософа, є ототожнення на усіляких рівнях (державному, науковому, культурному тощо) сфери національного з казенним (державним), офіційним, унаслідок чого ця сфера «була відразна своїм історичним зв'язком із самодержавною владою» [Там само, с. 37].

Якими ж вбачаються дослідникам шляхи гармонізації національних процесів з огляду на досить тяжке минуле нашого народу? М.О. Бердяєв і В.В. Зеньковський, наприклад, вирішальний наголос у цьому процесі роблять на релігійному факторі. На відміну від них, Г.П. Федотов на одне з перших місць ставить необхідність пробудження дрімаючої досі національної свідомості, що має стимулюватися й культурою, й державою, й церквою. При цьому особливі надії покладаються ним на галузь культури. З огляду на об'єктивні та суб'єктивні складнощі з визначенням самоідентифікаційного стриженя власно українського народу, української нації тощо на початку XXI ст., а також певні фобії з приводу уявного переважання «руського» у національній свідомості українців заслуговує на підтримку порада ученого щодо розв'язання проблеми впливу так званого великоруського народу та його культури на інші слов'янські народи: «...нехай кожен...народ, тобто його інтелігенція не лише не відчуває приниження від стикання з національною свідомістю великороса, але й знаходить у нього допомогу та сприяння своїй національно-культурній справі» [2, с. 460].

Отже, одним із завдань сучасної вітчизняної юридичної науки слід вважати пошук вирішення проблем, що являють собою загальні закономірні ступені прогресивного розвитку суспільного знання через розв'язання типологічно однакових ідеологічних і теоретичних завдань, з якими має справу й юридична наука інших народів світу, але з урахуванням специфіки духу саме нашого народу та з опорою на нього. У світлі цього і з огляду на нематеріалістичність власно матерії цього «духу народу» маємо відзначити наступне.

Сучасна наука, у тому числі, юридична, нерідко виявляє надмірний консерватизм, схильність до абсолютизації своїх догм, залежність від них. Така консервативність за умов радикальної зміни світу, переходу нашої цивілізації на якісно новий рівень розвитку – інформаційний, що супроводжується відкриттям космічних каналів інформації та підключенням до них все більшої кількості людей, розповсюдженням усіляких духовних практик, відчуттям впливу на матеріальне життя так званої долі, карми тощо, і, нарешті, все більш чітким усвідомленням найтіснішого взаємозв'язку між усіма явищами космічного простору, не лишає надії на здатність такої науки запропонувати суспільству адекватні новітнім умовам існування моделі його розвитку, надати зрозуміли, а головне – такі, що відповідають дійсності, пояснення щодо природи тих або інших явищ. За таких умов на допомогу традиційним, чисто юридичним, підходам мають приходити нетрадиційні. Йдеться про те, що юридичні науки в особі, зокрема, теорії держави і права, у своїх дослідженням мають бути більш пильними до нових відкриттів, які мають місце в інших галузях знань, у тому числі, менш традиційних

у питанні методології пізнання державно-правової матерії сферах знань – природознавчій та точних наук.

Як відомо, однією з головних проблем природознавства є проблема взаємовідносин матерії та свідомості (на рівні загальної теорії держави і права ця проблема виражена, наприклад, у площині питань впливу моралі на правову свідомість населення та рівень правової культури, процес право реалізації тощо). Отже, з точки зору пануючої на сьогодні матеріалістичної науки матерія є первісною, а світ думок, ідей, свідомість – вторинною. Втім чи є так насправді? З кожним роком оточуючий нас світ надає все більш свідоцтв того, що світ ідей (тобто так звані тонкі матерії) здійснює суттєвий вплив на світ матерії, нерідко обумовлюючи хід його розвитку. І хоча сьогодні традиційна наука з цього приводу здебільшого мовчить, спеціалісти так званого окультного спрямування активно використовують енергетичні можливості нашого Всесвіту.

Беззаперечним фактом є активне та невтомне використання правителями та сильними світу цього за усіх часів на свою користь як будь-яких монопольних знань, так і надзвичайних здібностей окремих людей (пророків, оракулів, магів) задля отримання від них інформації стосовно свого майбутнього або магічного впливу на нього з метою попередження настання негативних подій, якщо про такі йшлося у пророцтві, або зменшення їх наслідків. Так, загальновідомим фактом є використання жерцями Давнього Єгипту, найпершими та чиненаймогутнішими володарями первісних знань нашої цивілізації, цих знань із метою усунення незручного для них законного царя від влади та захоплення вищої державної влади у свої руки, – вдачі жерців у цьому випадку сприяла абсолютна необізнаність населення у справжньому стані речей не лише стосовно природи держави, а й навіть стосовно власно явищ природи.

Катерина Медичі, королева – мати чотирьох поспіль королів Франції XVI ст. неодноразово зверталася до послуг оракулів та магів, причому не лише з метою дізнатися накарбоване членам її сім'ї майбутнє, але й задля перебороння невблаганної до її нащадків долі. Загальновідомо, що провидець і знахар Мішель де Нострадамус здійснював точні пророцтва для сучасних йому французьких королів, лишивши після себе чисельну кількість пророцтв стосовно далекого від нього майбутнього, багато з яких свого часу справдилися. І це лише поодинокі свідчення на підтвердження існування якогось Світу так званих Тонких матерій, доступ до якого є відкритим для обмеженого кола осіб та який містить інформацію стосовно нашого минулого, теперішнього і майбутнього.

З огляду на вищевикладене, особливий резонанс не можуть не викликати випадки наукових революційних відкриттів у цій сфері. Нестандартні для традиційної науки думки з приводу пояснення природи та основних закономірностей виникнення, функціонування та розвитку усіх явищ нашого Всесвіту на сьогодні висувають, наприклад, деякі фізики. Зокрема, російський учений-фізик Г.І. Шипов, який багато років присвятив дослідженню так званої теорії вакууму, або торсіонного поля (у цьому напрямку свого часу працював й Альберт Ейнштейн), дійшов вкрай цікавих висновків із цього приводу, які були опубліковані у філософському журналі «Смена» у 90-х роках минулого сторіччя. Не поринаючи у тонкощі фізичних досліджень, сформулюємо основні постулати цієї теорії, які, на наш погляд, можуть статися в нагоді при дослідженні об'єкта нашого інтересу.

Отже, ключовим у теорії фізичного вакууму виступає наукове пророцтво існування тонко матеріальних світів і Світу Вищої реальності і, відповідно, існування поряд із звичними для нас чотирма рівнями матеріального світу (а саме – рівнями елементарних частин, газів, рідин, твердих тіл тощо) ще чотирьох рівнів структури Світу – насамперед, рівня носіїв інформації, вакуумного рівня, рівня первісного вакууму і рівня Надрозуму (так званого Абсолютного Ніщо або Абсолютного Усього), тобто Світу Вищої реальності. Цікаво, що саме останнє, на переконання ученого, й становить основу засад нашої реальності, – того, що в релігії (яка, на відміну від науки, посередництвом усіляких релігійних ритуалів давно вже «працює» зі Світом Вищої реальності, сприяючи встановленню зв'язку свідомості людини з останнім) прийнято позначати Богом або Творцем, адже він є початком усього і кінцем усього.

Для нашого дослідження особливо цікавим є уявлення про цей Світ Вищої реальності. З точки зору фізики він являє собою світ первісних планів, призначених на усі часи законів, норм, відносин між елементами матерії тощо, тобто матриці можливого, задум, за якому й будуватиметься матеріальний світ, конкретна матерія – такий собі Банк даних, сховище інформації (або, як сьогодні прийнято говорити, інформаційне поле). Цікаво, що у тексті Біблії процес утворення матеріального світу описується аналогічним чином, а саме: «Спочатку було Слово, і Слово було у Бога, і Слово було Бог» (Святе Благовіщення від Іоанна, 1:1). А Слово – це і є план, після чого відбувається народження матерії – у нашому випадку нею виступає «дух народу», який й обумовлює форму його держави, характер його державного устрою, державний режим, історичне і цивілізаційне призначення народу тощо.

А загалом, оцінюючи «нестандартність» або навіть фантастичність деяких новітніх теорій, зважимо на те, що філософи Давньої Індії висували твердження, аналогічні вищенаведеним, ще близько п'яти тисячі років тому – час, більш близький до часів утворення Світу, аніж сьогодення...

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Зеньковский В. В.* История русской философии. Т. 2 / В.В. Зеньковский. – Париж, 1950.
2. *О России* и русской философской культуре. Философы русского послеоктябрьского зарубежья. – М.: Наука, 1990.
3. *Марченко М. Н.* Проблемы теории государства и права: учебник / М.Н. Марченко. – М.: Проспект, 2009.
4. *Макиавелли Н.* Рассуждения о первой декаде Тита Ливия / Н. Макиавелли // Государь. – М.: Эксмо; СПб.: Мидгард, 2006.

5. *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития / Р. Иеринг. – СПб., 1875. – Ч. 1.
6. *Федотов Г. П.* Национальное и вселенское / Г.П. Федотов // В сб.: О России и русской философской культуре. Философы русского послеоктябрьского зарубежья. – М.: Наука, 1990.

УДК: 342.72/.73:340.5

# ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОХОРОНИ ПРАВ ОСОБИСТОСТІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Єпіфанова Ю. С.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті здійснюється правовий аналіз прав особистості. Зокрема, увага приділяється співвідношенню права на охорону недоторканності особистого життя й права на свободу думки, слова. Системно розглядаються правові конструкції інших держав в аспекті охорони прав особистості. Визначаються моделі охорони і захисту прав індивіда, в тому числі, розглядаються особливості соціально-захисної, ліберальної й змішаної моделей. Особливо приділяється увага правовому регулюванню прав особистості в Україні.

***Ключові слова:*** приватне життя, свобода слова, право на інформацію, правова охорона, поширенням відомостей, порушення прав особистості, цивільно-правовий захист.

***Аннотация:*** В статье осуществляется правовой анализ прав личности. В частности, внимание уделяется соотношению права на охрану неприкосновенности личной жизни и права на свободу мысли, слова. Системно рассматриваются правовые конструкции других государств в аспекте охраны прав личности. Определяются модели охраны и защиты прав индивида, в том числе, рассматриваются особенности социально-защитной, либеральной и смешанной моделей. Особое внимание уделяется правовому регулированию прав личности в Украине.

***Ключевые слова*:** частная жизнь, свобода слова, право на информацию, правовая охрана, распространение сведений, нарушение прав личности, гражданско-правовая защита.

***Annotation:*** In the article is carried out legal analysis of the rights of the individual. In particular, attention is paid to the correlation between the right to the protection of the inviolability of private life and the right to freedom of thought, speech. Systematically addresses the legal structures of other countries in the aspect of protection of the rights of the individual. Is determined by the model protection of the rights of the individual. In particular, considers the features of social protection, a liberal and a mixed model. Separate attention is paid to legal regulation of the rights of the individual in Ukraine.

***Key words*:** private life, freedom of speech, right to information, legal protection, dissemination of information, violation of the rights of the individual, civil-legal protection.

---

Положення ч. 1 ст. 3 Конституції України визначає честь і гідність найвищою соціальною цінністю [1]. Стаття 32 Конституції України, відобразивши положення найважливіших міжнародно-правових документів (ст. 12 Всесвітньої декларації прав людини, ст. 21 Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини, ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права), встановила, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Водночас, ст. 34 Конституції України закріплює одне з важливих конституційних прав, яке гарантує можливість вільного вираження своїх поглядів і переконань, а також можливість вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір.

Вказані конституційні положення знайшли своє відображення і у цивільному законодавстві України.

Положення ст.ст. 301-309 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2] визначають особливості правового регулювання інформаційних відносин за участі фізичної особи, підкреслюючи при цьому, що фізична особа має право на особисте життя, яке вона самостійно визначає. Відповідно до ст.297 ЦК України, кожен має право на повагу до його гідності та честі. Гідність та честь фізичної особи є недоторканними. Фізична особа може звернутися до суду з позовом про захист її гідності й честі.

Цивільне право повинне захищати особистість не тільки у випадках її фізичних проявів, мова йде про матеріальну шкоду, а й у випадку міжособистісних відносин, тобто якщо її честь і гідність порушуються. Цивільне право повинно містити норми, за допомогою яких індивід міг би протистояти втручанню у сферу його особистого життя і тим самим ефективно захистити свою людську гідність від приниження [3 , с. 698].

Безумовним є той факт, що у випадку порушення прав індивіда, останній має право вимагати їх захисту. Але суть питання полягає у тому, щоб

*© Єпіфанова Ю.С., 2012*

встановити, за яких умов право на захист недоторканності особистого життя привалює над правом на свободу думки, слова.

У 1997 році Верховна Рада України ратифікувала Європейську Конвенцію з прав людини й основних свобод, і Першого протокола і протоколов № 2, 4, 7, 11 до Конвенції, чим заклала подвійний захист прав і свобод особи – на конституційному рівні і на рівні Конвенції [4, с. 71].

Стаття 10 Конвенції визначає, що кожна людина має право на свободу вираженя поглядів. Разом із тим, у ч. 2 цієї статті Конвенції зазначається, що здійснення цієї свободи може стати предметом таких формальностей, умов, обмежень або санкцій, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві.

Свобода слова – право людини вільно висловлювати свої думки – розглядається сьогодні як одна з найважливіших громадянських свобод. У теперішній час охоплює свободу вираження поглядів як в усній, так і в письмовій формі. Свобода слова тісно пов'язана з питаннями встановлення істини, самоврядування, забезпечення гнучкості політичної системи, самореалізації особи, природних прав людини та їх захисту.

Згідно з положеннями ст. 2 Закону України «Про друковані засоби масової інформації» [5], свобода слова і вільне вираження у друкованій формі своїх поглядів і переконань гарантуються Конституцією України і означають право кожного громадянина вільно і незалежно шукати, одержувати, фіксувати, зберігати, використовувати та поширювати будь-яку відкриту за режимом доступу інформацію за допомогою друкованих засобів масової інформації. Відповідно до ст. 3 вказаного Закону, забороняється використання друкованих засобів масової інформації для: 1) втручання в особисте життя громадян, посягання на їх честь і гідність; 2) розголошення будь-якої інформації, яка може призвести до вказання на особу неповнолітнього правопорушника без його згоди і згоди його представника.

В юридичній літературі не має єдиного підходу до визначення поняття «приватне життя». Деякі вчені деталізують всі елементи приватного життя, інші вважають, що все що не належить публічній сфері відносин, і є приватним життям [6, с. 345 ].

Приватне життя – це особлива частина особистої сфери людської життєдіяльності, яка полягає в різноманітних відносинах, стосунках, явищах, подіях і т.ін., що не мають публічного значення, визначається і регулюється самою особою на основі соціальних умов, гарантується та охороняється правом від неправомірних втручань. Охорона особистого життя полягає у наданні фізичній особі можливості мати особисте життя, вільно, на власний розсуд визначати його і свою лінію поведінки в ньому, контролювати інформацію про нього; обмежувати доступ до відомостей про особисте життя та їх публічного розповсюдження; заборону втручань в особисте життя і визначення засад правомірного втручання в цю сферу; заборону прийняття публічних (управлінських, кадрових або інших) рішень, що стосуються особистості, на підставі змісту її особистого життя.

Сьогодні у світі виділяють три основні моделі охорони і захисту прав індивіда: 1) соціальна-захисна, 2) ліберальна, 3) змішана [7, с. 995].

Для соціально-захисної моделі захисту прав індивіда характерним є визнання за особою її права на приватність, заборони обробки персональних даних, крім деяких виключень, прямо передбачених законодавством. Так, у Німеччині, що є представником вказаної моделі, свобода думки має доволі високий статус, з якого виводять що «допустимость свободы слова призюмируется, когда речь идет об интеллектуальном вкладе борьбы мнений в решение вопроса большой социальной значимости» [3, с. 716].

Проте, конкретизуючих роз'яснень при вирішені спорів про права особистості у законодавсті Німеччини не має. У кожному конкретному випадку для вирішення спору необхідно приймати до уваги і враховувати всі правові цінності й інтереси сторін, а також намагатись передбачити наслідки для індивіда.

Але у той самий час, спираючись на прецедентну практику Німеччини слід зазначити, що право на захист недоторканності особистого життя, посідає перше місце у його забезпеченні порівняно з правом на свободу думки [8]. Незважаючи на те, що право на захист недоторканності особистого життя у Німеччині доволі широке, й включає в себе, не тільки замах на честь і гідність індивіда, а й випадки розголошення відомостей приватного життя останнього, воно дійсно гарантується державою, порівняно з країнами загального права.

Не є виключенням і українське законодавство. Відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про інформацію» [9], не допускаються збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та захисту прав людини. До конфіденційної інформації про фізичну особу належать, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження. Перелік інформації, що віднесений законодавцем до конфіденційної, не є вичерпним, що ще раз підтверджує спрямованість державної подітики на гарантування прав особистості.

Разом із тим, ст. 29. Закону України «Про інформацію» містить положення, на підставі яких допускається поширення інформація з обмеженим доступом, якщо вона є суспільно необхідною, тобто є предметом суспільного інтересу, і право громадськості знати цю інформацію переважає потенційну шкоду від її поширення. Частина 2 вказаної статті розкриває зміст поняття «суспільний інтерес», предметом якого є інформація, яка свідчить про загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності України; забезпечує реалізацію конституційних прав, свобод і обов'язків; свідчить про можливість порушення прав людини, введення громадськості в оману, шкідливі екологічні та інші негативні наслідки діяльності (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб тощо.

Французьке право також забезпечує цивільно-правовий захист особистості, визначаючи, що будь-

яка провина тягне за собою зобов'язання відшкодувати заподіяну шкоду [3, с. 719]. Така норма вбачається доволі категорічною, і не завжди здатна вирішити правовий конфлікт однозначно.

Найбільш вдалим гарантом прав індивіда вважається швейцарський законодавець. Відповідно до ст.28 ЦК Швейцарії, судовий захист надається тому індивіду, права особистості якого порушені. Проте, грошовій компенсації у зв'язку з цим підлягають лише випадки найтяжчих порушень прав особистості.

Відповіно до ст. 280 ЦК України [2], якщо фізичній особі внаслідок порушення його особистого немайнового права заподіяна майнова або моральна шкода, ця шкода підлягає відшкодуванню. Проте, як зазначає І.С. Канзафарова, сам по собі факт порушення особистого немайнового права ще не є підтвердженням того, що суб'єкту цього права заподіяно шкоду. Для притягнення правопорушника до цивільно-правової відповідальності за заподіяння шкоди, необхідно наявність шкоди (збитків) [6, с. 491].

Під порушенням прав особистості в Україні в аспекті досліджуємого питання, розуміємо поширення відомостей, що не відповідають дійсності і порочать її честь і гідність.

Під поширенням відомостей слід розуміти опублікування їх у пресі, передачу по радіо, телебаченню, з використанням інших засобів масової інформації, викладення в характеристиках, заявах, листах, адресованих іншим особам, повідомлення в публічних виступах, а також в іншій формі невизначеному числу осіб або хоча б одній людині. Що стосується інших форм поширення вказаних відомостей, ними можуть бути твори мистецтва, міміка, жести [10, с. 8].

Поширенням відомостей також є вивішування (демонстрація) в громадських місцях плакатів, лозунгів, інших творів, а так само розповсюдження серед людей листівок, що за своїм змістом або формою ганьблять честь, гідність або ділову репутацію громадянина або організації. Проте, як неодноразово вказувалось у літературі, порушення прав особи має місце не тоді, коли відомості, які ганьблять честь, гідність або ділову репутацію громадянина або організації, були повідомлені, а коли вони були сприйняті іншими собами або особою [11, с. 17, 4]. Проте повідомлення таких відомостей лише особі, якої вони стосуються, не може визнаватись їх поширенням.

До відомостей, що ганьблять особу, слід відносити ті з них, які принижують честь, гідність і ділову репутацію громадянина або організації в громадській думці чи думці окремих громадян з точки зору додержання законів, загальновизнаних правил співжиття та принципів людської моралі.

Таким чином, можна зробити висновок, що у країнах Європи основний акцент робиться на регулювання правового статусу особистості й забезпечення недоторканості її особистих прав.

На відміну від захисної європейської моделі, ліберальна модель забезпечує права індивіда лише в секторних контекстах [7, с. 995]. Тобто за особою не визнається загального права на забезпечення її особистих прав, але у той самий час здійснюється регулювання обігу інформації про фінансовий стан особи, її кредитоспроможність, благонадійність тощо.

Особливість регулювання охорони й захисту особистих прав індивіда в США визначається першою поправкою Конституції, де визначаються права свободи слова й свободи друку. Таке закріплення права, з одного боку, надає потужні гарантії ЗМІ, з іншого – суттєво звужує особисті права індивіда.

Слід зазначити, що позивач, який намагатиметься захистити свою честь і гідність внаслідок того, що чиясь публічно висловлена думка образила його, скоріш за все потерпить невдачу. Поняття «хибна ідея» не знайшла свого місця у першій поправці Конституції США, отже будь-яка особа має право висказувати у будь-якій формі про будь-кого свою думку, але за умови, що вона діє без злого умислу або заздалегідь не знає про невірне викладення ним фактів [ 12].

На відміну від вказаної моделі поведінки, в Україні законодавець серед обов'язків журналістів передбачає необхідність перевіряти достовірність інформації, яку останній повідомляє, а також поважати права, законні інтереси, національну гідність громадян, права і законні інтереси організацій [13].

Представником змішаної моделі забезпечення прав індивіда визначають Україну. Дійсно, на підставі вище викладеного, важко визначити пріоритетність одних прав над іншими. Так, право на свободу слова одночасно передбачає відповідні зобов'язання і відповідальність. І незважаючи на те, що реалізується це право так званою «четвертою гілкою влади» в державі, є певним символом демократичного рівня суспільства і окремого громадянина, проте головним обмеженням в реалізації цього права виступає право на недоторканість приватного життя особи. Право на приватне життя й право на свободу слова є настількі нерозривні, наскільки й протилежні. Ці права створюють баланс в суспільстві. Належне забезпечення реалізації цих прав, контроль за їх виконанням, справедливе вирішення спорів, що виникають у разі їх порушення –є основною ознакою правової держави.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Конституція* України: за станом на 6 квітня 2010р. / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Цивільний* кодекс України: за станом на 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

3. *Цвайгерт К.*, Кетц Х. Сравнительное частное право: в 2-х т. – Т. 1: Основы; Т. 2: Договор. Неосновательное обогащение. Делікт; пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : Междунар. отношение, 2010. – 728 с.

4. *Максимова С.* Міжнародно-правове регулювання інформаційних відносин / С. Максимова // Юридичний журнал. – 2012. – №1 (115). – С. 71.

5. *Закон України* «Про друковані засоби масової інформації» // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 1. – Ст. 1.

6. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов; под ред. Р.А. Стефанчука. – К.: Юринком Интер, 2010. – 1040 с.

7. *Аномалії* в цивільному праві України: навч.-практ. посіб. – 2-ге вид., перероб. та доп.; за заг. ред.. Р.А. Майданика. – К.: Юстініан, 2010. – 1008с.

8. *Рішення* Федерального конституційного суду Німеччини по справі Lebach // Bundesverwaltungsgericht Entscheidungen 35, 202.

9. *Про внесення* змін до Закону України «Про інформацію» // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №32. – Ст. 313.

10. *Стефанчук Р.О.* Цивільно-правовий захист честі та гідності в цивільному праві: автореф. дис. … канд.. юрид. наук. – К., 2000 – 17 с.

11. *Вавженчук С.*, Довгопол В. Оціночні судження та фактичні твердження як цивільно-правові категорії у сфері захисту честі, гідності та ділової репутації / С. Вавженчук, В. Довгопол // Підприємство, господарство і право. – 2011. – №7 (187). – С. 4.

12. *Рішення* Верховного суду США. New Times v. Sullivan 376 // Unitet States Supreme Court Report.

13. *Закон* «Про пресу та інші засоби масової інформації» // Відомості З'їзду народних депутатів СРСР, Верховної Ради СРСР. – 1990. – № 26. – С. 492.

УДК 342.25

# ПРАВО У НОРМАТИВНО-РЕГУЛЯТИВНІЙ СИСТЕМІ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

**Воронова І. В.,**
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник НДІ державного
будівництва та місцевого самоврядування
Академії правових наук України

***Анотація:*** У статті зосереджено увагу на контексті розвитку громадянського суспільства, формуванні правової державності, впровадження в регулятивну систему досконалих правових законів, посилення пріоритету суспільства і держави на права, свободи, інтереси та потреби особистості. Зазначено, що нормативно-регулятивна система в цілому наповнюється ефективним потенціалом, вирівнюються регулятивні можливості її багатогранних компонентів. Наголошено, що неюридичні компоненти нормативно-регулятивної системи орієнтуються на більш тісну взаємодію з відповідними правовими ресурсами заради досягнення загальнозначущих результатів у тих чи інших галузях суспільного і приватного життя людей.

***Ключові слова:*** право, правові закони, нормативні регулятори, суспільні відносини, громадянське суспільство.

***Аннотация:*** В статье сосредоточено внимание на контексте развития гражданского общества, формирования правовой государственности, внедрения в регулятивную систему совершенных правовых законов, усиления приоритета общества и государства на права, свободы, интересы и потребности личности. Указано, что нормативно-регулятивная система в целом наполняется эффективным потенциалом, выравниваются регулятивные возможности ее многогранных компонентов. Отмечено, что неюридические компоненты нормативно-регулятивной системы ориентируются на более тесное взаимодействие с соответствующими правовыми ресурсами ради достижения общезначимых результатов в тех или иных областях общественной и частной жизни людей.

***Ключевые слова:*** право, правовые законы, нормативные регуляторы, общественные отношения, гражданское общество.

***Annotation:*** The article focuses on a context of civil society, the formation of legal state, the introduction of a regulatory system, perfect legal laws, increasing priority of the society and the state on the rights, freedoms, interests and needs of the individual, indicated that regulatory regulatory system as a whole is filled with an effective potential, align its regulatory capabilities multifaceted components, noted that the non-legal normative component regulatory system oriented to work more closely with the appropriate legal resources to achieve a universally valid results in various areas of public and private life.

***Key words:*** law, legal laws, regulations and regulators, public relations, civil society.

Громадянське суспільство, що розвивається, характеризується активною взаємодією правових та неюридичних засобів впливу на багатогранні суспільні відносини. У практичному співвідношенні правових норм і норм суспільної поведінки провідна роль належить правовим засобам, які мають більш високий ступінь оперативності, чіткості та ефективності. Мета права, як справедливо зазначав І. Ільїн, «встановити спільне життя людей так, щоб на зіткнення, взаємну боротьбу, запеклі суперечки витрачалося якнайменше душевних сил» [4, с. 24]. Сказане однаково можна віднести і до цільової спрямованості інших видів соціальних норм, які виявляють свій потенціал у всіх сферах життєдіяльності громадянського суспільства і його членів. Неюридичні правила співжиття продукують той сприятливий соціальний, політичний, духовно-культурний, інтелектуальний мікроклімат, який надає додаткової сили чинним у цьому середовищі законам, юридичним нормам.

Наближеність регулятивного потенціалу норм суспільної поведінки до юридичних розпоряджень, механізмів, засобів надає стійкості, цілеспрямованості і своєрідних гарантій того, що багатогранні відносини розвитку громадянського суспільства можуть бути спрямовані в потрібне русло. Отже, позитивні зміни у відповідних життєвих обставинах можуть знаходити реальні риси, вести до належних результатів. Різні види неюридичних соціальних норм, діючи в межах своїх регулятивних можливостей, співвідносять силу свого впливу з відповідними правовими нормами, приписами і тим

*© Воронова І.В., 2012*

самим підвищують рівень ефективності свого регулятивного потенціалу. При цьому предмети правового і неюридичного (суто громадського) регулювання зберігають свою специфіку, автономію і підтверджують видову самостійність відповідно до правових норм і правил суспільної поведінки. Саме на такій основі дозрівають умови і передумови для необхідної, обгрунтованої, природної та ефективної взаємодії регулятивних потенціалів юридичних норм, норм моралі, політичних норм, норм громадських організацій та інших видів соціальних норм, що діють в умовах формування і розвитку громадянського суспільства.

Саме в громадянському суспільстві внесення належної впорядкованості у все різноманіття суспільних відносин набуває першорядного значення, оскільки забезпечення масової позитивної, у тому числі правомірної, поведінки членів суспільства стає запорукою їх гідного існування. У зв'язку з цим практично значущого, ціннісного значення набуває активна, цілеспрямована, повновага і вельми багатогранна взаємодія всіх видів соціальних норм (сформованих нормативних регуляторів).

Будучи основою ціннісно-регулятивної системи громадянського суспільства, правові норми і численні правила суспільної поведінки своїм спільним (інтегрованим) потенціалом опосередковують усе різноманіття неоднозначних, суперечливих суспільних відносин, які відображають у собі правові та неюридичні засади і відчувають об'єктивну потребу щодо відповідного впорядкування, оновлення, зміни в інтересах членів цього суспільства.

Взаємодія усіх видів соціальних норм – головна, характерна властивість (стан) нормативно-регулятивної системи функціонуючого громадянського суспільства. Складові компоненти зазначеної регулятивної системи відповідають необхідним функціональним властивостям саме тому, що вони мають потенційну можливість знаходити точки дотику з іншими структурними елементами (ланками) і спільно впливати на відповідні суспільні відносини, свідомість, психологію, поведінку членів громадянського суспільства.

Кожен вид соціальних норм (нормативних регуляторів) за своєю природою, регулятивним призначенням, природною сутністю діє вибірково, у межах саме свого типу, виду, роду суспільних відносин. Але в умовах швидкоплинних, мінливих, не завжди передбачуваних, суперечливих життєвих обставин, переходу суспільних відносин з одного стану в інший упорядкованість відносин між членами суспільства досягається нерідко лише в процесі спільного докладання регулятивного потенціалу різних видів соціальних норм. Взаємодія самостійних нормативних регуляторів (правових і неюридичних) є, в кінцевому підсумку, неодмінною умовою (закономірністю) внесення належного порядку в життєво важливі суспільні відносини.

Термін «взаємодія» – філософська категорія, що відображає процеси впливу об'єктів один на одного, їх взаємну обумовленість. Взаємодія – універсальна форма руху, розвитку, що визначає існування і структурну організацію будь-якої матеріальної системи [1, с. 199].

Щодо системи соціальних норм взаємодія як практичний процес означає упорядкування взаємовідносин між людьми відповідно до життєвих інтересів кожної особистості і громадянського суспільства в цілому. Нормативні регулятори, які діють у системі соціальних норм, об'єднують, координують, докладають свій поведінковий потенціал таким чином, щоб спільно, взаємно, вибірково впливати на значущі життєві обставини, знаходити найбільш прийнятні шляхи для усунення всякого роду колізій і конфліктів, забезпечення життєвих інтересів і потреб членів громадянського суспільства.

Природа, особливості, форми найбільш чіткої, деталізованої та ефективної регулятивної взаємодії всіх видів соціальних норм, значною мірою обумовлені участю в цьому процесі юридичних норм, що представляють тут всі цінності права як особливого специфічного регулятивного засобу впливу на особливо значущі суспільні відносини. Норми моралі (моральності), політичні, корпоративні, естетичні, релігійні й інші норми суспільної поведінки активно і природно взаємодіють з юридичними нормами завдяки особливій соціальній ролі, високим ефективним якостям, надійним і стабільним регулятивним можливостям права, правових законів, досконалих юридичних норм.

Зазначена взаємодія не лише приводить до впорядкування певних суспільних відносин, але і підсилює, стимулює, збагачує функціонально-регулятивні властивості неюридичних правил поведінки, зміцнює і розширює їхні можливості в механізмі впливу на необхідні суспільні відносини. Виграш від такої взаємодії більшою мірою одержують норми громадської поведінки, що не мають такий стійкий і ефективний регулятивний механізм, який лежить в основі функціонування юридичних норм. Неюридичні нормативні регулятори, взаємодіючи з правовими нормами, отримують додатковий регулятивний ресурс, знаходять своєрідну гарантію щодо успішного розв'язання відповідних поведінкових ситуацій.

З огляду на розвиток громадянського суспільства, формування правової державності, впровадження в регулятивну систему досконалих правових законів, посилення пріоритету суспільства і держави на права, свободи, інтереси та потреби особистості, ефективним потенціалом наповнюється нормативно-регулятивна система в цілому, йде процес позитивного вирівнювання регулятивних можливостей її багатогранних компонентів. Право, правові закони, чіткі юридичні приписи з огляду на їх наближення до природних потреб громадянського суспільства інтегрують нормативно-регулятивну систему, орієнтують її неюридичні компоненти до більш тісної взаємодії з відповідними правовими ресурсами заради досягнення загальнозначущих результатів у тих чи інших галузях суспільного і приватного життя людей. На такій основі право (усі його компоненти) стає більш відкритим, привабливим для контактів і взаємозв'язку з нормами моральності, традиціями та звичаями і всіма іншими видами соціальних норм, опосередковує життєдіяльність громадянського суспільства. Але при цьому важливо, щоб право було справедливим,

прагнуло до справедливості [6, с. 14]. Право є гарантією повновагого функціонування суспільства. Завдяки правовій інтеграції досягається належний взаємозв'язок різних інтересів [5, с. 190].

В умовах функціонування громадянського суспільства юридичні регулятивні засоби стають дедалі більш стійким, надійним, природним сполучним механізмом, координуючою ланкою, центральною основою додатку регулятивних потенціалів усіх видів соціальних норм, що утворюються в різних сферах життєдіяльності громадянського суспільства і визначають зміст його нормативно-регулятивної основи. У процесі взаємодії з правилами суспільної поведінки правові закони, відповідні юридичні норми впроваджують відповідним чином свій регулятивний потенціал у сфери дії інших видів соціальних норм і тим самим підвищують ступінь їх регулятивної ефективності. Завдяки соціальній значущості, громадському престижу, масовому визнанню і схваленню правових цінностей, що склалися в громадянському суспільстві, по-новому розкривається позитивно-регулятивний потенціал усіх неюридичних видів соціальних норм, які дедалі більш інтенсивно спираються на зазначені правові цінності, вибірково взаємодіють із певними правовими нормами.

Зрозуміло, не в усіх випадках упорядкування суспільних відносин неодмінно виявляється взаємодія правових і неюридичних регулятивних засобів. Численні правові норми реалізують свої регулятивні можливості поза зіткненням із поведінковим потенціалом певних правил суспільної поведінки, оскільки об'єктивна необхідність у взаємодії зазначених нормативних засобів відсутня. Так само в багатьох життєвих обставинах неюридичні соціальні норми самостійно досягають необхідних регулятивних результатів ізольовано від дії правових засобів впливу. Соціальні норми діють згідно зі своєю специфікою, суттю, соціальним призначенням, вони впливають саме на ті життєві обставини, поведінкові ситуації, які є адекватними до регулятивних можливостей саме цього виду (видів) соціальних норм. Механізми взаємодії відповідних нормативних регуляторів включаються в тих об'єктивних умовах, коли успішне впорядкування сформованих суспільних відносин може бути досягнуте за наявності комплексу нормативних засобів як правових, так і неюридичних. Чим більш складний зміст суспільних відносин, тим вища потреба щодо взаємодії правових і неюридичних соціальних норм.

Передбачено, що в системі нормативного регулювання завжди незримо присутній вплив права як основи юридичного регламентування найбільш сутнісних суспільних відносин, правових законів як соціальної цінності громадянського суспільства і правової держави, що і додає значної додаткової ваги регулятивному потенціалу всіх правил співжиття. Поза правом неюридичні правила поведінки багато в чому втрачають свою ефективність і практичну значущість. За умови ізоляції права від системи нормативного регулювання нейтралізується та найважливіша частина взаємодії соціальних норм, що представлена, з одного боку, правовими нормами, а з іншого – нормами моральності й іншими видами норм співжиття. Тим самим скасовуються своєрідні гарантії щодо успішного впорядкування всієї системи суспільних відносин.

Об'єктивне існування права та його компонентів виступає достатньою підставою для того, щоб ініціювати, підтримувати, стимулювати, коригувати, наповнювати певним змістом відповідні процеси взаємодії соціальних норм (нормативних регуляторів), підвищувати ефективність їх функціонування в процесі регулювання життєво важливих відносин громадянського суспільства. Насичена взаємодія правових норм і неюридичних нормативних регуляторів додає особливої динаміки, вивіреної цільової спрямованості, підвищеної злагодженості нормативно-регулятивної системи в цілому. Сама перспектива, ймовірність, можливість вдатися у випадку потреби до потенціалу права, правових законів підтримує механізм функціонування всіх нормативних регуляторів у стані постійної готовності, створює передумови і певні гарантії щодо успішного впорядкування конкретних суспільних відносин. Правові закони завжди орієнтовані на ідеал людської поведінки і облаштування суспільного життя [2, с. 190].

Цінність права у громадянському суспільстві полягає в тому, що «воно виступає засобом забезпечення порядку в суспільстві не за рахунок застосування насильства і придушення, а шляхом зняття протиріч, досягнення соціального компромісу» [3, с. 92]. Природа права, його усталені принципи, чітко визначені юридичні приписи та вимоги, надійно діючі регулятивні механізми стають привабливими, об'єктивно необхідними при упорядкуванні багатьох суспільних відносин за допомогою неюридичних нормативних регуляторів. Правовий вплив значно посилює функціональну дію політичних норм, багатьох традицій, корпоративних норм, правил поведінки в екстремальних умовах, норм екологічної поведінки, релігійних норм. У свою чергу правове регулювання стає більш надійним, оперативним та ефективним при підключенні до регульованих суспільних відносин найбільш значущих норм моральності (моралі), адаптованих до умов сучасного життя традицій і звичаїв, наближених до проблем суспільного життя політичних і корпоративних норм та інших правил суспільної поведінки і видів.

Збіг, взаємозумовленість внутрішніх регулятивних потенціалів правових та неюридичних соціальних норм визначають характер і особливості реальної взаємодії зазначених нормативних регуляторів, а також порядок здійснення, цільову спрямованість і кінцеві результати упорядкування певних суспільних відносин і вирішення конкретних життєвих ситуацій.

Інтегроване додавання регулятивного потенціалу різних видів соціальних норм (перш за все правових) опосередковує вибірковий підхід до впливу на відповідні види суспільних відносин, варіювання певними нормативними засобами (правовими і суспільними) і тим самим ініціює системний (багатоваріантний) нормативний вплив на певні аспекти соціальної поведінки членів суспільства. У цьому і виявляється найцінніша якість соціальних норм (нормативних регуляторів) як системних, комплексних, динамічних механізмів впливу на

значущі сфери життєдіяльності людей, які відчувають потребу в необхідному впорядкуванні.

Додавання сукупного, системного нормативно-регулятивного потенціалу полягає в тому, щоб вивести певні різновиди людської діяльності, устремління людей на необхідні життєві параметри, внести позитивні корективи в ті чи інші зв'язки і взаємовідносини між ними. Взаємодія безлічі нормативних регуляторів – це не є якась абстракція, щось ізольоване від реалій суспільного і приватного життя, реальна (практична) взаємодія – це форма приведення до нормального стану всіх тих суспільних відносин, від яких прямо або побіжно залежать якість і перспективи функціонування і розвитку громадянського суспільства і благополуччя його членів.

Функціональна роль системи нормативних регуляторів як основи життєдіяльності громадянського суспільства і повноцінного становища в ньому громадян виявляється в комплексно-системному впливі взаємопов'язаних правових норм і правил співжиття на все різноманіття суспільних відносин, що виникають. Система нормативних регуляторів є тією соціальною цінністю, без якої немислиме зміцнення і розвиток соціального, політичного, правового, духовного статусу людини і громадянина, задоволення його різноманітних інтересів і потреб. Надійна нормативно-регулятивна основа взаємодіючих соціальних норм поступово набуває рис одного з природних, закономірних станів, властивих громадянському суспільству, що розвивається.

Система нормативних регуляторів – явище первинне по відношенню до особистості. Як суб'єкт суспільних відносин, що регулюються, особистість, виявляючи свої індивідуальні якості та здібності, погоджує свої дії, поведінку з вимогами та приписами відповідних видів соціальних норм. При цьому поведінкові наміри особистості в першу чергу орієнтовані на потенціал права, на конкретні закони і юридичні норми. Тому в нормативно-регулятивній системі громадянського суспільства основоположні домагання кожного члена суспільства звернені в першу чергу до цінностей права, чинного законодавства як засобів і способів досягнення пріоритетних у соціальному сенсі інтересів і потреб.

Тому підвищення престижу, авторитету права, посилення його потенціалу за рахунок розширення питомої ваги правових законів набуває ціннісного значення, оскільки надає юридичним нормам якості ключової ланки в нормативно-регулятивній системі громадянського суспільства. Такий соціально-ціннісний підхід до права набуває особливої ваги в умовах, коли ще не склалася реальна правова державність, повною мірою не забезпечуються права і свободи людини і громадянина. Чинне законодавство, як можна стверджувати згідно з даними громадської думки, не користується довірою значної частини членів суспільства, що вносить елементи дисгармонії в процеси нормативного регулювання суспільних відносин.

Альтернативою до цінностей права і правових законів є юридичний нігілізм, зростання злочинності, масова протиправна поведінка, невіра людей у можливість формування реального громадянського суспільства і дійсної правової держави. Усе це безпосередньо підриває основи нормального функціонування системи соціальних норм, оскільки деформаційні процеси в правовій системі негайно позначаються на посиленні морального дефіциту, руйнуванні духовності, культури, запереченні принципів гуманізму, справедливості, шанобливого ставлення до прав і свобод інших людей.

Юридична основа суспільного життя об'єднує і спрямовує все різноманіття позитивних правил поведінки, сприяє забезпеченню гідного існування особистості, належного порядку у відносинах між людьми. У зв'язку з цим найменші негаразди в правовій сфері життя суспільства негайно вносять негативні зміни в процес регулювання різноманітних суспільних відносин, нівелюють потенціал і функціонування всієї системи нормативних регуляторів.

Впровадження в суспільні відносини правових законів з їхньою чіткою цільовою спрямованістю, наближеністю до життєвих прагнень людини вносить елементи активної динаміки, цілеспрямованості у нормативно-регулятивну систему, розкриває і підсилює практичний поведінковий потенціал усіх соціальних норм, що відповідають інтересам громадянського суспільства.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Большой* энциклопедический словарь [Текст] / глав. ред. А.М. Прохоров. – М. – СПб., 1997.
2. *Величко А.М.* Нравственный идеал и право [Текст] / А.М. Величко // Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 187–203.
3. *Ибраева А.С.* К вопросу о ценности права [Текст] / А.С. Ибраева // Право как ценность: многообразие исторических форм и перспективы развития: Материалы Всероссийской научной конференции. – Сочи, 2004.
4. *Ильин И.А.* Порядок или беспорядок? [Текст] / И.А. Ильин. – М.: Народное право, 1917.
5. *Лапаева В.В.* Социология права [Текст] / В.В. Лапаева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2008. – 336 с.
6. *Мартышин О.В.* Совместимы ли основные типы понимания права [Текст] / О.В. Мартышин // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 13–21.

УДК 321.01: 341.1/8

# ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ПОНЯТЬ «ЮРИСДИКЦІЯ» ТА «СУВЕРЕНІТЕТ» У МОРСЬКОМУ ПРАВІ

**Аверочкіна Т. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри морського та митного права,
старший науковий співробітник
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** У статті досліджується співвідношення понять «юрисдикція» і «суверенітет» та особливості їх використання в морському праві. Розглядаються матеріали I та III Конференцій ООН із морського права стосовно застосування цих понять у конвенціях про статус та режим морських просторів. Зазначається про існування різних поглядів щодо співвідношення цих понять. Досліджуються наслідки їх ототожнення та розділу. Підтримується та доводиться обґрунтованість тези про те, що поняття «суверенітет» і «юрисдикція» не є рівними за своїм юридичним змістом.

***Ключові слова:*** юрисдикція, суверенітет, морське право, морські простори, контроль, державна територія, суверенні права.

***Аннотация:*** В статье исследуется соотношение понятий «юрисдикция» и «суверенитет», а также особенности их использования в морском праве. Рассматриваются материалы I и III Конференций ООН по морскому праву относительно применения этих понятий в конвенциях о статусе и режиме морских пространств. Говорится о существовании различных взглядов на соотношение этих понятий. Исследуются последствия их отождествления и разделения. Поддерживается и доказывается обоснованность тезиса о том, что понятие «суверенитет» и «юрисдикция» неравны по своему юридическому содержанию.

***Ключевые слова:*** юрисдикция, суверенитет, морское право, морские пространства, контроль, государственная территория, суверенные права.

***Annotation:*** In article the ratio of the concepts «jurisdiction» and «sovereignty», and also features of their use in a marine law is investigated. Materials I and III of Conferences of the United Nations on a marine law concerning application of these concepts of conventions on the status and a mode of sea spaces are considered. It is told about existence of different views on a ratio of these concepts. Consequences of their identification and division are investigated. Validity of the thesis that the concept «sovereignty» and «jurisdiction» are unequal according to the legal contents is supported and proved.

***Key words:*** jurisdiction, sovereignty, marine law, sea spaces, control, state territory, sovereign rights.

---

Актуальність питань, пов'язаних із використанням понять «юрисдикція» та «суверенітет» у морському праві, протягом доволі тривалого часу не лише не зменшується, але й набуває нового «забарвлення» з розвитком наукового прогресу та відкриття нових технічних можливостей держав у віддалених від узбережжя морських просторах.

До розробки питань щодо здійснення юрисдикції держави в морських просторах зверталися Є. В. Додін, С. О. Кузнецов, В. В. Серафімов, але в їхніх працях співвідношення понять «юрисдикція» і «суверенітет» щодо морських просторів майже не розглядалися, або розглядалися фрагментарно. Тому **метою** цієї статті є дослідження існуючих на сьогодні поглядів стосовно такого співвідношення в морському праві.

Найбільша кількість спорів виникає при застосуванні терміну «юрисдикція» для визначення обсягу прав держав щодо просторів, і в першу чергу морських, за межами державної території. Якщо в межах державної території держава має право самостійно встановлювати обсяг прав у тій чи іншій сфері діяльності, то у сфері міжнародного права різнобій у тлумаченні терміну «юрисдикція» призводить до того, що одні мимоволі і ненавмисно застосовують цей термін для позначення влади держави в районах, де здійснюється повний суверенітет держави, інші ж навмисно використовують цей термін для прикриття своїх дій з присвоєння великих районів морських просторів.

Основним питанням при цьому є питання про співвідношення термінів «юрисдикція» і «суверенітет». Крім того, інститут юрисдикції безпосередньо пов'язаний з питанням території в міжнародному праві, тому деякі автори здійснюють **спроби поєднати терміни «територія» та «юрисдикція».** Наведемо приклад такої спроби: «територіальна юрисдикція окреслює правові межі верховенства актів державної влади та сферу невтручання у справи суверена з боку інших держав та міжнародних установ» [1, с. 500-503]. Слід зробити, на наш погляд, певні зауваження щодо вищенаведеного твердження. По-перше – «межі верховенства актів державної влади» окреслює державний кордон (це так зване «територіальне верховенство») [2], по-друге – термінологічне словосполучення «територіальна юрисдикція» визначає певний принцип застосування юрисдикції (територіальний або квазітериторіальний) з огляду на державну належність території, в межах якої вона (юрисдикція) здійснюється [3, 11-17]; по-третє – термін «юрисдикція» слід розуміти скоріше як «втручання», ніж як «невтручання», за умови певного розуміння терміну «сфера». Встановлюючи певний правопорядок у певній частині Світового океану (зоні, території), Конвенція ООН з морського права 1982 р. [4] (далі – UNCLOS 82) визнає за прибережними державами право на визначення особливого правового порядку перебування та діяльності суден у так званих «зонах національної юрисдикції»: виключній економічній зоні [5, с. 67-68] та прилеглих зонах [6; 7] (за умови їх встановлення). Жодна держава не має права на підпорядкування будь-якої

*© Аверочкіна Т.В., 2012*

частини відкритого моря своєму суверенітетові, але прибережна держава має право на підпорядкування своєї юрисдикції певних частин відкритого моря [8, с. 25].

Отже, поняття «юрисдикція» є набагато вужчим за поняття «суверенітет» та включає в себе обмежене коло суверенних прав з точним зазначенням того, з якою метою розповсюджується юрисдикція даної держави на ту чи іншу зону або простір.

Розглянемо підстави та наслідки ототожнення термінів «юрисдикція» та «суверенітет».

Стосовно морських просторів термін «юрисдикція» займає першочергове місце вже в римському праві. В. Е. Грабарь писав: «Встановлення на морі юрисдикції окремих держав здійснюється ... одночасно з встановленням державних політичних союзів в межах Римської імперії ... юрисдикція, яку окремі держави в межах своєї території узурпували в імперії, розповсюджується з суходолу на море...» [9, с. 218, 223].

У XIV ст. Балд стверджував, що «на морі існує юрисдикція, як й на суходолі, оскільки море має своєю основою сушу, тобто дно» [10, с. 174]. Л.А. Іванащенко вважав, що юрисдикція тут означала те саме, що визначається більш пізнім терміном «суверенітет» [11, с. 7].

Не бачить різниці між поняттями «суверенітет» та «юрисдикція» американський юрист Ричард Янг [12, с. 889].

Теза, відповідно до якої юрисдикція є тотожною суверенітету, підтримується Хіггінсом та Коломбосом [13, с. 64].

Є цікавим тлумачення, надане О'Конеллом: «Юрисдикція може бути визначена як суверенна влада, що стосується права осіб шляхом видання законів, указів та прийняття судових рішень» [14, с. 399].

За його думкою, юрисдикція має різні аспекти. У внутрішньодержавному аспекті – це повний суверенітет, у позатериторіальному – суверенітет, який поширюється настільки широко, наскільки дозволяє міжнародне право [14, с. 601-602]. Таким чином, повна юрисдикція прирівнюється до суверенітету в межах державної території. За межами державної території, за О'Конеллом, держава теж здійснює юрисдикцію, але в рамках, передбачених міжнародним правом. У силу цього О'Конелл розглядає питання, пов'язані з режимами відкритого моря, територіальних вод, континентального шельфу та ін. [14, с. 601-602], тобто всіх просторів, де держава здійснює певні повноваження, які не обов'язково мають суверенний характер. За тим самим принципом побудований й курс «Міжнародне право» Д. Грейга, який також розглядає в розділі «юрисдикція» перераховані вище питання [15, с. 211].

На Женевській конференції з морського права у 1958 р. представники Сальвадора [16, с. 62] та Перу [16, с. 83] заявляли про рівнозначність понять «контроль та юрисдикція» і «суверенітет», а делегат Індонезії зауважував, що «важко знайти відмінності між виразом «юрисдикція» та терміном «суверенітет»» [16, с. 72].

При підготовці III Конференції ООН з морського права неодноразово можна було почути такі заяви: «Для того щоб ... здійснити свій суверенітет, прибережна держава повинна встановити межі її морської юрисдикції відповідно до розумних критеріїв, беручи до уваги географічні та економічні особливості та необхідність отримання користі з ресурсів» [17, с. 4]. Звідси випливає, що оголошення деякими державами зон національної юрисдикції потенційно може спричинити розповсюдження їх суверенітету на великі морські простори. Це особливо небезпечно у зв'язку з тим, що є доктрини, які дуже довільно підходять до визначення юридичних термінів, у тому числі термінів «юрисдикція» і «суверенітет».

Латиноамериканські юристи вважають, що основу змісту принципу державного суверенітету складає «право держави на юрисдикцію» [18, с. 543]. Під цим розуміється право держави на застосування закону [19, с. 316], право держави на застосування закону та встановлення судової системи [20, с. 56-57], правомочність держави приймати та застосовувати закон [21, с. 42], тобто зміст принципу суверенітету включає декілька аспектів, з яких кожен сам собою означає «право на юрисдикцію». За їх думкою, суверенітет допускає обмеження, і тому він не є абсолютним та не є неподільним. Інакше, виключення одного з перерахованих вище аспектів не позбавляє поняття «суверенітет» його юридичного змісту. В низці робіт суверенітет розглядається просто як «здатність управляти» [22, с. 196].

З тотожності розглянутих термінів виходили й офіційні представники латиноамериканських країн. Так, чилійський делегат в Комітеті з підготовки Конференції з морського права зазначав, що «деякі терміни не завжди використовуються з однаковим значенням, але це не створює великих перешкод; основна проблема полягає в тому, щоб визначити різні зони моря і відповідним чином встановити їх межі за допомогою міжнародних переговорів» [23, с. 56].

Що ж стосується неототожнення цих термінів, то особливо гострим був спір навколо них після опублікування відомої декларації президента США Трумена від 28 грудня 1945 р., де говорилося, що «уряд США розглядає багатства піддонних просторів і дна моря континентального шельфу, які знаходяться під відкритим морем, але стикаються з берегами Сполучених Штатів, як такі, що належать Сполученим Штатам і підпорядковуються їх юрисдикції та контролю». Саме «юрисдикції», а не суверенітету, оскільки тут розумілася різниця між цими поняттями.

Про нетотожність цих термінів зазначалося й на другій сесії Комісії міжнародного права у 1950 р.: «Юрисдикція, про яку йдеться в декларації Трумена, не може бути прирівняною до «суверенітету», оскільки право вільного мореплавства і рибальства в водах, що покривають континентальний шельф, має залишитися недоторканним» [24, с. 88].

Вітчизняна міжнародно-правова практика і доктрина послідовно дотримуються положення, що поняття «суверенітет» і «юрисдикція» не є рівними за своїм юридичним змістом.

Так, Б. М. Кліменко вважає, що поняття територіального верховенства не є рівнозначним поняттю юрисдикції, і вже тим більше поняття

юрисдикції не є рівнозначним поняттю суверенітету, складовою частиною якого є територіальне верховенство [25, с. 10-11].

В. Ф. Царьов зазначає, що «в міжнародному морському праві існує відмінність у змісті таких понять, як «юрисдикція та контроль», «суверенні права» та «суверенітет» [26, с. 14].

Для того щоб визначити правовий об'єм терміна «юрисдикція» (національна юрисдикція), представляється доцільним встановити, на зони з яким режимом вона може поширюватися. Поставлене вперше в 1967 р. Мальтою запитання про необхідність правового регулювання дослідження та використання дна Світового океану по суті зводилося до пропозиції щодо створення особливого режиму для дна морів і океанів, яке знаходиться за межами дії національної юрисдикції будь-якої держави. Про режим який саме частини морського дна йшла мова? Про дно, що знаходиться за межами територіальних вод або за межами континентального шельфу? Дане згодом мальтійською делегацією визначення юрисдикції мало також досить невизначений характер: «Національна юрисдикція означає юридичні повноваження прибережної держави контролювати і регулювати певний район морського простору, що прилягає до її узбережжя. На неї поширюються обмеження, передбачені в міжнародному праві, метою яких є захист інтересів міжнародної спільноти» [27, с. 65]. Стосовно зазначеного випадку термін «національна юрисдикція», виходячи з цього визначення, міг стосуватися як шельфу, так й територіальних вод.

Державна територія і пов'язані з нею простори (повітряний простір і територіальне море) разом з урядом і населенням в її кордонах є фізичним та соціальним проявом держави. Правова компетенція держав і норми їх захисту залежать від наявності і припускають наявність стабільного, фізично відокремленого територіально-політичного організму (homeland). Компетенція держав щодо їх території зазвичай визначається як суверенітет і юрисдикція; при цьому дослідник стикається з тим фактом, що терміни, які вживаються правовими джерелами (роботи правознавців, судова практика) та державними діячами, які, природно, ставлять на перший план політичну сторону питання, жодним чином не відрізняються одноманітністю. Що стосується правознавців, то і тут ситуація з термінологією є незадовільною, оскільки складність і різноманіття прав, обов'язків, компетенцій, привілеїв та імунітетів держав затемняються занадто вільним використанням таких ємних термінів, як «суверенітет» і «юрисдикція». У той самий час існує і може бути відзначена певна однаковість в їх вживанні. Звичайний комплекс державних прав, типовий випадок правової компетенції, зазвичай позначається як «суверенітет»; конкретні ж права або певна сукупність прав, є кількісно меншою, ніж цей комплекс, та називаються «юрисдикцією» [28, с. 256-292]. Коротше кажучи, «суверенітет» є коротке юридичне позначення правосуб'єктності певного роду, а саме статусу держави; «юрисдикція» ж відноситься до конкретних аспектів такої правосуб'єктності, особливо стосовно прав (або претензій), привілеїв та компетенції. Імунітет в його різних проявах цим терміном і позначається. Особливе значення має критерій згоди (consent) [29, с. 69-74].

Можлива причина змішування уявлень полягає в тому, що термін «суверенітет» використовується не тільки для позначення правосуб'єктності в поєднанні з незалежністю, а й для позначення різних прав, що належать суверенній державі, які можуть відчужуватися лише за допомогою спеціального акта передачі, а саме суверенних прав прибережної держави над ресурсами континентального шельфу, або заснованого на давності історичного права рибного лову в територіальних водах іншої держави, або заснованого на давності права проходу між основною територією держави і анклавом. Здійснення прав, які «належать» державі і тому в даному спеціальному сенсі є «суверенними», не слід змішувати з територіальним суверенітетом. Так, право проходу необов'язково дає суверенітет над будь-яким конкретною ділянкою території [30, с. 177].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Вихрист С.М.* Імунітет та застосування юрисдикції в міжнародному кримінальному праві / С.М. Вихрист // Держава і право. – 2001. – Вип. 11. – С. 500-503.

2. *Про державний* кордон України: Закон України від 04.11.91 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 2. – Ст. 5.

3. *Ключников Ю.В.* Принципы осуществления предписывающей юрисдикции / Ю.В. Ключников // Международное публичное и частное право. – 2002. – № 1. – С. 11-17.

4. *Конвенция ООН* по морскому праву 1982 года // Морське право. Джерела: У 3 ч. Ч. 1. Т. 1.Кн. 2 «III Конференція ООН з морського права» / [Додін Є.В., Кузнецов С.О., Аверочкіна Т.В., Нікіша Д.О.]. – Одеса: Фенікс, 2011. – С. 110–451.

5. *Додин Е.В.* Административная ответственность за нарушение законодательства об исключительной (морской) экономической зоне Украины / Е.В Додин // Юридический вестник. –1996. –№ 3. – С. 67 – 68.

6. *Кузнецов С.А.* О таможенной (морской) зоне Украины / С.А. Кузнецов // Митна справа. – 2002. – № 4. – С. 68 – 80.

7. *Кузнецов С. А.* Административно-юрисдикционная компетенция таможенных органов Украины в открытом море / С.А. Кузнецов // Митна справа. – 2002. – № 6. – С. 28 – 31.

8. *Аверочкіна Т.В.* До питання про адміністративно-юрисдикційний аспект класифікації морських просторів / Т.В. Аверочкіна // Права людини: проблеми забезпечення, реалізації та захисту: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 24 лютого 2012 року. – Запоріжжя: у 4 ч. – Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина», 2012. – Ч. 4. – С. 25 – 27.

9. *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений. Элементы международного права в трудах легистов XII – XIV вв. / Грабарь В.Э. – Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1901. – 305 с.

10. *Грабарь В.Э.* Вопросы международного права в юридических консультациях Балда / Грабарь В.Э. // Известия МИД. – 1916. – Кн. 5–6. – 187 – 191.

11. *Иванащенко Л.А.* Международно-правовой режим прибрежных морских вод (внутренних морских вод, территориальных вод и специальных морских зон): автореф. дис. на соискание науч. степ. канд. юрид. наук.: спец. «Международное право» / Л.А. Иванащенко. – М.: РИО ВЮА, 1952. – 28 с.

12. *Young R.* Recent Development with respect to the Continental Shelf / R. Young // American Journal of International Law. – 1948. – № 4. – P. 849 – 991.

13. *Международное* морское право: Пер. с англ. / Коломбос , Хиггинс; под ред.: Крылов С.Б. ; пер.: Зайцева В.В., Кузьминский Н.И. – М.: Иностр. лит-ры, 1953. – 714 с.

14. *O'Connell D. P.* International Law / D.P. O'Connell; with a foreword by Lord McNair. – V. II. – London, 1970. – 1345 p.

15. *Greig D. W.* International Law / D. W. Greig. – London: Butterworths, 1970. – 728 p

16. *Conference* des Nations Unies sur de droit de la mer. Documents. – Vol. VI. – Geneva, 1958. – 190 p.

17. *Декларация* латиноамериканских государств по морскому праву. Док. ООН A/AC.138/28 от 14 августа 1970. – 7 с.

18. *Antokoletz D. A.* Influencia del padre Francisco de Vitoria en la formacion del derecho internacional moderno / D. A. Antokoletz // Revista de la facultad de derecho y ciencias socialos. – 1946. – № 4. – P. 530 - 555.

19. *Ulloa A.* Derecho international publico / A. Ulloa. – Mexico, HIM. – 423 p.

20. *Accioly H.* Manual de derecho international publico / H. Accioly. – San Pablo, 1956. – 247 p.

21. *Podesta C. L.* Manual de derecho international publico / C.L. Podesta. –Buenos Aires, 1947. – 536 p.

22. *Sierra M.* Derecho internacional publico / M. Sierra. – Mexico, 1956. – 345 p.

23. *Документ ООН* A/AC.138/SR.79. – 1972. – 85 с.

24. *Документ ООН* A/AC.4/32. – 1950. – 156 с.

25. *Клименко Б.М.* Государственная территория. Вопросы теории и практики международного права / Клименко Б.М. – М.: Междунар. отношения, 1974. – 167 с.

26. *Царев В. Ф.* Правовой режим экономической зоны в современном международном морском праве / В.Ф. Царев // Мировое рыболовство. – 1976. – № 2. – С. 3 – 32.

27. *Доклад* Комитета по мирному использованию дна морей и океанов за пределами действия национальной юрисдикции // Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Двадцать шестая сессия. – Доп. № 21. A/8421. – Нью-Йорк: Изд. ООН, 1971. – 178 с.

28. *Verzijl H. W.* International Law in Historical Perspective / H. W. Verzijl. – Volume 1. General subjects. – Leyden, 1968. – 575 p.

29. *McNair A. D.* International Law Opinions / A. D. McNair. – Cambridge: University Press, 1944. – 416 p.

30. *Броунли Я.* Международное право: в 2 кн.; пер. с англ. Кн. 1 / Броунли Я.; под ред.: Тункин Г.И.; Пер.: Андрианов С.Н. - М.: Прогресс, 1977. – 535 с.

31. *Колодкин А.Л.* Правовой режим территориальных вод и открытого моря / Колодкин А.Л. – М.: Мор. транспорт, 1961. – 174 с.

32. *Jessup P.* The Law of Territorial Waters and Maritime. Jurisdiction: civil and criminal Jurisdiction / P. Jessup. – New York: G.A. Jennings, 1927. – 548 p.

УДК 340.0; 340.1

# СОЦІАЛЬНІ ІНСТИТУТИ ЯК ПІДҐРУНТЯ РОЗБУДОВИ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

**Варич О. Г.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Київського університету права НАН України

***Анотація:*** У статті розглядаються питання теоретико-правової характеристики категорії «інститут» як комплексного та багатоаспектного явища. Для теорії держави і права останнє виступає як підґрунтя дослідження державно-правових інститутів, що об'єднують значну кількість базових категорій та понять. Дослідження поняття, аспектів сутності та призначення інститутів проводиться з урахуванням різних підходів до їх розуміння. Зокрема, розглядається сутність соціальних інститутів, інститутів права. Особлива увага приділяється інститутам держави як базовим явищам, дослідження яких є одним із кроків на шляху до розвитку сучасної державності.

***Ключові слова:*** інститут, соціальний інститут, інститут держави, інститут права, класифікація інститутів держави, інституційна характеристика держави, соціальні зв'язки.

***Аннотация:*** В статье рассматриваются вопросы теоретико-правовой характеристики категории «інститут» как комплексного и многоаспектного явления. Для теории государства и права последнее выступает как основа рассмотрения государственно-правовых институтов, которые объединяют определённое количество базовых категорий и понятий. Характеристика понятия, аспектов сущности и назначения институтов проводится с учётом разных подходов к их пониманию. В частности, рассматривается сущность социальных институтов, институтов права. Особое внимание обращается на институты государства як базовые явления, анализ которых – один из шагов на пути к развитию современной государственности.

***Ключевые слова:*** институт, социальный институт, институт государства, институт права, классификация институтов государства, институционная характеристика государства, социальные связи.

***Annotation:*** In the article the questions of description of category are examined «institute», as the complex and multidimensional phenomenon. For the theory of the state and right the last comes forward as basis and soil of research of державно-правових institutes that unite the far of base categories and concepts. Research of concept, aspects of essence and setting of institutes is conducted taking into account the various going near their understanding. In particular, essence of social institutes, institutes of right is examined. The special attention is spared to the institutes of the state as base phenomena research of that is one of step on a way to development of modern state.

***Key words:*** institute, social institute, institute of the state, institute of right, classification of institutes of the state, institutional description of the state, social copulas.

---

Призначення держави у сучасному глобалізаційному розвитку світу набуває нових напрямків та особливих якостей, що виявляються через зміни, по-перше, функціонального призначення держави, по-друге, збереження курсу забезпечення суверенних прав держави в умовах розширення сфер суспільних відносин та міжнародного співробітництва. Тому держава є політичною формою свободи або політичною інституцією, організацією публічної та політичної влади, що забезпечує інтереси принаймні переважної більшості населення. Саме тому, значну увагу на сучасному етапі розвитку держави, на нашу думку, необхідно звернути на дослідження основних її інститутів.

В існуванні будь-якої сфери знань, науки, галузі потрібна наявність певної бази, основи чи вихідного елементу, який становить їх фундамент. Для теорії держави і права такими основоположними чинниками є інститути держави та інститути права. При цьому під останнім здебільшого розуміється сукупність норм права, які здатні регулювати ту чи іншу сферу суспільних відносин у межах окремої галузі права. Наприклад, у межах цивільного права – інститут власності, інститут трудового договору – в межах трудового права, інститут злочину – в межах кримінального права і т.д.

Дещо інший зміст вкладається у розуміння інститутів держави, оскільки вони передбачають здебільшого не суто юридичні явища, а переважно явища фактично існуючого характеру. Проте дослідження останніх неможливо здійснювати, відкидаючи інститути права, правові та інші соціальні норми.

У цьому аспекті В.Є. Чіркін зазначав, що інститут, як правило, це суцільне фактично-юридичне, структурно-функціональне утворення [1, с. 7-8].

Разом із тим, будь-який інститут держави тісно пов'язується із суспільними інститутами. Як відомо, соціальні відносини – основний елемент соціального зв'язку, який забезпечує стійкість, згуртованість груп. Суспільство не може існувати без соціальних зв'язків та взаємодій. Особливу роль відіграють взаємодії, які забезпечують задоволення найбільш важливіших потреб суспільства чи індивіда. Ці взаємодії інституціоналізовані (узаконені) і мають стійкий, самооновлюючий характер.

У повсякденному житті соціальні зв'язки досягаються саме через соціальні інститути, іншими словами, – через регламентацію регулювання взаємовідносин; чіткий розподіл (функцій, прав, обов'язків учасників взаємодії) та регулярність їх дії. Відносини тривають так довго, як довго його партнери виконують свої обов'язки, функції, ролі. Щоб забезпечити стійкість соціальних відносин, від яких залежить буття суспільства, люди створюють своєрідну систему закладів, установ, що контролюють поведінку їх членів. Передаючись від покоління до покоління, норми та правила поведінки і діяльності в різних суспільних сферах ставали колективною звичкою, традицією. Вони спрямовували спосіб мислення та спосіб життя людей у певне русло. Всі вони з часом інституціювались (установлювалися, закріплювалися у вигляді законів

© *Варич О.Г., 2012*

та приписів). Усе це сформувало систему соціальних інститутів – базисний механізм регулювання суспільства. Саме вони виводять нас на розуміння суті людського суспільства, його складових елементів, ознак та стадій еволюції.

Соціальні інститути (від лат. Institutum – установа) є історично установленими формами організації спільної діяльності людей. Також під поняттям «соціальний інститут» можливо розуміти відносно стабільні та інтегровані (історично сформовані) сукупності символів, вірувань, цінностей, норм, ролей та статусів, завдяки яким управляються різні сфери соціального життя: сім'я, економіка, політика, культура, релігія, освіта тощо. Тобто це свого роду потужні інструменти, засоби, що сприяють у боротьбі за існування та належне положення як окремої людини в державі, так і всього суспільства в цілому. Таким чином основним призначенням соціальних інститутів є можливість задовольняти важливі суспільні потреби [2, с. 78].

Суттєвою рисою інституційного зв'язку (основа соціального інституту) є обов'язковість, зобов'язання дотримуватися необхідної поведінки, виконання наданих функцій. Соціальні інститути, а також організації в системі соціальних зв'язків не що інше, як певним чином бази, на котрих тримається держава та суспільство.

Першим, хто започаткував термін «соціальний інститут» та ввів у науковий обіг і розробив відповідну теорію, був англійський соціолог Г. Спенсер. Він вивчив та охарактеризував шість типів соціальних інститутів: промисловий (економічний), політичний, профспілковий, обрядовий (культурно-церемоніальні), церковний (релігійний), домашній (сімейний). Будь-який соціальний інститут, за його теорією, – це стійка структура соціальних дій.

Одну з перших спроб пояснити природу соціального інституту у «вітчизняній» соціології зробив професор Ю. Левада, трактуючи його як центр (вузол) діяльності людей, який зберігає свою стабільність протягом певного часу і забезпечує стабільність всієї соціальної системи.

На думку В.М. Биченкова, соціальні інститути можна розглядати у загальному вигляді, по-перше, як соціальне встановлення, тобто комплекс певних соціальних (правових, моральних) норм, що обумовлюють та регулюють діяльність людини в різноманітних сферах; по-друге, соціальне утворення яке певним чином організоване об'єднання людей, певна структура, що існує у суспільстві; по-третє, як сталий тип соціальної поведінки, що виявляється у певній системі соціальних дій, процедур або механізмів [3, с. 9].

Таким чином, різноманітні соціальні явища, що стосуються значної кількості суспільних питань, можуть бути підведені до поняття «інституту» у різних його значеннях.

Необхідно також ураховувати, що всі інститути як у соціологічному так і у юридичному їх розумінні є певними об'єднуючими структурами та характеризуються справедливістю. Саме тому дослідження інститутів держави необхідно проводити паралельно у межах юридичного та соціологічного їх розуміння.

Разом із тим, на думку А. Матюхіна, юридичні та соціологічні визначення інститутів є недостатньо повними, оскільки не враховують такого фактора, як мислення, без якого неможливо відтворення ані норм, ані відповідних відносин. Саме мислення, носієм якого є професійне суспільство, дозволяє вміщувати в себе зміст відтворюваних культурних норм. Саме тому, на думку автора, правова держава вважається «ідеальним типом» інституту, що відповідає певними інституційним принципам [4, с. 356].

У західних соціологічних дослідженнях поняття інституту достатньо часто відіграє роль загальнометодологічної категорії. Статус інститутів та інституційного аналізу в роботах західних учених можливо порівняти як теорію систем та системний аналіз.

Говорячи про значення поняття «інститут», М. Оріу підкреслював, що корпоративний інститут є об'єктивною соціальною організацією, що здійснює сама в собі найвищу ступінь правового порядку, тобто організація, що одночасно має суверенітет влади, внутрішньо-організаційний устрій такої влади з певною юридичною автономією. Тому найбільш активним «живим» боком корпоративного інституту є суверенітет влади, що передбачає зосередження інтересів, волі, функцій [5, с. 116-117].

Таким чином, М. Оріу визначає інститут як сукупність ідей, що мають виконуватись за допомогою правових засобів. Із метою реалізації таких ідей необхідним є влада та спільність інтересів. Інститут, таким чином, виступає як юридичне утворення, автономна структура, яка слугує ідеї за допомогою правових засобів.

У цьому аспекті Е.А. Воротілін зазначав, що характерною рисою інституту є наявність ідеї, що спрямовує активність індивідів [6, с. 4].

Узагальнюючи основні наукові концепції, можна говорити, що інститути держави розглядаються як:

- сукупність ідей, положень, цінностей, що характеризують найвищу ступінь порядку (М. Оріу);
- сукупність ідей та людей (Ж. Ренар);
- певний юридичний порядок та механізм реалізації правовідносин (С. Романо).

Таким чином, інститут держави є відносно відокремленою частиною державної структури, що ґрунтується на певних ідеях, характеризується певною самостійністю та системністю, відображає різноманітні суспільні інтереси та передбачає можливий механізм їх реалізації.

Разом із тим, В.Є.Чіркін зазначає, що більш доцільним є використання поняття «інститут державності» як більш ширшу категорію по відношенню до інституту держави, оскільки поєднує у своєму змісті і організаційні, і функціональні якості, обумовлені цільовим призначенням держави та місцем у системі управління [1, с. 8].

Дослідження інститутів держави потребує їх упорядкування шляхом виокремлення класифікаційних ознак, за допомогою яких виявляються їх різноманітні різновиди. Узагальнюючи вищезазначене, з теоретичної точки зору можливо виокремити наступні різновиди інститутів держави:

1. М. Оріу запропонував субстанціональну класифікацію інститутів, у межах якої науковець

виокремлює інститути-корпорації та інститути-речі. У межах суспільних інститутів можливо виокремити соціокультурні, політико-правові та суто правові інститути [5, с. 113].

2. За сферами суспільних відносин інститути держави можливо розподілити на соціальні, економічні, політичні, культурні та релігійні.

3. За рівнем існування та важливості в державі матеріальних та духовних цінностей виокремлюють:

1. інститут громадянського суспільства;
2. інститут особистості;
3. інститут сім'ї;
4. інститут власності.

3. Відповідно до структурно-функціонального принципу інститути держави можна поділити на:

- організаційні (інститут президента, інститут парламенту);
- функціональні (інститут референдуму, інститут адміністративного контролю, інститут влади).

4. За ступенем складності інститути держави можливо розподілити на:

- прості (елементні), що не можуть бути розділені на підінститути (інститут надзвичайного стану, інститут адміністративного контролю, інститут референдуму, інститут відповідальності уряду);
- складні (комплексні), що складаються з декількох підінститутів, які, у свою чергу, можуть бути і відособленими інститутами (інститут форми держави включає підінститути: форми державного правління, форми державного устрою, форми політичного режиму; інститут державного суверенітету: повнота і верховенство всередині, незалежність і рівноправність держави у зовнішніх відносинах).

5. За пріоритетністю існування в межах держави можливо виокремити такі інститути держави:

- основні (наприклад, інститут влади, інститут суверенітету);
- додаткові (факультатівні), які походять від основних (наприклад, інститут предствництва, інститут незалежності і рівноправності держави у зовнішніх відносинах).

6. За принципом розподілу влади можливо розрізняти наступні інститути держави:

- інститути законодавчої влади (інститут парламенту, референдуму та ін.);
- інститути виконавчої влади (інститут монарха, президента, уряду, виконавчих органів влади та ін.);
- інститути судової влади (інститут незалежності суддів, інститут судової відповідальності, інститут представництва, судовий контроль та ін.).

Разом із тим, досліджуючи інститути держави, необхідно враховувати і те, що вони змінюються в процесі історичного розвитку, деякі інститути частково зникають (інститут абсолютної монархії), інші навпаки з'являються (інститут громадянського суспільства, участі громадян в управлінні державою).

Ураховуючи вищезазначене можна зробити висновки, що існування різноманітних інститутів держави, по-перше, забезпечує належне функціонування такої держав, по-друге, сприяє підвищенню ролі держави як на внутрішньодержавному так і міжнародному рівні, по-третє, забезпечу механізми реалізації різних правових відносин, а отже, створює ефективне підґрунтя функціонування всього механізму держави.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Чиркин В.Е.* Современная концепция государствоведения / В.Е.Чиркин. - М.: Юриспруденция, 2010. – 18с.
2. *Сірий Е.В.* Соціологія: загальна теорія, історія розвитку, спеціальні та галузеві теорії / навч.посіб. / Е.В. Сірий. – К.: Атіка, 2004.
3. *Биченков В.М.* Институты: сверхколлективные образования и безличные формы соиальной субъектности / В.М. Биченков. – М.: Рос.акад. наук, 1996. – 976с.
4. *Матюхин А.* Государство в сфере права: институциональный поход / А. Матюхин. – Алматы: ВШП «Эділет», 2000. – 596с.
5. *Ориу М.* Основы публичного права / пер. с фр.; под ред. Е. Пашуканиса и Н. Челянова. – М.: Изд-во Ком. Акад., 1929. – 759с.
6. *Воротилин Е.А.* Политико-правовая теория институционализма М.Ориу (историко-критический анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. Наук / Е.А Воротили. – М.: Изд-вл Моск. ун-та, 1979. – 172 с.

УДК 34(477)

# СУТНІСТЬ ТА ОСНОВНІ ПРИНЦИПИ ПРАВОТВОРЧОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

**Глазунова С. М.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри
цивільного права і процесу
Івано-Франківського університету
права імені Короля Данила Галицького

***Анотація:*** У статті викладено проблеми правотворчої політики в Україні. Особливу увагу приділено аналізу сутності даної правової категорії. Наведено характеристику основних ознак. Виокремлено ряд принципів. Подано аналіз наукових досліджень у цій сфері.
***Ключові слова:*** правова політика, правотворча політика, принципи, правотворчий процес, правоутворення, правотворча діяльність, нормативно-правовий акт, громадянське суспільство.

***Аннотация:*** В статье изложены проблемы правотворческой политики в Украине. Особое внимание уделено анализу сущности данной правовой категории. Приведена характеристика основных признаков. Выделен ряд принципов. Дан анализ научных исследований в этой сфере.
***Ключевые слова:*** правовая политика, правотворческая политика, принципы, правотворческий процесс, правообразование, правотворческая деятельность, нормативно-правовой акт, гражданское общество.

***Annotation:*** In this article the problem of legislative policy in Ukraine. Particular attention is paid to the analysis of the nature of this legal category. The characteristic of the basic features. Singled out a number of principles. The analysis research in this area.
***Key words:*** legal policy, pravotvorcha policy, principles, pravotvorchiy process, pravoutvorennya, pravotvorcha activity, normatively legal act, civil society.

Із моменту проголошення незалежності нашої держави минуло два десятиліття, протягом яких відбувалися реформи, що внесли докорінні зміни у вітчизняне право. Практично заново сформовані майже всі галузі національного права. Темпи здійснення правотворчості вражають. Водночас, незважаючи на ряд позитивних змін, стрімкий розвиток суспільства виявляє проблеми, які потребують науково обґрунтованої стратегії та системної модернізації у сфері правотворчості, зобов'язують до використання нового інструментарію в усуненні значних недоліків як в процесі правоутворення, так і в процесі правотворчості.

Питання правотворчої політики привертали увагу науковців ще на початку XIX століття. Ця правова категорія згадується в працях Д. Остіна, але в подальшому не виступала предметом наукових досліджень, оскільки ототожнювалася з політикою права (Б.А. Кістяківський, Г.А. Ландау, П.І. Новгородцев, Л.І. Петражицький, Г.Ф. Шершеневич та ін.) Сучасний стан вітчизняної наукової розробки категорії «правотворча політика» характеризується певним вакуумом, оскільки увага вітчизняних науковців була спрямована на дослідження окремих аспектів правотворчості, юридичної техніки, законодавчого процесу тощо. В той же час дана правова категорія широко досліджується в рамках інших держав.

Зважаючи на актуальність даної тематики, спробуємо в межах наукової статті розкрити сутність та основні принципи правотворчої політики в Україні.

Загальновідомо, що правотворча політика є специфічною формою прояву правової політики та надто важливою для всестороннього розвитку й функціонування нашої держави.

Російські дореволюційні юристи (Б. А. Кістяківський, С. А. Муромцев, Н. М. Коркунов, Л. І. Петражицький та ін.) розглядали правову політику як прикладну науку, покликану визначати чинне законодавство і сприяти виробленню більш досконалого права. Вважаємо, що сучасний зміст даної категорії набагато складніший і ширший. Нині правова політика виступає особливою формою вираження державної політики, засобом юридичної легітимації, закріплення і здійснення політичного курсу держави, волі її офіційних лідерів, владних структур тощо. Будучи усвідомленою, консолідованою, ця політика втілюється передусім у конституціях, законах, кодексах, інших фундаментальних нормативно-правових актах держави, спрямованих на охорону та захист даного суспільного та конституційного ладу, розвиток суспільних відносин у потрібному напрямку. Правова політика є могутнім засобом здійснення перетворень у суспільстві.

Оскільки правова та правотворча політика співвідносяться як ціле та частка, то за допомогою методу аналогії сформулюємо поняття, розкриємо сутність та виокремимо принципи правотворчої політики.

За загальною теорією під правовою політикою розуміється сукупність ідей, завдань програм методів стосовно становлення розвитку регулювання та охорони суспільних відносин за допомогою права.

У сфері юриспруденції побутує думка, що правова політика – це науково обґрунтована програма заходів, ідей, цілей, методів, які реалізуються у сфері дії права та через право, що сприяє розумному проведенню державної політики; особлива форма вираження державної політики, закріплення і здійснення політичного курсу країни.

В той же час щодо характеристики правотворчої політики, то слід констатувати факт, що ця правова категорія є комплексним, складним, неоднозначним

*© Глазунова С.М., 2012*

та малодослідженим явищем у правовій системі нашого суспільства. Будучи важливою формою правової політики вона виявляється у системній, науково обґрунтованій, планомірній діяльності державних органів та посадових осіб, інших суб'єктів, спрямованій на визначення стратегічних напрямів правотворчості. Головне завдання правотворчої політики полягає у вирішенні проблемних питань правового регулювання та створенні необхідних умов для ефективної та адекватної правотворчості.

Сучасне українське суспільство перебуває в стані реформування, тому сьогодні вкрай важлива якість правотворчості. Проведення правових реформ повинно опиратися на ретельний науковий аналіз, прогнозування, кваліфіковану оцінку можливих наслідків прийнятих рішень тощо. Однак практика показує, що діюче законодавство не завжди відповідає вимогам своєчасності та можливості адекватно врегульовувати суспільні відносини, що склалися, стимулювати розвиток нових. Сьогодні недооцінюється значення планомірності в правотворчій діяльності, стратегія її здійснення не визначена належним чином, не проводиться моніторинг законодавства. Зазначена ситуація зумовлює низьку якість правотворчості, яка виявляється не тільки у її відставанні від соціальних, економічних, політичних та інших потреб суспільства, а й призводить до їх неналежного правового регулювання. Все це потребує відповідного системного реагування, тобто вироблення правотворчої політики, яка б стратегічно забезпечувала розвиток нашого суспільства. Остання, на наш погляд, має комплексний характер, який об'єднує у взаємопов'язаний механізм інструменти правоутворення.

Логічним та актуальним, на наш погляд, є визначення правотворчої політики А.П. Мазуренком, який під правотворчою політикою Російської Федерації розуміє науково обґрунтовану, послідовну системну діяльність державних органів та недержавних структур, спрямовану на визначення стратегії і тактики в правотворчості. Автором підкреслюється, що правотворча політика повинна створювати необхідні умови для ефективної правотворчої діяльності [1, с. 11].

Отже, правотворча політика, заснована на правотворчій діяльності, спрямована, перш за все, на її модернізацію та удосконалення системи права в цілому, оскільки використовує інструментарій правової політики. Однак слід зазначити, що правотворча політика є самостійним явищем. Самостійність виявляється у властивостях, які відрізняють її від інших форм правової політики, таких як, правозастосовна, правовиховна, інтерпретаційна та ін. Для розуміння сутності правотворчої політики доцільно виокремити основні її ознаки.

Російський науковець А. Мазуренко досліджуючи правотворчу політику в Російській Федерації, виявляє такі її ознаки:

а) виступає єдиним політико-правовим фактором модернізації правотворчості;

б) є важливим різновидом правової політики держави;

в) створюється на основі чітких виважених концептуальних засадах;

г) характеризується різноманіттям суб'єктів;

д) носить публічний характер;

е) відрізняється багаторівневістю: здійснюється на різних рівнях державної та соціальної організації суспільства;

є) має за мету створення взаємопогодженої, без пробільної, цілісної системи права;

ж) базується на вимогах обов'язкового використання наукового потенціалу в ході законопідготовчих робіт і процесі прийняття правових рішень;

з) використовує інструменти прогнозування і планування, які забезпечують її послідовність і передбачуваність;

і) носить системний характер: об'єднує у взаємопов'язаний механізм інструменти процесу правоутворення;

ї) виступає одночасно стратегією та тактикою у сфері правотворчості [2, с. 12].

Вважаємо, що зазначені ознаки є важливою та всесторонньою характеристикою правового явища «правотворча політика».

Беручи за основу аналіз вказаних властивостей, вважаємо, що правотворча політика – це комплекс концептуальних ідей, програм, планів, який втілюється в науково обґрунтованій, послідовній, системній діяльності державних органів та посадових осіб, суб'єктів громадянського суспільства, спрямованій на модернізацію та підвищення ефективності правотворчості з метою створення цілісної системи права.

Правотворча політика так, як і правова політика базується на певних конституційних та інших принципах.

За загальною теорією права принципи – це фундаментальні основи, на яких розвивається та функціонує те чи інше правове явище; основне вихідне положення теорії, вчення, керівна ідея, внутрішнє переконання тощо [3, с. 430].

Отже, наведені значення вказують на тісний зв'язок між об'єктивно існуючими певними правилами, що мають основне, вихідне значення й такими суб'єктивними властивостями, як внутрішнє переконання, погляди. З цього приводу є влучною думка, висловлена В.М. Горшеньовим та І.Б. Шаховим: «якщо принципи сприймаються, вони повинні глибоко усвідомлюватися, детально засвоюватися та перетворюватися на професійні переконання [4, с. 98].

Таким чином, вважаємо, що принципи правотворчої політики – це фундаментальні специфічні норми імперативного характеру, які виступають як незаперечні вимоги в стратегії та тактиці правотворчості.

Вважаємо, що до системи принципів правотворчої політики слід віднести тільки ті положення. які розкривають головне, суттєве у її змісті: визначення стратегічних і тактичних напрямків і перспектив розвитку законодавства, форм і методів правового впливу тощо. Зазначені напрямки доцільно віднести до спеціальних принципів.

На наш погляд, до спеціальних принципів правотворчої політики можна віднести перш за все

наукову обґрунтованість, системність, передбачуваність, планомірність, юридичну досконалість, оскільки саме вони в сукупності можуть забезпечити прийняття доцільних, адекватних суспільному розвитку, легітимних правових актів. Однак науковці попри спеціальні принципи виділяють й загальні, зокрема, науковість, демократизм, гуманізм, гласність, законність тощо.

Погоджуємося з думкою, що до основних пріоритетів правотворчої політики слід віднести:

- створення ефективного механізму правового регулювання;
- забезпечення необхідних правових умов для реального, всестороннього розвитку особистості;
- побудову демократичної правової держави і розвитку інститутів громадянського суспільства;
- взаємодію між суспільством і державою [5, с. 17].

Ураховуючи зазначене та спираючись на зарубіжний досвід у даній сфері, можемо констатувати, що створення життєздатної правової системи неможливе без існування збалансованої правотворчої діяльності, в основі якої лежить ефективна правотворча політика.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Мазуренко А.П.* Правотворческая политика в Российской Федерации: проблемы теории и практики: автореф. дис. … канд.юрид.наук / А.П. Мазуренко. – Ростов-на-Д., 2004. – 22с..
2. *Мазуренко А.П.* Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: автореф. дис. … докт.юрид.наук / А.П. Мазуренко [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.dissers.ru/avtoreferati-dissertatsii-yuridicheskie/a418.php
3. *Скакун О.Ф.* Теорія держави і права (енциклопед. курс): підручник / О.Ф. Скакун. – Х. : Еспада, 2006. – 776с.
4. *Горшенев В.М.* Контроль как правовая форма деятельности / В.М. Горшенев, І.Б. Шахов. – М.: Юридическая литература, 1987. – 176с.
5. *Матузов Н.* Актуальные проблемы российской правовой политики / Н. Матузов // Государство и право. – 2001. – № 10. – С. 15-21.

УДК 340.0

# ПРАВОТВОРЧІСТЬ НАРОДУ В СУЧАСНИХ УМОВАХ РОЗБУДОВИ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВНОСТІ В УКРАЇНІ

**Дідич Т. О.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

***Анотація:*** У статті проведено аналіз поглядів учених щодо розуміння правотворчої діяльності як предмета діяльності народу. Розкрито роль народу у здійсненні правотворчості в сучасних умовах розвитку правової системи.
***Ключові слова:*** право, правотворчість, народ.

***Аннотация:*** В статье проанализированы идеи ученых в сфере правотворческой деятельности народа. Раскрыта роль народа как субъекта правотворчества в современных условиях развития правовой системы.
***Ключевые слова:*** право, правотворчество, народ

***Annotation:*** The article analyzes the ideas of scientists in the field of law-making activities of the nation, the role of the nation as a subject of law-making in the present conditions legal system development.
***Key words:*** law, law-making, nation.

Конституційне закріплення народу єдиним джерелом влади в Україні [1] потребує належного механізму реалізації цього статусу. В юридичній доктрині такий статус народу України як єдиного джерела влади, як правило, пов'язується з належним функціонуванням інститутів прямої та представницької демократії, ключове місце в яких займає правотворчість народу. Правотворча діяльність – явище складне та багатогранне, що забезпечує формування норм національного та міжнародного права, їх оновлення та вдосконалення. В той же час правотворча діяльність є різновидом юридичної практичної діяльності, результатом здійснення якої є прийняття юридичних документів нормативно-правового характеру. Сучасне розуміння правотворчої діяльності має широкий характер, що надає змогу розглядати правотворчість як діяльність, яка здійснюється:

- державою в особі уповноважених органів;
- громадянським суспільством за допомогою інститутів безпосередньої та представницької демократії;
- міжнародним співтовариством;
- органами місцевого самоврядування;
- громадськими організаціями тощо.

Зазначене багатоаспектне розуміння правотворчості відображає демократичний характер діяльності держави, високий рівень розбудови громадянського суспільства, що надає змогу поєднати державно-владну діяльність в сфері правотворчості та правотворчу діяльність інституцій громадянського суспільства і міжнародного

*© Дідич Т.О., 2012*

співтовариства. Традиційно в радянській юридичній літературі правотворчість розглядалася як монопольна діяльність держави, результатом якої було право, його зміна та вдосконалення у вигляді системи нормативно-правових актів, що становила в сукупності законодавчу базу [2; 3; 4]. Проте в сучасних умовах розбудови державності та громадянського суспільства, таке розуміння правотворчості виявилось обмеженим, оскільки не відображає ролі інститутів громадянського суспільства, в тому числі і можливості народом здійснювати правотворчу діяльність, а також і міжнародного співтовариства в цій діяльності. Це потребує розгляду правотворчої діяльності як особливої сфери юридичної діяльності, що здійснюється в тому числі і народом в аспекті реалізації статусу народу як єдиного джерела влади. Особливо це питання актуалізується в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства та державності в Україні .

Окрім того, перехід від вузького розуміння правотворчості як державно-владної діяльності до широкого розуміння правотворчості як діяльності уповноважених суб'єктів держави, інститутів громадянського суспільства і міжнародного співтовариства, вимагає переосмислення ролі та значення народу у правотворчості як єдиного джерела влади.

В юридичній літературі питання місця та ролі народу у сфері правотворчості досліджувались досить епізодично. У роботах таких вчених, як Ж. О. Дзейко [5], Т. В. Кашаніна [6], Н. М. Пархоменко [7], О. Ф. Скакун [8], О. І. Ющик [9] та інших, які досліджували проблематику правотворчості, а також роль і місце народу в ній, як правило, сутність народної правотворчості розкривається з позиції загального розуміння референдної демократії. Під впливом вузького розуміння правотворчості, що сформувалося в радянській юридичній науці, вчені взагалі залишають правотворчість народу поза увагою, не виокремлюючи її в самостійний вид правотворчості. Проте в умовах переосмислення сутності та змісту правотворчої діяльності, тяжіння до її широкого розуміння, питання місця та ролі народу в процесі правотворчої діяльності потребують свого наукового аналізу з метою вироблення єдиної наукової позиції. Це підтверджується і поглядами вчених на те, що реформування правової системи України в руслі європейських інтеграційних процесів диктує нагальну потребу поглиблення досліджень загальнотеоретичних, практичних та прогностичних питань інститутів народовладдя. На прикладі референтної правотворчості наголошується на тому, що особливої уваги потребують проблеми референдної правотворчості. Оскільки в основу безпосередньої народної правотворчості покладено інститут референдуму, то референдна правотворчість є залежною від об'єктивізації цього інституту в чинному референдному законодавстві України, що, у свою чергу, потребує перегляду та вдосконалення з метою приведення його у відповідність до норм Конституції України [10, с. 67].

З огляду на це завданням цієї роботи буде узагальнення поглядів вчених щодо розуміння правотворчої діяльності народу та визначення його ролі у здійсненні правотворчості в сучасних умовах розвитку правової системи.

Загальновизнаним демократичним принципом розподілу влади є визнання та гарантування принципу народного суверенітету, змістом якого є єдність, неподільність, повнота та належність всієї влади в державі народові. Частини 1 та 2 статті 5 Конституції України закріплює, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами [1]. К. Книгін розкриває зміст народного суверенітету через співвідношення трьох елементів влади та її природу, а саме – «розкриваючи зміст поняття народного суверенітету, слід підкреслити, що головне в ньому – похідність влади від народу, належність влади народові та здійснення влади народом» [11, с. 44].

На питання безпосередності, повноти і неподільності народовладдя звернув увагу професор О. Г. Мурашин, який визначає, що за допомогою інституту прямого народовладдя громадяни безпосередньо беруть участь в управлінні справами суспільства і держави, підприємствами, самі приймають юридично значущі рішення. Це є:

- свідома діяльність громадян;
- діяльність, яка носить безпосередній характер;
- спрямована на вираження власної волі;
- як результат ця воля стає юридично значущим актом, який входить до загальної системи правових актів [12, с. 29].

Правове забезпечення організації й проведення референдумів в Україні, окрім норм Конституції України, здійснюється у відповідності до вимог Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми». За змістом вказаний Закон України абсолютно не торкається питання нормопроектної стадії. Лише його стаття 8 регламентує окремі аспекти нормопроектування щодо діяльності ініціативних груп, агітації та забезпечення права на ознайомлення зі змістом проекту, що виноситься на голосування. Громадянам, політичним партіям, громадським організаціям, масовим рухам, трудовим колективам надається право безперешкодної агітації за пропозицію про оголошення референдуму, за прийняття закону або іншого рішення, що виноситься на референдум, а також проти пропозиції про оголошення референдуму, прийняття закону чи рішення. Для реалізації цього права зацікавленим особам та організаціям надаються приміщення для зборів, забезпечується можливість використання засобів масової інформації. Винесений на референдум проект закону, рішення обговорюється в межах України або тієї адміністративно-територіальної одиниці, де проводитиметься референдум. Усі рішення, що торкаються референдуму, а також проекти законів, інших рішень, які виносяться на референдум, підлягають опублікуванню у засобах масової інформації [13].

У свою чергу Л. Кривенко виходить із виокремлення та аналізу правотворчої функції

всеукраїнського референдуму, яка полягає в прийнятті або затвердженні проектів Конституції, законів, інших важливих рішень загальнодержавного значення шляхом голосування народу (корпусу виборців), які мають обов'язковий характер, за умови додержання вимог, визначених Конституцією і законами щодо організації, проведення та реалізації результатів референдуму [14, с. 96].

Т. О. Рябченко вважає, що референдна правотворчість має власне понятійне значення, яке повинно бути розкрито через розуміння її ознак, до яких учена відносить такі:

1) це форма владної діяльності народу, пов'язана з встановленням, зміною чи скасуванням правових норм;

2) здійснюється безпосередньо народом шляхом всеукраїнського референдуму;

3) самостійним суб'єктом правотворчості виступає український народ, під яким слід розуміти громадян України, наділених правом голосу;

4) зміст референдної правотворчості визначається предметом референдумів. Предметом референдуму як форми народної правотворчості є не будь-яке рішення, а нормативно-правовий акт відповідної юридичної сили;

5) пряма участь громадян у розробці та прийнятті нормативно-правових актів;

6) акти всеукраїнського референдуму мають вищу юридичну силу, є обов'язковими для виконання у разі визнання референдуму легітимним на всій території України і не потребують будь-якого затвердження державними органами.

Виходячи з вищевказаних ознак учена надає авторське визначення поняття референдної правотворчості, під якою пропонується розуміти правову форму владної діяльності українського народу щодо встановлення норм права, зміст якої полягає в прийнятті громадинами України шляхом всенародного голосування нормативно-правових актів, що мають вищу юридичну силу і, втілюючи політичну волю народу, не потребують додаткового затвердження з боку органів державної влади [10, с. 69].

Визнаючи безпосередню правотворчість народу самостійним видом правотворчості, учені зосередили увагу на тих формах прямої участі населення в правотворчості, які завершуються прийняттям правових актів, зокрема шляхом всенародного голосування. Всенародне голосування, чи референдум, розуміється ними як форма прийняття самим народом законодавчих актів. За способом правотворчості референдум є безпосереднім волевиявленням народу, спрямованим на встановлення правових норм [4, с. 97].

В юридичній літературі питання правотворчості народу розглядаються також в аспекті виокремлення різновидів правотворчості як такої. Так, розглядаючи питання класифікації правотворчості за суб'єктивним складом, виділяються три основні види:

а) правотворчість, що здійснюється органами державної влади (в тому числі і нормопроектування, що здійснюється самим правотворчим органом чи робочими комісіями в рамках апарату правотворчого органу – *Т. Д.*);

б) встановлення правових норм громадськими організаціями трудящих за наданими державою повноваженнями. Даний підхід є досить спірним, оскільки делегована правотворчість (та делеговане нормопроектування як окремий етап правотворчості) має ряд особливостей, оскільки правотворчість здійснюється від імені компетентного правотворчого органу або за його дорученням;

в) безпосереднє прийняття норм права народом [4, с. 96].

М. Я. Соколов надає подібну класифікацію суб'єктів правотворчості, додаючи до неї ще державне санкціонування нормативних актів громадських організацій [15, с. 126].

Залежно від суб'єктів правотворчості вченими виділяється правотворчість народу, яка здійснюється в процесі проведення референдуму (референдум є безпосередньою формою участі народу в правотворчості, тобто прийнятті законів шляхом всенародного голосування). Як правило, законодавством країни закріплюється вища юридична сила законів, прийнятих на референдумі, крім того, такі закони не потребують додаткового затвердження і обов'язкові до виконання на всій території країни. Змінити правові акти, прийняті у такому порядку, можна лише в результаті проведення повторного референдуму [16, с. 348].

Окрім того, в аспекті розуміння поняття «нормативно-правовий акт» також наголошується вченими на можливості його прийняття народом або органом державної влади чи місцевого самоврядування, регулює суспільні відносини та вміщує в собі норми права [17, с. 386].

На нашу думку, таке розуміння народної правотворчості має досить обмежений характер та не відображає участі народу в правотворчій діяльності в цілому. В даному випадку слід говорити про те, що важливим елементом організації правотворчості є створення умов, які б забезпечили демократичну процедуру обговорення проектів нормативно-правових актів: творчий, діловий стиль у роботі, відкритість, всебічність обговорення на основі аналізу різних точок зору на всіх етапах та в комісіях, що готують проект та при винесенні його на обговорення в самому правотворчому органі. Не менш важливим є попереднє обговорення концепції проекту та його майбутніх принципових положень. Формами обговорення є публікація в засобах масової інформації, обговорення на науково-практичних конференціях, мітингах тощо.

Ряд проектів нормативно-правових актів проходять особливі, додаткові стадії підготовки, що обумовлено їх виключною важливістю для регулювання суспільних відносин. У практиці правотворчості, на жаль, не часто використовуються громадські обговорення проекту нормативно-правового акту. Основним інструментом вираження громадської думки є друковані засоби масової інформації, які останнім часом активно беруть участь в інформаційному забезпечені правотворчості. На сьогодні у засобах масової інформації, при проведенні мітингів та протестів досить часто висвітлюються пропозиції й вимоги громадян щодо прийняття чи зміни того або іншого нормативно-правового акту. Таким чином, ми стикаємось із

феноменом ініціювання нормотворчих пропозицій як стадії правотворчості.

Завданням громадських дискусій у засобах масової інформації є вияв розмаїття альтернативних пропозицій та вибір оптимальних із них. На жаль, для багатьох офіційних видань газет та журналів характерним на сьогодні є низький рівень культури дискусій по ряду важливих державно-правових питань та високий рівень заангажованості у висвітленні правових проблем. Сама громадська думка характеризується рисами неузгодженості, непослідовності і різновекторності. Як зазначає О. Г. Мурашин, громадська думка на рівні буденної свідомості часто формується під впливом чуток, неадекватного розуміння частиною населення природних труднощів суспільного розвитку. Інакше кажучи, повсякденний рівень масової свідомості в сучасних умовах містить значні елементи стихійності, ілюзорності [18, с. 3].

Важливим є питання щодо порядку обліку висвітлених у засобах масової інформації пропозицій. Практика правотворчості доводить, що в Україні відсутній механізм підведення підсумків громадських обговорень і лише незначна частина пропозицій та зауважень до проектів нормативно-правових актів використовується в їх первинному варіанті. Доля інших пропозицій залишається невідомою, як і мотиви, за якими вони були відхилені. У зв'язку з цим необхідно надати більшої упорядкованості механізму громадського обговорення проектів нормативно-правових актів, правотворчих пропозицій тощо та організувати електронний банк даних щодо пропозицій по розробці проектів правових норм. Досить часто значна кількість думок, інтересів, позицій, які мають різний зміст і значення, заважає підготувати проект нормативно-правового акту на повноцінній науковій основі, зважити всі варіанти та прорахувати наслідки. Має бути чітко вироблений механізм узагальнення й аналізу пропозицій, які висловлюються в процесі народних обговорень проектів. Такі пропозиції мають бути максимально враховані. За результатами обговорення суб'єкти, які здійснюють підготовку проекту, організують облік, узагальнення та аналіз наданих зауважень та пропозицій, а також узгоджують проект у відповідності з ними.

Таким чином, можливо підсумувати, що розуміння місця та ролі народу в правотворчій діяльності розкривається в юридичній літературі через:

- роль і значення демократичних інституцій в управлінні суспільством;
- природу та сутність інституту народовладдя;
- зміст діяльності органів держави, що аналізу громадської думки, проведення народних слухань правотворчих ініціатив та проектів нормативно-правових актів тощо;
- зміст та призначення референдної демократії тощо.

Проте, на нашу думку, на сьогодні принциповим є переосмислення ролі народу у правотворчій діяльності в аспекті розуміння народної правотворчої діяльності як багатовекторного явища. Зокрема, ключовими питаннями є:

- роль і місце правотворчої діяльності народу у співвідношенні з правотворчою діяльністю держави, суб'єктів громадянського суспільства, суб'єктів міжнародного співтовариства, що наділені правотворчими повноваженнями тощо;
- зміст та значення правотворчої діяльності народу на національному рівні та на міжнародному рівні;
- гармонізованість та збалансованість правотворчої діяльності народу та інших суб'єктів правотворчості;
- сфери правового регулювання, де має бути здійснена правотворча діяльність народу;
- статус актів правотворчості, що є результатом правотворчої діяльності народу тощо.

На завершення цієї роботи слід наголосити, що в сучасних умовах демократизації суспільного устрою в України, розбудови державності та громадянського суспільства, об'єктивно питання правотворчості народу, інститутів громадянського суспільства перебувають в центрі уваги наукової громадськості. Тому слід окремо звернути увагу на підвищення значення і ролі правотворчої діяльності народу та виробити ефективні механізми повноцінної реалізації народом права на правотворчість та на участь у правотворчому процесі.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Конституція* України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника; под ред. Д. А. Керимова, А. В. Мицкевича, послесловие Д. А. Керимова / А. Нашиц. – М.: ПРОГРЕСС, 1974. – 256 с.
3. *Пиголкин А. С.* Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР: автореф. дисс … д-ра юрид. наук: 12.720 / ВНИИ советского законодательства. – М., 1972. – 34 с.
4. *Правотворчество* в СССР / под ред. А. В. Мицкевича. – М.: Юрид. лит., 1974. – 319 с.
5. *Дзейко Ж. О.* Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження: монограф. / Ж. О. Дзейко. – К.: Київський університет, 2007. – 360 с.
6. *Кашанина Т. В.* Юридическая техника [учебник] / Т. В. Кашанина. – М.: Норма-М, 2011. – 496 с.
7. *Пархоменко Н. М.* Джерела права: проблеми теорії та методології / Н. М. Пархоменко. - К. : Юрид. думка, 2008. – 336 с.
8. *Скакун О. Ф.* Теория государства и права (энциклопедический курс) [учебник] / О. Ф. Скакун. – Х.: Эспада, 2007. – 640 с.
9. *Ющик О. І.* Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О. І Ющик. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1997. – 190 с.
10. *Рябченко Т.О.* Категорія «референдна правотворчість» у теорії права / Т. О. Рябченко // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2009. – №6. – С. 66-74
11. *Книгін К.* Реалізація народного волевиявлення, вираженого в рішеннях всеукраїнських референдумів: окремі проблеми / К. Книг ін // Право України. – 2003. – № 3. – С. 44–47.
12. *Мурашин О. Г.* Акти прямого народовладдя у правовій системі: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / О.Г. Мурашин. – К., 2001. – 420 с.
13. *Закон* України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 03.07.91 р., № 1286-XII // ВВР УРСР. – 1991. – № 33.
14. *Конституційно*-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики; за ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2001. – С. 95-96.

15. *Соколов М. Я.* Субъекты правотворчества / М.Я. Соколов // Советское государство и право. – 1965. – № 7. – С. 125–129.

16. *Теорія* держави і права: академічний курс: [підручник]; за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – 2-ге вид., перероб. і доповн. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 688 с.

17. *Конституционное* право. Энциклопедический словар; под ред. С. А. Авакьяна (отв. ред.). – М.: НОРМА, 2001. – 688 с.

18. *Мурашин О. Г.* Пряма правотворчість: проблеми соціологічного забезпечення / О.Г. Мурашин // Держава і право: зб. наук. пр. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2002. – № 18. – С. 3–6.

УДК 342.95

# СУТНІСТЬ ІНФОРМАЦІЙНО-ПРАВОВИХ НОРМ І ВІДНОСИН

**Коваленко Л. П.,**
кандидат юридичних наук, доцент
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»,
м. Харків

***Анотація:*** У статті сформульовано поняття інформаційних норм та відносин, розглядається питання про їх зміст. Проаналізовано загальні та спеціальні особливості інформаційно-правових норм та інформаційних відносин, проведена їх класифікація.

***Ключові слова:*** інформаційна норма, інформаційно-правові відносини, сутність інформаційно-правових норм та відносин, особливості та види інформаційно-правових норм і відносин.

***Аннотация:*** В статье сформулировано понятие информационных норм и отношений, рассматривается вопрос об их содержании. Проанализированы общие и специальные особенности информационно-правовых норм и информационных отношений, приведена их классификация.

***Ключевые слова:*** информационная норма, информационно-правовые отношения, сущность информационно-правовых норм и отношений, особенности и виды информационно-правовых норм и отношений.

***Annotation:*** In this article formulated the concept of information norms and attitudes, the issue of their content. Analyzed the general and specific features of information law and information relations, held their classification.

***Key words:*** information rule, information legal relations, the nature information legal rules and relations, characteristics and forms of information legal rules and relations.

---

Питання щодо визначення інформаційно-правової норми є дискусійним. Науковці В. Цимбалюк, В. Гавловський, В. Гриценко, М. Швець, І Здзеба, М. Шевченко, І. Бачило, В. Копилов та ін. певною мірою досліджували деякі питання інформаційних норм, але зроблені ними висновки свідчать лише про відсутність усталених поглядів на певні проблеми щодо визначення інформаційних норм, їх ознак і таке інше. Існує думка, що інформаційне право використовує для регулювання інформаційно-правових відносин норми інших галузей права конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального права та інших галузей права. Ми маємо протилежну думку, інформаційне право має свій самостійний предмет, метод правового регулювання, норми, законодавство, і навпаки – це усі галузі українського права використовують для регулювання тих чи інших правових відносин норми інформаційного права.

Інформаційно-правовій нормі притаманні загальні ознаки, тобто ознаки, які властиві будь-якій соціальній нормі – державно-владна природа, загальнообов'язковий характер, формальна визначеність, структура та ін.

Але треба зазначити, що навіть деякі загальні ознаки інформаційної норми суттєво відрізняються від загальних ознак інших правових норм. Окрім того, норми інформаційного права мають такі спеціальні ознаки, які притаманні виключно інформаційно-правовій нормі.

Інформаційні норми мають загальні ознаки:

1. Державно-владна природа.

Норма інформаційного права приймається компетентними органами держави (посадовими особами) та іншими особами:

а ) Верховною Радою України приймаються: Конституція України; закони України (наприклад, закони «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 р., «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011, «Про посилення захисту майна редакцій засобів масової інформації, видавництв, книгарень, підприємств, книгорозповсюдження, творчих спілок» від 20.05.2010 та ін.); кодекси, а також інші кодифіковані акти (наприклад Кодекс України про адміністративні правопорушення); Постанови Верховної Ради України); міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України та інші нормативно-правові акти в галузі інформаційного права.

б) Президентом України видаються укази та розпорядження (наприклад, Укази Президента України «Про Положення про Державний комітет телебачення і радіомовлення України» від 07.05.2011, «Питання забезпечення органами виконавчої влади

*© Коваленко Л.П., 2012*

доступу до публічної інформації» від 05.05.2001, «Про Положення про Державну службу України з питань захисту персональних даних» від 06.04.2011 та ін.;

в) Кабінетом Міністрів України приймаються постанови та розпорядження (наприклад, постанови Кабінету Міністрів України, «Про затвердження порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для створення електронної інформаційної системи» Електронний Уряд» від 25.07.2011, «Про затвердження Порядку використання у 2011 році коштів, передбачених у державному бюджеті для виконання заходів з питань європейської інтеграції в інформаційній сфері» від 06.07.2011, «Про затвердження Державної цільової програми впровадження у навчально-виховний процес загальноосвітніх навчальних закладів інформаційно-комунікаційних технологій «Сто відсотків» на період до 2015 року» від 13.04.2011 та ін.; декрети Кабінету Міністрів України, прийняті на підставі Закону «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» від 18 листопада 1992 р. [5].

г) міністерствами та інші центральні органи виконавчої влади видаються накази, інструкції, розпорядження , постанови, правила, положення в межах їх компетенції;

д) Верховною Радою і Радою міністрів Автономної Республіки Крим приймаються постанови;

є) місцевими державними адміністраціями – розпорядження;

ж) органами місцевого самоврядування приймаються рішення, що містять інформаційно-правові норми.

з) Конституційним Судом України виноситься рішення, в яких інформаційно-правові норми можуть тлумачитися ним або визнаватися такими, що не відповідають Конституції України (фактично скасовуватися).

На нашу думку, ознака державно-владної природи інформаційної норми має специфічну сутність, реалізація цієї норми забезпечується такими видами заходів державного примусу, які притаманні виключно інформаційному праву.

2. Загальнообов'язковий характер, тобто поширення інформаційних норм на всіх суб'єктів (учасників) інформаційних відносин незалежно від її бажання.

3. Формальна визначеність. Норма інформаційного права одержує зовнішнє мовне закріплення в статтях нормативно-правових актів, чітко встановлює вид та міру можливої, необхідної або забороненої поведінки.

4. Певна структура, тобто поділ норми права на складові елементи. Інформаційно-правова норма складається з гіпотези, диспозиції й санкції. Але, незважаючи на наявність у нормі усіх трьох елементів структури, інформаційна норма має певні особливості структури. Так, наприклад, у конкретній статті інформаційного нормативно-правового акту можуть не бути наявними всі три складові інформаційно-правові норми. Вони можуть міститися в інших статтях даного нормативно-правового акту або в інших актах.

Норми інформаційного права мають ті самі характеристики, що й норми взагалі, водночас є певні відмінності, які свідчать про наявність деяких особливостей норм інформаційного права. Основні з них:

1. У них відображується державний інтерес. Норми інформаційного права забезпечують функціонування публічного управління, а звідси – існування держави як такої. Йдеться про те, що без управління держава не може існувати і виконувати покладенні на неї функції, а це призводить до хаосу, анархії та зникнення держави. З цього приводу можна зробити висновок, що якісно створені адміністративно-правові норми є одним із факторів забезпечення національної безпеки.

2. Мають переважно імперативний характер, їх реалізація підкріплюється можливістю застосування засобів державного примусу. Іншими словами, приписи переважної більшості (але не всіх) інформаційно-правових норм не передбачають можливості вибору варіанта поведінки у суб'єкта інформаційно-правових відносин, який не має владних повноважень. Хоча, необхідно зазначити, що частина інформаційно-правових норм (яка поступово збільшується) має диспозитивний характер, за якого суб'єктові інформаційного права надається право вибору поведінки в тій чи іншій ситуації.

3. Є регулятором інформаційних відносин. На нашу думку, за ступенем комплексності інформаційно-правовим нормам немає рівних серед інших правових норм (їх використовують усі галузі права).

4. Сукупність норм інформаційного права формується на основі норм, які регулюють відносини, пов'язані з реалізацією інформаційних прав і свобод. Це, у першу чергу, право кожного на створення, передачу, поширення, одержання, пошук і використання інформації законним способом, право на вільну творчість, викладання, іншу інтелектуальну діяльність, що захищається законом.

5. Інформаційні норми, що містять однозначні приписи, вказівки, визначають межі поведінки й закріплюють обов'язки державних органів, установ, підприємств і громадян в інформаційній сфері.

6. Наявність чотирьох специфічних способів реалізації інформаційних норм.

Інформаційні норми класифікуються за видами:

1) Інформаційно-правові норми можуть розділятися на імперативні й диспозитивні.

2) Інформаційні норми (спеціальні) можна класифікувати на норми-визначення (дефініції), що містяться в інформаційному законодавстві:

- норми-принципи, які регламентують принципи, які закріплюють діяльність суб'єктів інформаційного права (законність, незалежність, колегіальність, гласність і т.п.);

- норми-колізії, які встановлюють порядок вирішення суперечностей між юридичними нормами;

- норми, які регламентують мету, закріплюють цілі й завдання органів виконавчої влади та інших суб'єктів у галузі інформаційного права.

3) Залежно від їх сутності інформаційно-правові норми можуть бути матеріальними й процесуальними.

4) За юридичним змістом: компетенційні норми, окреслюють легальні межі діяльності суб'єктів права.

5) Інформаційно-правові норми можна класифікувати за сферою їх застосування (за масштабом дії):

- норми, дія яких розповсюджується по всій території України;
- норми регіональні – діють на території певного регіону;
- норми органів місцевого самоврядування – діють на території окремої адміністративно-територіальної одиниці.

6) За обсягом регулювання інформаційно-правові норми підрозділяються на норми:

- загальної дії, що поширюють дію на всю галузь правового регулювання, які регламентують найважливіші сторони інформаційної діяльності. Це, у першу чергу, статутні норми, що встановлюють обов'язки органів виконавчої влади й місцевого самоврядування по виконанню ними конституційних обов'язків щодо надання фізичним і юридичним особам інформації;
- міжгалузеві, регулюючі інформаційні відносини, що виникають між групами міжгалузевих державних органів, із забезпечення інформаційних процесів;
- галузеві, діючі у межах сфери ведення галузевого органа виконавчої влади;
- регіональні, регулюючі інформаційні відносини на рівні органа місцевого самоврядування, що діють у межах територій.

7. За юридичною силою:

- норми законів (наприклад, Закон України від 02.10.1992 «Про інформацію»);
- норми підзаконних актів (наприклад, постанова Кабінету Міністрів України від 04 січня 2002 року « Про порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади»).

8. За дією на коло осіб:

- на юридичних:

а) на всіх юридичних осіб ;

б) на окремих юридичних осіб;

- на фізичних:

а) на всіх фізичних осіб;

б) на окремих фізичних осіб.

Враховуючи викладене вище, на нашу думку, поняття інформаційно-правової норми має такий зміст – це загальнообов'язкові, формально визначені правила поведінки (що встановлюються державою). які надають суб'єктам (учасникам) інформаційних відносин, що входять до предмета інформаційного права, суб'єктивні інформаційні права і покладають на них інформаційні обов'язки і забезпечуються специфічними заходами державного примусу.

На нашу думку, саме за допомогою інформаційно-правововых норм регулюються інформаційні правовідносини, які є дуже багатоаспектними. Цей аналіз може стосуватися як їх динаміки, змісту, так і різних аспектів останнього. Підхід Я. Гонцяж щодо природи інформації, інформаційних відносин: «звернувшись до спеціальної юридичної літератури, виявили, що дискусійними є практично всі основоположні питання теорії щодо інформації», можна повною мірою віднести і до інформаційних правовідносин [7, с. 21]. Окремі сторони цієї проблеми досліджувались уже на межі XX-XXI ст. Про поняття інформаційних правовідносин йшлося в роботах К. І. Белякова, О. В. Олійника та ін. [3; 12]. Навряд чи можна робити висновок, що сформована в повній мірі основна термінологія інформаційного права України, на цьому етапі ще формується концепція інформаційних правовідносин, але окремі положення вчення про них вже були сформовані. Саме вони і стали активним поштовхом для розвитку досліджень XXI ст. У 90-ті роки цей напрям інформаційно-правової науки пов'язується з поглядами таких фахівців, як М. М. Россолова, В. Д. Елькина, І. М. Россолова, Ю. А. Нисневича, А. А. Письменського та ін. [11; 14-16].

Однак найбільш інтенсивно цей напрям почав досліджуватись на початку XXI ст. в Україні у працях І. В. Арістової, К. Бєлякова, О. Г. Додонова, Р. А. Калюжного, В. С. Цимбалюка, О. Г. Марцінюка, В. Д. Гавловського, В. В. Гриценко та ін. [1; 4; 9]. Збагачення, глибина досліджуваних проблем не виключає і того, що одностайність зі значної кількості питань ще не досягнута. Це обумовлюється дуже інтенсивним розвитком цього кола суспільних відносин, бурхливим розвитком інформаційного законодавства, появою нових або вдосконаленням уже існуючих суспільних явищ, які потребують адекватного правового регулювання в режимі інформаційно-правової галузі.

Розвиток теорії інформаційних правовідносин ґрунтується на принциповому розмежуванні типів інформаційних відносин. «Інформаційні відносини охоплюють весь спектр:

- відносини, пов'язані з формуванням, створенням, перетворенням та використанням інформації;
- відносини, що пов'язані зі зберіганням інформації;
- відносини, що пов'язані з передачею і розповсюдженням інформації та інші.

На цьому положенні фактично і ґрунтується принциповий розподіл відносин, які мають регулюватись на засадах влади та підпорядкування та на умовах угод. При цьому треба погодитися з А. Гевлич, що до такої системи логічно додати і відносини, «що виникають з приводу реалізації основних інформаційних прав і інтересів громадян України, інтересів суспільства і держави в інформаційній сфері» [6, с. 10–13].

М. В. Фігель характеризують інформаційні правовідносини як урегульовані нормами інформаційного права суспільні відносини, учасники яких виступають носіями юридичних прав і обов'язків, що регулюють приписи щодо створення, розподілу та використання інформації, що містяться в цих нормах [8, с. 138] .

О. В. Синєокий підкреслює, що інформаційні правовідносини — це суспільні відносини, які виникають під час створення, розподілу та використання інформації та врегульовані нормами інформаційного права, учасники якого мають відповідні юридичні права й обов'язки. Безумовно,

що деталізованому правовому регулюванню підлягають такі інформаційні відносини, які виникають під час руху інформації, що будуються між специфічними суб'єктами та відносно певного об'єкта. Стосовно першого — це обов'язкова наявність суб'єкта владних повноважень або безпосередньо держави, стосовно другого — це специфічний різновид інформації, яка належить державі або територіальним громадам. Окремі норми приватного права стають наскрізь пронизаними публічно-правовими принципами «...Кінцева мета і публічних, і приватних відносин усе одно та саме: різний тільки спосіб її виконання, здійснення. У приватному праві вона здійснюється шляхом особистого самовизначення; у публічному — шляхом сукупної діяльності цілого суспільства» [17, с. 43].

Інформаційні правовідносини, виступаючи різновидом правовідносин узагалі, характеризуються і всіма їх ознаками: виникають на підставі інформаційно-правової норми; виступають як форма реалізації інформаційно-правової норми; мають вольовий характер; обумовлені інтересами держави; гарантуються державним примусом і т. д. Щоправда, варто враховувати, що ці ознаки формалізуються в умовах впливу на інформаційну діяльність у специфічному вигляді, завдяки низці засобів та форм, що притаманні виключно інформаційно-правовому регулюванню. Ідеться і про зміст інтересу, який реалізується, співвідношення видів інтересів, природи примусу в окремих інститутах інформаційно-правової галузі тощо.

Специфічні ознаки інформаційних правовідносин обумовлені предметом та методом регулювання. Передусім це стосується сфери регулювання – інформаційної системи держави, визначення меж інформаційної діяльності держави. Крім цього, інформаційні правовідносини є публічно-правовими відносинами, що походять від влади та виступають формою реалізації публічних інтересів. Реалізуючи імперативний припис інформаційно-правові норми, засновані на підкоренні зобов'язаної сторони інформаційних правовідносин владній, держава видає владні приписи, яким мають підкорятися інші суб'єкти інформаційних правовідносин. До того ж інформаційні правовідносини є похідними правовідносинами та виступають як публічні відносини, які мають правову форму та виражають публічний характер.

В. С. Цимбалюк звертав увагу, що головною особливістю інформаційних правовідносин є те, що вони виступають юридичною формою вираження та закріплення інформаційних відносин, які, у свою чергу, є формою певних публічних відносин [13]. Т. А. Костецька також підкреслює, що інформаційні правовідносини перебувають у сфері впливу держави як відносини, що виникають у процесі інформаційної діяльності суспільства, держави засобів масової інформації в інформаційній сфері [10, с. 22]. На підставі цього ми доходимо зрозумілого та сприйнятого всіма інформаційниками-правознавцями висновку, що інформаційні правовідносини є юридичною формою вираження інформаційних відносин, коли останні можуть існувати виключно в правовій формі.

Суттєвою ознакою інформаційних правовідносин є їх інформаційний характер. Це обумовлюється змістом інформаційних правовідносин, які виникають, змінюються і припиняються саме при формуванні, розповсюджені й використанні інформації, необхідної для існування держави, забезпечення потреб суспільства та територіальних громад. Акцент на інформаційному характері інформаційно-правових відносин не повинен виводити з поля зору і важливість організаційного значення цього різновиду правовідносин.

І. Л. Бачило, характеризуючи предмет і систему інформаційного права, вказує на організаційний характер інформаційних відносин [2, с. 57]. Але такий акцент доречний виключно у поєднанні з попереднім, коли організується рух інформації. Інформаційні правовідносини, як підкреслював В. С. Цимбалюк, «завжди виникають (у кінцевому рахунку) з приводу інформації» [13]. Цей аспект характеристики інформаційних правовідносин пов'язується зі специфічною роллю держави як владного організатора.

Складно сперечатися із принциповою роллю держави в інформаційній діяльності як суб'єкта, яка організує обіг інформації. У той же час навряд чи можна будувати визначення її ролі за рахунок реалізації лише власних інтересів, виключно самостійно. Держава організує ці відносини, але на підставі врахування та узгодження всіх інтересів у суспільстві, дотримання об'єктивних пропорцій. Тому навряд чи є сенс протиставляти мотив, що спонукає державну діяльність (об'єктивну інформаційну необхідність), та реалізацію владного веління. Саме базуючись на об'єктивних інформаційних реаліях, держава і має змогу, підстави діяти імперативними засобами. По-перше, це стосується того, що йдеться про управління власником обігом інформації (правда, у цьому випадку безпосередньо імперативні форми регулювання стосуються публічної частки суспільного продукту, тоді як стосовно частки, що знаходиться в обігу юридичних та фізичних осіб, переважно застосовуються диспозитивні методи). По-друге, у широкому розумінні будь-яке управління завдяки використанню правових форм вже є державним втручанням, засобом реалізації владного веління, бо за будь-яким правовим приписом стоїть можливість застосування примусу держави. З приводу цього В. Д. Гавловський аргументовано зауважує, що «в основі будь-яких інформаційних відносин лежить вольовий вплив держави на учасників інформаційних відносин з метою задоволення публічних інтересів держави завдяки, можливо, навіть певному обмеженню майнових інтересів перших» [13]. При цьому хотілося б зробити два зауваження. По-перше, у такому контексті точніше говорити про будь-які відносини, що врегульовані інформаційно-правовими нормами, інформаційні правовідносини, бо інформаційні відносини як сфера правового впливу передбачають участь у цьому й інших правових норм, природа яких пов'язана з диспозитивними засобами впливу на поведінку учасників. По-друге, складно погодитись із тим, що задоволення майнових інтересів держави в режимі інформаційних відносин здійснюється

шляхом обмеження майнових інтересів інших учасників. Майнові інтереси держави реалізуються в режимі виконання безумовних обов'язків інших учасників, і це зовсім не означає посягання на їх інтереси. Навпаки, реалізація безумовних обов'язків і є шляхом забезпечення їх власних інтересів. На наш погляд, не треба пов'язувати в цьому випадку інтерес з отриманням чогось, виключно з можливістю реалізовувати права, претендувати на послугу. Виконання обов'язку в цьому випадку дає змогу сформувати бібліотеки, архіви, які, власне, й зможуть реалізувати інтереси інших учасників інформаційних відносин. Інформаційні правовідносини виникають, змінюються і припиняються у сфері інформаційної діяльності держави, яка виступає як врегульований нормами права процес обігу інформації з метою виконання державою своїх функцій.

Для виникнення інформаційних правовідносин необхідна наявність юридичних фактів, з якими правова норма пов'язує виникнення, зміну чи припинення цих правовідносин. Це, безумовно, правильно з позицій загальної теорії права, але в той же час інформаційні правовідносини, виступаючи похідними від інформаційного змісту того явища, яке вони регулюють, мають базуватися на відповідних інформаційних відносинах. Саме тому яскравий постулат В. С. Цимбалюка, що інформаційні відносини (інформаційні за змістом) можуть існувати виключно у формі правовідносин, застосовується у багатьох наукових виданнях навіть без посилань, і для всіх, хто досліджує проблеми інформаційно-правового регулювання, зрозуміло, кому належить це положення.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Арістова І. В.* Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади: дис. … доктора юрид. наук : 12.00.07 / Арістова Ірина Василівна. – Х., 2002. – 476 с.

2. *Бачило И. Л.* Информационное право. Роль и место в системе права Российской Федерации / И. Л. Бачило // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 14.

3. *Беляков К. И.* Управление и право в период информатизации: монография / К. И. Беляков. – К. : КВІЦ, 2001. – 308 с.

4. *Бєляков К.* Організаційно-правові проблеми формування державної інформаційної політики України / К. Бєляков // Право України. – 2004. – № 10. – С. 16–19.

5. *Відомості* Верховної Ради України. – 1992. – № 2. – Ст. 6.

6. *Гевлич А.* Державна політика України у сфері захисту персональних даних: міжнародно-правовий аспект / А. Гевлич, В. Селіванов// Право України. – 2006. – № 1. – С. 9–15.

7. *Гонцяж Я.* Свобода інформації та виконавча гілка влади: Правові норми. Інституції. Процедура / Я. Гонцяж, Н. Гнидюк. – К. : Міленіум, 2002. – 240 с.

8. *Демкова М. С.* Доступ до інформації та електронне урядування / М. С. Демкова, М. В. Фігель. – К. : Факт, 2004. – 336 с.

9. *Додонов О. Г.* Інформаційна політика органів державної влади і напрями удосконалення Стратегії розвитку України: теорія і практика / О. Г. Додонов, О. В. Литвиненко, С. О. Янішевський; за ред. О. С. Власика. – К. : НІСД, 2002. – 615 с.

10. *Костецька Т. А.* Інформаційне право України: навч. посіб. / Т. А. Костецька. – К. : Київ. Нац. торг.-екон. ун-т, 2009. – 170 с.

11. *Нисневич Ю. А.* Информационная политика России: проблемы и перспективы / Ю. А. Нисневич. – М. : Фонд «Ноосфера», 1999. – 176 с.

12. *Олійник О. В.* Політико-правові аспекти формування інформаційного суспільства суверенної і незалежної держави / О. В. Олійник, О. В. Соснін, Л. Є. Шиманський // Держава і право. – 2001. – Вип. 13. – С. 34–41.

13. *Основи* інформаційного права України: навч. посіб. / В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавловський, В. В. Гриценко [та ін.]; за ред. М. Я. Швеця, Р. А. Калюжного, П. В. Мельника – К. : Знання, 2004. – 274 с.

14. *Письменский А. А.* Информационное право Украины. Законодательство, комментарии, перспективы / А. А. Письменский. – Х. : Бизнес Информ, 1996.– 248 с.

15. *Правовая* информатика и кибернетика; под ред. Н. С. Полевого. – М.: Юрид. лит., 1993. – 528 с.

16. *Рассолов М. М.* Правовая информатика и управление в сфере предпринимательства: учеб. пособ. / М. М. Рассолов, И. М. Рассолов, В. Д. Элькин. – М.: Юристъ, 1996. – 480 с.

17. *Синєокий О. В.* Інформаційне право : навч. посіб. / О. В. Синєокий. –Запоріжжя : ЗНУ, 2008. – 125 с.

УДК 340.0

# ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРОЦЕДУРИ В УМОВАХ РОЗБУДОВИ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

**Николина К. В.,**
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

***Анотація:*** У статті розглядається юридична процедура як самостійна правова категорія. Обґрунтовується важливе соціальне значення процедурної форми в умовах розбудови правової держави шляхом аналізу її функціонального призначення. Проаналізовані погляди вчених стосовно цільового спрямування юридичної процедури залежно від її окремих різновидів. Встановлено та охарактеризовано такі основні функції юридичної процедури: правозабезпечуюча, гарантуюча, правовдосконалююча, регулятивна, охоронна, інформаційна, орієнтаційна, соціального контролю.

***Ключові слова:*** правова держава**,** юридична процедура, функції юридичної процедури, правозабезпечуюча функція, гарантуюча функція, правовдосконалююча функція, регулятивна функція, охоронна функція, інформаційна функція, орієнтаційна функція, функція соціального контролю.

***Аннотация:*** В статье рассматривается юридическая процедура как самостоятельная правовая категория. Обосновывается важное социальное значение процедурной формы в условиях развития правового государства путем анализа её функционального назначения. Проанализированы взгляды ученых относительно целевого назначения юридической процедуры в зависимости от ее отдельных разновидностей. Определены и охарактеризованы такие основные функции: правообеспечительная, гарантирующая, совершенствования права, регулятивная, охранительная, информационная, ориентационная, социального контроля.

***Ключевые слова:*** правовое государство, юридическая процедура, функции юридической процедуры, правообеспечительная функция, гарантирующая функция, функция совершенствования права, регулятивная функция, охранительная функция, информационная функция, ориентационная функция, функция социального контроля.

***Annotation:*** In the article considered the juridical procedure as a separate legal category. Substantiated great social importance of procedural forms by analyzing its functional purpose. The views of scientists analyzed in relation to targeted use of legal procedures according to its individual varieties. The article established and characterized such basic functions of juridical procedure: law-ensuring, law-improvement, regulative, security, informational, orienting, and the function of social control.

***Key words:*** lawful state, juridical procedure, functions of juridical procedure, law-ensuring function, law-improvement function, regulative function, security function, informational function, orienting function, and the function of social control.

---

Феномен правової держави досить тривалий час є об'єктом наукових досліджень у сфері юриспруденції, однак і на сучасному етапі розвитку правової науки можемо констатувати високий ступінь актуальності проблематики визначення фундаментальних основ та шляхів побудови правової держави в межах конкретного суспільства.

В юридичній літературі правова держава визначається як держава розвинутого типу, у якій організація і діяльність влади засновані на принципі верховенства права, визнанні і забезпеченні прав і свобод людини, взаємної відповідальності держави й особи, дотриманні реального принципу поділу влади з ефективною взаємодією і взаємним контролем окремих її гілок [1, с. 170]. Як бачимо, категорія «правова держава» характеризує певний ідеальний тип держави, що заснована на верховенстві права.

Головним призначенням такої держави, на думку Ю.С. Шемшученка, виступає максимально повне забезпечення юридичними засобами охорони і захисту прав людини і громадянина [2, с. 36].

Втілені в сучасному українському суспільстві глибокі соціально-економічні зміни, здійснення правової реформи обумовлюють необхідність переоцінки існуючих цінностей, переосмислення ставлення до права як до основного соціального регулятора суспільних відносин. Досить широке використання законодавцем диспозитивного методу правового регулювання створює передумови для використання суб'єктами права наданих їм можливостей самостійно досягати бажаного результату. В сучасним умовах розбудови правової держави такі можливості можуть і повинні бути забезпечені більш широким використанням процедурно-правової форми.

Конституція України, визначаючи курс розвитку нашої держави як демократичної, соціальної, правової закріпила, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення цих прав і свобод є головним обов'язком держави [3]. Такі пріоритети цілком відповідають усталеним міжнародним стандартам визначеним Загальною декларацією прав людини та іншими міжнародними актами. Однак закріплення найважливіших прав і свобод людини навіть на найвищому законодавчому рівні ще не є гарантією їх практичного здійснення. Лише за наявності чітко викладених, доступних юридичних процедур виникає можливість реалізації норм Основного Закону.

Ще на початку 19 ст. автор конституційних проектів декабрист Н. Муравйов стверджував, що порядок вирішення найважливіших державно-правових питань створює непереборну перешкоду на шляху свавілля [4, с. 107]. Це означає, що саме юридична процедура виступає гарантією захисту прав і свобод громадян як основних цінностей правової соціальної держави, в процесі створення і реалізації права.

Як справедливо зазначає А.С. Мордовець, головне призначення юридичної процедури полягає

*© Николина К.В., 2012*

в досягненні політичної та юридичної мети встановлення демократичного, конституційного порядку, підвищення ефективності дії політичної та правової систем, а також результативності дії політичних рішень, правотворчості та правозастосування [5, с. 71].

Необхідно наголосити, що на сьогодні в юридичній літературі не вироблено єдиного уніфікованого підходу щодо феноменології юридичної процедури, в тому числі і щодо питань природи та поняття зазначеного явища. На нашу думку, *юридична процедура* – це самостійний різновид соціальної процедури, що регламентується відповідними процедурними нормами права, має офіційний правовий характер, складається із певної послідовності дій суб'єктів юридичної процедури, в результаті чого досягається певний результат у вигляді зміни правової дійсності [6, с. 5].

Обгрунтування важливого соціального значення юридичної процедури в умовах розбудови і розвитку правової держави потребує аналізу її функцій. Юридична процедура є самостійним структурним елементом механізму правового регулювання, і саме тому нами пропонується окремо виділяти функції, притаманні цій правовій категорії.

Варто зазначити, що термін «функції» має досить багатоаспектний характер, що обумовлене специфікою пізнавальних завдань тих сфер, в яких його використовують. Зокрема, етимологічне значення поняття «функція» таке – явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін; роботу кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось; призначення, роль чого-небудь [7, с.1552].

Як справедливо стверджується деякими вченими, у юридичній науці поняття «функція» характеризує соціальну роль державно-правових явищ [8]. На основі зазначеного вище, пропонуємо функції юридичної процедури визначати як напрямки її впливу на суспільні відносини з метою забезпечення здійсненням повноважень суб'єктами владарювання, а також реалізації прав і законних інтересів громадян, виконання юридичних обов'язків.

Причому, слід зауважити, що функції – це завжди цілеспрямований вплив на суспільне життя, а отже, вони безпосередньо пов'язані із завданнями та цілями юридичної процедури.

Що стосується мети досліджуваного явища, то тут необхідно сказати, що вона не зводиться лише до реалізації норм права. Так, цілком справедливо Т.Ю. Баришпольська зазначає, що процедури можуть бути спрямовані на формування правових норм, утворення чи ліквідацію суб'єктів права, попередження правопорушень, виникнення, зміну, припинення та реалізацію правовідносин [9, с. 8].

Конкретизуючи цю точку зору, В.Н. Протасов вказує, що матеріальна процедура стосовно свого основного правовідношення може бути засобом: а) формування юридико-фактичної основи його виникнення; б) встановлення існування правовідношення; в) його безпосередньої реалізації; г) припинення відношення. Процесуальна ж процедура, на його погляд, має дві мети: а) виявлення охоронного правовідношення; б) його безпосередню реалізацію. Правотворча ж процедура має особливе цільове призначення – формування правових норм [10, с.19]. Таким чином, очевидно, що призначення юридичної процедури залежить насамперед від основного відношення, на реалізацію якого вона спрямована.

Цілком слушною вважаємо позицію деяких вчених, що для більш повного уявлення про функції та соціальну цінність юридичної процедури, доцільно встановити мету окремих різновидів процедур в юридичній діяльності. Так, М.С. Смоль'янов, поділяючи всі юридичні процедури за характером публічно-правової діяльності, що регулюється процедурою на правовстановлюючу, судову та адміністративну (правовиконавчу) зазначає, що кожен із цих різновидів має своє функціональне призначення. Зокрема, функція правовстановлюючої процедури, на думку автора, полягає у впорядкуванні діяльності з встановлення офіційних правових актів, спрямованому на мінімізацію ймовірності свідомого чи помилкового прийняття неправових актів. Судова процедура покликана, головним чином, впорядкувати діяльність із захисту порушених суб'єктивних прав. У свою чергу, функціональне призначення адміністративної (правовиконавчої) процедури полягає у регламентації діяльності виконавчих та інших органів державної влади, а також деяких органів громадських об'єднань, спрямованої на забезпечення безперешкодної реалізації громадянами своїх прав [11, с. 8-9].

Проте це не означає, що процедурно-правовий механізм не має загальних функції, які він виконує незалежно від його різновидів. У цьому контексті цілком підтримуємо точку О.О. Середи, яка зазначає, що оскільки правова процедура є правовим засобом, її функції повною мірою співвідносяться з функціями інших правових засобів та функцій права взагалі [12, с. 7].

На нашу думку, серед функцій юридичної процедури можна виокремити насамперед *правозабезпечуючу (або правореалізуючу)*. Сутність даної функції розкривається через основну мету процедури в праві – забезпечення ефективної реалізації правових приписів. Тобто, без існування послідовного порядку дій неможливе втілення в життя будь-якої соціальної (в тому числі і правової) норми. Так, наприклад, у сімейному праві без дотримання процедури не вийде оформити розлучення, усиновлення, встановити опікунство; в конституційному праві сформувати основні державні органи, прийняти нормативні акти тощо.

Реалізація правової норми проходить умовно два етапи: виникнення правовідношення та поведінка його учасників, спрямована на втілення відповідних прав та обов'язків в життя. Правореалізуючу функцію юридичної процедури слід вважати виконаною тоді, коли суб'єкти права дотрималися передбаченого нею порядку дій. Однак слід зазначити, що на практиці поведінка особи, що діє в суворій відповідності процедурі іноді не призводить до тих наслідків, на які розраховував законодавець при впровадженні певної норми права. Чи можна в даному випадку говорити про виконання правореалізуючої функції? Видається, що ні. Оскільки, якщо ми повернемося до визначення юридичної процедури, то з нього випливає, що вона безпосередньо спрямована на досягнення певного

правового результату. Як бачимо, правореалізуюча функція в даному контексті є більш складним поняттям, яке охоплює не лише викладення чіткої послідовності дій, але забезпечення реалізації закладеної в нормі права мети.

Виходячи із сутності юридичної процедури можна стверджувати, що вона виконує також *гарантуючу* функцію. Зміст її полягає в тому, що процедура в праві виступає своєрідним засобом забезпечення законності, оскільки встановлює чіткий порядок дій, зокрема, в тих сферах суспільного життя, де існує об'єктивна необхідність імперативного регулювання.

Сутність гарантуючої функції виявляється також у тому, що процедурно-правовий механізм не дозволяє уповноваженим суб'єктам зловживати наданою їм владою, адже вони повинні діяти лише в межах закону, які конкретизуються юридичною процедурою. Таким чином, у даному контексті юридична процедура відіграє велику роль, адже багато уваги приділяє не лише реалізації прав і свобод громадян, їх захисту але й контролю за діяльністю державних органів.

Юридична процедура, окрім іншого, опосередковано виконує *правоводосконалюючу* функцію. Так, у процесі реалізації правової норми, що, як правило, неможливе без дотримання юридичної процедури, можуть виявлятися певні недоліки, неточності в правовому регулюванні, що потребують свого вирішення. Відповідно, виявлені прогалини в правовому регулюванні, а також їх причини можна ліквідувати, шляхом вдосконалення законодавства. Таким чином, юридична процедура виступає своєрідним засобом аналізу ефективності права, що виявляється в досягненні або недосягненні передбаченого законодавцем результату.

На думку О.О. Середи, правова процедура, окрім регулятивної та охоронної, виконує «спрощувальну» функцію, оскільки метою процедури, передусім повинно бути спрощення досягнення мети суб'єктами, а також стабілізаційну функцію, яка виявляється в тому, що чітка процедура, яка детально регламентована нормами права, викладена доступним, зрозумілим текстом, зводить до мінімуму порушення не тільки порядку її здійснення, але й сприяє стабілізації порядку в суспільстві [13, с. 7].

Процедурно-правовий механізм також, як і право взагалі, можна розглядати як соціальне явище, а це означає, що він покликаний виконувати також певні загально-соціальні функції. Зокрема:

а) *інформаційну*, що виявляється в інформуванні громадян про їхні права і обов'язки. Тобто, юридична процедура, маючи закріплену на нормативному рівні модель, вказує на загальні правила поведінки учасникам даних правовідносин, окреслює комплекс юридичних засобів, покликаних забезпечити виконання таких правил, визначає чіткі рамки компетенції суб'єктів права, які наділені владними повноваженнями тощо;

б) *орієнтаційну*, яка передбачає вказівку на припустимі, соціально прийнятні шляхи реалізації своїх інтересів. Процедурно-правова форма встановлює зразки поведінки в процесі реалізації конкретної правової норми, які ,в свою чергу, виступають своєрідним прикладом правомірності чи неправомірності дій суб'єкта. Тобто, юридична процедура, реалізуючи вказану функцію, надає суб'єкту права уявлення про межу між дозволеною поведінкою і правопорушенням;

в) *соціального контролю*, яка забезпечує необхідний ступінь поведінки громадян відповідно до правових приписів, заохочуючи або захищаючи певні суб'єктивні інтереси. Так, оскільки основною метою юридичної процедури є досягнення певного соціального результату, то недотримання належного порядку дій може не забезпечити реалізацію інтересу конкретного суб'єкта права. Таким чином, юридична процедура виконує функцію соціального контролю, заохочуючи особу неухильно слідувати визначеному послідовному комплексу дій.

Як категорія, що діє в правовій сфері, врегульована правовими нормами, спрямована на правовий результат, юридична процедура виконує загально-правові функції. Традиційно до них відносять регулятивну та охоронну.

У загальному вигляді під *регулятивною* функцією розуміється нормативне закріплення визначених суспільних відносин, їх організаційне оформлення, встановлення прав та обов'язків суб'єктів права тощо.

Юридична процедура конкретизує регулятивну функцію права в процесі реалізації правових норм. Так, процедурно-правовий механізм передбачає окреслення послідовних дій суб'єкта права, його повноважень на кожному етапі реалізації свого інтересу; встановлює конкретний правовий зв'язок між суб'єктами процедурних правовідносин; визначає межі компетенції уповноважених органів та посадових осіб в кожному конкретному випадку; встановлює порядок і випадки застосування особливих процедурних засобів, способів, форм здійснення процедурно-правової діяльності.

Розглядаючи вказану функцію, неможливо не виділити її специфічний аспект стосовно окремого виду юридичної процедури – правозастосовної. В даному випадку регулятивна функція має індивідуальний характер, оскільки реалізується стосовно конкретних правовідносин, що виникли. Іншими словами, процедура реалізації загальної норми може відрізнятись залежно від сукупності додаткових факторів. Основну роль в цьому відіграють уповноважені правозастосовні органи, які вправі коригувати визначений юридичною процедурою порядок дій, видаючи правозастовні акти.

Тому, на нашу думку, в даному аспекті доцільно говорити про специфічну функцію правозастосовної процедури – індивідуально-регламентуючу, яка фактично виконує роль конкретизації правових приписів.

*Охоронна* функція традиційно в праві визначається як функція встановлення та гарантування державою засобів юридичного захисту та юридичної відповідальності, яка має на меті усунення шкідливих для суспільства відносин та охорону позитивних. Указана функція є характерною для юридичного процесу, оскільки саме він передбачає порядок застосування заходів примусового впливу держави, їх виконання тощо.

Аналіз функцій юридичної процедури дозволяє стверджувати, що вказане явище відіграє важливу роль на шляху підвищення ефективності правового регулювання, вдосконалення механізму реалізації права, що в сучасних умовах набуває першочергового значення.

Перспективним на етапі розбудови правової держави видається формування нормативних моделей юридичних процедур, спрямованих на вирішення специфічних соціальних та політичних проблем. У теперішній час постійного розвитку політичної системи, ускладнення її структури, механізмів дії, загострення протистояння між різними політичними силами, особливий інтерес повинні викликати процедурні форми, зорієнтовані на досягнення компромісу, подолання конфліктів, шляхом визначення конкретного порядку дій. Розробка універсальних правил правової процедури в даному випадку дозволить сторонам конфлікту обрати найбільш оптимальніший шлях при вирішенні суперечностей, оскільки в сутності погоджувальні процедури є найбільш адекватними правовому суспільству засобами вирішення ситуацій, обумовлених неспівпадінням інтересів.

Таким чином, правова процедура виступає досить перспективним засобом оптимізації втілення матеріальних норм права та сфери її застосування є різноманітними. Однак, як доцільно зауважує В.Н. Протасов, надмірне використання цього способу здатне призвести до зарегульованості соціальної сфери: зменшення варіантів позитивної, правомірної поведінки членів суспільства, зниженню оперативності в діяльності державних органів, перевантаження системи законодавства нормативним матеріалом тощо [14, с. 23].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Скакун О.Ф.* Теорія держави і права: енциклопедичний курс: підручник. 2-ге вид., переробл. і доп. / О.Ф. Скакун. – Харків: Еспада, 2009. – 752с.

2. *Шемшученко Ю. С.* Процесуальне право // Юридична енциклопедія: [в 6-т.] / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. – К.: Укренциклопедія, 1998. – Т.5: П-С. – 2003. – 736 с.

3. *Конституція* України 28.06.1996 р [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96вр

4. *Егоров С.А.* Декабрист Никита Муравьев о процессуальніх формах обеспечения законності / С.А. Егоров // Вестник Ярославского ун-та. – 1972. – №4. – С. 107.

5. *Мордовец А.С.* Процедуры социально-юридического механизма обеспечения прав человека и гражданина / А.С. Мордовец // Правовая наука и реформа юридического образования. – Воронеж, 1996. – Вып.6. – С. 71.

6. *Николина К.В.* Юридична процедура: поняття, ознаки, види, місце в системі правових категорій: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / К.В. Николина. – 2011. – 19с.

7. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В. Т. Бусел, редактори-лексикографи: В. Т. Бусел, М. Д. Василега-Дерибас, О. В. Дмитрієв, Г. В. Латник, Г. В. Степенко. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

8. *Зайчук О. В.*, Оніщенко Н. М. Теорія держави і прав. Академічний курс. [підручник] / О.В. Зайчук. – К.: Юрінком Інтер, 2006.

9. *Баришпольская Т. Ю.* Гражданський процесс и процедура (понятие, служебная роль, проблемы теории и практики): автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т.Ю. Баришпольская. – Томск, 1988. – 18 с.

10. *Протасов В. Н.* Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М.: Юрид. лит., 1991. – 79 с.

11. *Смольянов М.С.* Юридическая процедура как гарантия прав человека: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01/ М. С. Смольянов. – 2001. – 29с.

12. *Середа О.О.* Правова процедура: теоретико-правові засади та практичні виміри : автореф. дис. ... канд. наук: 12.00.01/ О.О. Середа. – 2009. – 16с.

13. Там само.

14. Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М.: Юрид. лит., 1991. – 79 с.

## ІСТОРИКО-ПРАВОВІ НАРИСИ

УДК 342.4

# ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД ГРАЖДАН В СОВЕТСКОМ ГОСУДАРСТВЕ

**Туманов Д. Ю.,**
кандидат юридических наук,
доцент, заведующий кафедрой
теории и истории государства и права
филиала Казанского (Приволжского)
федерального университета
в г. Набережные Челны
(Республика Татарстан)

***Аннотация:*** Статья посвящена рассмотрению и анализу исторического развития института конституционного права в советский период. Выделено несколько этапов развития гражданских прав и свобод. Выявлены закономерности развития конституционных норм, которые направлены на усовершенствование действующего конституционного законодательства.
***Ключевые слова:*** конституционное право, советское право, история развития, права и свободы.

***Анотація:*** Стаття присвячена розгляду й аналізу історичного розвитку інституту конституційного права в радянський період. Виділено декілька етапів розвитку цивільних прав і свобод. Виявлені закономірності розвитку конституційних норм, які направлені на удосконалення чинного конституційного законодавства.
***Ключові слова:*** конституційне право, радянське право, історія розвитку, права і свободи громадян.

***Annotation:*** The article is devoted consideration and analysis of historical development of institute of constitutional law in a soviet period. An author highlights a few stages of development of civil laws and freedoms in the article. The paper identifies patterns of development of constitutional norms, which will help to improve the effect of the constitutional law.
***Key words:*** constitutional law, law of soviet union, history of development, rights and freedoms.

---

Чтобы понять сущность действующих конституционных норм и найти правильное решение актуальных вопросов, важным является изучение объективных закономерностей исторического развития институтов конституционного права с момента их возникновения и до трансформации в действующие нормы. Накопленные знания могут существенно облегчить совершенствование конституционного регулирования института прав и свобод граждан в современной России, в чем наблюдается насущная потребность, поскольку в настоящее время «человек, его права и свободы являются высшей ценностью» (ст. 2 Конституции РФ [1]). Однако для того, чтобы прийти к осознанию этого, конституционное регулирование в России прошло сквозь драматичную советскую эпоху, в хронологических рамках которой проходило становление самого института прав и свобод граждан.

Первоначальный, доконституционный период (октябрь 1917г. – июль 1918г.) определяется наличием в данное время достаточно большого количества разнообразных актов (обращения, декреты, воззвания, декларации, постановления, резолюции и др.) конституционного характера, прямо или косвенно затрагивающих права и свободы граждан.

Советские конституционные законы появились одновременно с возникновением Советского государства [2, с. 9]. Отнесение той или иной нормы, закрепленной в текущем законодательстве, к конституционному праву, зависит от предмета ее регулирования, а не от формы ее выражения, юридического источника, в котором она закреплена [3, с. 42].

Хронологию развития событий данного периода в свою очередь можно разделить на два этапа:

1-й: от II Всероссийского съезда Советов рабочих и солдатских депутатов до января 1918г., пока не был решен вопрос об Учредительном собрании, в связи с чем практически все нормативные акты принимались Советскими органами с оговоркой: «впредь до созыва Учредительного собрания». Период с 25 октября 1917г. до III Всероссийского съезда Советов явился важным этапом становления Советского государства и права, в течение которого были заложены основы и государственного строительства, и определены главные направления в преобразовании общественного строя, ставшие затем конституционными принципами. Оценивая события периода первых месяцев становления Советской власти (с октября 1917г. по начало января 1918г.), В.И. Ленин в статье «Новые времена, старые ошибки в новом виде», опубликованной в августе 1921г., писал следующее: «Мы нанесли всемирно ощутимый удар фетишам мещанской демократии, учредилке и буржуазным «свободам», вроде свободы печати для богатых» [4, с. 102].

2-й: от III Всероссийского съезда Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов до принятия Конституции РСФСР 1918г. На данном этапе Советское государство отбрасывает оговорку о временном характере власти, подтверждает свои предыдущие действия и приступает к разработке первой Конституции. Принимается серия актов, продолжающих генеральную линию первого этапа – установление диктатуры пролетариата.

*© Туманов Д.Ю., 2012*

Период действия первой Советской Конституции РСФСР 1918г. [5], во многом вобравшей в себя положения нормативных актов первого периода, но сделавшей определенный шаг вперед – закрепившей права и свободы граждан на уровне единого Основного закона страны, хотя сделано это было еще не достаточно четко. Это выражается, в частности, в том, что Конституция РСФСР 1918г. не содержит в себе специального раздела, посвященного правам и свободам граждан.

В Конституции закреплялись в основном политические права и свободы: свобода выражения мнений (ст. 14), свобода собраний (ст. 15), свобода союзов (ст. 16) и, конечно, избирательное право (раздел 4). Хотя на первом месте среди прав и свобод в главе 5 раздела 2 Конституции в ст. 13 была поставлена свобода совести. Тем самым придавалось особое значение регулированию отношений между государством и церковью – в этой же статье подтверждалось отделение церкви от государства и школы от церкви. Конечно, данную систему прав и свобод следует признать незавершенной, но необходимо иметь в виду, что это начальный этап ее становления. В то же время хотелось бы отметить, что идеального образа конституции, годного на все времена, не существует, да и не может существовать. На ее содержание накладывают свои отпечатки особенности социально-экономического развития страны, традиции и духовная культура. Содержание конституции во многом определяется характером борьбы различных политических и социальных сил в обществе, мерой национального согласия и гражданского мира [6, с. 5]. Огромное влияние оказывает конкретная историческая обстановка, в которой происходит разработка конституции. Конституция создавалась в период острой социальной и политической борьбы и в сложной для Советского государства внешнеполитической обстановке.

Конституцию РСФСР 1918г. принято называть Ленинской. Ее методологической и теоретической основой явилось учение В. И. Ленина о диктатуре пролетариата как главном орудии революционного преобразования капиталистического общества в социалистическое, о Советах как государственной форме диктатуры пролетариата, об основных принципах строительства и функционирования Советского государства (например, демократическом централизме) и др. Основополагающую часть Конституции РСФСР составляет ленинская Декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа. В ходе разработки проекта Конституции комиссией ВЦИК под председательством Я.М. Свердлова Ленин постоянно следил за ее деятельностью. Ленину направлялись все стенограммы заседаний конституционной комиссии.

Первая Советская Конституция послужила образцом для конституций других советских республик, возникших на территории бывшей России (Конституций: БССР – 3 февраля 1919г., УССР – 14 марта 1919г., Азербайджанской ССР – 19 мая 1921г., Армянской ССР – 2 февраля 1922г., Грузинской ССР – 28 февраля 1922г.) [7, с. 8].

С образованием объединенного Советского Союзного государства (СССР) и тем более после его конституирования в 1924г., по логике развития событий, конституционное регулирование прав и свобод должно было выйти на качественно новый уровень. Однако этого не произошло – первая Союзная Конституция 1924г [8] не содержала в себе разделов, посвященных общественному и экономическому устройству, основным правам и обязанностям граждан, избирательной системе вновь созданного государства. Данная Конституция была создана на основе добровольного договора между советскими социалистическими республиками, который собственно, и составил основной по объему раздел Конституции. Поэтому конституционное регулирование прав и свобод осталось на уровне союзных республик, вошедших в состав СССР. Конституция СССР 1924г. в с. 5 предусматривала, что «союзные республики в соответствии с Конституцией Союза вносят изменения в свои конституции», в связи с чем в конституции союзных республик, в т.ч. в Конституцию РСФСР, были внесены соответствующие изменения, хотя система прав и свобод граждан РСФСР по Конституции 1925г. в сравнении с предыдущей Конституцией РСФСР 1918г. практически не изменилась. Тем не менее, следует отметить, что на данном этапе развития Советского государства статус советских граждан, хотя и не очень существенно, но все-таки отличался в зависимости от того, в какой республике проживал гражданин, поскольку конституции союзных республик учитывали свои национальные особенности.

Принципиальные изменения в регулировании прав и свобод произошли во второй половине 1930-х гг. К тому времени в СССР были созданы основы социализма в том понимании, как это мыслила коммунистическая партия, безраздельно определяющая основные направления развития Советского государства. Именно к данному времени произошли серьезные изменения в важнейших сферах общественной жизни страны: политическом устройстве, экономике, общественной структуре и форме государственного единства.

Предшествующее принятию союзной Конституции 1936 года десятилетие было временем ожесточенной борьбы между различными группировками внутри Коммунистической партии за методы строительства общества и непосредственное обладание политической властью. Как известно, эта борьба принесла успехи И.В. Сталину. Конституция СССР 1936 года принималась в ситуации его полной победы, когда сформировался режим личной власти – как тоталитарный режим, построенный на жесткой централизации всех линий управления, строгой иерархии в системе государственных органов и негосударственных структур (чему благоприятствовало полное огосударствление экономики), беспрекословном выполнении указаний сверху, отсутствии любой возможности публичных критических оценок сложившихся политических отношений (они немедленно карались) [9, с. 61].

Регулирование прав и свобод теперь осуществлялось на уровне общесоюзной Конституции. Были сделаны важные шаги в уравнивании статуса граждан. Во-первых, применяется термин граждане, а не трудящиеся, что

подчеркивает всеобщность прав и свобод. Во-вторых, если первые конституции равноправие граждан связывали только с расовой и национальной принадлежностью, то в соответствии со ст. 135, устанавливавшей всеобщность выборов депутатов, говорилось о равноправии вне зависимости от пола, вероисповедания, образовательного ценза, оседлости, социального происхождения, имущественного положения и прошлой деятельности. Впервые в развитии конституционного законодательства Советского государства в Основном Законе страны (Конституция СССР 1936г. [10]) правам и свободам (правда, в совокупности с обязанностями) посвящалась специальная глава. Термин свободы в названии главы отсутствует, хотя сами свободы в них закрепляются. Значительно расширяется перечень прав и свобод. Глава X содержала в себе 16 статей, из которых правам и свободам посвящено 12 статей, при этом следует отметить, что нормами данной главы не исчерпывались все права граждан. Так, вне пределов этой главы находись право на охрану личной собственности и ее наследования, обеспечение обвиняемому права на защиту. Немаловажным обстоятельством является закрепление в Конституции СССР системы гарантий прав и свобод граждан. Вслед за главой X непосредственно следовала глава XI «Избирательная система», в соответствии с нормами которой политические права советских граждан становятся общедоступными.

Наиболее распространенной классификацией признается систематизация прав и свобод, исходя из критерия однородности материального содержания, или однородности объекта субъективного права, что сделано, например, Фарбером И.Е. в работе «Свобода и права человека в Советском государстве» именно применительно к Конституции СССР 1936г., выделяя три категории прав и свобод:

На первом месте социально-экономические права, к которым относятся: право на труд (ст. 118), связанное с ним право на отдых (ст. 119), и на материальное обеспечение (ст. 120); равноправие женщины с мужчиной (ст. 122); право на образование (ст. 121); право личной собственности и ее наследования (ст.ст. 10 и 7) [11, с. 82].

Затем закреплялись политические права: а) избирательные права; б) права граждан на объединение; в) права на свободу слова, печати, собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций; г) национальное равноправие; д) право убежища [11, с. 110].

Третья категория: личные права, о которых говорится в ст.ст. 111, 124, 127, 128 [11, с. 146].

На данном этапе были заложены основы социального обеспечения граждан, впервые социальные права были закреплены на конституционном уровне и возведены в ранг конституционных прав.

Конституция СССР 1936г., ставшая основополагающим законодательным актом Союза ССР на последующие четыре десятилетия, унифицировала многие институты, включая и права и свободы граждан. Конституции союзных и автономных республик, принятые на основе общесоюзной Конституции в 1937-1938гг., полностью ей соответствовали в данном вопросе.

Именно на данном этапе развития Советского государства были сформулированы основы советской концепции прав человека, нашедшей свое закрепление в Конституции СССР 1936г. Основные тенденции становления данной концепции заложены еще первой советской Конституцией РСФСР 1918г. К ним относятся: одностороннее и непререкаемое идеологическое обоснование данной концепции; отрицание естественного происхождения прав и свобод; детерминированность прав и свобод всей системой экономических, социальных, политических и иных отношений в государстве, и соответственно при этом само государство определяет перечень и содержание прав и свобод; вторичность прав и законных интересов граждан по сравнению с коллективными и государственными интересами.

Кроме того, ликвидация в СССР в начале 1930-х гг. остатков эксплуататорских и нетрудовых слоев населения дало основание преподносить советскую концепцию прав и свобод как превосходную в сравнении с буржуазной, объясняя это отсутствием в обществе антагонистических классов, а также наличием в советских конституциях соответствующих гарантий. Буржуазные конституции подвергались советскими идеологами критике в том, что они носят формальный характер, а содержащиеся в них прав и свободы не обеспечиваются, особенно применительно к трудящемуся большинству.

Однако, будучи по своему содержанию весьма прогрессивной, Конституция СССР 1936г. тем не менее, никаким образом не повлияла на смягчение или изменение курса уже сформировавшегося режима партийно-номенклатурной диктатуры, не смогла оградить граждан от надвигающегося террора, который приобрел массовый характер. Все негативные тенденции, которые развивались в стране до принятий Сталинской конституции, без каких-либо препятствий продолжали развиваться и в последующие годы.

Завершающий период конституционного регулирования прав и свобод советских граждан связан с принятием в 1977г. последней Конституции СССР, которая закрепляла самый полный перечень прав и свобод граждан за всю историю Советского государства.

О необходимости разработки новой конституции было заявлено еще Н.С. Хрущевым в отчете ЦК КПСС XXII-у съезду КПСС 17.10.1961г.: «В жизни нашей страны за последнюю четверть века, с момента, когда была принята ныне действующая Конституция СССР, произошли большие изменения. Советский Союз вступил в новый этап своего развития, на более высокую ступень поднялась социалистическая демократия. Новая Конституция СССР, к разработке которой мы приступаем, должна отразить новые черты в жизни советского общества в период развернутого строительства коммунизма» [12, с. 119].

А.И. Лукьянов, являвшийся одним из непосредственных участников создании проекта последней Конституции СССР, отметил, что работа над Проектом потребовала глубокого теоретического осмысления нового этапа развития

социалистического общества, что привело к разработке партией концепции зрелого социализма. Без такой концепции нельзя было создать принципиально новый Основной Закон [13, с. 8]. После того, как эта концепция была создана, работа над проектом Конституции пошла более быстро.

Положения новой концепции нашли свое непосредственное отражение в преамбуле Конституции СССР 1977г. [14]:

«В СССР построено развитое социалистическое общество. …

Это – общество зрелых социалистических общественных отношений, в котором на основе сближения всех классов и социальных слоев, юридического и фактического равенства всех наций и народностей, их братского сотрудничества сложилась новая историческая общность людей – советский народ. …

Развитое социалистическое общество – закономерный этап на пути к коммунизму».

Впервые в истории Советского государства вопрос о правах и свободах граждан нашел свое отражение в преамбуле Основного закона, чего не было в предыдущих конституциях: «Советский народ, … сохраняя преемственность идей и принципов первой советской Конституции 1918 года, Конституции СССР 1924 года и Конституции СССР 1936 года, закрепляет основы общественного строя и политики СССР, устанавливает права, свободы и обязанности граждан, принципы организации и цели социалистического общенародного государства и провозглашает их в настоящей Конституции».

Еще одна особенность содержания Конституции 1977г. – более широкое, чем раньше, регулирование статуса личности. Наглядно даже простое сравнение объема: гл. X Конституции СССР 1936г. («Основные права и обязанности граждан») состояла из 16 статей – раздел II «Государство и личность» Конституции 1977г. имеет 37 статей, кроме этого, гражданину, личности посвящен ряд положений преамбулы, гл. 2 (экономическая система), гл. 3 (социальное развитие и культура) и других глав Основного Закона. Не менее существенны концептуальные решения. В частности, понятием «личность» Конституция подчеркивала высокий приоритет интересов индивида, свое стремление всеобъемлющего учета различных проявлений человека в обществе и государстве. Конституция закрепила широкий круг прав, свобод и обязанностей граждан СССР. Многие из них и ранее были в Конституции, но теперь содержание этих прав и их гарантии настолько расширялись, что можно говорить об определенном качественном изменении. Вместе с тем на конституционном уровне провозглашались и новые права граждан: на охрану здоровья, жилище, пользование достижениями культуры, свобода научного, технического и художественного творчества, право вносить в государственные и общественные организации предложения об улучшении их деятельности, критиковать недостатки в работе и т.д. [9, с. 81].

Однако реализации заложенных в Конституции 1977г. прогрессивных положений в полной мере так и не произошло. Каким бы замечательным не был Основной закон, он не может работать сам по себе. Сохраняющееся отношение к правам граждан как к производному институту от интересов государства и общества, а также сохранение тоталитарного политического режима и бюрократического государственного аппарата, ведомого КПСС и на данном этапе сводили действие конституционных положений к декоративности, и это один из самых существенных недостатков конституционного регулирования прав и свобод граждан в Советском государстве.

Как отметил председатель конституционного суда Зорькин В.Д., Конституция СССР была совсем не плохим документом, но все девальвировалось 6-й статьей [15, с. 346], закреплявшей монополию КПСС на политическую власть:

«Руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза. …

Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяет генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР, руководит великой созидательной деятельностью советского народа, придает планомерный, научно обоснованный характер его борьбе за победу коммунизма».

Топорнин Б.Н. отмечает, что Конституция СССР 1977г. была юридически маломощной, декларируемые ею положения не подкреплялись необходимыми структурами, процедурами, правовыми гарантиями. Вплоть до 1987г. в Советском государстве не было закона о порядке обжалования гражданами действий должностных лиц, при этом действовать он начал только после второй сессии Верховного Совета СССР 1989г. Между тем о таком законе было прямо сказано в ст. 58 Конституции СССР. Действие Конституции ограничивалось и деформировалось другими нормами, в основном подзаконного характера. В жизни инструкция оттеснила Конституцию [16, с. 15-16].

Многими гражданами положения и действующей Конституции воспринимаются как фасадный атрибут государства, никого ни к чему не обязывающий. Все это в свою очередь создает соответствующее отношение чиновников, продолжающих смотреть на вопрос о проблемах реализации правам и свободам граждан «сверху вниз». Эти явления современному российскому обществу еще только предстоит преодолеть.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Собрание* законодательства РФ. – 2009. – № 4. – Ст. 445.
2. *Кукушкин Ю.С.*, Чистяков О.И. Очерк истории Советской Конституции. – М.: Политиздат, 1987. – 367 с.
3. *Советское* государственное право / под ред. И.Е. Фарбера. – Саратов. Изд-во Сарат. ун-т, 1979. – 326 с.
4. *Ленин В.И.* Полн. Собр. Соч. – Т. 44. – 726 с.
5. *СУ РСФСР*. – 1918. – № 51. – Ст. 582.
6. *Эбзеев Б.С.* Конституция. Правовое государство. Конституционный суд. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. – 349 с.
7. *История* Советской Конституции в документах. 1917-1956 гг. – М.: Юрид. лит., 1957. – 1046 с.

8. *Вестник* ЦИК, СНК и СТО СССР. – 1924. – № 2. – Ст. 24.
9. *Авакьян С.А.* Конституция России: природа, эволюция, современность. – М.: РЮИД, 1997. – 512 с.
10. *Известия* ЦИК Союза ССР и ВЦИК. – № 283. – 16 дек.1936г.
11. *Фарбер И.Е.* Свобода и права человека в Советском государстве. – Саратов. Изд-во Сарат. ун-та, 1974. – 189 с.
12. *Стенографический* отчет XXII съезда КПСС. В 3 Т. – Т. 1. – М.: Госполитиздат, 1962. – 608 с.
13. *Советская* Конституция и мифы советологов / А.И. Лукьянов, Г.И. Денисов, Э.Л. Кузьмин, Н.Н. Разумович. – М.: Политиздат, 1981. – 270 с.
14. *Ведомости* ВС СССР. – 1977. – № 41. – Ст. 617.
15. *Зорькин В.Д.* Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. – М.: Норма, 2007. – 400 с.
16. *Топорнин Б.Н.* Конституционная реформа в СССР: предпосылки и основные направления. Конституционная реформа в СССР: актуальные проблемы: Сборник статей / АН СССР, Ин-т государства и права; ред. кол.: Е.К. Глушко и др. – М.: ИГПАН, 1990.

УДК-342.726-055.2(540)

# ЗАКОНИ МАНУ ТА СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ЖІНКИ У СУЧАСНІЙ ІНДІЇ

**Рождественська О. С.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових
дисциплін юридичного факультету
Харківського національного
університету імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті досліджується визначальний вплив стародавніх звичаїв, ритуалів і релігійних уявлень, відображених в епічних і законодавчих пам'ятниках стародавньої Індії, на формування базових уявлень про роль і місце жінки в індійському суспільстві та їх зв'язку з соціально-правовим статусом жінки в сучасній Індії.
***Ключові слова:*** соціально-правове становище жінки, Індія, Закони Ману, обрядовість, традиція, каста, дхарма, гендерна нерівність, права людини, інфантіцід.

***Аннотация:*** В статье исследуется определяющее влияние древних обычаев, ритуалов и религиозных представлений, отраженных в эпических и законодательных памятниках древней Индии, на формирование базовых представлений о роли и месте женщины в индийском обществе и их связи с социально-правовым статусом женщины в современной Индии.
***Ключевые слова:*** социально-правовое положение женщины, Индия, Законы Ману, обрядность, традиция, каста, дхарма, гендерное неравенство, права человека, инфантицид.

***Annotation:*** The acticle investigates the determining influence of ancient customs, rituals and religious beliefs, as reflected in the epic and legislative heritage of ancient India, on forming of a basic understanding of women's role and place in Indian society and the social and legal status of women in modern India.
***Key words:*** social and legal status of women in India, Manu, ritual, tradition, caste, dharma, gender, human rights, infanticide.

---

У сучасній Індії тісно переплелися і співіснують дві сфери суспільних відносин, кожна з яких має свою систему цінностей. Одна Індія − сучасна, що стрімко розвивається, раціональна і динамічна. Інша − архаїчно-традиційна, заснована на строгій релігійно-філософської орієнтації, системі варн і каст, системі обов'язкових ритуалів і звичаїв. У цій іншій Індії, як справедливо зауважує А.А. Вігасін, «все життя людини визначалося досвідом попередніх поколінь, закріпленим у вигляді традиції, уявлення про світ виражалися в культових, обрядових діях» [1, с. 9], а зовнішня поведінка сильно ритуалізована. Обряди і ритуали визначили на багато століть особливості мислення, психологію і світогляд народу, вплинули на характер не тільки давньої, але й сучасної культури Індії.

З найдавніших часів спочатку в Ведах, потім в Законах Ману, Яджнавалкья, Нараде і Артхашастре жінка визнавалася і богинею, і рабинею.

Дж. Неру писав, що ставлення до жінки − це лакмусовий папірець цивілізації: чим краще це відношення, тим вище рівень розвитку самої цивілізації [2, с. 48]. Сьогодні, будучи найбільшою демократичною державою у світі, Індія визнана найгіршою країною для проживання жінок серед країн G-20. Цей висновок було зроблено 370 експертами з гендерних питань юридичної служби TrustLaw Thomson Reuters Foundation. Становище жінок в Індії було визнано навіть гіршим, ніж у Саудівській Аравії, де жінкам все ще не дозволяється керувати автомобілем, а право голосу вони отримали тільки в 2011 році [3].

У чому ж причина? Основні причини такого стану лежать в сформованому століттями патріархальному типі мислення, при якому жінка сприймається в якості нижчої, у порівнянні з чоловіком, істоти. Все її життя пов'язане тільки з домом, де вона часто використовується як об'єкт сексуального та побутового рабства. М. Вілла (M.Villa), генеральний директор Thomson Reuters Foundation, вважає, що Індія опинилася на нижчому щаблі рейтингу через поєднання декількох чинників, таких як інфантицид, дитячі шлюби і, найголовніше, навіть більш важливе, ніж бідність, − «феодальний тип мислення» [4]. Бідність тільки погіршує ситуацію для жінок. Ще одна проблема полягає в тому, що такий тип мислення властивий не тільки найбіднішим верствам

*© Рождественська О.С., 2012*

населення, але й середньому класу, а також представникам вищих каст.

У 1885р. професором Харківського імператорського університету А.Н. Стояновим була опублікована перша в Росії і одна з перших у світі історико-правова робота, присвячена правовому становищу жінок «Сім'я, шлюб та юридичне становище жінки по законодавчим пам'яткам Індії». Ця книга дотепер дбайливо зберігається в фондах бібліотеки Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна.

Питання правового становища жінок в Індії було предметом постійного інтересу й досліджень вчених істориків, правознавців, індологів, починаючи з XIX ст. знайшла відображення в роботах Altekar A., Є.Ю. Ваніна, А.А. Вігасіна, Derett D., Gonda J., Н.А. Крашенинникова, А.М. Самозванцева, Т.Г. Скороходовою та інших.

Визначальний вплив на формування сучасного соціально-правового статусу жінки мали три періоди індійської історії. Перший період пов'язаний з формуванням класичного релігійного індуського права. Саме в цей час у давньоіндійській релігії, світогляді та культурі почали складатися ціннісні установки, що заклали уявлення про соціальну нерівність між жінками та чоловіками, а в дхармашастрах закріпилися уявлення про належну поведінку індійської жінки в сім'ї та суспільстві.

Другий період пов'язаний з діяльністю англійських колоніальних властей: відмовою англійців від політики «релігійного нейтралітету», законодавчою забороною саті, формуванням англо-індуського права, Бенгальського Відродження.

Третій період пов'язаний з набуттям Індією незалежності і прийняттям Конституції в 1950 р., де вперше був закріплений принцип формальної рівності всіх громадян, не залежно від релігійної, кастової чи статевої приналежності. Але й сьогодні в Індії залишаються живими архаїчні звичаї та ритуали, які перешкоджають реалізації прав і свобод «слабких верств населення», до яких віднесені жінки, діти і представники недоторканних каст. У деяких місцевостях ці звичаї «сильніші» законів.

Необхідно відзначити особливе значення саме першого періоду у формуванні правового статусу жінки. У цей період почалося формування та оформлення єдності традиційної релігійно-обрядової культури Індії. Відбулася канонізація ритуалів і звичаїв, формування основних уявлень етичного і соціального порядку, таких як «дхарма», що визначили життя індусів на багато століть. Сформувалися основні інститути індуського права. «Фіксація обрядовості в усній, а потім і в письмовій формі, пише А.А. Вігасін, − встановлення її однаковості, мали надзвичайно важливі наслідки. Виклад ритуалів безпосередньо переходить у виклад обов'язків «двічінароджених» і всіх членів індуського чотириварнового суспільства, в канонізацію і запис соціально-релігійних порядків» [1, с. 15-16], які потім стають правовими приписами.

У древній тисячолітній культурі Індії особливе значення надається обрядам і ритуалам. Пам'ятники староіндійської літератури − Рігведа, Яджурведа, Самаведа, Атхарваведа, Махабхарата і Рамаяна, Манавадхармашастра (Закони Ману), Артхашастра − є не тільки збірками гімнів, заклинань, епічної поезії, норм поведінки, але й енциклопедією індійського життя і обрядовості. У всіх цих пам'ятках простежуються зміни в положенні жінки в різні періоди староіндійської історії. Професор О.М. Стоянов пише, що найкращим періодом в історії жінки в Індії була ведична епоха [5, с. 19]. Рігведа описує участь жінок у громадських справах: жінки бувають на сходках громади, приймають участь в релігійних церемоніях і святах, можуть обирати собі чоловіка, в сім'ї у них високий статус. Але потім, в епоху встановлення брахмаізму, разом з новими релігійними установками, змінюється і ставлення до жінки.

Ці зміни знаходять своє втілення в приписах права і моральності − в Законах Ману. Тут жінка вже повністю залежить від чоловіка. Зміна відбилася навіть в зверненні до жінки. У ранніх ведійських текстах дружина називалася «Джая» − «народжує». Пізніше її стали називати − «бхарья» («та, яку треба годувати»). Вона стала відноситися до категорії членів сім'ї, яких називали «дасабхарья» («раби і ті, кого треба годувати»).

Закони Ману говорять, що ні молоді, ні навіть літні жінки нічого не повинні робити за власною волею, навіть у своєму будинку. У дитинстві вона повинна перебувати під владою батька, в молодості – під владою чоловіка, по смерті чоловіка − під владою синів: «нехай жінка [ніколи] не користується самостійністю» (V, 147, 148).

Ця думка рефреном проходить через весь звід Законів Ману: «День і ніч жінки повинні знаходитися в залежності від своїх чоловіків ... Батько охороняє її в дитинстві, чоловік охороняє в молодості, сини охороняють у старості; жінка ніколи не придатна для самостійності» (IX, 2, 3). Чоловік, «ретельно охороняє дружину, охороняє своє потомство, добрі звичаї, сім'ю, себе і свою дхарму» (IX, 7). Законодавець пояснює причину, за якою жінки потребують охорони: «вони непостійні, прихильні до насолод і від природи безсердечні» (IX, 15). Отже Ману визначив їхню долю − «ложе, сидіння, прикраса, хіть, гнів, підлість, злочинність характеру і погане поводження» (IX, 17). У цьому переліку немає жодної позитивної якості. Не дивно, що такі характеристики, що повторювалися багаторазово протягом століть, сформували неповажне і презирливе ставлення до жінки. Причому, не тільки у чоловіків. Самі жінки вважають нормальним і можливим звернення, що принижує їх людську гідність.

Відгомони цих положень Законів Ману відчуваються і сьогодні. У 2005 р. Фонд народонаселення ООН провів опитування індійських жінок у віці від 15 до 49 років. Зі 100 опитаних жінок 70 вважають допустимим, що вони можуть бути побиті чоловіком, якщо несвоєчасно приготували їжу, недостатньо доглядали за дітьми, йшли з дому без попередження чоловіка, сперечалися з ним, відмовлялися від сексуальних відносин, розмовляли з іншим чоловіком [6].

Необхідно відзначити, що за Законами Ману правове становище жінки залежало від її приналежності до певної касти, від соціального статусу та району проживання. Найбільші права мала дружина-мати, яка народила сина, найменші − вдова. Дружина, що народжувала тільки дівчаток, бездітна

дружина, дочка знаходилися приблизно в однаковому становищі. Часто жінки з вищих каст поряд з великими правами, мали більше обов'язків і повинностей (наприклад, в здійсненні обряду саті). А жінки з нижчих каст, незважаючи на важку працю, володіли більшою свободою. Ці звичаї досить поширені й сьогодні. Багато жінок з вищих каст отримують прекрасну освіту і стають домогосподарками, присвячуючи себе чоловікові, будинку і сім'ї. У містах не більше 10% працюючих жінок. В основному це представниці нижчих каст, які виконують різну некваліфіковану роботу, бо для них це єдиний спосіб вижити.

Існуючий дотепер звичай дитячих шлюбів в Індії також виник в давнину. Релігійні тексти рекомендували видавати дочку заміж рано, поки вона є «нагніка» («голенька»). Вважалося, що це вік, коли маленькі дівчатка бігають ще оголеними (від двох, чотирьох або семи років) [7, с. 316]. За Законами Ману з 8 років дівчинка вважалася нареченою і могла вийти заміж. Але і сьогодні, незважаючи на те, що діючим законом (The Hindu marriage act, 1955) шлюбний вік для дівчат встановлений з 18 лет, проблема дитячих шлюбів для Індії залишається гострою.

Після народження дитини статус дружини за Законами Ману підвищувався. Можна навіть сказати, що жінка саме з цього моменту набувала свій статус в сім'ї. Дружини-матері, особливо матері синів, вважалися «прославленими, гідними поваги, такими, що наповнюють дім сяйвом, − вони не відрізняються від богинь щастя (shri)» (IX, 26). З глибокої давнини, у відповідності з релігійними віруваннями індусів, вважалося, що тільки син (бажано перша дитина в сім'ї) може відправляти релігійні культи, що забезпечують батькові і всім предкам благополуччя в кращих світах. Вважалося, що батько заново відроджується в народженому синові в цьому світі − завдяки синові батько «завойовує світи, завдяки онукові вкушає безсмертя» (IX 8,137). Син додивлявся старіючих батьків і здійснював обряди.

А ось дочка не була бажаною дитиною в родині. Її народження сприймалося як тягар для сім'ї, пов'язаний з необхідністю виплачувати велике придане. У «Махабхараті» говориться: «Син − втілення батька, дружина − це друг, а дочка − нещастя». Чоловік навіть мав право розлучитися з дружиною, якщо вона йому народжувала одних дівчаток, проживши з нею у шлюбі 11 років (IX, 81).

Ця давня традиція жива в Індії дотепер і прийняла потворні форми. Подружжя намагаються позбавлятися небажаних дівчаток ще до їх народження. Незважаючи на те, що з 1996 р. пренатальна діагностика заборонена законом (Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act, 1994), численні приватні клініки знаходять лазівки в законодавстві і проводять такі дослідження. Всі лікарні, де встановлені ультразвукові апарати, за законом зобов'язані вивішувати таблички із написом «вибір статі тут не проводиться». Лікарі, які виконують ультразвукові дослідження з визначення статі дитини або заборонені аборти, караються штрафом від 1000 рупії (£ 12) до трьох років позбавлення волі. Але за останні 10 років, за даними Міністерства жіночого та дитячого розвитку, всього 463 лікаря були притягнуті до відповідальності за подібні правопорушення. Ще одна причина, за якою кількість таких абортів не зменшується, − це тиск в сім'ї на жінок, коли стає відомо, що має народитися дівчинка [8].

За дослідженнями, проведеними The Lancet у 2011р. за останні 30 років через селективні аборти в Індії не народилося близько 12 мільйонів дівчаток [9]. Число народжених дівчаток на 1000 хлопчиків скоротилося з 976 в 1961 р. до 914 в 2011 р. У деяких північних штатах Індії це співвідношення становить 774 дівчаток на 1000 хлопчиків [10].

Закони Ману, називаючи жінок «втіленням брехні», позбавляли їх права брати участь в релігійних обрядах, пов'язаних із читанням мантр (IX, 18). Ця заборона згодом позначиться на долях багатьох поколінь жінок з різних каст, яким буде закритий шлях до освіти. І сьогодні в Індії багато жінок не вміють читати, бо знання священних текстів і законів впродовж сторіч було привілеєм чоловіків з вищих каст.

У 1971 р. прем'єр-міністром Індії − Індірою Ганді − вперше був створений Комітет зі становища жінок. За даними комітету рівень грамотності серед жінок склав 22%, серед чоловіків − 46%. Грамотність була поширена в основному серед представників вищих каст в містах, але потім вона поширилася й на представників нижчих верств суспільства. Кількість грамотних жінок зросла з 6% в 1947 р. до 22% у 1971 р. Але ці показники не були характерні для всієї Індії. У деяких штатах, наприклад, Біхарі в 1971 р. лише 4% жінок були грамотними [11, с. 364]. К.Я. Нараянан, що був президентом Індії в 1997р., визнавав, що неграмотні в Індії в першу чергу «це жінки всіх класів і каст, особливо жінки нижчих каст». У 1998р. в Індії грамотними були вже 39% жінок [12]. Традиційна заборона для представників нижчих каст і жінок долучатися до грамоти позначається й донині. Вона діє не на рівні закону, а на рівні звичаю. Отже ця проблема має глибокі історичні корені і є однією з причин невдачі численних програм з ліквідації неписьменності в сучасній Індії.

За Законами Ману в обов'язки дружини входило народження і виховання потомства, «священні обряди, служіння, вища тілесна насолода, а також досягнення неба для предків і для себе» (28). Шлюб визнавався священним. Чоловік «отримує дружину від богів, а не за своїм бажанням; її, віддану, треба завжди утримувати» (IX, 95). Гарна дружина повинна бути «завжди веселою, майстерною в домашніх справах, такою, що має добре вичищене начиння, і економною у витратах» (V, 150).

Закони Ману вимагають від доброчесної дружини «шанування свого чоловіка як бога», навіть якщо він розпусний і позбавлений чесноти (V, 154). Махабхарата розповідає про одного чоловіка, який любив ходити по борделях, і у якого через хворобу віднялися ноги. Тоді його віддана дружина, щоб чоловік не позбавлявся звичних радощів, стала тягати його до куртизанок на спині.

Вищий моральний закон – дарма – для чоловіка і дружини «зберігати взаємну вірність до смерті і не розлучатися» (IX, 101, 102). При цьому Закони допускали багатожонство для чоловіка (в залежності від варни), але жінка тільки «одного разу видається заміж» (IX, 47). «Троє − дружина, син і раб (dasa) − не

мають власності (adhana); чиї вони, того і майно (dhana), яке вони набувають» (VII, 416). Дружина не могла успадковувати за чоловіком або розпоряджатися його майном, але у неї була своя частина майна, що складалася з приданого, даного їй батьком, спадщини її матері, різних подарунків, який вона могла заповідати своїм дітям.

Дружина повинна служити своєму чоловікові − це її дхарма − священний обов'язок, вона ні за яких обставин не звільняється від чоловіка, «ні внаслідок продажу, ні залишення її чоловіком» (IX, 46). Розлучення для індійської жінки було неможливим. В той же час чоловік мав безліч приводів для розлучення, часто суб'єктивних. «Якщо дружина не народжує дітей, може бути взята інша на восьмому році, якщо народжує дітей мертвими − на десятому, якщо народжує [тільки] дівчаток − на одинадцятому, але якщо говорить грубо (apriyavadini) − негайно» (IX, 81). А якщо дружина була «прихильна до пияцтва, до (усього) дурного, суперечна, хвора, злісна або марнотратна» (II, 80) чоловік міг взяти собі другу дружину.

Поряд з тим Махабхарата говорить: «Дружина − половина чоловіка, найкращий із друзів, джерело трьох цілей життя і всього того, що допомагає чоловікові долати межі іншого світу. Завдяки дружині чоловік здійснює подвиги ... Завдяки дружині чоловік знаходить мужність. Дружина − найнадійніший притулок ... Коли душа чоловіка обійнята смутком або коли він хворий, він знаходить утіху в своїй дружині, як той, кого спалює спека, рятується від неї свіжою водою». Закони Ману вчать: «Де жінки шануються, там боги радуються, але де не шануються, там усі ритуальні дії марні» (II, 55, 56). На жаль, ці положення, що більше схожі на благі побажання, не мали визначального впливу на становище жінки в давньоіндійському суспільстві.

Уряд Дж. Неру в 1955р. прийняв Закон про шлюб (The Hindu marriage act), в якому передбачалося право на розлучення для жінки. Закон, визнаючи божественну сутність шлюбу, визнає право на розлучення у випадках: перелюбу, жорстокості, відсутності чоловіка протягом двох або більше років, зміну індуїстської релігії, психічних розладів, венеричних захворювань і прокази. Дружина може вимагати розлучення, якщо чоловік, перебуваючи з нею у шлюбі, одружився знову, якщо чоловік був винен у згвалтуванні, содомії або зоофілії. А також, у разі, якщо подружжя нещасні в шлюбі [13, с. 6-11]. Але, незважаючи на наявну законодавчу можливість, розлучення в сучасній Індії не є поширеним випадком.

За Законами Ману − дружина служить чоловікові і на землі, і на небі. Найгіршим для індійської жінки в усі часи було залишитися вдовою. Для неї був неможливий повторний шлюб, адже «інший чоловік ніде не передбачений для доброчесних жінок» (V, 162). Фактично, зі смертю чоловіка для жінки настає громадянська смерть. У своєму житті вона позбавлялася всіляких прав і звичайних людських радостей. Її доля − поминальні обряди, молитви і терпляче служіння. Їй не можна їсти з усією родиною, вона повинна виснажувати своє тіло, харчуватися квітами, корінням і плодами, спати на землі. Вона не може вбиратися, вимовляти ім'я іншого (крім чоловіка). Вдові «належить до смерті бути терплячою, чистою, цнотливою, бажаючої [виконати] ту найвищу дхарму, яка [наказана] для дружин, що мали тільки одного чоловіка» (V, 156-158). Жива, вона перетворювалася в тінь свого чоловіка. Діти, народжені від іншого чоловіка, в іншому шлюбі, «в цьому світі не визнаються» (V, 162).

Ставлення до вдів як до ізгоїв суспільства не змінилося з часів Законів Ману. І сьогодні тисячі жінок змушені самотньо жити у вигнанні, презирстві і повній убогості в індуїстських центрах паломництва Матхура, Вріндаван і Варанаси. У цих паломницьких центрах живуть більше 16000 вдів з Бенгалії. Ці жінки, і молоді, і старі були змушені залишити свої будинки і квартали з причин, не пов'язаних з пошуком Бога. За даними Організації розвитку жінок в Калькутті, більшість цих жінок були вигнані зі своїх будинків родичами-чоловіками після смерті їхніх чоловіків. Ці «родичі» привласнювали землі і майно вдів, які ті могли отримати в спадщину. Особливо важкою стає доля вдови для молодих жінок. За збереженими релігійними традиціями, вони також не можуть виходити заміж, навіть якщо овдовіли в підлітковому віці. Овдовівши, вони вимушені жити жебрацтвом, проституцією, або співати по 8 годин гімни за жменьку рису. Багато хто, в очікуванні смерті, живуть так по 30-50 років. [14, с. 125].

З 1956р. в Індії діє Закон про спадкування (The Hindu Succession Act, 1956), який гарантує жінкам право на спадщину, але багато з них продовжують бути позбавленими останнього. Часто це відбувається через неуцтво або нездатність жінок протистояти тиску з боку чоловіків − членів їх сімей. Не дивно, що жінки часом воліли згоріти на похоронному багатті чоловіка − здійснити саті, − ніж жити таким життям. Саті вважалося вищим проявом подружньої відданості покійному чоловікові. Жінка, яка скоювала саті, здійснювала акт вищого благочестя. Вона очищалася від усіх своїх гріхів, звільнялася від циклу перероджень. Вона забезпечувала порятунок для свого померлого чоловіка і семи поколінь, які пішли за нею [15]. Але прагматичною причиною, через яку родичі чоловіка штовхали бідну жінку в багаття, була власність − все майно вдови передавалося сім'ї чоловіка після її смерті.

І сьогодні проблема саті залишається гострою в індійському суспільстві. Навколо неї не вщухають релігійні та політичні спори. Незважаючи на те, що Індія є демократичною державою, яка підписала Міжнародні Пакти ООН з прав людини, а в 1987р. був прийнятий Закон про запобігання саті (Commission of Sati Prevention Act 1987), у саті є прихильники. Як на місцевому, так і на урядовому рівні. Є люди, для яких обряд саті є вигідним комерційним підприємством, що приносить пристойні доходи [16]. Саме вони лобіюють свої інтереси на різних рівнях, заважаючи дії закону. У будь-якому цивілізованому суспільстві обряд саті назвали б вбивством, і тільки в Індії він ще залишається традиційним ритуалом.

Індія унікальна тим, що їй вдалося зберігати спадкоємність культури протягом багатьох століть і тисячоліть. На жаль, серед цих традицій є такі, які несумісні ані із загальнолюдськими цінностями, ані з правами людини.

Все ж таки за роки незалежності становище жінок в сучасній Індії суттєво змінилося. Першою жінкою прем'єр-міністром Індії стала в 1966 р. Індіра Ганді. Дванадцятим президентом Індії з 2007 по 2012 рр.. була жінка − Пратібха Патіл. Соня Ганді, вдова загиблого від рук убивць прем'єр-міністра Індії Раджива Ганді, сьогодні очолює правлячий Об'єднаний прогресивний альянс (ОПА). Але в індійській глибинці, в сільських районах зберігається традиційний уклад життя, заснований на стародавніх звичаях і ритуалах.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Пандей Р.Б.* Домашние обряды (обычаи) [Текст] / М., «Высшая школа», 1990 пер. А.А. Васигина.
2. *Gopal S.* Jawaharlal Nehru: A Biography [Текст] // Vol. I. London, 1975-1984. P. 48.
3. *India* worst place for women among top 19 economies, Canada best [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hindustantimes.com/India-news/NewDelhi/India-worst-place-for-women-among-top-19-economies-Canada-best/Article1-870387.aspx 12.06.2012
4. *Imagine* the potential of India if women were given equal rights: Monique Villa [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://timesofindia.indiatimes.com/business/india-business/Imagine-the-potential-of-India-if-women-were-given-equal-rights-Monique-Villa/articleshow/14260136.cms 19.06.2012.
5. *Стоянов А.Н.* Семья, брак и юридическое положение женщины по законодательным памятникам Индии. Этюд по истории законодательств [Текст] / Харьков, 1885.
6. *Kishor S.* and K. Johnson, 2004, Profiling Domestic Violence: A Multicountry Study, Calverton, MD: ORC Macro, Measure DHS+:66
7. *Вардиман Е.* Женщина в древнем мире [Текст] / пер. с нем. М. С. Харитонова. Послесл. А. А. Вигасина. – М.: Наука. Главная редакция восточной литературы, 1990. – 335 с:
8. *Dean Nelson* India to jail families who coerce women into abortions. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/india/9550699/India-to-jail-families-who-coerce-women-into-abortions.html
9. *Prabhat Jha* et al. Trends in selective abortions of girls in India: analysis of nationally representative birth histories from 1990 to 2005 and census data from 1991 to 2011. The Lancet – 4 June 2011 ( Vol. 377, Issue 9781, Pages 1921–1928).
10. *Дивья Арья* Почему в Индии все меньше женщин [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bbc.co.uk/russian/society/2011/05/110504_india_child_sex_ratio.shtml05.05.2011
11. *Юрлова Е.С.* Индия: гендерные проблемы на рубеже XXI века [Текст] // СоцИс: Соц. исслед. − 1998. − № 12. − С.83-88.
12. *Report* of the National Commission for Scheduled Castes and Scheduled Tribes. Fourth
13. *The Hindu* marriage act [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://indianchristians.in/news/images/resources/pdf/hindu_marriage_act_1955.pdf
14. *Kant A.*, Women & the Law, APH Pub. Corp. 2012 503 P125
15. *Moore*, Lucy Maharanis: the Extraordinary Tale of Four Indian Queens and Their Journey from Purdah to Parliament [Текст] / Penguin Books, 2004.India.
16. *Ahmad N.*, Sati Tradition – Widow Burning in India: A Socio-legal Examination, Web Journal of Current Legal Issues [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue2/ahmad2.html

УДК 351. 74(477)

# ВОЄНІЗАЦІЯ ТА ПОДАЛЬШЕ РЕФОРМУВАННЯ МІЛІЦІЇ ХАРКІВЩИНИ НА ПОЧАТКУ 20-Х РР. ХХ СТ.

**Коцан І.Д.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
факультету підготовки фахівців
для підрозділів слідства та дізнання
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** Проведений автором аналіз основних змін, що відбулися в підготовці правоохоронних органів Харківщини і України у цілому в роки нової економічної політики, будується на підгрунті архівного матеріалу, що надає аналітичним висновкам, які містяться у статті, ґрунтовності та доказовості.
***Ключові слова:*** робітничо-селянська міліція Харківської губернії, реорганізація**,** військове відомство.

***Аннотация:*** Проведенный автором анализ основных изменений, что произошли в подготовке правоохранительных органов Харьковщины и Украины в целом в годы новой экономической политики, строится на основе архивного материала, который придает аналитическим выводам, содержащимся в статье, обоснованности и доказательности.
***Ключевые слова:*** рабоче-крестьянская милиция Харьковской губернии, реорганизация, военное ведомство.

***Annotation:*** According to the author of an analysis of the major changes that have occurred in the preparation of law enforcement Kharkiv and Ukraine as a whole in the years of the new economic policy is based on archival material, which gives the analytical conclusions of the article, and the validity of evidence.
***Key words:*** worker-peasant militia Kharkov province, reorganization, the military department.

---

Перед українською історико-юридичною наукою стоїть широке коло проблем, розв'язання яких створить теоретичне підгрунтя для виконання завдань сучасного державного будівництва. Українське суспільство в основу свого існування заклало принципи правової держави, що були закріплені в Конституції України. Принципове значення для досягнення її стандартів має захист прав і свобод громадян. Цій головній меті підпорядковано і реформування системи МВС України. У процесі сьогоднішньої реорганізації міліції з метою раціонального вирішення практичних завдань доцільно насамперед досліджувати власне минуле.

Зміна системи органів внутрішніх справ у 20-ті роки була обумовлена низкою обставин: національно-державним будівництвом, курсом на скорочення адміністративно-управлінських витрат, що проводився, режимом економії, передачею ряду державних органів місцевому бюджету та ін. Положення української радянської міліції на час закінчення громадянської війни було нелегким. Не вистачало озброєння і транспортних засобів, велика частина міліціонерів не мала обмундирування. Харківська міліція не була винятком, усі зазначені хиби повною мірою були властиві їй. Тому в повоєнні роки велика увага приділялася перетворенню міліції з «напівпартизанського» формування в мобільний і сильний апарат боротьби зі злочинністю й іншими правопорушеннями.

04 травня 1921 р. колегія НКВС УСРР розглянула питання про воєнізацію міліції. Виходячи з необхідності зміцнити міліцію і встановити в ній військову дисципліну, колегія збудила перед урядом республіки клопотання про перебудову міліції за військовим зразком, зберігши водночас усі специфічні риси міліції як адміністративного органу. 14 травня 1921 р. начальник губернської міліції Коваленко підписав наказ по радянській робітничо-селянській міліції Харківської губернії, відповідно до якого встановлювалося двозмінне чергування у всіх районах. Графік чергувань складався з таким розрахунком, щоб кожний міліціонер протягом двох діб був зайнятий 24 години, із них 12 годин на посту і 12 годин у резерві зі зміною постів через кожні 6 годин. Черговий по району зобов'язувався здійснювати точний облік чергової добової зміни, складав наряд міліціонерів на пости за установленою формою і повинен був мати іменний список усієї зміни. Начальнику харківської міської міліції наказувалось виставити зовнішні пости по місту, видавши на кожен пост постову книгу і свисток. Пости повинні були перевірятися через кожні 2 години черговими по району; не менш трьох разів на добу молодшими помічниками у своїх підрайонах; періодично, переважно в нічний час, начальником міської міліції, його помічником по зовнішній частині, начальником району та його помічником по зовнішні частині. Робити перевірку районів наказувалось якнайчастіше, особливо в нічний час, для чого завести в районах книгу для оцінок за установленою формою і надавати її щомісяця для перевірки начальнику губернської міліції. Охорона опечатаних складів, помешкань, грошових кас і т.п. повинна була виконуватись за статутами гарнізонної служби Червоної Армії. У цьому ж наказі відзначалося, що начальники районів як зовнішньої, так і кримінально-пошукової міліції часто змінювались і переміщувались з одного місця в інше, іноді без достатньо поважних причин, що, з одного боку, не давало можливості зосередитися і спокійно повести роботу, а з іншого формально звільняло від відповідальності. Такі ж явища спостерігалися й відносно помічників начальників міської і повітових міліцій і губрозшуку. Виходячи з цього начальнику губрозшуку і начальникам повітміліцій наказувалось у тижневий термін із моменту одержання наказу

*© Коцан І.Д., 2012*

переглянути весь особовий склад своїх помічників, начальників районів і начальників відділень карних розшуків і зробити відповідні необхідні переміщення, використовуючи для цього комсклад промислової міліції, що реорганізовувалась. Після переміщень наказувалось подати начальнику губміліції списки зі стислою біографією своїх помічників і начальників районів для затвердження їх на посадах. Після цього начальнику губрозшуку, начальнику харківської міськміліції, начальнику харківської повітміліції заборонялося робити будь-які переміщення без санкції начальника губернської міліції. Усім же іншим начальникам повітміліцій переміщення і затвердження на посадах наказувалось здійснювати винятково з відома відділу управління місцевого виконкому [1, спр. 38-а, арк. 41-42].

У червні 1921 р. на засіданні постійної наради по боротьбі з бандитизмом при РНК УСРР (головував М. Ф. Фрунзе) відзначалося, що «теперішній стан міліції не відповідає вимогам ні з погляду боротьби з бандитизмом, ні з погляду виконання громадянських задач, і подальше існування її в такому вигляді є цілком неприпустимим». Нарада підтримала пропозицію НКВС УСРР про необхідність воєнізувати міліцію, укріпити її бойову міць, поліпшити якісний склад і матеріальне становище працівників міліції. 12 серпня 1921 р. Рада Народних Комісарів УСРР прийняла постанову «Про тимчасову передачу міліції у відання військового відомства». На військове командування покладався обов'язок протягом п'ятьох місяців цілком укомплектувати міліцію кадрами, озброїти і навчити військовій справі її особовий склад.[2]

У наказі № 51 по міліції Харківської губернії від 22 серпня 1921 р. доводилося про рішення харківської губернської наради вжити таких заходів: 1) наказ начальника губернської міліції про переведення міліції на казармовий стан повинен бути проведений у життя по всій губернії не пізніше 25 серпня 1921 р. Після переведення на казармовий стан весь стройовий склад міліції повинен бути об'єднаний у відповідні бойові одиниці (рота, батальйон), після чого негайно приступити до спеціальних міліцейських і стройових занять; 2) очищення рядів міліції від непотрібного елементу, що примазався, повинне бути проведене одночасно по всій губернії не пізніш ніж 25 серпня 1921 р., для чого необхідно в кожному повіті призначити атестаційну комісію під головуванням завідувача відділом управління повітового виконкому в складі чинів: губернського інспектора міліції, начальника повітової міліції, представника повітноткому і представника повітової комісії незаможних селян; при обов'язковій присутності представника РСІ; 3) організовані губернські курси міліції повинні стати основним фундаментом відродження міліції у всій губернії. Необхідно організувати відділення курсів у Сумах та Куп'янську; 4) для підготовки комскладу міліції (від старшого міліціонера до начальника району включно) необхідно виділити на губернські курси міліції з кожного повіту не менше п'ятьох осіб; 5) стройовий склад міліції й агенти розшуку повинні бути переведені на військовий продовольчий пайок, а сім'я їх прирівнюватись у всіх відношеннях до сімей червоноармійців; 6) видача міліції обмундирування й озброєння є першорядною задачею як центру, так і місцевих повітових виконкомів. Наказ начальника губернської міліції про припинення частих безцільних переміщень командного складу міліції повинен бути проведений у життя. З метою більш успішної боротьби з бандитизмом необхідно ввести до складу повітових нарад із правом вирішального голосу начальників повітових міліцій, до складу губернської наради – начальника губернської міліції [1, спр. 38-а, арк. 67].

У декреті ВУЦВК від 5 жовтня 1921 р. «Про підпорядкування міліції УСРР військовому командуванню України і Криму» наголошувалось, що тимчасове підпорядкування міліції військовому командуванню необхідне для успішного формування частин міліції і надання їм військового зразка. У той же час керівництво оперативною і спеціальною службою міліції залишалося за НКВС.

Вищим керівним органом кримінально-пошукових установ республіки і під час воєнізації залишалося Центральне управління карного розшуку Головміліції УСРР. Відповідно до наказу головного начальника робітничо-селянської міліції УСРР від 31 серпня 1921 р. губернський карний розшук у стройовому і господарському відношенні підпорядковувався губернському начальнику міліції, який мав право давати карному розшуку й оперативні завдання, але в технічну сторону виконання таких завдань він втручатися не міг. У такому ж положенні стосовно повітового начальника міліції перебував і повітовий карний розшук.

Одночасно з організацією частин міліції декрет поставив за обов'язок військовому командуванню створити цілком придатний до роботи у всеукраїнському масштабі адміністративно-господарський апарат міліції. До січня 1922 р., відзначалося в декреті, військове командування повинно передати НКВС УСРР цілком сформований апарат міліції і вивести її зі свого підпорядкування. Були введені нові штати міліції, згідно з якими скорочувався апарат управлінь міліції і зміцнювався стройовий склад. У губернії всі піші міліціонери зводилися в окремі батальйони (по одному батальйону на повіт). Кількість рот у батальйоні залежала від числа міліціонерів. За новими штатами у сільській місцевості один міліціонер припадав на 1000 жителів. Для охорони державних підприємств, складів і споруд кількість міліціонерів могла бути збільшена. Крім того, при губернських управліннях міліції та у повітах вирішувалося розміщувати по одному ескадрону кінної міліції. Міліціонери міст, із розрахунку один на 400 жителів, зводилися в окремі батальйони або полки.

Крім цього, постановами Раднаркому УСРР у жовтні 1921 р. був утворений політсекретаріат у Головміліції УСРР і її губернських і повітових підрозділах. 5 червня 1921 р. уряд УСРР прийняв також постанову, що закріпила нові принципи організації роботи залізничної і водної міліції. У ці роки неодноразово змінювалася підпорядкованість органів охорони транспортних шляхів і правопорядку на них із метою уточнення функцій транспортної міліції та поділу їх із функціями військ оборони й охорони шляхів сполучення ВНК в Україні [3, с. 352; 4, с. 563-565].

У період воєнізації, що продовжувався до січня 1922 р., міліція поповнилася бійцями і командирами Червоної Армії, одержала 10 тис. гвинтівок, велику кількість іншого майна з армійських запасів [2, с. 112].

Проте не можна не відзначити, що практика потрійного підпорядкування міліції (відділам управління виконкомів губернських Рад, Головному управлінню міліції та губернським військкоматам) призвела до самоусунення виконкомів від надання допомоги міліції і до ослаблення контролю за її діяльністю. Військкомати підкоряли собі міліцейські органи, більш того, військові і цивільні влади втручалися в справи міліції, намагались реорганізовувати її на свій лад. Це викликало невдоволення багатьох губернських управлінь, які вважали потрійне підпорядкування міліції недоцільним. 26 січня 1922 р. начальник Головного управління міліції НКВС УСРР видав наказ про вихід міліції з підпорядкування військовому командуванню і передачі її у безпосереднє підпорядкування НКВС [5, с. 37].

Підводячи підсумки воєнізації міліції, начальник Головного управління міліції УСРР Федотов відзначав, що в цілому вона поліпшила стан міліції. Проте воєнізація мала і негативні сторони. Часто змінювалися штати міліції, що призводило до ломки її структури, місцеві влади найчастіше не розуміли задач воєнізації і реорганізації міліції, виконкоми самоусувалися від надання допомоги міліції, послабили контроль за її діяльністю, губернські і повітові військкомати нерідко обмежували компетенцію міліції, втручалися в її чисто службову діяльність [2, с. 112].

Першими кроками НКВС після передачі міліції з відання військового відомства було проведення чергового скорочення і реорганізації міліції. Міліціонерів залишали по одному на 1000 чоловік населення. Волосні районні управління міліції скасовувалися. У кожну волость призначався один кінний волосний наглядач. Резерви міліції залишались по 30 чоловік на повіт. У містах призначалися районні наглядачі: по одному на 5000 жителів. За перше півріччя 1922 р. чисельність міліції скоротилася більш ніж у два рази [6, с. 161-162].

Адміністративно-територіальний поділ Харківської губернії на 1 жовтня 1922 р. визначав структуру апарату робітничо-селянської міліції в такий спосіб: одне губернське управління, одне міське, 10 повітових, 10 районних губміських, 10 районних повітміських, 4 районних заштатних міських, 47 повітових районних управлінь і 1 губернське, 10 повітових кінних резервів.

З 1 травня 1922 р. усі працівники міліції звільнялися від оплати за комунальні послуги, у тому числі і від квартирної плати. Кредити на утримання міліції збільшилися майже на 100%. З 01 серпня 1922 р. Президія ВУЦВК поширила на сім'ї міліції пільги, якими користувалися сім'ї військових. У січні 1923 р. Всеукраїнський Центральний Комітет видав постанову про введення форми одягу особового складу міліції [7, с. 232-235].

Передбачалися заходи заохочення за сумлінність і сувора відповідальність за порушення працівниками міліції своїх службових обов'язків. Серйозні порушення, що кваліфікувалися як карні злочини, спричиняли для працівника міліції судову відповідальність. За менш серйозні порушення передбачалися дисциплінарні стягнення, що накладались начальниками, починаючи з начальника районної міліції і закінчуючи начальником Головного управління міліції і карного розшуку НКВС УСРР. У Статуті вказувалося на необхідність при накладенні стягнення проводити розслідування скоєного проступка з огляду на ступінь провини службовця, термін перебування його на службі, обставини скоєного діяння і попередні стягнення [8, с. 344-352].

Важливо звернути увагу на те, що у зв'язку зі зміною адміністративно-територіального поділу України в березні 1923 р. замість повітових і обласних управлінь міліції були створені окружні і районні відділення міліції. Відповідно до положення «Про структуру і штати райвиконкомів», затвердженого ВУЦВК, у Харківській губернії в райони призначали начальника міліції і чотирьох піших міліціонерів. 20 вересня 1923 р. ВУЦВК прийняв постанову, що внесла зміни в штат районної міліції: замість чотирьох піших міліціонерів вводилися два кінних, а посада дільничного уповноваженого, у даний час дільничного інспектора міліції, стала іменуватися «районний наглядач» [5, с. 40]. З цього часу апарат міліції виглядав так: Головне управління – губернські – окружні – районні органи.

У червні 1924 р. продовжилася реорганізація апарату міліції: ліквідовані губернські апарати міліції, за рахунок чого розширені окружні управління, що привело до більш раціонального використання губернських ресурсів. Структура виглядала так: Головне управління – окружні органи – районні органи.

У зв'язку з ліквідацією губернії, згортанням губадмінвідділів і розгортанням окрадмінвідділів усі кваліфіковані працівники міліції і карного розшуку переводились на укомплектування окрміліції і розшуку, причому найбільш кваліфіковані і досвідчені працівники колишнього харківського губернського апарату використовувалися в окрузі за своїм фахом, навіть за рахунок зняття з роботи або зниження в посаді менш кваліфікованих місцевих працівників. Питання про переведення працівників начальник губернської міліції завчасно погоджував з відповідними округами та з відрядженими в них працівниками. Про всіх працівників вищої кваліфікації, що не можуть бути використаними на місцях, начальники губернських міліцій повинні були надати завчасно відомості до відділу міліції і розшуку УСРР із докладним описом особистості, характеристикою і даними про службовий стаж працівника. Всі начальники губернських міліцій і розшуку, їх помічники по міліції і розшуку, що не одержали призначення за старим місцем служби після ліквідації губернії, переходили в розпорядження відділу міліції і розшуку республіки. Працівники губапаратів, що належали до канцелярського, адміністративно-господарського і технічного персоналу, використовувалися для укомплектування окружних міліцій, причому особлива увага приділялася тим, що мали значний стаж служби в міліції і розшуку. Стройовий

командний і міліцейський склад розподілявся по округах на доповнення й укомплектування окружних міліцій. Харківська губернська навчальна команда міліції цілком передавалася окружним міліціям. Кінний склад колишніх харківських губернських кінних резервів використовувався в першу чергу на поповнення кінного резерву окружних міліцій, а залишок кінного складу розподілявся по тих окружних міліціях, у яких був найбільший відсоток його недокомплекту, із тією метою, що поповнення буде використовано в першу чергу для комскладу окружних районів міліції. Кінний склад передавався разом із спорядженням [9, спр. 58, арк. 183].

Ліквідація губернських апаратів міліції, яка спрямована на більш раціональне використання кадрів і ефективне виконання ними службових обов'язків, мала за мету удосконалити організацію і діяльність внутрішніх органів. Проте переобтяження низової ланки непритаманними для неї обов'язками відволікало органи від виконання ними безпосередніх їхніх функцій.

Важливим документом, що визначив напрямок подальшого розвитку міліції, була постанова, прийнята Всеукраїнською нарадою працівників НКВС у червні 1924 р., в якій відзначалися найбільш істотні хиби в організації і діяльності української міліції. Нарада звертала увагу на надмірну завантаженість працівників міліції: у середньому за рік кожний працівник міліції робив 133 обшуки, 60 затримань злочинців, 223 рази займався упорядкуванням документів в адміністративних справах і т.д. У сільській місцевості завантаженість працівників міліції була ще значнішою: у містах на порівняно незначній території один міліціонер обслуговував у середньому 680 жителів, а в сільській місцевості – 16380 чоловік на території 270 квадратних верст. Нарада дійшла висновку про необхідність більш рівномірного розподілу сил міліції з обов'язковим обліком чисельності і щільності населення, характеру, побуту і політичної обстановки. В окружних районах замість 2 міліціонерів вирішено було мати від 3 до 5, щоб на одного міліціонера не припадало більш ніж 10 тисяч жителів. Як на одну з основних хиб нарада указала на велику плинність кадрів міліції, що у 1924 р. по Україні склала 72%. З метою закріпити в лавах міліції кваліфікованих працівників з відповідною підготовкою та досвідом роботи нарада 1924 року вирішила поліпшити рівень матеріального забезпечення та посилити політичну й освітню роботу з кадрами. Крім того, було прийняте рішення про неприпустимість подальшого скорочення штатів міліції. Виконання рішень, прийнятих нарадою, сприяло удосконаленню організації міліції, поліпшенню її діяльності [10, с. 43-45].

У 1924-1925 рр. була проведена реорганізація повітового апарату міліції. Районні міліції як зайві ланки ліквідувалися, що дозволило скоротити штати допоміжного персоналу, зберегти засоби, а також піднести рівень керівництва повітовою міліцією [11, с. 79].

За директивою Харківського губернського управління міліції особами, що очолювали ті чи інші міліцейські підрозділи, протягом 1924 р. на загальних зборах робітників фабрик і заводів, а також на сільських сходах було дано 816 звітів про діяльність міліції і розшуку.

За офіційними даними матеріальний стан працівників міліції і розшуку до 1924 р. значно поліпшився. Якщо в 1920-1921 рр. і частково в 1922 р. міліціонер одержував із великими перебоями червоноармійський тиловий пайок і мізерну платню, що видавалася несистематично, то в 1923 р. він став одержувати на селі від 7 до 12 рублів, а в місті Харкові – 15 рублів на місяць. Протягом 1924 р. оклади працівників міліції і розшуку в місті Харкові були збільшені в два рази. Піший міліціонер став одержувати 31 рубль, кінний-35 рублів. У селі молодший міліціонер одержував від 15 до 20 рублів.

Якщо обмундируванням міліція до 1922 р. майже не забезпечувалась, а в 1922 р. вона була забезпечена на 10-12%, то в 1923 р. у масштабі губернії міліція була обмундирована на 75%, а в 1924 р. на усі 100%. Помешкання, де розташовувались міліція і розшук у місті Харкові в 1924 р., були наново відремонтовані і забезпечені в достатній кількості необхідним інвентарем, а гуртожитки міліціонерів – і постільними приналежностями. Особовий склад міліції і розшуку в 1924 р. майже цілком входив до профспілки. Був регламентований робочий час, уведений для молодшого стройового складу восьмигодинний робочий день і вихідний. При районах було артільне котлове постачання, що коштувало кожному міліціонеру від 9 до 11 рублів на місяць. Для кінного резерву в місті Харкові й в округах були обладнані стайні, відремонтоване і частково замінене на нове кінське спорядження, збільшена норма видачі фуражу і поліпшений догляд за кіньми. Непридатна внаслідок зношеності збруя поступово замінювалася на нову [9, спр. 58, арк. 73-74].

У результаті зміни методів укомплектування особового складу, навчально-виховної роботи і поліпшення матеріального положення авторитет міліції і розшуку в очах населення значно зріс. Якщо в 1920-1922 рр. із неохотою заявляли про значні злочини, не розраховуючи одержати від міліції допомогу, то до 1924 р. становище змінилося. До міліції і розшуку почали звертатися із заявами про найдрібніші крадіжки з надією на розкриття злочину і виявлення викраденого [9, спр. 58. арк. 183].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Харківський* обласний державний архів (ХОДА), ф. Р-563, оп.1.
2. *Алтуев В. Н.* Заметка об участии Красной Армии в укреплении милиции УССР в начале восстановительного пери ода (1921-янв.1922) / В.Н. Алтуев // Военно-ист. журнал. – 1974. – № 11.
3. *Собрание* узаконений (СУ) УССР. – 1921. – №13.
4. СУ УССР. – 1921. – №20.
5. *Тимченко А. П.* Правовые основы организации и деятельности милиции Украины в 1917-1941 гг.: учеб. пособ. / А.П. Тимченко. – Луганск: РИО ЛИВД, 1998. – 86 с.
6. *Мулукаев Р. С.* О сотрудничестве советских республик в строительстве рабоче-крестьянской милиции (1918-1924 гг.) / Р.С. Мулукаев // Труды Высшей школы МВД СССР. – 1973. – Вып. 35. – С. 151-166.
7. *Органы* и войска МВД России: краткий исторический очерк. – М. : Объединённая редакция МВД России, 1996. – 462 с.
8. *История* милиции Украинской ССР. В документах и матеріалах; под ред. П. П. Михайленко:

в 2 т. – Т.1: 1917-1937 гг. –К.: Изд-во КВШ МВД СССР, 1969. –883 с.
9. ХОДА, ф. Р-563, оп. 2.
10. *Из истории* милиции Советской Украины. – К.: РИО при МООП УССР, 1965.
11. *Советская милиция*: история и современность (1917-1987 гг.). – М.: Юридическая литература, 1987. – 335 с.

УДК 343.2(477):343.23:343.979

# КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ БЕЗПОРАДНОГО СТАНУ ПОТЕРПІЛОГО: ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ

**Андрушко А. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінально-правових
дисциплін та кримінології
Закарпатського державного університету

***Анотація:*** У статті розглядаються основні етапи становлення та розвитку кримінального законодавства у сфері протидії злочинам, вчиненим щодо осіб, які перебували в безпорадному стані. З цією метою проаналізовано ключові правові акти, що діяли на території України упродовж XI–XX століть. Виділено три періоди розвитку законодавства в частині протидії вказаним злочинам. Підкреслюється актуальність вивчення відповідного законодавчого досвіду для удосконалення чинного кримінального законодавства.
***Ключові слова:*** безпорадний стан, потерпілий, малолітство, немічність, кримінальне законодавство, відповідальність, покарання.

***Аннотация:*** В статье рассматриваются основные этапы становления и развития уголовного законодательства в сфере противодействия преступлениям, совершенным против лиц, находящихся в беспомощном состоянии. С этой целью проанализированы ключевые правовые акты, действовавшие на территории Украины на протяжении XI–XX веков. Выделено три периода развития законодательства в части противодействия указанным преступлениям. Подчеркиевается актуальность изучения соответствующего законодательного опыта для совершенствования действующего уголовного законодательства.
***Ключевые слова:*** беспомощное состояние, потерпевший, малолетство, немощность, уголовное законодательство, ответственность, наказание.

***Annotation:*** The article analyzes the main stages of emergence and development of criminal legislation aimed at fighting criminal acts committed against persons in the helpless state. For this purpose main legal acts efficient on the territory of Ukraine in $11^{th}$–$20^{th}$ centuries are analyzed. Three stages of development of legislation aimed at fighting abovementioned crimes are pointed out. The importance of studying the correspondent lawmaking experience for the improvement of the current legislation is underlined.
***Key words:*** helpless state, victim, infancy, helplessness, criminal legislation, liability, punishment.

Однією з найгостріших проблем кримінально-правової теорії та практики на сучасному етапі є проблема належної охорони найбільш незахищених категорій населення, зокрема осіб, що перебувають в безпорадному стані, тобто тих, хто не може чинити опір злочинцеві або уникнути злочинного посягання. Отримані нами дані свідчать про те, що злочинці об'єктами своїх посягань нерідко обирають фізично слабких, безпорадних осіб, роблячи ставку переважно на те, що жертва не чинитиме опору, а отже, поставленої мети досягти буде легше. Можна стверджувати, що в Україні існує категорія злочинців, які вчиняють кримінально карані діяння виключно проти безпорадних потерпілих [1, с. 182].

Питанням кримінальної відповідальності за злочини, вчинені щодо осіб, які перебувають у безпорадному стані, присвятили наукові праці С.В. Бородін, Л.П. Брич, Д.В. Давтян, С.І. Дементьєв, Є.Б. Дороніна, О.О. Дудоров, О.І. Коробєєв, Л.В. Лобанова, О.В. Михайловська, Т.А. Плаксіна, О.М. Попов, Т.Є. Сарсенбаєв, С.В. Тасаков, О.В. Топільська, М.І. Хавронюк, В.Б. Хатуєв та ін. Доводиться, однак, констатувати, що чимало проблем, які стосуються кримінально-правової охорони безпорадних осіб, досі залишаються невирішеними. Від потреб практики відстає й чинне законодавство, яке недостатньо уваги приділяє кримінально-правовій охороні осіб, що перебувають в безпорадному стані. З огляду на це, на наш погляд, доцільно звернутися до історико-правового аналізу врахування законодавцем безпорадного стану потерпілої особи, що, можливо, дозволить побачити шляхи удосконалення чинного кримінального закону у вказаній частині. Мета статті – розглянути основні етапи становлення та розвитку законодавства у сфері протидії злочинам, вчинюваним щодо осіб, які перебувають в безпорадному стані.

Першу згадку про правове значення безпорадного стану потерпілої особи можна відшукати у статті 2 Короткої редакції Руської Правди, яка приписувала: «Или будеть кровав или синь надъражен, то не искати ему видока человеку тому; аще не будеть на нем знамениа никотораго же, то ли приидеть видок; аще ли не можеть, то тому конець; оже ли себе не можеть мьстити, то взяти ему за обиду 3 гривне, а летцю мъзда» [2, с. 47]. Як бачимо, наведена стаття містить норми не лише кримінального, а й цивільного та процесуального права. Сучасні науковці, коментуючи

© *Андрушко А.В., 2012*

її зміст, припускають, що на основі цієї статті князівський суд стягував з кривдника відшкодування на користь потерпілого, якщо останній через певні причини (зокрема й свій фізичний стан) не міг реалізувати власне право на негайну помсту [2, с. 52].

Вже у найперших правових пам'ятках, що діяли на території сучасної України, було передбачено окрему відповідальність за позбавлення життя осіб, які в силу своєї безпорадності, обумовленої віком (малолітнім чи старечим), не могли чинити опору злочинцеві. Так, ст. 6 Розширеної редакції Уставу князя Ярослава Мудрого, що встановлювала відповідальність за дітовбивство, приписувала: «Тако же и женка без своего мужа или при мужи дитяти добудеть, да погубить, или в свиньи ввержеть, или утопить, обличивши, пояти (и) в дом церковныи, а чим ю паки род окупить» [2, с. 190]. З часом відповідальність за такі діяння посилювалась. Для прикладу, ст. 26 Соборного уложення 1649 р. передбачала за цей злочин покарання у вигляді смертної кари: «А будет которая жена учнет жити блудно и скверно, и в блуде приживет с кем детей, и тех детей сама, или иной кто по ея велению погубит, а сыщется про то допряма, и таких беззаконных жен, и кто по ея велению детей ея погубит, казнити смертию безо всякия пощады, чтобы на то смотря, иные такова беззаконного и скверного дела не делали, и от блуда унялися» [3, с. 250–251]. Утім, із часом законодавець переглянув такий суворий підхід і вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини трансформувалось у привілейований склад умисного вбивства.

Середньовічному та ранньомодерному праву було притаманне встановлення суворої відповідальності за батьковбивство. Так, Литовський статут 1529 р. в арт. 14 розділу 7 вказував, що «якби хто убив свого рідного батька або матір, то він засуджується до безчестя і смертної кари» [4, с. 256]. Статут 1566 р. (арт. 16 розд. 11) приписував, що винного у вчиненні такого злочину належить «возити по ринку і кліщами тіло висмикувати, а потім до шкіряного мішка запхати і вкинути до нього пса, півня, вужа і кішку, і все те разом у мішок зав'язавши, де найглибше у воді втопити» [5, с. 379]. Така ж норма містилась і в Статуті 1588 р. (арт. 7 розд. 11) [6, с. 272]. Вказана процедура смертної кари, на думку О.В. Лохвицького, здійснювалась «як для посилення мучень, так і для демонстрації того, що злочинець зневажив всю природу» [7, с. 524]. В особливо тяжку групу вбивство батьків дітьми виділене і в Соборному Уложенні 1649 р., де за нього приписувалося карати «смертию безо всякия пощады» [3, с. 248]. Вказана пам'ятка передбачала відповідальність й за інші види злочинів, що їх могли вчиняти діти щодо батьків. Так, якщо діти батьків «при старости не учнут почитать и кормить и ссужать их ничем не учнут», то таким дітям приписувалося «чинить жестокое наказание, бить кнутом же нещадно, и приказать им быти у отца и у матери во всяком послушании безо всякого прекословия, а извету их не верить» [3, с. 248]. Як бачимо, законодавець уже тоді передбачав відповідальність за ухилення від утримання непрацездатних й немічних («при старости») батьків.

Військовий артикул Петра I 1715 р., що став наступним етапом розвитку російського кримінального права, також відносив дітовбивство і батьковбивство до найтяжчих видів убивства, які мали каратися кваліфікованим видом смертної кари: «Ежели кто отца своего, мать, дитя во младенчестве, офицера наглым образом умертвит, оного колесовать…» (арт. 163) [8, с. 358]. Вказівку на «младенчество» дитини (немовляти), на наш погляд, слід розцінювати як чітку вказівку на один із факторів безпорадного стану, котрий позбавляв особу можливості чинити опір злочинцеві або уникнути злочинного посягання. На увагу заслуговує й артикул 105 згаданої правової пам'ятки, який під страхом смертної кари забороняє воякам при здобутті міст та фортець убивати чи іншим чином кривдити жінок, немовлят, священиків та старих. У тлумаченні до цього артикулу вказувалось: «Ибо оныя или невозможности своей или чина своего ради, никакого ружья не имеют при себе, и тако чрез сие чести получить не можно, оных убить, которые оборонятися не могут» [8, с. 346]. Очевидно, що слова «оборонятися не могут» у наведеному реченні відповідають сучасному розумінню поняття «безпорадний стан», що дає підстави стверджувати: саме у Військовому артикулі було зроблено важливий поступ у регламентації відповідальності за посягання на осіб, не здатних вжити заходів до самозбереження.

Найважливішою правовою пам'яткою України XVIII ст., поза сумнівом, є «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. У главі XX «Прав» низка артикулів присвячена характеристиці вбивств, що їх могли вчинити батьки щодо дітей, діти щодо батьків тощо (арт. 5–7) [9, с. 352–354]. У цьому контексті особливо цікавим для нас є п. 1 арт. 5 гл. XX, який наказує «жестокою смертїю казнить» не лише за убивство дітьми батьків, а й за позбавлення життя діда чи баби [9, с. 352]. Видається, що вказівку на останніх можна розцінювати не тільки як свідчення тогочасного впливу релігії на норми кримінального права, а й як підкреслення законодавцем необхідності посиленої охорони найменш захищених осіб.

У 1845 році було прийнято Уложення про покарання кримінальні та виправні, що стало наступним етапом розвитку кримінального законодавства. Ця пам'ятка містить низку важливих для нас положень. Уложення вже не передбачало смертної кари за убивство батьків. За вказаний злочин ст. 1920 приписувала позбавляти всіх прав і призначати безстрокові каторжні роботи без права у подальшому переводитись до розряду засуджених, які виправляються, а отже, відповідно, без права бути звільненими від каторги [10, с. 741]. Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини було трансформоване у привілейований склад умисного вбивства (ст. 1922) [10, с. 742].

Значний інтерес для нашого дослідження має гл. 5 розділу X Уложення, що має назву «О произвольном оставлении человека в опасности и неоказании помощи погибающему». У цій главі чимало місця відводилось питанням відповідальності за залишення людини в небезпеці та ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Потерпілі від багатьох злочинів, включених до вказаної глави, можуть бути охарактеризовані як особи, що перебувають в безпорадному стані, тобто не можуть вжити заходів до самозбереження. Так, у ст.ст. 1988

і 1989 Уложення як потерпілі фігурували малолітні діти, яких батьки або опікуни покинули чи залишили в таких місцях, де не можна було очікувати, що вони будуть знайдені іншими. При цьому відповідальність була диференційована залежно від того, чи мала дитина три роки від народження (ст. 1988), або чи мала більше трьох років, але менше від семи (ст. 1989) [10, с. 773–774]. Стаття 1991 передбачала відповідальність за залишення в небезпеці дитини, котрій хоча й виповнилося сім років, однак яка не спроможна ще власними силами здобувати собі харч, або ж хворої, позбавленої сил чи розумових здібностей, людини з наміром залишити її без усякої допомоги [10, с. 775].

Уложення 1845 року встановлювало відповідальність за статеві злочини, вчинені щодо осіб, не здатних адекватно сприймати дійсність. Так, статті 1998 і 1999 передбачали відповідальність за розбещення дівчинки, що не досягла 14 років. При цьому законодавець розрізняв ситуації, коли таке діяння супроводжувалось насильством, і коли діяння над потерпілою було «учинено без насилия, но по употреблению во зло ея невинности и неведения» [10, с. 778]. При цьому покарання за розбещення другого виду хоча й було менш суворим, ніж за розбещення першого виду, однак було більш суворим, ніж за некваліфіковане зґвалтування потерпілої, що досягла 14 років [10, с. 778, 779]. Важливе значення для нашого дослідження має той факт, що ст. 2001 розглядуваної пам'ятки як кваліфікований вид зґвалтування називала зґвалтування, вчинене «над лицом, приведенным в состояние безпамятства или неестественного сна самим насилующим или по его распоряжению» (п. 4) [10, с. 780]. З наведеної норми випливає, що потерпіла особа перебувала в безпорадному стані, оскільки через вказані причини не могла захистити себе самостійно і вдатися до активного опору гвалтівникові. Слід звернути увагу на те, що винний (сам гвалтівник або інша особа за його розпорядженням) у даному випадку умисно привів потерпілу в стан безпам'ятства чи неприродного сну. Таким чином, винний створював умови для того, щоб жертва не могла захистити себе, чинячи активний опір.

Як бачимо, Уложення 1845 року безпорадний стан потерпілої особи враховувало при диференціації кримінальної відповідальності не лише за злочини проти життя та здоров'я, а й за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Кримінальне уложення 1903 року також передбачало відповідальність за залишення в небезпеці особи, позбавленої можливості вжити заходів до самозбереження у разі небезпеки. При цьому виділялись причини безпорадного стану (вперше це поняття з'являється саме у даній пам'ятці), серед яких – малолітство, немічність («дряхлість»), тілесні вади, хвороба, непритомний стан (ч. 1 ст. 489). Наведений законодавцем перелік не був вичерпним, ураховувалась ймовірність «іншого» безпорадного стану. В інших же рисах особливості відповідальності за залишення людини в небезпеці та ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, залишались майже незмінними порівняно з попереднім Уложенням [11, с. 36].

Уложення 1903 року залишило без змін уже усталений підхід, згідно з яким вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини визнавалось привілейованим видом умисного вбивства (ст. 461). Окремих змін зазнала норма, яка передбачала відповідальність за убивство батьків дітьми. Санкція ст. 454 Кримінального уложення також передбачала покарання у вигляді безстрокової каторги, однак, на відміну від положень, передбачених ст. 1920 Уложення 1845 р., дозволяла з часом переводити вбивць даної категорії до розряду таких, які виправляються, та звільняти їх від робіт.

Стаття 520 Кримінального уложення передбачала відповідальність за «любодіяння» з потерпілою, завідомо позбавленою можливості розуміти суть і значення вчинюваного з нею або керувати своїми вчинками внаслідок хворобливого розладу душевної діяльності або непритомного стану чи розумового відставання, а також позбавленою можливості чинити винному опір, без її на «любодіяння» згоду. «Любодіяння» ж з дитиною, що не досягла 14 років, а також із особою, приведеною у непритомний стан самим винним чи за його участю, розглядалось як кваліфіковане [11, с. 38].

Підсумовуючи перший етап розвитку кримінального законодавства в аналізованій частині, можна відзначити, що попри певні недоліки у формулюванні норм про кримінальну відповідальність за злочини проти безпорадних потерпілих, законодавець намагався приділити досить значну увагу врахуванню безпорадного стану особи.

Після встановлення на території України радянської влади і прийняття Кримінального кодексу (надалі – КК) УСРР 1922 р. основні підходи, що стосувалися врахування законодавцем безпорадного стану потерпілого, не змінилися. Так, у ст. 163 КК передбачена відповідальність за залишення без допомоги особи, що перебувала у становищі, коли смерть є неминучою і яка позбавлена можливості вжити заходів щодо самозбереження через малолітство, дряхлість, хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану, якщо винний був зобов'язаний турбуватися про таку особу. За вчинення даного злочину винному могло бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк до двох років [12, с. 135]. Таку ж норму, щоправда, із доданням слів «й мав можливість надати допомогу» та з менш суворою санкцією (позбавлення волі на строк до одного року або примусові роботи на строк до шести місяців) відтворено і в КК УСРР 1927 року (ст. 158) [13, с. 40].

Поряд із цим, у КК 1922 р. мали місце важливі новели. Зокрема, серед інших обтяжуючих умисне вбивство обставин ст. 142 передбачала й вчинення цього злочину особою, обов'язком котрої була «особлива турбота про вбитого» (п. «д») та позбавлення життя з використанням безпорадного стану убитого (п. «е»). За вчинення таких видів вбивства могло бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менше восьми років із суворою ізоляцією [12, с. 133]. Такі ж кваліфікуючі ознаки у ст. 138 передбачав й КК УСРР 1927 р. Змін, однак, зазнала санкція, яка передбачала лише максимальний строк позбавлення волі – до десяти років [13, с. 38].

Звертає на себе увагу той факт, що вказані кодекси не знали привілейованого складу дітовбивства. Очевидно, це дозволяло розцінювати ситуації убивства матір'ю своєї новонародженої дитини як убивство кваліфіковане, адже, нагадаємо, кримінальний закон передбачав посилену відповідальність за умисне вбивство, вчинене особою, обов'язком якої була «особлива турбота про вбитого».

КК УРСР 1922 р. важливий для нас також тому, що в ньому вперше використання безпорадного стану потерпілої особи було вказане як однин із способів зґвалтування. Такий підхід, як відомо, зберігається донині. При цьому у науці кримінального права він неодноразово піддавався сумніву з огляду на те, що при зґвалтуванні особи, яка перебувала в безпорадному стані, фактично відсутнє насильство як засіб примушування жінки до статевого акту [1, с. 196–198]. Цікавим є також те, що, на відміну від дореволюційного законодавства, радянське відмовилось від вказівки на приведення потерпілої в стан безпам'ятства чи неприродного сну самим ґвалтівником чи за його розпорядженням як на кваліфікований вид зґвалтування.

КК УРСР 1927 р. посилив кримінально-правову охорону дітей, хворих та старих, включивши до переліку обтяжуючих обставин, що тягнуть посилення покарання, вчинення злочину щодо осіб, якими злочинець зобов'язаний піклуватися, або тих, які перебувають в «особливо безпорадному стані через вік чи інші причини» [13, с. 12]. Доповнення до поняття «безпорадний» слова «особливо» демонструє, мабуть, намагання законодавця підкреслити безпомічність стану потерпілого в силу його малолітства чи старості.

КК УРСР 1960 р. уже не містив вказівки на безпорадний стан як кваліфікуючу умисне вбивство ознаку. Не згадується про такий вид кваліфікованого вбивства і в чинному нині КК 2001 р. Отож, як не дивно, вбивство особи, яка, завідомо для винного перебуваючи в безпорадному стані, не могла чинити йому опір, із погляду вітчизняного законодавця не характеризується підвищеним ступенем суспільної небезпеки. У цьому контексті варто звернути увагу на те, що, на відміну від КК 1960 р., чинний нині кодекс зараховує до кваліфікуючих ознак умисного вбивства вбивство малолітньої дитини. На жаль, обтяжуючими умисне вбивство обставинами не були визнані інші можливі чинники безпорадного стану особи.

КК 1960 р. містив й інші новели. Зокрема, п. 6 ст. 41 визнавав «вчинення злочину щодо малолітнього, старого або особи, яка перебуває в безпорадному стані» обставиною, що обтяжує відповідальність [14, с. 20]. Як бачимо, законодавець розмежовував такі поняття, як «малолітство», «старість» та «безпорадний стан», адже між ними стоїть сполучник «або». Аналогічний підхід має місце і в чинному КК 2001 р., п. 6 ст. 67 якого вказує, що «вчинення злочину щодо малолітнього, особи похилого віку або особи, що перебуває безпорадному стані» є обставиною, яка обтяжує покарання. Натомість у ч. 1 ст. 111 КК 1960 р., яка передбачала відповідальність за залишення в небезпеці, малолітство та старість уже розглядалися як чинники безпорадного стану [14, с. 50]. Аналогічний за суттю підхід відображений і в ч. 1 ст. 135 чинного КК України. Ч. 2 ст. 111 передбачала кваліфікуючу ознаку – якщо це діяння спричинило смерть особи, залишеної без допомоги, або інші тяжкі наслідки [14, с. 50]. Як привілейований склад умисного вбивства знову було виділене умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 96). Використання безпорадного стану потерпілої було закріплене як спосіб вчинення зґвалтування (ч. 1 ст. 117) та задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 118).

Загалом же можна констатувати, що КК УРСР 1960 року, як і чинний нині кримінальний закон, у розглядуваній частині був далеким від досконалості. Одним із найбільших його недоліків, на наш погляд, було неврахування безпорадного стану потерпілої особи в якості кваліфікуючої умисне вбивство ознаки.

Підбиваючи підсумки проведеному дослідженню, слід зробити такі висновки: 1) Кримінальне законодавство, що діяло на території України, здавна передбачало відповідальність за злочини, вчинювані щодо осіб, які не можуть чинити опір винному, не здатних вжити заходів до самозбереження. При цьому законодавець не тільки передбачав наявність указаного стану як конструктивну ознаку складів злочинів, а й диференціював відповідальність за злочини, потерпілий від яких перебував у безпорадному стані; 2) можна виділити три (досить умовні) етапи становлення та розвитку законодавства у сфері протидії злочинам, вчинюваним щодо осіб, які перебувають у безпорадному стані: а) дорадянський; б) радянський; в) сучасний (після прийняття КК України 2001 р.); 3) врахування історичного досвіду (зокрема, подальша диференціація відповідальності за злочини, вчинювані щодо досліджуваної категорії осіб) дозволить удосконалити чинне кримінальне законодавство, дасть змогу забезпечити належну кримінально-правову охорону найменш захищених осіб.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Андрушко А.В.* Геронтологічна злочинність: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: моногр. / Андрушко А.В. – Ужгород : Поліграфцентр «Ліра», 2011. – 248 с.
2. *Российское* законодательство X–XX веков: в 9 т. – Т. 1: Законодательство Древней Руси; под общей ред. О.И. Чистякова. – М. : Юридическая литература, 1984. – 432 с.
3. *Российское* законодательство X–XX веков: в 9 т. – Т. 3: Акты Земских соборов; под общей ред. О.И. Чистякова. – М. : Юридическая литература, 1985. – 512 с.
4. *Статути* Великого князівства Литовського: у 3 т. – Том 1: Статут Великого князівства Литовського 1529 року; за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса : Юридична література, 2002. – 464 с.
5. *Статути* Великого князівства Литовського: у 3 т. – Том 2: Статут Великого князівства Литовського 1566 року; за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса : Юридична література, 2003. – 560 с.
6. *Статути* Великого князівства Литовського: у 3 т. – Том 3: Статут Великого князівства Литовського 1588 року: у 2 кн. – Кн. 2; за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса : Юридична література, 2004. – 568 с.
7. *Лохвицкій А.* Курсъ русскаго уголовнаго права / Александр Лохвицкій. – СПб.: Скоропечатня Ю.О. Шрейера, 1871. – 704 с.

8. *Российское* законодательство X–XX веков: в 9 т. – Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма; под общей ред. О.И. Чистякова. – М. : Юридическая литература, 1986. – 512 с.

9. *Права,* за якими судиться малоросійський народ 1743 року; за ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 1997. – 547 с.

10. *Уложеніе* о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. – СПб. : Въ Типографіи Втораго Отделенія Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, 1845. – 898 с.

11. *Давтян Д.В.* Беспомощное состояние потерпевшего и его уголовно-правовое значение по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных и Уголовному уложению 1903 года / Д.В. Давтян, Л.В. Лобанова // Проблемы совершенствования юридической техники и дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе. – Ярославль: ЯрГУ, 2009. – Вып. 4. – С. 30–41.

12. *Сборник* документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 гг.; под ред. проф. И.Т. Голякова. – М. : Государственное издательство юридической литературы, 1953. – 464 с.

13. *Уголовный* кодекс УССР 1927 г. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1942. – 104 с.

14. *Кримінальний* кодекс Української РСР. – К. : Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1963. – 138 с.

УДК 340.15(470) «18»: 342

# ПРОЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ ПОЧАТКУ XIX СТ.: ЇХ ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ЗНАЧЕННЯ

**Єфремова Н. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри історії держави і права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Досліджується питання щодо визначення причин та передумов підготовки конституційної реформи в Російській імперії на початку XIX ст. та аналізуються зміст проектів конституційних актів цього періоду та їх значення.
***Ключові слова:*** конституціоналізм, конституційні проекти Російської імперії, реформа державного устрою, гарантія та захист основних прав громадян.

***Аннотация:*** Исследуется вопрос о причинах и предпосылках подготовки конституционной реформы в Российской империи начала XIX века, и анализируется содержание конституционных актов данного периода и их значение.
***Ключевые слова:*** конституционализм, конституционные проекты Российской империи, реформа государственного устройства, гарантия и защита основных прав граждан.

***Annotation:*** A question is probed about reasons and pre-conditions of preparation of constitutional reform XIX of age began in the Russian empire, and maintenance of constitutional acts of this period and their value is analysed.
***Key words:*** constitutionalism, constitutional projects of the Russian empire, reform of the political system, guarantee and defence of basic rights of citizens.

---

Як відомо, поняття «конституція», в сучасному тлумаченні цього терміну, виникло в суспільній свідомості країн Західної Європи як стійкий стереотип в історичний період Нового часу паралельно з формуванням основ громадянського суспільства. Конституціоналізм як політико-правова категорія та доктринальне вчення з'являється після виникнення політико-правових ідей конституційного характеру, перших конституцій та утвердження конституційної держави. Він є нерозривним і прямо похідним від конституції держави та пануючих у ній конституційних ідей [1, с. 5]. Сьогодні він обіймає теорію конституції взагалі, історію і практику конституційного розвитку тієї або іншої країни, групи країн.

Ще з XVII ст. боротьба буржуазних мислителів проти релігійної ідеології феодального ладу супроводжувалась розробкою основ світської доктрини держави і права, формування раціоналістичних концепцій співвідношення особи і держави, розподілу влади, прав і свобод людини, зверхності права, що у свою чергу стало важливим філософсько-теоретичним підгрунтям для створення перших конституційних держав.

Історія розвитку конституційно-правових доктрин в Україні нараховує сьогодні не одну сотню років. Їхня «доля» (умови виникнення, становлення, розвиток і т. д.), як і доля національної державності, ніколи не були простими. Дослідженням по цьому напрямку займались різні вітчизняні та закордонні вчені, наприклад, А. Яковлів, О. Ейхельман, Б. Кістяківський, В. Кульчицький, В. Погорілко, А. Слюсаренко, М. Томенко, П. Стецюк та інші.

Безумовно, що український конституціоналізм належить до тих явищ, які виникли набагато раніше, ніж сформувалися уявлення про них. Але процес його розвитку відбувався за умов відсутності власної незалежної держави. Саме цим частково пояснюється той факт, що розвиток українського конституціоналізму міцно пов'язаний з процесом уконституювання Російської імперії, до складу якої колись входили етнічні українські землі. Тому вивчення причин та передумов підготовки конституційної реформи в Російській імперії, а також до аналізу перших конституційних актів може стати

*© Єфремова Н.В., 2012*

важливим джерелом для пошуку кращих варіантів у вирішенні сучасних політико-правових питань.

Тут також слід сказати, що сьогодні проблема пошуку оптимальної моделі соціально-економічного і політичного розвитку України, як і для більшості європейських країн, залишається актуальною. Частково вирішити це завдання можливо за допомогою вивчення правових основ становлення і розвитку конституційної державності в Європі, чим і підтверджується актуальність обраної теми дослідження.

Часовими рамками дослідження є початок XIX ст. – період, пов'язаний з активною підготовкою в Російській імперії програми її політичного реформування. В контексті обраного періоду слід відразу відзначити, що на початку XIX ст. процес пристосування Лівобережної України до структур Російської імперії не був завершеним повністю. Уряд пішов на певну поступку історичній і соціальній своєрідності України, а утворення Малоросійського генерал-губернаторства зумовлювалося тими завданнями, що стояли і перед попередніми державними інституціями, – здійснювати поглиблену інтеграцію українських земель.

На законодавчому рівні особливий статус українських губерній простежувався в певному підтвердженні привілеїв її станів, котрі надавалися російськими самодержцями. Так, наприклад, Олександр I в одному з перших актів свого царювання підтвердив колишні привілеї малоросійського дворянства, зокрема, відновлювалося право обирати місцевих чиновників і урядників [2], однак вибори відбувалися на тирічний термін, а не довічно, як це було раніше. В той же час вся Російська імперія стояла перед складним завданням підготовки та запровадження важливих державних реформ, на заваді яких виступили як внутрішні, так і зовнішні чинники.

Серед проблем, які активно обговорювали тоді у вищому суспільстві Російської імперії центральними залишались теми про визначення ідеального правителя, забезпечення законності в державі, захисту прав і свобод громадян, про форму державного правління та ін. Із послабленням цензурних обмежень, на шпальтах російських журналів почали з'являтися різноманітні пропозиції щодо реформування органів державної влади. Спираючись на праці видатних європейських мислителів, таких, як Ш.-Л. Монтескьє, Ж.-Ж. Руссо, Ч. Беккаріа більша частина аристократії схилялась до ідеї збереження монархічної форми правління, але з обмеженою владою імператора.

Під впливом цих дискусій члени масонських організацій в Росії почали вмовляти Олександра I до прийняття радикального рішення, втіленого в проекті коронаційного маніфесту царя під назвою «Жалувана грамота російському народу» [3]. В проекті передбачалось створити в державі систему виборних органів влади, які б підпорядковувались би Сенату – вищому законодавчому органу держави. Імператору відводилось керівництво органами виконавчої влади, а дворянам передбачалось надати певні свободи та виборче право. Однак проектом не передбачалось звільнити селян від кріпосної залежності. Отже розроблений в кращих традиціях англійського та шведського конституціоналізму суто аристократичний проект виявився малопридатним для Російської імперії. Ідеї, покладені в основу проекту, свідчать про намагання створити в Російській імперії нові органи влади переважно за англійським зразком та нового законодавства, яке б гарантувало буржуазії і дворянам захист їхніх прав.

Оцінюючи цей проект, слід погодитись із поглядами російської дослідниці Н. В. Мінаєвої, яка зазначила, що проект коронаційного маніфесту є «ідеологічною платформою, на якої намагались об'єднатися провідні політичні течії початку сторіччя» [4]. Врешті-решт, зрозумівши небезпечність окремих позицій проекту, Олександр I відхилив його, але окремі позиції з нього були реалізованими ним пізніше.

Слід також відзначити, що усвідомлення необхідності запровадження в Російській імперії державних реформ з'явилося у імператора і під впливом суттєвих змін в Європі, пов'язаних з реформами Наполеона Бонапарта. Їхні наслідки надали можливість осмислення того факту, що феодальні стосунки не просто застаріли. Фактично, вони перетворились на гальма для успішного розвитку багатьох країн в Європі. Але сприйняття нових філософсько-правових ідей буржуазного характеру в Російській імперії потребувало часу. Отже, відхиливши проект «Жалуваної грамоти російському народу» Олександр I все ж не зійшов зі шляху державних реформування.

У свою чергу це викликало появу нових конституційних проектів, в яких передбачалось обмежити самодержавну владу імператора шляхом запровадження представницького органу влади – Сенату. З цими пропозиціями виступили: Г. Р. Державін, А. А. Безбородько, А. Р. Воронцов, І. А. Зубов, М. М. Карамзін, В. В. Попугаєв, В. Ф. Маорієвський, В. Ф. Малиновський, М. М. Сперанський та ін.

Оцінюючи їх, російський вчений М. І. Школьник, в своїй дисертаційній роботі зазначив, що «практично всі конституційні проекти Росії початку XIX ст. містили різноманітні варіанти обмеження влади монарха та ідеї розподілу влади.» [5]. У свою чергу вважаємо за потрібне додати, що в жодному з цих проектів поки що не було ідеї територіальної перебудови держави та надання її окремим частинам особливого правового статусу.

На початку царювання Олександра I за його підтримки було створено гурток «молодих друзів» із числа ліберально мислячих людей. З часом гурток назвуть «Негласним комітетом», а його членів іронічно стануть називати «якобінською шайкою» за їхні погляди [6]. Члени комітету так і не запропонували реального, ґрунтовного конституційного проекту, який би можна було покласти в основу реформ державної системи. 1804 р. імператор дав доручення М. Новосільцеву підготувати проект Конституції Російської імперії. Останній викликав із Ліфляндії барона Розенкамфа і доручив йому це завдання. Врешті-решт, спільними зусиллями з А. Чарторийським вони завершали роботу [7], але імператор відхиливши проект, передоручив це завдання відомому російському юристу Михайлу Михайловичу Сперанському

(Трєтьякову) (1772-1839). Зусиллями останнього 1809 р. було підготовлено цілісний, неординарний проект державних перетворень під назвою «Введение к уложенню государственных законов» [8].

Слід зазначити, що досвід конституційного будівництва Франції вчений не вважав суто позитивним. Отже, ідею широкого запозичання з Конституції Франції він відхилив, наполягаючи на тому, що в Російській імперії слід розробити власний варіант, із врахуванням особливостей її культурного, економічного та історичного розвитку.

Росія, на думку М. Сперанського, в своєму історичному розвитку пройшла три ступені: «в Средние века – удельщина; в Новое время – абсолютная монархия и в современный период – промышленное состояние», яке потребує конституційного обмеження верховної влади та надання політичних та громадянських прав усім підданим (безпека особи, захист власності та забезпечення особистих політичних прав). Росія, вважав він, чекає на зміни, але не революційним шляхом, як в країнах Заходу, а виключно еволюційним, за допомогою «правильных законов», жалуваних імператором народу. Реформація держави, на його думку, відбувається десятиріччями, а не за два-три роки.

Михайло Сперанський захищав ідею зверхності закону як основу стабільності та благополуччя держави. Дотримуючись філософських поглядів Аристотеля, він стверджував, що державою повинні керувати закони, а не люди. Політичним рабством він вважав такий стан, «коли воля одного є законом для всіх», а політичну свободу визначав «як покору законам усіх». Значну увагу ним було приділено інституту виборів до органів влади в імперії.

Враховуючи, що в державі розвивалися нові соціальні елементи, в своїх проектах вчений передбачав створення в Російській імперії обмеженої (конституційної) монархії. Законність форм здійснення влади М. Сперанський пов'язував із необхідністю розподілу влади на три гілки. До основи цієї ідеї він покладав традиційний буржуазний принцип розподілу влади. Отже, згідно з проектом, законодавча влада повинна була належати двопалатній Думі на чолі з монаром. Він же вважався головою виконавчої влади. Згідно з проектом, монарх не мав права самостійно приймати чи змінювати закони, чи встановлювати нові повинності в державі без згоди Думи. Однак йому належало право законодавчої ініціативи. Сенату відводилась роль вищого судового органу, що складався з осіб пожиттєво обраних членами губернських дум та затверджених імператором [9]. В усіх трьох перших судових інстанціях запроваджувався інститут присяжних засідателів, а сам судовий процес повинен був здійснюватись публічно. При цьому, в проекті встановлювався принцип, що жодна особа в державі не могла бути покараною без суду.

Організація влади на місцях передбачала запровадження там колегіального управління згори донизу через систему виборних представницьких органів – дум: губернських, повітових і волосних. Разом із тим, він не вважав за потрібне суттєво змінювати суспільний лад у державі, хоча кріпосне право розцінювалось ним виключно як негативне явище, «несумісне з цивілізованою державністю». Ліквідація кріпосництва вважалась вченим цілком реальною справою, яку слід запроваджувати поетапно. Однак звільнення селян не передбачалось ним з обов'язковим наданням селянам землі. Як за вільними громадянами, за ними закріплювалось право купити землю в приватну власність.

Все населення імперії М. Сперанський пропанував розподілити на три умовні категорії: дворянство, люди середнього стану (купецтво, міщани, державні селяни) та народ робочий. У випадку, якщо представники третьої категорії купували нерухомість, вони мали право бути зарахованими до другої групи та отримати політичні права. Отже, привілейованими громадянами, згідно з проектом все ж таки передбачались дворяни (дієздатні чоловіки, бо жінкам не передбачалось надавати політичні права. – Є. Н.). Представникам середнього класу (власники всіх форм нерухомості) він надавав всі громадянські права, а політичні – згідно з цензовою системою (залежно від розмірів власності. – Є. Н.). Робочі ж отримували лише громадянські права.

Конституційна монархія повинна була спиратися на закон та кваліфікованих службовців. Для підготовки такого висококваліфікованого бюрократичного апарату М. Сперанський підготував 1809 р. два закони: «О придворних званиях» та «Про іспити на чин». Завдяки цьому, підставами для зайняття вакантної посади ставали високий рівень освіти та фахової підготовки, а не придворні звання. Але, на жаль, реалізацію його проектів було відкладено.

Гостра критика великої кількості російських дворян змусили царя відмовитись від запровадження конституційного проекту, але з часом його окремі частини були реалізованими при розробці Конституції Царства Польського 1815 р., а 1905 р. до проекту М. Сперанського звернувся імператор Микола ІІ.

У той же час за межами Російської імперії загарбницькі війни Наполеона призвели до організації національно-визвольного руху в захоплених ним країнах. У свою чергу це вплинуло на розвиток такого явища, як націоналізм, який став важливим чинником становлення і розвитку конституціоналізму в Європі. Тут доцільно нагадати, що ще за часів Французької революції слово «нація» стало означати сукупність громадян, колективний суверенітет і воля яких утворюють державу [10]. Але націоналісти не тільки у Франції прагнули створення сильної держави, де інтереси маленької купки аристократів не повинні були переважувати спільне благо більшості в країні. Нарешті, наприклад, германський націоналізм запропонував нові основи легітимізації влади, найбільш радикальним з яких став принцип народного суверенітету.

Таким чином, національно-патріотичний рух у контексті буржуазних реформ в Європі не міг залишитися не поміченим в Російській та Австрійській імперіях. У них обох національній політиці приділяли значну увагу ще з XVIII ст., але в XIX ст. польське і українське питання постануть там особливо гостро.

Природно, що подальший розвиток ідеї української державності у цей період традиційно пов'язують із загальною трансформацією національної самосвідомості народів Європи, яка відбувалася під впливом філософських ідей Йогана-Готфріда Гердера (1744-1803) та Іогана Готліба Фіхте (1762-1814). Звертаючи увагу на неповторність різних народів в їхньому природному середовищі існування, вони поклали початок концепції національної самобутності та виступили з ініціативою переглянути концепцію освіти в Європі.

Тим часом зумовлені військовими походами російської армії 1813-1814 рр. антикріпосницькі та антиабсолютиські настрої загострювались і в Україні, де мрії про відродження своєї автономності значно посилювались. Опозиційний рух почав виявлятися в діяльності таємних організацій, що виникли в Києві, Одесі, Полтаві, Кам'янці-Подільському між 1817-1819 рр. Більшість із них були масонськими і організовувались на кшталт схожих організацій Західної Європи. Співзвучним було і їхнє центральне гасло – розбудова розумного суспільства, де кожний його член робить свій внесок для створення спільного блага.

Загальний поміркований демократизм ідеалів масонства обумовлювався в Україні потребами визвольної боротьби проти національно-культурних утисків. Боротьбу з абсолютизмом, феодальними утисками та національним гнобленням передбачалось організувати спільно з іншими слов'янськими народами Російської та Австрійської імперій. З цією метою, 1817 р. в Одесі почала діяти масонська ложа «Понт Євксинський», а 1818 р. у Києві була організована ложа «З'єднання слов'ян», в Полтаві – «Любов до істини» [11]. Члени масонських лож на українських теренах переважно зосереджувались на турботах про піднесення загальної політичної свідомості українського дворянства. Однак 1819 р. Олександром І запроваджується активна кампанія з боротьби проти масонських організацій на території Російської імперії, що призвело до реорганізації більшості з них.

1821 року Василь Лукашевич заснував таємну громадсько-політичну організацію «Малоросійське товариство». Її члени активно займались просвітницькою діяльністю та боролись проти кріпацтва. В XIX ст. вони одними з перших здійснили спробу історично обгрунтувати право українського народу на власну державу. Тому за прикладом ідеологів німецького та польського націоналізму вони прагнули здобути конституційне визнання права українського народу на самовизначення. У той же час більш рішуче діяли таємні дворянські організації, що складались переважно з кадрових офіцерів. Згідно з їхніми поглядами армії в процесі державного реформування відводилась важлива роль.

Підбиваючи підсумки до наведеного слід зазначити, що конституційно-правова думка в Російській імперії на початку XIX ст. еволюціонувала не тільки на ґрунті іноземних доктрин. Відхиливши проект «Жалуваної грамоти російському народу», Олександр І продовжив пошук оптимального шляху державних реформувань, про що свідчить активна робота видатних діячів імперії того часу.

Конституційних проектів, в яких передбачалось обмежити самодержавну владу імператора шляхом запровадження представницького органу влади – Сенату та розподілу влади, було багато. З цими пропозиціями виступили: Г. Р. Державін, А. А. Безбородько, А. Р. Воронцов, І. А. Зубов, М. М. Карамзін, В. В. Попугаєв, В. Ф. Маорієвський, В. Ф. Малиновський, М. М. Сперанський та ін. Однак у жодному з цих проектів поки що не було ідеї територіальної перебудови держави та надання її окремим частинам особливого правового статусу. Однак гостра критика більшості проектів конституційної реформи в імперії з боку російських дворян змусили царя відмовитись від її реалізації. До того ж, і сам імператор вагався з рішенням стосовно доцільності обмеження монаршої влади в умовах активізації піднесення національних рухів у державі. Але в той же час підготовлені проекти стали важливим джерелом для розвитку ідеї створення конституційної держави на теоретичному рівні як в Росії, так і в інших державах. Так, наприклад, ще в умовах відсутності незалежної Української держави українська інтелігенція пропускала ці ідеї крізь призму власного світосприйняття, доповнюючи і додаючи до них персональні погляди. З часом цей досвід знадобився українцям у боротьбі за здобуття конституційного визнання права на самовизначення. А окремі положення з конституційного проекту М. Сперанського були реалізованими при розробці Конституції Царства Польського 1815 р.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Стецюк П.* Основи теорії Конституції та Конституціоналізму./ П. Б. Стецюк. – Львів, 2003. – Ч. 1.
2. *Полный* Свод законов Российской империи. – СПб., 1830. – Т. 26. – 1800-1801. – № 19839.
3. *Проект* Всемилостивейшей грамоты, российскому народу жалуемой // Семенников В. П., Радищев А. Н. Очерки и исследования. – М.-Петроград, 1923.
4. *Минаева Н. В.* Правительственный конституционализм и общественное мнение в России в начале XIX в./ Н. В. Минаева. – Саратов, 1982. – С. 104.
5. *Школьник М. И.* Конституционно-правовые проекты России первой четверти XIX века: дисс. … на соиск. ученой степени канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 53.
6. *История* политических и правовых учений. / Под общей ред. В. С. Нерсесянца. – М. : «ИНФРА-М – НОРМА», 1997. – С. 431.
7. *Чулков Г. И.* Императоры: психологические портреты / Г. И. Чулков. – М., 1991. – С. 83.
8. *Сперанский М. М.* План государственного преобразования / М. М. Сперанский. – М., 1905.
9. *Сперанский М. М.* Проекты и записки / М. М. Сперанский. – М.; Л., 1961. – С. 166.
10. *Любашиц В. Я.* Возникновение национального государства как государства современного типа: проблемы теории / В.Я. Любашиц // Правовая политика и правовая жизнь. – 2005. – № 1. – С. 6.
11. *Сарбей В. Г.* Національне відродження України / В. Г. Сарбей. – К. : Альтернатива, 1999. – С.75-76.

## ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ТА ДЕРЖАВНОГО БУДІВНИЦТВА

УДК 342:34.037

# КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ САНКЦІЇ: ПОНЯТТЯ І КЛАСИФІКАЦІЯ

**Ярмиш О. М.,**
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
керівник Науково-організаційного
відділу Апарату Президії НАПрН УКраїни

**Червяцова А. О.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного, муніципального
і міжнародного права юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено проблемі визначення поняття та класифікації конституційно-правових санкцій, які є невід'ємним елементом конституційно-правової відповідальності. Виходячи із загальнотеоретичних положень про правову санкцію під конституційно-правовою санкцією пропонується розуміти передбачені нормами конституційного права засоби правового примусу, застосування яких тягне несприятливі наслідки; негативну реакцію на факт правопорушення з боку закону, суспільства, держави. В основу класифікації конституційно-правових санкцій, їх поділу на правопоновлюючі санкції, санкції припинення та штрафні (каральні) санкції пропонується покласти спосіб, за допомогою якого конституційно-правові санкції охороняють правопорядок, забезпечують дотримання суб'єктами конституційно-правових відносин юридичних обов'язків.

***Ключові слова:*** конституційне право; юридична відповідальність; конституційно-правова відповідальність; правова санкція; конституційно-правова санкція; засоби юридичної відповідальності, засоби правового захисту; правопоновлюючі санкції; санкції припинення; штрафні (каральні) санкції.

***Аннотация:*** Статья посвящена проблеме определения понятия и классификации конституционно-правовых санкций, которые являются неотъемлемым элементом конституционно-правовой ответственности. Исходя из общетеоретических положений о правовой санкции под конституционно-правовой санкцией предлагается понимать предусмотренные нормами конституционного права меры правового принуждения, применение которых влечет неблагоприятные последствия; негативную реакцию на факт правонарушения со стороны закона, общества, государства. В основу классификации конституционно-правовых санкций, их деления на правовосстанавливающие санкции, санкции пресечения и штрафные (карательные) санкции предлагается положить способ, с помощью которого конституционно-правовые санкции охраняют правопорядок, обеспечивают выполнение субъектами конституционно-правовых отношений юридических обязанностей.

***Ключевые слова:*** конституционное право; юридическая ответственность; конституционно-правовая ответственность, правовая санкция; конституционно-правовая санкция; меры юридической ответственности, меры защиты; правовосстанавливающие санкции; санкции пресечения; штрафные (карательные) санкции.

***Annotation:*** The article deals with the definition and classification of constitutional and legal sanctions, which are essential to the constitutional and legal responsibility. Based on the general theoretical positions on the legal sanctions under the constitutional and legal sanction is to be understood stipulated norms of constitutional law to law enforcement, the use of which leads to adverse consequences, a negative reaction to the fact of violation of the law, society and state. The classification of constitutional and legal sanctions, their division into pravovosstanavlivayuschie sanctions, sanctions and punitive punishment (punitive) sanctions is proposed that the way in which the constitutional and legal sanctions protect the rule of law, ensure compliance with the constitutional and legal entities against legal responsibilities.

***Key words:*** constitutional law, legal liability, constitutional and legal responsibility, legal sanction, constitutional and legal sanction; measure of legal liability protection; pravovosstanavlivayuschie sanctions, sanctions restraint; exemplary (punitive) sanctions.

---

Конституція України проголошує відповідальність держави й органів публічної влади перед суспільством та особистістю: «Держава відповідає перед людиною за свою діяльність» (частина 2 статті 3 Конституції України). Механізмом, який забезпечує реалізацію зазначеного принципу, є конституційно-правова відповідальність.

В умовах побудови демократичної соціальної правової держави актуальною стає вимога теоретико-правового обгрунтування конституційно-правової відповідальності як, насамперед, відповідальності вищих державних органів та посадових осіб, тобто тих структур, які повноважні приймати найважливіші політичні рішення. Громадянське суспільство не може існувати там, де відсутня відповідальність носіїв державно-владних повноважень: якщо сила закону охороняється відповідальністю громадян, то ще більшою мірою вона вимагає відповідальності вищих посадових осіб держави. Звідси – виключне політико-правове значення конституційно-правової відповідальності як інституту, що гарантує справедливість, свободу та верховенство права у сфері політичних відносин, а також науково-практичне значення досліджень, присвячених її проблемам.

Дослідженню конституційно-правової відповідальності присвячено низку робіт учених класичного (дореволюційного) періоду – О. О. Алексєєва, О. С. Алексєєва, В. М. Гессена,

*© Ярмиш О.М., Червяцова А.О., 2012*

М. Б. Горенберга, О. Д. Градовського, М. М. Ковалевського, О. О. Котляревського, М. П. Ретвиха, Буддеуса (Buddeus), Ф. Гауке (Fr. Hauke), Г. Єллінека (Jellinek G.), Б. Констана (Constan B.), Р. Моля (Mohl), Самуелі (Samuely), Л. Штейна (Shteyn), О. Есмена (Esmen) та інших, радянських вчених – С. А. Авакьяна, Н. О. Боброової, Ю. П. Єременка, Ф. М. Рудинського та інших, конституціоналістів сучасності – М. В. Баглая, Т. Д. Зражевської, Н. М. Колосової, М. О. Краснова, В. О. Лучина, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики, О. Ф. Фрицького, В. М. Шаповала та інших. Попри те, що конституційно-правова відповідальність як ключовий інститут публічного права знаходиться в центрі уваги дослідників, окремі її питання потребують подальшого вивчення з метою створення єдиної стрункої теорії конституційно-правової відповідальності. Серед таких питань – конституційно-правові санкції як необхідний елемент конституційно-правової відповідальності.

У загальному вигляді конституційно-правові санкції можна визначити як передбачені нормами конституційного права засоби правового примусу, застосування яких тягне несприятливі наслідки; негативна реакція на факт правопорушення з боку закону, суспільства, держави.

Дослідження конституційно-правових санкцій ускладнюється тим, що в загальній теорії права відсутній єдиний підхід до визначення сутності й змісту цього поняття. Звернемося до аналізу загальнотеоретичних положень, що характеризують правову санкцію як таку.

На думку Б. Т. Базилєва, санкція є засобом юридичної відповідальності, який має спільні риси, але не збігається з іншими правоохоронними засобами, зокрема, засобами правого захисту; ототожнення санкцій (засобів юридичної відповідальності) і засобів правового захисту призводить до необґрунтованого розширення меж інституту юридичної відповідальності [1, с. 32-38].

С. С. Алексєєв вважає, що поняття "юридична санкція" охоплює як засоби юридичної відповідальності, так і засоби правового захисту; засоби юридичної відповідальності – це по суті штрафні санкції, в той час як засоби правового захисту належать до категорії правопоновлюючих санкцій [2, с. 270-273].

Поділ санкцій, на який посилається С. С. Алексєєв, на правопоновлюючі та штрафні в теорії права був запропонований О. Є. Лейстом. Останній стверджує, що обидві групи санкцій є санкціями юридичної відповідальності – правопоновлюючої та штрафної, відповідно, та піддає критиці виділення засобів правового захисту, оскільки такий підхід, на його думку, призводить до необґрунтованого звуження поняття юридичної відповідальності [3, с. 602-612].

Отже, маємо три точки зору: перша – санкцією є лише засіб юридичної відповідальності, який не слід змішувати із засобами правового захисту (Б. Т. Базилєв); друга – санкцією слід визнати і засобом юридичної відповідальності (штрафні, каральні санкції), і засобом правового захисту (правопоновлюючі санкції) (С. С. Алексєєв); третя – правопоновлюючі і штрафні санкції є засобами юридичної відповідальності, правопоновлюючої та штрафної відповідно (О. Є. Лейст).

Спільність першої та другої точок зору – у виділенні засобів правового захисту, які не збігаються із засобами юридичної відповідальності; відмінність між ними полягає в тому, що, згідно з першою точкою зору, санкція – це лише засіб юридичної відповідальності, а з другою, – поняття «санкція» охоплює як засоби юридичної відповідальності, так і засоби правового захисту. Особливість третьої точки зору – заперечення існування засобів правового захисту; її спільність із першою – в твердженні, що санкції є засобами юридичної відповідальності, а з другою – у поділі санкцій на штрафні (каральні) та правопоновлюючі. Таким чином, при визначенні сутності та змісту санкції спірними є такі два питання: по-перше, питання щодо справедливості виділення поряд із засобами юридичної відповідальності засобів правового захисту; по-друге – щодо визнання засобів правового захисту санкціями.

Цей загальнотеоретичний спір має значення й в контексті конституційного права, оскільки його вирішення дозволить визначитися із тим, чим є конституційно-правові санкції, які міри конституційно-правового впливу слід вважати засобами конституційно-правової відповідальності, а які – засобами конституційно-правового захисту. Цю проблему, як на наш погляд, можна вирішити наступним чином: по-перше, оскільки в нашому розумінні, негативна санкція – це встановлені правовою нормою несприятливі наслідки порушення правових приписів, то санкцією є як засоби юридичної відповідальності, так і засоби правового захисту; по-друге, не слід заперечувати існування засобів правового захисту, стверджуючи, що всі правопоновлюючі санкції є засобами відповідальності, так само як не слід визнавати всі правопоновлюючі санкції засобами правового захисту (правопоновлюючі санкції можуть бути як засобами юридичної відповідальності, так і засобами правового захисту).

Перш за все, з'ясуємо, в чому полягає сутність засобів правового захисту, що спільного між цими засобами та засобами юридичної відповідальності, а головне – які особливості дозволяють відокремити міри правового захисту від засобів юридичної відповідальності.

На думку Б. Т. Базилєва, засоби правового захисту – це не що інше, як спеціальні юридичні гарантії, різноманітні засоби, що забезпечують здійснення суб'єктивних прав, виконання юридичних обов'язків, тобто нормальний процес виникнення, розвитку і реалізації правових відносин регулятивного типу. Засоби правового захисту, як і засоби юридичної відповідальності, характеризуються такими рисами: 1) передбачені охоронним нормами права; 2) реалізуються у формі правоохоронних відносин; 3) є несприятливими для тих, до кого застосовуються; 4) спираються на державний примус [1, с. 36].

Поряд із рисами, спільними для засобів юридичної відповідальності і засобів правового захисту, останні мають ряд особливостей, які лежать в основі їхнього виділення в окрему категорію.

Зокрема, С. С. Алексєєв, порівнюючи засоби юридичної відповідальності та засоби правового захисту, пише, що між ними існує помітна якісна різниця: 1) підставою застосування засобів юридичної відповідальності є правопорушення; засобів правового захисту – об'єктивно протиправне діяння (вина не належить до фактичної підстави засобів правового захисту, ця підстава обмежуються самим фактом порушення прав або інтересів уповноваженого); 2) функція засобів юридичної відповідальності – покладення покарання на правопорушника; функція засобів правового захисту – поновлення порушеного права, захист права, забезпечення належного виконання юридичного обов'язку; 3) при застосуванні засобів юридичної відповідальності несприятливі для правопорушника наслідки є «відповіддю» на правопорушення; якщо такі наслідки настають при застосуванні засобів правового захисту, то це відбувається "додатково", оскільки в останньому випадку головним є захист права, що належить суб'єкту, забезпечення його законних інтересів [2, с. 270-273].

У конституційному праві засоби правового захисту не є поширеними, однак існування таких засобів конституційного впливу, як, зокрема, введення режиму надзвичайного стану, визнання результатів виборів недійсними свідчить про справедливість виділення засобів правового захисту в окрему групу.

Подальший розгляд конституційно-правових санкцій неможливий без визначення поняття негативної конституційно-правової санкції – засобу конституційно-правової відповідальності, виділення рис, якими вона характеризується.

Звернемося до існуючих в літературі визначень засобів ретроспективної конституційно-правової відповідальності.

Так, на думку Т. Д. Зражевської, «державно-правова (конституційно-правова – *Авт.*) санкція – це визначена нормами державного права можливість здійснювати вплив на суб'єктів державного права у випадку невиконання або неналежного виконання ними своїх обов'язків» [4, с. 85].

В. О. Лучин визначає конституційно-правову санкцію як «встановлену Основним Законом міру державного примусу (правові позбавлення, обтяження, правова утрата), що застосовується у випадку конституційного правопорушення (делікту) і містить його підсумкову правову оцінку» [5, с.359].

Н. М. Колосова дає таке визначення Конституційно-правовій санкції: «можливість настання несприятливих наслідків через законодавчий примус щодо суб'єкта права у випадку невиконання ним конституційних обов'язків або у випадку зловживання своїми правами» [6, с.110].

Аналіз наведених суджень, а також загальнотеоретичних визначень засобів юридичної відповідальності дозволяє виділити риси, що характеризують конституційно-правові санкції – засоби конституційно-правової відповідальності.

До таких рис належать: 1) засоби конституційно-правової відповідальності, передбачені конституційно-правовими нормами (визначення конституційно-правової санкції, запропоноване В. О. Лучиним, як засобу, що встановлюються Основним Законом, є неточним, оскільки конституційно-правові санкції передбачені не лише Конституцією України, але й іншими конституційно-правовим актами); 2) засоби конституційно-правової відповідальності спираються на примус (Н. М. Колосова має рацію, коли, характеризуючи конституційно-правові санкції, говорить про примус не з боку держави, а з боку закону) [6, с. 111]; 3) засоби конституційно-правової відповідальності передбачають певні несприятливі наслідки для правопорушника (організаційні, моральні, рідше – матеріальні та фізичні); 4) фактичною підставою застосування засобів конституційно-правової відповідальності є конституційний делікт (невиконання чи неналежне виконання обов'язку, зловживання правом тощо); 5) засоби конституційно-правової відповідальності виражають негативну оцінку протиправної поведінки, конституційного делікту.

Отже, конституційно-правова санкція (засіб юридичної відповідальності) – передбачені нормами конституційного права вид і міра правового примусу, що застосовуються до суб'єкта конституційного правопорушення (конституційного делікта), тягнуть для нього певні несприятливі наслідки, виражають негативну оцінку протиправної поведінки з боку закону, суспільства та держави.

Норми конституційного права встановлюють широке коло негативних конституційно-правових санкцій, для кращого розуміння сутності та змісту яких необхідно провести класифікацію. Істотною ознакою, яку слід покласти в основу класифікації правових санкцій, є спосіб, за допомогою якого заходи, передбачені санкціями, слугують охороні правопорядку, забезпечують дотримання юридичних обов'язків. За цією ознакою санкції можна поділити на два основні види – правопоновлюючі санкції та штрафні (каральні) санкції. У теорії права таку класифікацію було запропоновано О. Є. Лейстом [3, с. 102-192].

До правопоновлюючих санкцій належать такі, здійснення яких безпосередньо спрямоване на поновлення порушених прав та відносин, примусову реалізацію невиконаного обов'язку. Штрафними (карльним) є санкції, які охороняють правопорядок виключно шляхом загальної та спеціальної превенції; реалізація штрафних санкцій має на меті покарання правопорушників [3, с. 106]. Визначивши два основні види правових санкцій, О. Є. Лейст указує на існування санкцій, які мають риси як правопоновлюючих, так і штрафних (каральних).

Ця класифікація – поділ санкцій за способом захисту правопорядку, цілями та наслідками їхнього застосування – може бути використана в конституційному праві щодо конституційно-правових санкцій. Але в провідній галузі права досить поширені санкції, що поєднують ознаки цих двох видів, тому поділ конституційно-правових санкцій лише на дві групи є недостатнім і потребує уточнення. На наш погляд, поділ санкцій на правопоновлюючі та штрафні (каральні) санкції має бути доповнений ще одним видом – санкціями припинення.

Зазначимо, що така класифікація є умовною, оскільки кожна з санкцій певною мірою спрямована і на припинення протиправної поведінки, і на покарання правопорушника, і на поновлення порушеного права, виконує функцію загальної та спеціальної превенції. Проте, серед ряду завдань існує головне, яке й визначає місце конкретної санкції в системі конституційно-правових санкцій, дозволяє віднести цю санкцію до одного з названих видів.

*Правопоновлюючі конституційно-правові санкції* – група конституційно-правових санкцій, реалізація яких безпосередньо спрямована на поновлення порушеного права, має на меті компенсацію шкоди, завданої порушенням конституційно-правових приписів. До правопоновлюючих конституційно-правових санкцій слід віднести скасування незаконних актів органів публічної влади, визнання виборів або результатів референдуму недійсними, відшкодування державою спричиненої шкоди.

*Санкції припинення* – передбачені нормами конституційного права заходи правового впливу, що мають на меті припинити протиправну поведінку, забезпечити належну реалізацію суб'єктом конституційно-правових відносин покладених на нього обов'язків.

До санкцій припинення, як на нашу думку, слід віднести: попередження про недопущення протиправної діяльності, тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян, введення режиму надзвичайного стану.

*Штрафні (каральні) конституційно-правові санкції* – заходи конституційно-правової відповідальності, що мають на меті покарання правопорушників. Останнє досягається, по-перше, шляхом засудження протиправної поведінки; по-друге, шляхом позбавлення або обмеження певних прав, благ чи можливостей, а також шляхом покладення на винного спеціальних штрафних обов'язків. Штрафні, каральні санкції здійснюють функцію загальної та спеціальної превенції.

До штрафних (каральних) санкцій відносять, зокрема, засоби конституційно-правової відповідальності: незадовільну оцінку діяльності органів публічної влади (посадових осіб), дострокове припинення державно-владних повноважень (вотум недовіри та відставка уряду, розпуск парламенту, усунення з посади в порядку імпічменту, припинення депутатських повноважень), обмеження або позбавлення спеціального статусу (позбавлення державних нагород, почесних та інших звань, втрата громадянства, позбавлення статусу біженця, примусовий розпуск (ліквідація) об'єднання громадян тощо), покладення спеціальних обов'язків (штраф об'єднання громадян).

Таким чином, конституційно-правові санкції можуть бути як мірами юридичної (конституційно-правової) відповідальності, так і мірами правового захисту. За способом охорони правопорядку й забезпечення суб'єктами дотримання конституційно-правових приписів конституційно-правові санкції поділяються на правопоновлюючі санкції, санкції припинення та штрафні (каральні) санкції.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Базылев Б.Т.* Сущность санкций в советском праве / Б.Т. Базылев // Правоведение. – 1976. – № 5. – С. 138-141.
2. *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2 т. / С.С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. 1. – 361с.
3. *Лейст О. Э.* Санкции в советском праве / О.Э. Лейст. – М.: Госюриздат, 1962. – 238 с.
4. *Зражевская Т.Д.* Проблемы правовой ответственности государства, его органов и служащих. «Круглый стол» журнала «Государство и право» / Т.Д. Зражевская // Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 27-29.
5. *Лучин В.О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации / В.О. Лучин. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – 687с.
6. *Колосова Н.М.* Конституционная ответственность в Российской Федерации: ответственность органов государственной власти и иных субъектов права за нарушение конституционного законодательства Российской Федерации / Н.М. Колосова. – М.: Городец, 2000. – 192с.

УДК 342.25

# МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: СИМБІОЗ ЛОКАЛЬНОГО, РЕГІОНАЛЬНОГО, НАЦІОНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ФАКТОРІВ У КОНТЕКСТІ ПОШУКУ НАЦІОНАЛЬНОЇ МОДЕЛІ

**Баймуратов М. О.,**
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри конституційного,
адміністративного та міжнародного права
Маріупольського державного університету,
Академік Української академії наук,
Заслужений діяч науки і техніки України

***Анотація:*** Розглянуто критеріальні характеристики місцевого самоврядування як нового та важливого феномену сучасної української державності. Виявлено аксіологічні підходи до формування національної моделі місцевого самоврядування в Україні та чинники, які обмежують і стримують цей процес. Зроблено висновок, що проаналізовані критерії місцевого самоврядування повинні бути враховані в процесі створення його національної моделі.
***Ключові слова:*** місцеве самоврядування, критеріальні ознаки місцевого самоврядування, публічна муніципальна влада, національна модель місцевого самоврядування.

***Аннотация:*** Рассмотрены критериальные характеристики местного самоуправления в качестве нового и важного феномена современной украинской государственности. Выявлены аксиологические подходы к формированию национальной модели местного самоуправления в Украине и факторы, ограничивающие и сдерживающие этот процесс. Сделан вывод о том, что проанализированные критерии местного самоуправления должны быть учтены в процессе создания его национальной модели.
***Ключевые слова:*** местное самоуправление, критериальные признаки местного самоуправления, публичная муниципальная власть, национальная модель местного самоуправления.

***Annotation:*** Criterial features of local government as a new and important phenomenon of the modern Ukrainian state. Identified axiological approaches to the formation of a national model of local self-government in Ukraine and the factors limiting and constraining the process. It is concluded that the analyzed criteria, local authorities shall be taken into account in the process of establishing its national model.
***Key words:*** local government, criterial attributes of local government, public municipal authorities, the model of local self-government.

---

Виступаючи на Міжнародних муніципальних слуханнях «Розвиток належного врядування на місцевому та регіональному рівнях» (м. Київ, 1.11.2011р.), присвячених головуванню України у Комітеті Міністрів Ради Європи (травень – листопад 2011 р.), Президент України В. Ф. Янукович, акцентувавши увагу на об'єктивній необхідності проведення муніципальної реформи в державі, зазначив, що тут «мова йде про якісно нову філософію врядування, і нове бачення шляхів вирішення проблем» [1].

Глава держави також зазначив, що головним завданням сьогодення є визначення загальної послідовності кроків, що дозволять здійснити реформу максимально ефективно і водночас з найменшими ризиками для держави і суспільства. Він також назвав ці ризики і загрози, що є «зрозумілими, мабуть, кожному, хто мав справу зі сферою регіонального та місцевого управління:

- територіальні громади були практично усунуті від розробки місцевих бюджетів та програм територіального розвитку. Місцеві державні адміністрації, відповідальні за ці напрями, реалізовували їх у залежності від ситуації в центрі;

- різні політичні орієнтації голів місцевих державних адміністрацій, які призначались із Центру, та голів місцевих рад і мерів, які обирались на місцевих виборах, часто призводили до конфліктів, які на тривалий час блокували вирішення нагальних проблем розвитку громад;

- недосконала система делегування повноважень органами державної влади та місцевого самоврядування призводила до дублювання функцій, зростання бюрократичної тяганини та неспроможності реалізувати місцеві програми розвитку;

- останніми роками в діяльності місцевої влади загострилась проблема корупції при визначенні об'єктів фінансування та здійсненні державних закупівель. А також зловживання місцевими ресурсами, в першу чергу земельними, на розподілі яких стали заробляти нечисті на руку чиновники;

- в умовах фізичного зносу та моральної деградації житлово-комунальної інфраструктури виникли надмірні і неприпустимі розбіжності у визначенні собівартості й утворенні тарифів у сфері житлово-комунального господарства» [2].

На наш погляд, указані ризики та загрози вельми переконливо демонструють те, що Україна все ще перебуває у пошуку національної моделі місцевого самоврядування. Тому ця наукова доповідь присвячена виявленню аксіологічних підходів до формування національної моделі місцевого самоврядування в Україні.

Місцеве самоврядування у сучасному світі виступає як складний і багатоплановий соціальний феномен і правовий інститут, який був закріплений в конституціях переважної більшості держав-членів міжнародної спільноти. Проте, незважаючи на конституційну легалізацію місцевого самоврядування Україні, де воно виступає як якісно новий феномен сучасної української державності, має місце методологічно невизначений, практично

*© Баймуратов М.О., 2012*

амбівалентний підхід до нього з боку держави, який знаходить свій прояв в наявності постійної конфліктогенності у дихотомії «централізація – децентралізація», причому з наголосом в цьому відношенні на централізацію, по відношенню до компетенційних повноважень як суб'єктів, так й органів місцевого самоврядування.

Зазначені процеси, що виявляються, зокрема, у спробах деяких суб'єктів законодавчої ініціативи держави, зокрема інститутів Парламенту, Президента і Уряду, до централізації зазначених вище повноважень, шляхом внесення змін і доповнень до чинного національного законодавства про місцеве самоврядування, об'єктивно стимулюють процеси нівелювання місцевої демократії і призводять до побудови «декоративного», «слухняного» та «позитивно передбаченого» для держави інституту локальної демократії, а у підсумку – до його дискредитації, згортання та ліквідації. Фактично вказані чинники не дають змогу сформуватися національній моделі місцевого самоврядування.

Разом із тим, обґрунтовано уявляється, що такі спроби приречені на провал, бо саме місцеве самоврядування, будучи загальною історичною спадщиною людства, універсальним засобом його виживання та існування, в процесі свого розвитку і досвіду у взаєминах із центральною владою придбало настільки важливе значення для громадянського суспільства, що центральна влада, рано чи пізно, але відступає перед його рішучістю функціонувати на території держави в повному і належному обсязі. Зазначені тенденції особливо гостро виявляються та є вельми важливими саме в умовах формування та функціонування демократичної соціальної правової державності, коли «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» (ст. 3 Конституції України) [3].

Розглянемо критеріальні характеристики місцевого самоврядування як нового та важливого феномену сучасної української державності, а також аксіологічних чинників формування національної моделі місцевого самоврядування в Україні.

Насамперед, слід звернути увагу на ***історичний критерій*** (коріння) у розвитку місцевого самоврядування. Природа цього явища, що виникло задовго до державності ще в первісному соціумі в рамках первісної общини, напряму пов'язана з екзистенційними (життєвими) домінантами необхідності колективного існування і функціонування людей перед зовнішніми погрозами. Потім місцеве самоврядування формується в грецьких містах-полісах, де з'являються перші структуровані елементи та інститути публічної влади (міський парламент, чиновники, глава міста-держави, армія, громадяни тощо), які стають прообразом державних інституцій і, фактично, передвісником державності. Діяльність римських муніципій підсилює колективістські публічні засади і вже в епоху феодалізму з'являється магдебурзьке право як класичний прообраз парадигми сучасної локальної демократії. Великий досвід самоврядування Запорізької Січі, а також земських та інших самоврядних установ, у період перебування України у складі Російської та інших імперій та держав, закріпив місцеве самоврядування на рівні суспільної самосвідомості і ментальності народу України. Слід зазначити, що на українських землях пройшли своє функціонування, розвиток та занепад всі вказані історичні інституції, що збагатило не тільки історичну ретроспективу, але й обумовило та надало міцний поштовх до розвитку місцевого самоврядування в умовах суверенної державності.

Саме в її умовах виявляється інша критеріальна ознака місцевого самоврядування – ***управлінська*** – воно стає однією з гілок публічної влади. Згідно з ч. 2 ст. 5 Конституції України, «народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування». Це конституційне правоположення фактично змінило всю парадигму власних відносин у державі. Єдина публічна влада, що раніше здійснювалась тільки від імені держави, розділилась на відносно самостійні рівні – публічну державну владу та публічну самоврядну (муніципальну) владу [4]. Остання не тільки уособлюється з функціонуванням органів місцевого самоврядування, що в рамках компетенції, передбаченої чинним законодавством, є самостійними у її реалізації, але й з тим, що публічна влада в таких умовах стає «гуманізованою», «гомоцентричною», орієнтованою на людину і громаду, а також диверсифікованою, чітко розділеною між відповідальними виконавцями, коли місцеве самоврядування визнається рівноправним партнером держави, а приватні інтереси узгоджуються з державними, а не безперечно підпорядковуються їм [5].

Третьою критеріальною ознакою місцевого самоврядування – ***суб'єктною*** – є поява в умовах демократичної державності якісно нового суб'єкта конституційно-правових відносин – територіальної громади, що виступає первинним суб'єктом місцевого самоврядування (ст. 140 Конституції України), а також основним носієм його функцій та повноважень (ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. [6]). Відповідно до ст. 140 Конституції України, місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Поява дефінітивного визначення територіальної громади в Конституції України є яскравим свідоцтвом не тільки існування рівнів публічної влади, а й появи нового колективного суб'єкта, який наділений відповідними владними та контрольними повноваженнями відносно формування та функціонування органів місцевого самоврядування та їх виконавчих органів (місцеві вибори, місцеві референдуми, загальні збори громадян, місцеві ініціативи, громадські слухання тощо). Більш того, законодавець вперше закріплює положення, яке обумовлює функції та компетенційні повноваження органу публічної, хоча й самоврядної (муніципальної) влади з існуванням та функціонуванням колективного суб'єкта – сукупності жителів відповідної території держави.

Законодавцем дуже вдало сформульоване визначення територіальної громади, бо в ньому не міститься вказівка на правовий стан людини, яка

входить до складу такої соціальної спільноти. Тобто, членами територіальної громади можуть бути не тільки громадяни України, але й іноземні громадяни, особи без громадянства, особи з подвійним та полігромадянством, біженці, трудящі-мігранти та члени їх сімей тощо. Цей склад громади набуває особливого значення в умовах глобалізації та європейської міждержавної інтеграції, коли державні кордони вже не є обмежувачами для пересування людини та для вибору нею місця проживання.

Попередній критерій місцевого самоврядування напряму та онтологічно і гносеологічно є пов'язаним із наступним критерієм – ***об'єктним***. Основним об'єктом місцевого самоврядування виступають питання місцевого значення, що вирішуються територіальною громадою та органами місцевого самоврядування, які вона безпосередньо та опосередковано формує, в межах Конституції і законів України. Необхідно зазначити, що законодавцем до цих пір не дана дефінітивна характеристика питань місцевого значення, але, виходячи з їх важливості як динамічної складової існування територіальної громади, а тому й самого інституту місцевого самоврядування, можна дійти висновку, що до кола зазначених питань відносять такі, від вирішення яких напряму залежить стабільне існування та функціонування територіальної громади [7], тобто зазначені питання виступають як праксеологічні та телеологічні основи місцевого самоврядування.

В умовах проведення дієвої та ефективної адміністративної реформи, коли повинна відбутися модифікація самої філософії реалізації публічної влади, значення питань місцевого значення неухильно зростає. Такі питання фактично конституюються у систему державних та муніципальних послуг, що органи виконавчої влади та місцевого самоврядування будуть надавати громадянам та іншим жителям відповідних територій [8].

Зростання ролі місцевого самоврядування в процесі реформування державної виконавчої влади та локальної демократії обумовлює виникнення ще одної критеріальної ознаки МСВ – ***аксіологічної,*** яку можна визначити як процес муніципалізації всіх сфер суспільного життя. На слушну думку академіка В.Я. Тація, Україні конче потрібна «муніципалізація» політико-правового життя, яка вже давно охопила цивілізовані країни. Це передбачає зміцнення влади на локальному й регіональному рівнях, формування регіональної політичної еліти, голос якої має розголос і сприйняття у столиці, серед вищих органів влади і враховується при формуванні державної політики, відображається в чинному законодавстві [9]. На наш погляд, поняття муніципалізації в рамках демократичної правової державності повинно мати досить широке тлумачення. Їм мають бути охоплені всі процеси гуманізації та гуманітаризації суспільного та державного життя, бо фактично всі життєві устремління людей, практично всі їх багатогранні інтереси здійснюються на локальному рівні в межах територіальної громади, членами якої вони є, тобто в межах місцевого самоврядування. Звідсіля вся діяльність державних органів та органів місцевого самоврядування у сфері реалізації, гарантування, захисту прав людини, повинна фактично бути спрямованою на локальний муніципальний рівень, де функціонує людина-член територіальної громади [10].

Сучасний інститут місцевого самоврядування може бути ефективно сполучений з феноменом «сучасний національного конституціоналізму» – і ще є наступною – ***конституційно-домінантною ознакою*** сучасного місцевого самоврядування. Таке сполучення є можливим з погляду особливої ролі і місця сучасного національного конституціоналізму в системі соціальних явищ. Більш того, слід зазначити, що він органічно корелює з концепцією і телеологічними домінантами локальної демократії. Категорія «сучасний конституціоналізм» має відносну самостійність і визначається як «специфічне політико-правове явище, яке включає в якості структурних складових елементів ідейну доктрину, чинне законодавство і юридичну практику» [11], що властиві одній державі, тому практично всі критеріальні ознаки місцевого самоврядування, включаючи його історичну, аксіологічну, праксеологічну, суб'єктно-об'єктну складові, відповідають зазначеному вище політико-правовому та історико-правовому дискурсу. Бо ці ж ознаки в своєму структурованому аспекті, але тільки інтерпретовані на локальний рівень функціонування соціуму, з урахуванням територіальної дії і загального значення останнього для становлення і функціонування держави, дає нам й місцеве самоврядування. Воно виступає важливою складовою частиною конституційної доктрини, чинного конституційного законодавства і юридичної практики конкретної держави і у результаті, в свою чергу, виступає феноменом сучасного національного конституціоналізму.

Разом із тим, необхідно відзначити відповідну автономність місцевого самоврядування в рамках сучасного національного конституціоналізму, тобто і в рамках загальної конституційної доктрини, чинного конституційного законодавства і юридичної практики. Це обумовлено наявністю в місцевого самоврядування свого специфічного суб'єктно-об'єктного складу і достатньо широкого круга специфічних соціально-правових відносин. Проте ця специфіка не є антагоністичною загальному елементному складу і змістовному навантаженню конституціоналізму, а органічно його доповнює і розвиває. Підтвердженням чому є позиція І.М. Степанова, який, визначаючи великий потенціал конституціоналізму, пропонував розуміти під ним систему уявлень про загальнодемократичні, загальноцивілізаційні політико-правові цінності державно-організованого суспільства [12].

Розглядаючи конституціоналізм із позицій його структурованості (блоковості) в онтологічному розумінні, В.Т. Кабишев і Т.М. Пряхина, пропонують розуміти під ним верховенство і визначальну роль конституції в правовій системі, пряму дію конституції в конституційній регламентації державного ладу і політичного режиму, конституційне визнання прав і свобод людини, правовий характер взаємин громадянина і держави [13]. Таким чином, обидві доктринальні позиції обкреслюють конституційно-правовий простір, в

який входить місцеве самоврядування як основна форма локальної демократії територіальних співтовариств, і одночасно зумовлюють його національний дискурс й кумулятивний потенціал.

Сучасна конституційно-правова доктрина займає важливе місце в генезисі місцевого самоврядування, тому її системно-телеологічний аналіз щодо останнього, дозволяє не тільки розглядати конституціоналізм як ідейно-теоретичну конструкцію, яка об'єднує ліберальні і соціал-демократичні течії, але й як таке явище, що може бути визнане «ідеальним» для творення і створення конституційного ладу, при якому «суб'єктивні права є більш значущими, ніж державні інтереси» [14]. Звідсіля виникнення в таких умовах в Україні сучасної моделі інституту місцевого самоврядування є закономірним процесом розвитку демократичної правової державності.

Слід відзначити, що феноменологія місцевого самоврядування досить вдало сполучається з категорією «сучасний світовий конституціоналізм». У процесі такого сполучення вказані вище критеріальні ознаки транспонуються на глобальний рівень, перетворюючи місцеве самоврядування на мегатренд сучасного розвитку правової демократичної і конституційної державності. І це виступає ще однією, якісно новою ознакою місцевого самоврядування – ***міжнародно-правовою***.

У сучасному міжнародному співтоваристві місцеве самоврядування є найважливішим елементом конституційного ладу демократичних держав. Його соціальна і правова цінність полягають в тому, що воно фактично є тим специфічним рівнем представницької і виконавчої публічної самоврядної (муніципальної) влади, яка, з одного боку, бере участь у реалізації завдань і функцій держави на локальному рівні управління, а з іншого – реалізує систему специфічних різнорівневих і багатооб'єктних інтересів жителів відповідних територіальних одиниць, що пов'язані з необхідністю організації стабільної життєдіяльності на локальному рівні соціуму і відрізняються від інтересів держави, але, в той же час, їм не суперечать [15].

Держави з традиційно розвиненою демократією достатньо давно визнали переваги місцевого самоврядування і відвели йому особливе та важливе місце в структурі національного і світового конституціоналізму. Це було обумовлено, в першу чергу, тим, що на національному рівні на органи місцевого самоврядування, які найтісніше пов'язані з населенням, була покладена відповідальність за вирішення практично всіх проблем локального характеру: житлового і комунального господарства, розвитку сфери послуг, екології, створення локальних систем освіти, охорони здоров'я, транспортної інфраструктури тощо. Все це, практично, розвантажило державну владу і дало їй можливість зосередитися на вирішенні питань загальнодержавного значення.

Місцеве самоврядування набуває важливого значення в умовах розвитку сучасного національного і світового конституціоналізму, тому що саме через повноцінне та дієве місцеве самоврядування може бути реалізованою найбільш важлива ідея існування і функціонування основних принципів демократії, а саме – безпосереднє здійснення влади народом, точніше населенням відповідної території, – жителями відповідних адміністративно-територіальних одиниць держави. Це здійснюється шляхом вирішення важливих організаційних і організаційно-правових відносин у системі координат «держава (органи державної публічної влади) – місцеве самоврядування (органи і суб'єкти локальної демократії) – територіальне громада (сукупність жителів відповідної території держави) – житель (як член територіального співтовариства і суб'єкт, фізична особа, що функціонує на відповідній адміністративно-територіальній одиниці держави)». Стабільність відносин у вказаній системі координат зумовлює її існування і має екзистенційне значення для існування не тільки держави як такої, а й для світової спільноти держав.

У результаті цього актуалізується міжнародний аспект локальної демократії в становленні і розвитку сучасного конституціоналізму. Адже створення системи органів локальної демократії на територіях національних держав у міжнародному аспекті стимулювало розробку в рамках міжнародних міжурядових регіональних організацій, зокрема, таких, як Рада Європи, цілої низки міжнародних угод. Вони включають принципи і норми щодо конституювання та інституціоналізації місцевого самоврядування на території держав-учасників таких угод. Підписання таких угод, які є угодами рамкового характеру, в першу чергу, Європейської Хартії місцевого самоврядування 1985 р. [16], накладає на держави-учасники міжнародні зобов'язання щодо визнання, легалізації, гарантування, охорони і захисту інституту місцевого самоврядування на своїх теренах. Контроль за виконанням вказаних зобов'язань, здійснюється міжнародною організацією, під егідою якої було підписано угоду, і реалізується в межах механізму конвенційного контролю, який міститься в кожній з угод такого характеру. Об'єктивною причиною створення такого міжнародного механізму є те, що міжнародне співтовариство розглядає місцеве самоврядування як важливіший інструмент побудови демократії на рівні держав і могутнього засобу міждержавної інтеграційної співпраці і подальшого об'єднання.

Необхідно відзначити, що формування місцевого самоврядування в Україні і на пострадянському просторі виявилося одним із найважчих і, одночасно, найсуперечливіших завдань державного будівництва. На шляху цього процесу стояв і стоїть донині цілий комплекс економічних, фінансових, соціальних, політичних і правових проблем. У першу чергу вони пов'язані: з тривалим процесом переходу до ринкових реформ; хронічною обмеженістю прибуткової бази і незбалансованістю місцевих бюджетів; розпадом існуючої соціальної інфраструктури, яка субсидувалася із коштів державного бюджету, і різким, істотним зниженням рівня життя населення; падінням його довіри до будь-яких інститутів влади; нарешті, із збереженням рудимента радянської системи – повним дублюванням повноважень місцевих рад різних рівнів, що веде до виникнення подвійної або конкуруючої компетенції і конфліктів, в які повинні регулярно втручатися органи центральної влади.

До важливих чинників, які обмежують й істотно стримують процеси розвитку системи місцевого самоврядування у вказаній групі держав, відносять і чинники суб'єктивного характеру, які пов'язані з явною недовірою державних інституцій до нього, що призвело до відсутності до цього часу національних моделей його статутарного стану і подальшого розвитку.

Слід вказати, що на формування національної моделі локальної демократії впливають і різні доктринальні позиції щодо телеологічного призначення місцевого самоврядування, його «компетенційного наповнення», що іноді мають достатньо суперечливий, багаторівневий, а часом носять й антагоністичний характер. Такий стан справ обумовлений тим, що представники конституційної і муніципальної доктрин, а також законодавець в даний час розглядають місцеве самоврядування в якості: одного з фундаментальних принципів конституційного ладу; однієї з форм народовладдя; специфічної підсистеми публічної влади; форми залучення громадян до участі в вирішенні питань місцевого значення; власне права на місцеве самоврядування; системної організації; різновиду суспільного управління; інституту громадянського суспільства; фундаменту сучасної філософії прав людини; найважливішого соціально-політичного і соціально правового феномену; важливого конституючого і інституційного чинника правової державності; суб'єкта міжнародних відносин і такого, що володіє частковою міжнародно-правовою правосуб'єктністю (як квазісуб'єкт міжнародного публічного права – *Авт.*); соціального і територіального простору, де продукуються системні локальні інтереси; соціального простору, де виникають, виявляються, формуються і реалізуються практично всі життєві устремління людини; сфери виникнення і прояву муніципальних прав і свобод особи (людини); сфери реалізації компетенції місцевого самоврядування, його органів, посадових осіб, прав і обов'язків його суб'єктів; сфери реалізації практично всієї системи прав і свобод людини і громадянина; сфери реалізації функцій місцевого самоврядування; сфери реалізації відповідальності суб'єктів місцевого самоврядування тощо [17]. Така різноманітність підходів, при всьому позитивному відношенні до потенціалу локальної демократії, фактично «блокує» інтеграційну і методологічну складові місцевого самоврядування і не сприяє становленню муніципального права як самостійної галузі національного права держав пострадянського простору і держав, що розвиваються.

На наш погляд, повільні процеси становлення сучасної моделі місцевого самоврядування є прямо пов'язаними і з суперечливим розвитком процесів децентралізації і деконцентрації державної влади. Саме вони при позитивному і перманентному їх нарощуванні, повинні викликати об'єктивні передумови для реальної легалізації і подальшого розвитку місцевого самоврядування. Представляється, що закріплення таких тенденцій в законодавстві Україні і реалізація їх на практиці стануть свідоцтвом того, що наша держава твердо має намір будувати майбутнє на основі демократії, права і гуманізму.

Історичний досвід, разом із тим, свідчить, що завдяки саме місцевому самоврядуванню демократія перетворюється на справжнє народовладдя, і лише з визнанням і зростанням прав територіальних співтовариств, які є первинними його суб'єктами, конкретнішими і змістовнішими стають політичні і соціально-економічні права громадян, гармонізуються багатобічні відносини між ними і державою, стійкішою, стабільнішою стає сам держава, а влада, що нею реалізується, набуває демократичних і гуманістичних властивостей. Більш того, на тлі стійкості державно-правових і муніципально-правових механізмів, їх взаємодії, розвивається та стабільно функціонує ефективна державність.

Якісно новим етапом в історії вітчизняного місцевого самоврядування стала нова Конституція України 1996 р. і прийнятий на її основі Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» 1997 р. Таким чином, конституційна правова держава силою своєї законодавчої влади привернула для реалізації своїх телеологічних домінант суспільні об'єднання жителів адміністративно-територіальних одиниць і включила їх у власний механізм. Слід зазначити, що вказані найважливіші нормативно-правові акти створили надійну і належну нормативну базу місцевого самоврядування в Україні. На її основі територіальні громади отримали гарантоване державою право і реальну можливість під свою відповідальність або під відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати в рамках Конституції і законів України питання місцевого значення (ст. 2 Закону України від 21.05.1997 р.) на благо жителів населених пунктів.

Проте, в сучасний період, у контексті подальшого розвитку і вдосконалення українського і світового конституціоналізму, вирішення питань становлення і організації системи місцевого самоврядування, компетентної діяльності його суб'єктів і органів, настійно вимагає свого вирішення найскладніший комплекс питань, які безпосередньо пов'язані із становленням громадянського суспільства, здійсненням режиму парламентаризму, захистом прав і свобод людини і громадянина, і мають виходи на інституційні і структуроутворюючі процеси існування і функціонування української демократичної державності.

Джерела самоврядування, у тому числі й місцевого, перебувають у рамках громадянського суспільства. В процесі свого становлення і розвитку місцевого самоврядування, як матеріальна форма реалізації інтересу територіального співтовариства, легалізується державою і стає репродуцентом територіально-особових і територіально-групових, системних індивідуальних і колективних інтересів, які формуються на локальному рівні в процесі становлення, розвитку і взаємодії громадянського суспільства і демократичної правової держави.

Важливою критеріальною ознакою місцевого самоврядування як феномена сучасного світового конституціоналізму є його ***інтеграційно-моделююча роль у вирішенні національно-етнічних проблем***. В умовах існування багатонаціональної України саме місцеве самоврядування виступає достовірною, оптимальною або найбільш прийнятною формою і

простором здійснення національно-культурної автономії, тобто воно цілеспрямовано сприяє використанню національними меншинами своїх культурних традицій, мови, релігії, других національних устремлінь на правових засадах. Не надаючи нікому національних привілеїв, воно, з одного боку, ефективного захищає і реалізує права і свободи громадянина і людини, а з іншого – виступає могутнім чинником, який перешкоджає відцентровим тенденціям, здатним викликати роздроблення єдиної держави.

Резюмуючи, відзначимо, що вказані критерії феномену місцевого самоврядування повинні бути враховані в процесі створення його національної моделі за допомогою вибору оптимальних форм самоорганізації і самоврядування населення. Це надасть не тільки нового дихання телеологічній домінанті в розвитку демократичної правової державності, але й буде сприяти реальному виходу індивідуального і колективістського потенціалів населення України, здатним забезпечити усунення багатьох кризових явищ в житті суспільства і держави, додасть їм додаткових стимулів для розвитку і вдосконалення.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Виступ* Президента України В.Ф. Януковича на міжнародних муніципальних слуханнях «Розвиток належного врядування на місцевому та регіональному рівнях» / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.president.gov.ua/news/21776.html
2. Там само.
3. *Конституція* України 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. *Баймуратов М.А*. Муниципальная власть: актуальные проблемы становления и развития в Украине / М. А. Баймуратов, В. А. Григорьев. – Одесса: Юрид. лит., 2003.
5. *Тацій В.* Регіональні та самоврядні чинники в конституційно-правовому регулюванні суспільних відносин в Україні / В. Тацій. // Проблеми сучасного українського конституціоналізму / упоряд.: В. Бринцев, В. Кампо, П. Стецюк. – К.: Логос, 2008. – С. 171.
6. *Про місцеве* самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
7. *Баймуратов М.А.* Объектный состав публичной самоуправленческой (муниципальной) власти: телеологические установки, идентификация, конституционно-правовая регламентация / М. А. Баймуратов, Т. М. Буряк. – Сумы: Универ. книга; М.: ТрансЛит, 2007.
8. *Баймуратов М.М.* Публічні послуги як нова парадигма в розвитку компетенції місцевого самоврядування / М. М. Баймуратов // Науковий вісник Академії муніципального управління. – Серія «Право». – 2009. – Вип. 2. – С. 53 – 65.
9. *Тацій В.* Вказ. праця.
10. *Баймуратов М.О.* Муніципальні права людини / М. О. Баймуратов, Г. Г. Танаджи // Конституційні права, свободи і обов'язки людини і громадянина в Україні; за ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 183 – 193.
11. *Ромашов Р.А.* Современный конституционализм: вопросы истории и теории / Р. А. Ромашов. – СПб.: Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998. – С. 5.
12. *Степанов И.М.* Социалистический конституционализм: сущность, опыт, проблемы / И. М. Степанов // Советское государство и право. – 1987. – № 10. – С. 4.
13. *Кабышев В.Т.* Теоретические проблемы российского конституционализма/ В. Т. Кабышев, Т. М. Пряхина // Вестник Саратовской государственной академии права. – 1995. – № 2. – С. 32.
14. *Ромашов Р.А.* Указ. соч. – С. 12.
15. *Баймуратов М.А.* Международное сотрудничество органов местного самоуправления Украины. – Одесса, 1993. – С. 74.
16. Європейська Хартія місцевого самоврядування. – РЄ, 1985.
17. *Баймуратов М.М.* Місцеве самоврядування як суб'єкт компетенції: до визначення парадигми повноважень / М. М. Баймуратов // Порівняльно-правові дослідження. – 2008. – № 2. – С. 120.

УДК 340.12

# ПОНЯТИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

**Трубников В. М.,**
доктор юридических наук,
профессор, заведующий кафедрой
уголовно-правовых дисциплин
юридического факультета
Харьковского национального университета
имени В.Н. Каразина

***Анотація:*** У статті розкрито поняття сутності правового статусу людини і громадянина, що виступає в якості фундаменту всієї правової системи, проведено короткий історичний ракурс розвитку цього правового інституту, проаналізовано юридичні елементи механізму забезпечення реалізації прав, свобод і обов'язків людини і громадянина.
***Ключові слова:*** права і свободи людини і громадянина, особистість і держава, нормативний позитивізм, природне право, громадянське суспільство, правова держава.

***Аннотация:*** В статье раскрыто понятие сущности правового статуса человека и гражданина, выступающего в качестве фундамента всей правовой системы, проведен краткий исторический ракурс развития этого правового института, проанализированы юридические элементы механизма обеспечения реализации прав, свобод и обязанностей человека и гражданина.
***Ключевые слова:*** права и свободы человека и гражданина, личность и государство, нормативный позитивизм, естественное право, гражданское общество, правовое государство.

***Annotation:*** Reveals the essence of the concept of the legal status of a person and citizen, serving as the foundation of the legal system, provides a brief istrichesky view of this legal institution, analyzes the legal elements of the mechanism to ensure the implementation of the rights, freedoms and obligations of citizens.
***Key words:*** rights and freedoms of man and citizen, the person and the state, the normative positivism, natural law, civil society, the rule of law.

---

Прежде чем переходить к анализу обеспечения прав и свобод человека и гражданина, следует дать краткую характеристику правового статуса личности, основы которой вызревают, складываются в сфере правоотношений с обществом и государством и носят основополагающий характер, выражая взаимную и тесную связь общества, государства и личности.

Главной, составной частью правового статуса человека и гражданина являются их основные права, свободы, обязанности и законные интересы. Фактически правовой статус личности – это характеристика его правовой, социальной оболочки, свидетельствующей о его месте в правоотношениях и отражающей фактическое его состояние во взаимоотношениях с обществом и государством.

Центральное место в содержании основ правового статуса личности принадлежит конституционным правам и свободам человека и гражданина. В Конституции Украины 1996 г. впервые идея естественных, неотчуждаемых прав человека закреплена в ст. 3: «Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью. Права и свободы человека, их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. Государство отвечает перед человеком за свою деятельность. Утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства». Никакие иные социальные ценности не имеют такой высокой конституционной оценки. Отсюда иные социальные ценности, существующие в данном обществе, по отношению к правам и свободам человека и гражданина имеют соподчиненное значение и не могут ей противоречить. С другой стороны, не должно складываться впечатление, что подчёркивание прав и свобод человека как высшей ценности, признаваемой, соблюдаемой, защищаемой государством, не означает и не допускает какой-то второстепенной роли государства. Правовое, социальное государство признаёт приоритет прав человека, ограничивая этими правами свои властные функции. Просто подчеркивается, что является основой, ядром общества, везде и всюду стоит человек и его права, ведь, в конечном счете, и само государство создано человеком. Человек есть, существует и государство, нет человека и нет государства.

Права человека и гражданина, определенные Конституцией, приобретают особое значение как для индивида, так и для государства и выступают в качестве позитивных норм, являются фундаментом всей юридической системы, формируют внутренню политику государства.

В связи с тем значением, которое придается существу правового статуса личности, необходимо разъяснить некоторые термины и понятия.

Так, довольно часто употребляется такой термин как «основные права». Является ли он идентичен понятию «конституционные права» или нет? Думается, что эти понятия следует воспринимать как синонимы, поскольку, исходя из содержания Конституции Украины, эти понятия имеют постоянный и равный характер для всех граждан Украины без исключения. Этим самым закрепляется принцип справедливости, когда каждой личности предоставляется исходно равный минимум свободы, без которой его существование в обществе невозможно.

Конституционные права и свободы человека нерушимы, гарантируются государством и не могут быть упразднены. Согласно Основному Закону,

*© Трубников В.М., 2012*

каждый человек имеет право на жизнь (ч. 1 ст. 27), на свободу и личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 29), на неприкосновенность жилища (ст. 30), на возмещение морального и материального вреда (ст. 56), на защиту (ст. 129), на судебную защиту (ст. 55), на отказ от дачи показаний в отношении себя, членов семьи и близких родственников (ст. 63), а также право знать свои права и обязанности (ст. 57). Кроме того, конституционно закреплены принципы презумпции невиновности (ст.ст. 62 и 129), равенства граждан перед законом и судом (ст.ст. 24, 129), законности (ст. 129), гласности судебного процесса (ст. 129). Кроме того, Конституция Украины гарантирует: охрану чести и достоинства личности (ст.ст. 3, 28), недопустимость вмешательства в личную и семейную жизнь (ст. 32), свободное обжалование решения суда (ст.ст. 29, 129).

Как известно, кроме основных прав существует множество иных, не основных прав личности. Иные, не основные права (например, право собственности на определенную вещь), наоборот, отчуждаемы. Но если лицо лишается такого права (например, определенная вещь продана), этот факт не ущемляет основного его права иметь в собственности имущество. Основные права существуют независимо от конкретных этапов социально-экономического развития общества и государства, независимо от действующих норм законодательства. Отсюда их высокий социальный статус и государство обязано защищать естественные права человека, не допускать их нарушения. Нужно подчеркнуть, что в ходе исторического развития, в результате дискуссий основные права признаны субъективными правами, а это позволяет индивиду защищать их и ссылаться на них при спорах с государством и его властными структурами.

Требует пояснения и другая связка. Впервые в законодательстве начали применяться такие понятия как «права человека» и «права гражданина». В чем же их различие? Это не синонимы, они не идентичны, а весьма существенным образом отличаются друг от друга. Права человека – это неотчуждаемые права человеческой личности, присущи любому и каждому человеку независимо от его гражданской принадлежности и возникают с момента рождения, отказаться от них невозможно.

Совсем иной характер имеют права гражданина, они носят политико-правовой характер, определяют связь с государством и человеком, «приобретаются» как гражданином конкретного государства, формируя своеобразную социальную оболочку, «социальный кокон», в котором постоянно находится человек. Лишившись социальной оболочки, человек оказывается незащищенным и подверженным всяким невзгодам, не имеющим реальной возможности защитить себя и свои права. Конституционные права и свободы человека предоставляются любому индивиду, а правами и свободами гражданина обладают только лица, являющиеся гражданами Украины.

Представляется интересным провести соотношение между понятиями «право» и «свобода». Эти понятия являются синонимами и составляют субъективное право любого человека или только гражданина Украины. Хотя в литературе проводится и разграничение между ними. Считается, что термин «свобода» предоставляет индивиду более широкие возможности выбора, не определяя конечный результат (например, каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть арестован или содержаться под стражей иначе как по мотивированному решению суда и только на основаниях и в порядке, установленных законом (ст. 29 Конституции); каждый имеет право на свободу мировоззрения и вероисповедания. Это право включает свободу исповедовать любую религию или не исповедовать никакой, беспрепятственно отправлять единолично или коллективно религиозные культы и ритуальные обряды, проводить религиозную деятельность (ст. 35 Конституции). С другой стороны, право свидетельствует о конкретных действиях человека, очерченных законом (например, каждый имеет право на охрану здоровья, медицинскую помощь и медицинское страхование (ст. 49 Конституции). Хотя четкое разграничение между этими понятиями провести весьма трудно, поскольку зачастую всю сферу политических прав с четко определенными правомочиями также именуют «свободами». Просто различие в терминологии традиционно сложилось ещё в 18-19 веках.

Становление доктрин права, прав и свобод человека.

Нужно отметить, что право – одно из самых сложных общественных явлений, человеческих отношений. Стремление познать сущность права ведется многие века и в этом проявлялось представление людей об обществе, о его критериях и духовных ценностях, а поскольку человеческое общество постоянно развивается, изменяются условия жизни людей, их представления и идеалы, постольку изменяются и будут меняться представления о праве. Если оглянуться назад в прошлое, можно сосчитать множество правовых теорий, анализ которых свидетельствует, что мысль человечества все время бьется над разгадкой феномена права, раскрытием его сущности.

При огромном разнообразии подходов, оценок на содержание права просматривается один стержень, основа, фундамент: право для людей всегда выступало и выступает как определенный порядок в обществе, демонстрируя свое социальное свойство, служение тем или иным общественным группам, слоям, классам.

Право проявляется в трех формах: во-первых, в форме правосознания, идеи, представления о праве; во-вторых, в форме правовых норм; в-третьих, в форме общественных отношений, порождающих правовые нормы и, в свою очередь, испытывающих воздействие этих норм.

Право не имеет и не может иметь собственной истории, а выступает как естественное свойство, признак общественного развития. Нельзя забывать и о том, что право выступает не только в качестве формы выражения и отражения реально существующих явлений, но и во многом творит, создает их.

Вопрос о сущности права остается в центре внимания и современной правовой и политической мысли, а понятие права и сегодня – одна из основных категорий общей теории права. Ведь от понимания права, его сущности зависит подход к пониманию

многих правовых и иных социальных явлений, решение очень важных теоретических и практических вопросов жизни общества.

В современном мире сохраняются различные подходы (теории, доктрины) к взаимодействию права и государства, человека и государства, характеристики правового статуса человека и гражданина, а также уяснения понятия такого феномена как право. В зависимости от того, как понимается феномен права выделяются такие основные направления в философии права как позитивистское (юридический позитивным) и естественно-правовое (естественное, природное право). Каждый из этих философских подходов, отражая определенный аспект существования права, и, в то же время представляет ту или иную форму обоснования права.

Позитивное право выступает как необходимый и существенный элемент правовой действительности, как проявление властной воли конкретных социальных субъектов и, в первую очередь, государства. Под позитивным правом подразумевается действующая система правовых норм, отношений и судебных решений. Отличительными чертами правового позитивизма как философского способа осмысления права являются: 1) сопоставление права с правопорядком, понимаемого как систему установленных правовых институтов, юридических норм, выраженные в законах; 2) стремление к абсолютизации государственной самостоятельности, идентификации права с приказами государства; 3) понимание права как реакцию на реальную действительность.

Позитивизм демонстрирует свой консерватизм и подчеркивает, что в любой ситуации он не теряет своего правового характера, отрицает необходимую связь между правом и моралью и тем самым абсолютизирует роль государства с его основным принципом принуждения, рассматривая его как творца и единственного гаранта.

Предтечей идеи правового позитивизма были: китайский легизм, учение софистов, номинализм У. Оккама, концепция абсолютного государства Т. Гоббса и др. В качестве же самостоятельного направления философско-правовой мысли он возник в 30-40-х годах XIX века в связи с теоретическим обоснованием формально-догматической юриспруденции (И. Бентам). В развитии юридического позитивизма выделяются три основные этапа: классический позитивизм Дж. Остина, отождествлявший право с приказами суверена, «чистая теория права» Г. Кельзена, связывающая право с правомочием принуждать, и аналитическая юриспруденция Г. Харта, ключевым понятием которой является «правило признания».

Юридический позитивизм возник в начале XIX века, он отрицал естественное право, рассматривая его как заблуждение умов, ведущее к нарушению порядка. Рассматривал право как факт реальности (позитивный факт), отсюда и его наименование. По мнению родоначальников данной теории, всякое позитивное право происходит от власти; право – приказ власти, поддержанный санкцией принуждения; право выступает как результат только правотворческой функции государства, независимо от экономических и классовых отношений.

В основе же концепции естественного права лежит иная идея о том, что все существующие правовые нормы должны основываться на каких-то объективных началах, основаниях, не зависящих от воли человека (общества). Поскольку образцом таких объективных начал считались природа, то и право, не зависящее от человеческой воли и желаний, было названо природным, или естественным правом. Особенность естественного права заключается в разграничении и сопоставлении права и закона с позиций принципов справедливости.

Сущность естественного права состоит в философской и нравственной критике права и государства. Естественное право направлено на легитимацию и ограничение права и государства. В силу такого своего качества наиболее активно и плодотворно концепции естественного права развиваются в периоды реформ и изменений.

Базируясь на таких категориях как «природа», «разум», «природа человека», выделяются и различные типы концепций естественного права: космологические, натуралистические и теологические («природа»), подчеркивая высший характер права; рационалистические («разум»), считая, что усилием одного только разума, без обращения к реальным обстоятельствам, возможно сконструировать идеальную систему права, которая служила бы образцом для любых конкретных правовых систем; и антропологические («природа человека»), рассматривая связь права с сущностью человека.

Для наших размышлений важно выделить такое понятие как «новое естественное право», под которым следует понимать ограничение произвола государства и выяснение отношений свободы и равенства не только между гражданами, но и между гражданами и государством.

Сегодня, находясь между концепциями философий стран Западной Европы и философской мыслью Украины, усматривается, по-видимому, одна из самых трудных задач переориентации наших ученых с позиций старой школы украинских юристов-позитивистов на позиции естественного права. Поэтому, является преждевременным утверждение некоторых ученых, что у нас в Украине теория права находится в процессе формирования. К сожалению, и в настоящее время многие ученые продолжают стоять на позициях унаследованной от советской юриспруденции доктрины юридического позитивизма, вместо признанной Конституцией Украины доктрины природного, естественного права, существенным признаком которого является признание верховенства права. Нужно отметить, что принцип верховенства права официально закреплен в нашей Конституции. Так, в ст. 8 Конституции Украины прямо сказано, что «в Украине признается и действует принцип верховенства права».

В мировой науке подходы к пониманию права обусловлены противостоянием фактически двух глобальных традиций правовой мысли: естественного права и юридического позитивизма. Такие же тенденции наблюдаются и в развитии украинской теории государства и права, философии права и отдельных отраслей права. Юридический позитивизм

крепко держит в своих цепких руках не только тех, кто жил и работал в советское время, но даже и тех, кто участвует в развитии науки в настоящее время.

Как отмечает В.М. Селиванов, в условиях уже суверенной Украины продолжается, к сожалению, употребление традиционных по содержанию для советской теории права юридических понятий и категорий, в частности государства и права. Сегодня эти понятия и категории требуют своего переосмысления и обновления. Но, к сожалению, и до настоящего времени даже не начата скоординированная фундаментальная критико-исследовательская работа в сфере истории и теории государства и права, а также государственного управления советского периода [1, с. 340, 341].

Автор далее отмечает, что и в теории, и в юридической практике продолжает «работать» традиционная «принудительная» концепция советского права, которая отождествляет право и законодательство. До сих пор является не разработанной отечественная концепция современного правомышления (мировоззрения), которая, по сути, должна составить основу парадигмы развития отечественной юридической науки [1, с. 420, 421].

По мнению автора, современная отечественная методология и доктрина права, как и в советское время, продолжают основываться на позициях государствоцентризма, тогда как право следует понимать «не как функции государства, а функцию социума». Автор подчеркивает, что, декларируя приоритетность интересов человека, законы Украины фактически имеют в виду защиту интересов государства, хотя это государство уже не тоталитарное советское государство, а суверенное государство – Украина. В Украине имеет место распространенное мнение, что основным средством решения актуальных общественных проблем может быть применение законодательных актов или даже состояние «диктатуры закона», источник которого усматривается в государственной деятельности, даже в функционировании «сильного государства». Но ведь уже давно известно, что основным критерием эффективности организации и функционирования государственной власти, отдельных ее ветвей является не количество одобренных юридических решений, законов, а, прежде всего, степень удовлетворения общественных потребностей и интересов. Истоки власти не во власти, не в государственной власти, не в законе, а непосредственно в гражданском обществе, потребностях и интересах отдельных реально существующих людей [1, с. 630].

Как известно, наиболее существенные признаки государства советские теоретики видели во власти, общегосударственном интересе и принуждении.

Как отмечает Г.В. Мальцев, характерное для юридического позитивизма отождествление права с законом помимо серьезных концептуальных потерь привело к тому, что из юриспруденции исчезло самое главное – право. На его месте утвердилось «творение» законодателя, воспринимаемое догматически, без критических размышлений [2]. Все эти признаки и сегодня признаются сущностными и первоочередными. Признаком, сущностью этой власти является способность подчинения государственной воле воли других субъектов общественных отношений. Это тот же советский государство центризм, и это тоже самое государственное общество. Властвование мыслится здесь как некоторое одностороннее отношение. Что же касается принуждения, то угроза его применения «на будущее», априори, леденит сегодня и душу, и сердце; в классической теории правового государства принуждение существует лишь на случай нарушения права. Таким образом, принуждение не сущностный признак, а выступает в качестве факультативного признака. Этот признак является существенным, основным только и лишь в теории недемократического, тоталитарного государства.

Нужно отметить, что действующая Конституция Украины, которая подготовлена на основе учений о природном праве и общественного договора (преамбула) вынуждает совсем по-иному осмысливать феномен государства.

В соответствии с договорной теорией, государство, по своей сути, это договор, или взаимное и обоюдное соглашение. Договор совершается между правителями и подчиненными. Предмет договора – взаимность или обоюдность права и обязанностей правителей, с одной стороны, и подчиненных (подвластных) – с другой. Таким образом, неотъемлемым признаком государства становится взаимность властных отношений. При этом центральная (главная) идея состоит в том, что государство (по условиям договора) создается для защиты природных (естественных) прав людей. В случае нарушения государством условий договора, гражданин имеет право применить к ней принуждение. Их действия – природное полномочие на принуждение, и они имеют оправдание в защите от совершаемой несправедливости (Д. Локк, Ш. Монтеск'е, Ж. Руссо).

И сегодня локковские положения о «законности сопротивления граждан незаконным действиям власти» буквально воссоздаются в преамбуле ко Всеобщей декларации прав человека:

«Принимая во внимание, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира; и

принимая во внимание, что пренебрежение и презрение к правам человека привели к варварским актам, которые возмущают совесть человечества, и что создание такого мира, в котором люди будут иметь свободу слова и убеждений и будут свободны от страха и нужды, провозглашено как высокое стремление людей; и

принимая во внимание, что необходимо, чтобы права человека охранялись властью закона в целях обеспечения того, чтобы человек не был вынужден прибегать, в качестве последнего средства, к восстанию против тирании и угнетения; и

принимая во внимание, что необходимо содействовать развитию дружественных отношений между народами; и

принимая во внимание, что народы Объединенных Наций подтвердили в Уставе свою веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности и в равноправие мужчин и женщин и решили содействовать

социальному прогрессу и улучшению условий жизни при большей свободе; и

принимая во внимание, что государства-члены обязались содействовать в сотрудничестве с Организацией Объединенных Наций, всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод; и

принимая во внимание, что всеобщее понимание характера этих прав и свобод имеет огромное значение для полного выполнения этого обязательства».

Исходя из изложенного, в теории правового государства существенным (сущностным) признаком государства, наряду с обоюдностью властных отношений, возникает и обоюдность принуждения.

Из договорной теории государства, таким образом, вытекает необходимость переосмысления природы властвования. Властвование не является некоторым односторонним отношением, за которым покорность обеспечивается исключительно силовым преимуществом власти. Властвование является двусторонним отношением, где обе стороны (государство и граждане) имеют права и обязанности, т.е. связаны отношениями взаимности. Переосмысленные властные отношения должны составить сегодня теоретическую почву для новой, европейски ориентированной концепции уголовного и уголовно-исполнительного права в Украине.

Ключевая идея здесь заключается в том, что необходимо ограничивать государственную власть, как существенный признак именно правового государства и факторами такого ограничения могут быть: 1) общественный договор, 2) разделение властей, 3) правовое государство, 4) верховенство права, 5) гражданское общество.

Таким образом, позитивная государственная власть не может быть первоисточником справедливости, она может только способствовать ее осуществлению. Государство обеспечивает, гарантирует своим гражданам равные права не потому, что оно владеет властным преимуществом и не из милости. Источником государства является общественный договор. Этот договор является для государства напоминанием о том, что источником его власти является не оно само, а что власть его неразрывно связана с соглашением граждан и этим соглашением ограничена [1, с. 254-256]. Речь, таким образом, идет о производном, субсидиарном (дополнительном) суверенитете государства, ибо государственная власть своим существованием обязана не собственному силовому преимуществу, а тому, кто выступает сувереном в первичном, начальном смысле слова – народу (об этом как раз сказано прямо и недвусмысленно в преамбуле к Конституции Украины).

По этому поводу, нельзя не обратить внимание на очень важное обстоятельство, что ни в прошлом, ни сегодня украинскими юристами-позитивистами никак не воспринимается тезис о необходимости ограничения государственной власти. Этот тезис их страшит, они его боятся. Объясняется это по причине их менталитета, их правового мировоззрения. Таких юристов еще и сегодня обучают и воспитывают на постулатах, что правотворчество является монополией государства и что настоящее право – это право, созданное или установленное государственной властью, а все то, что исходит (вытекает) из других источников, не может быть настоящим правом, ибо только государство определяет для нас, что является правом и что не является правом, и что закон (а также и другая, любая мера государственного (юридического) принуждения) является исключительным источником права, и что все право находит свое выражение только в правовых нормах, исходящих от публичной власти. Разумеется, что при таких постулатах (посылках), который выдвигает юридический позитивизм, юрист, как теоретик, так и практик, не в состоянии занять никакой оценочной позиции в отношении права и государства. Государственно-правовая критика принципиально не воспринимается для всех разновидностей юридического позитивизма. Как отмечает Г.В. Мальцев, за последние два века правовой позитивизм сформулировал достаточно сильное, самостоятельное юридическое мировоззрение, ставшее господствующим во многих странах мира. Юридический позитивизм с ярко выраженной философией опыта придал праву совершенно определенный практический уклон. Избавившись от излишней, а часто и необходимой духовно-нравственной нагрузки, право сознательно пошло в услужение могущественным, реальным силам в обществе: политической и экономической элите. Освободив себя от долга служения Богу, разуму, природе вещей, высшим духовным ценностям, оно начинает обслуживать индивидуализм, эгоистический расчет, успех, выгоду, власть над другими людьми. При формальном равенстве юридических возможностей для всех граждан свобода сильного исключает свободу слабого, индивидуализм сильного не дает проявиться индивидуальности слабого, выгода и успех всегда на стороне сильного.

Юридический позитивизм продемонстрировал поразительное неуважение к праву, перечеркнув его высокий духовный феномен, несущий в себе вневременные начала, и представив его либо как рефлективную систему, реагирующую на злобу дня, либо как особую технику, обслуживающую социальные отношения.

Юридический позитивизм не способен выработать субстанциональное понятие права и развить соответствующее правопонимание. Юридико-позитивистская проблематика по преимуществу находится в сфере применения права и закона. Правотворчество лежит за пределами позитивистской юриспруденции. Эта деятельность требует особого рода знаний о возможном, рекомендуемом и делом будущем праве, огромной ценностной информации, поиска законодательных решений, удовлетворяющих критериям справедливости и нравственности. Ведь люди, как правило, стремятся непросто к праву, а к справедливому праву с нравственным потенциалом.

Сегодня человечество должно научиться жить в условиях мира, сотрудничества, справедливости, свободы. В контексте обновленной человеческой цивилизации право, как нормативный феномен культуры, будет полностью совместимым со свободным социальным творчеством людей. В правовом развитии акцент делается на свободе, что требует ориентации права на ценности

самоопределения, саморазвития, саморегулирования, самоуправления во всех сферах человеческой жизни.

Человечеству необходимо совершенно новое и ценностное юридическое мировоззрение, прорывающее антропоцентрический мир позитивного опыта, господствующее ныне чувственно-эмпирическое мировосприятие. В нем найдут свое выражение и эмпирические начала и метафизические истины, которые до сих пор плохо уживались. Основой юридического мировоззрения в будущем могут стать идеи антропокосмизма, учение о ноосфере, но, прежде всего, переосмысление на базе современных естественнонаучных и общественных знаний теории естественного права и естественной справедливости [3, с. 8-10].

Сегодня подобные стереотипы возможно преодолевать только на пути утверждения новой, европейски ориентированной доктрины естественного права [4], необходимо восстановление (возрождение) к жизни теории общественного договора. Под углом зрения договорной теории государства все понятия государствоведения приобретают иное звучание, нежели это имело место в советские времена и унаследованное от тех времен, имеет место и сегодня.

Следует также выделить и еще одно важное положение. Целиком оправданным является критическое отношение всех авторов, исследующих проблемы теории государства и права и стоящих на позициях европейски ориентированной доктрины государства и права, к государствоцентризму, поскольку они осознают ту общеизвестную истину, что любому государству как таковому присуща тенденция к всевластию. В связи с этим крайне важно сегодня для нас воспользоваться зарубежным опытом создания государства и предостеречь от повторений старых, уже пережитых ими ошибок.

Я хорошо отдаю себе отчет, что читатель ждет от меня каких-то предложений, конкретных рекомендаций, которые бы улучшили ситуацию в нашей терии права. Но думаю, не это главное. Как тут не вспомнить высказывание Лао-цзы, VI в. до н. э. «Чем больше будут издавать законов и распоряжений, тем больше будет в стране воров и разбойников».

Важно, другое. Нам следует, как правильно утверждает С.С. Алексеев, определиться с национальной идеей [5]. Ведь сам ход истории, развитие человеческих цивилизаций свидетельствуют о том, что в настоящее время для стран (особенно для стран – бывших союзных республик СССР), объявивших себя демократическими, нет иной «национальной идеи» кроме идеи человека, его высокого, центрального положения в обществе, а отсюда и идеи права как стержня жизни людей. Права человека не заняли достойного места в нашей жизни, их нарушение носит массовый характер (систематические невыплаты зарплат и пенсий, безработица, беспредел в местах лишения свободы, особенно в следственных изоляторах и др.). В Украине не гарантирован прожиточный минимум, призванный обеспечить достойное существование человека, значительная часть населения оказалась за чертой бедности.

Поэтому самой важной задачей, стоящей перед нашим обществом, является то, чтобы общие правовые формулы в Украине стали реальной действительностью и тогда на этой правовой основе мы сможем осуществить реформирование судебной системы, возвращение силовых ведомств и прокуратуры в русло правозащитной деятельности, продолжить борьбу с бедностью, безработицей, сделать доступными для среднего гражданина системы здравоохранения и образования, предпринимательскую деятельность организовать на основе честной конкуренции и др.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Селіванов В.М.* Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. – Монографія. – К.: ІнЮре, 2002. – 724 с.
2. *Мальцев Г.В.* Понимание права: подходы и проблемы. – М.: Прометей, 1999. – 419 с.
3. *Загоруйко К.Ф.,* Мальцев Г.В. Понимание права: подходы и проблемы. – М.: Прометей, 1999. – 419 с.
4. *Петрова Л.В.* Право цивілізоване чи тоталітарне // Юридичний вісник України, 2001. – № 24. – 16-22 червня.
5. *Алексеев С.С.* Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. – М.: Норма, 1998. – 409 с.

УДК 342.72

# ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НЕДОТОРКАННОСТІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ В ЕПОХУ КОМП'ЮТЕРНИХ ТЕХНОЛОГІЙ: ПРАЙВЕСІ 3.0

**Серьогін В. О.,**
доцент, доктор юридичних наук, начальник
кафедри державно-правових дисциплін
Харківського національного
університету внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті розкривається зміст нового концептуального підходу до забезпечення недоторканності приватного життя – Прайвесі 3.0, в основу якого покладено принцип пропорційності між обсягом і якістю тих суспільних послуг, які отримує особа, та мірою втручання у приватне життя, на яку йде особа заради отримання цих послуг.
***Ключові слова:*** права людини, недоторканність приватного життя, прайвесі, пропорційність.

***Аннотация:*** В статье раскрывается содержание нового концептуального подхода к обеспечению неприкосновенности частной жизни – Прайвеси 3.0, в основу которого положен принцип пропорциональности между объемом и качеством тех общественных услуг, которые получает лицо, и мерой вмешательства в частную жизнь, на которую идет лицо ради получения этих услуг.
***Ключевые слова:*** права человека, неприкосновенность частной жизни, прайвеси, пропорциональность.

***Annotation:*** Disclosed the content of the new conceptual approach to privacy – privacy is 3.0, which is based on the principle of proportionality between the amount and quality of the social services to the person, and the measure of interference in private life, which is a person in order to receive these services.
***Key words:*** human rights, inviolability of private life, privacy, proportionality.

---

Формування інформаційного суспільства зруйнувало головний постулат так званого «старого» прайвесі (Прайвесі 1.0 та Прайвесі 2.0), – на сьогодні забезпечення людині права «бути залишеною у спокої» вже не може її задовольнити, оскільки об'єктивно призводить до ізоляції особи від суспільства й позбавляє її можливості отримати чимало соціальних послуг. Тепер держава зобов'язана не тільки забезпечити усамітненість і автономію людини, але й гарантувати, аби її персональні дані, надані іншим суб'єктам для забезпечення особі певних соціальних послуг, не були використані на шкоду її приватному життю, не завдали їй душевного болю і страждань, не стали причиною дискомфорту чи дискримінації. З урахуванням названих чинників можна стверджувати про появу нової організаційно-правової моделі забезпечення прайвесі – версії 3.0, що грунтується на принципі «пропорційності» і як головні інструменти захисту розглядає не тільки (і не стільки) суди, скільки органи, установи та організації, що надають соціальні послуги з використанням персональних даних. Зміст «нового прайвесі» зосереджено навколо так званих «чесних інформаційних практик» (англ. – «fair information practices», або FIPS) і спрямовано на попередження загроз автономії особи. Адже політико-правова практика наприкінці XX ст. переконливо довела, що «класичне» розуміння прайвесі як «права бути залишеним у спокої», що лежало в основі перших двох організаційно-правових моделей його захисту, у державі «загального добробуту» втрачає сенс і має бути замінене новим.

Глибокі наукові дослідження права на недоторканність приватного життя (прайвесі) розпочалися тільки наприкінці XX ст. і пов'язані з іменами західних конституціоналістів і соціологів А. Вестіна, А. Етціоні, Дж. Іннесс, Д. О'Брайєна, Д. Солова та ін. У пострадянській державознавчій літературі обсягу й змісту права на недоторканність приватного життя торкались у своїх працях Н. Г. Бєляєва, Г. О. Мітцукова, І. Л. Петрухін, В. С. Сивухін, Е. О. Цадикова та ін., проте рівень опрацювання даної проблематики досі не відповідає вимогам сьогодення. Зокрема, переважна більшість праць, присвячених забезпеченню недоторканності приватного життя, не враховують швидкоплинність науково-технічного прогресу і, як наслідок, появу дедалі нових викликів у даній сфері.

Ураховуючи швидкі темпи сучасного науково-технічного прогресу, для фізичних осіб та організацій, котрі збирають і обробляють дані, нові теорії прайвесі мають не тільки чітко визначати межі приватної сфери, але й слугувати дороговказом у тих випадках, коли законодавство ще не наздогнало практику. Крім того, теорія повинна формулювати загальні принципи і підходи, аби учасники правового спілкування могли зрозуміти увесь масив чинного законодавства, що діє у сфері забезпечення прайвесі й обсяг якого невпинно зростає, згідно із сучасними теоріями правореалізації, правомірної поведінки і правопорушення, юридичної відповідальності, а також допомагати виправляти законодавчі чи наукові положення, що не відповідають цим загальним принципам. Такий підхід спонукає сучасних конституціоналістів шукати нову концепцію прайвесі – прайвесі 3.0, здатну надати гідну відповідь на виклики, спричинені епохою комп'ютерних технологій. З'ясування сутності і змісту даної концепції і є метою даної роботи.

На думку американського дослідника Е. Сервіна, замість того, щоб зосереджуватися на максимально широких і «розмитих» за змістом прав, як-то право бути залишеним у спокої, чи на підставах відповідальності за цивільно-правові проступки щодо приватності, які далеко не завжди піддаються чіткому юридичному оформленню, концепцію Прайвесі 3.0 слід будувати на одному єдиному принципі – принципі пропорційності [1, с. 900]. Концепція

*© Серьогін В.О., 2012*

Е. Сервіна стосується тільки одного аспекту прайвесі – інформаційного – і зводиться до вимоги встановити юридичний баланс між характером персональних даних і юридичним режимом доступу до неї. Проте, з огляду на те, що до забезпечення інформаційного прайвесі на сьогодні прикута увага переважної більшості фахівців у даній сфері, розглянемо концепцію Е. Сервіна більш докладно.

Для того, аби забезпечити комплексний і всеосяжний захист інформаційного прайвесі, Е. Сервін пропонує законодавчо закріпити чотири рівні (типи) персональних даних: «високочутлива» («highly sensitive»), «чутлива» («sensitive»), «трохи чутлива» («slightly sensitive») і «нечутлива» («non-sensitive») інформація. Залежно від рівня «чутливості» такої інформації пропонується встановити рівень забезпечення її безпеки та конфіденційності, а також припустимі методи її збору, обробки та використання.

Перевага встановлення рівнів персональних даних, створених шляхом застосування принципу пропорційності, полягає в тому, що дозволяє учасникам інформаційних відносин чітко визначати для себе моделі припустимої і неприпустимої поведінки, орієнтуючись на загальні параметри того чи іншого рівня, до якого належить інформація, з якою вони мають справу, навіть за відсутності конкретних законодавчих приписів. У підсумку, навіть якщо приписи закону щодо конкретного виду інформації є неконкретними або взагалі відсутні, суб'єкт інформаційних правовідносин має змогу визначити свою лінію поведінки, порівнюючи параметри інформації, з якою працює, з іншими, подібними видами інформації. Такий підхід виглядає досить виваженим і перспективним для застосування до законів, які будуть необхідні з появою нових видів інформації та форм її обробки, а також у зв'язку з інтенсифікацією й зростанням масштабів інформаційного обміну.

Розташування тієї чи іншої інформації на певному рівні зумовлюється низкою факторів, зокрема тим, наскільки інформація розкриває образ людини, спосіб її життя, а також наскільки суттєво її отримання іншими особами може загрожувати правам та законним інтересам суб'єкта. Слід враховувати також соціальну корисність обміну даною інформацією, а також її фактичне розташування, адже інформація, яка є надбанням громадськості або перебуває в руках третьої особи, іноді підпадає під обмежений захист. Важливим фактором віднесення персональних даних до того чи іншого рівня є також їх здатність при обробці створювати іншу інформацію.

Такий спосіб систематизації персональних даних дає змогу уніфікувати підходи законодавця щодо встановлення порядку збору, використання, зберігання, поширення і утилізації однорідної інформації. При цьому щодо кожного рівня інформації має бути встановлено наступне:

- чи може бути зібрана інформація без повідомлення чи згоди суб'єкта;
- потрібна згода має бути висловлена шляхом включення чи виключення певних даних;
- наслідки згоди;
- види обробки, що можуть застосовуватися;
- інформація може бути зібрана під хибними приводами;
- чи є часові обмеження на зберігання даних;
- вимоги щодо забезпечення безпеки даних;
- вимоги щодо випадків втрати даних;
- які кроки необхідно здійснити, або дозволити, аби пом'якшити наслідки обробки неправдивої інформації;
- відповідальність за протиправне використання інформації, у т.ч. застосування заходів адміністративної та кримінальної відповідальності.

Рівень персональних даних, що охоплюється поняттям «високочутлива інформація» накладає суттєві обмеження на збір, обробку і розкриття інформації, хоча в деяких вкрай обмежених випадках інформація може бути зібрана і використана без згоди особи, зокрема, компетентними державними органами. До такого рівня персональних даних доцільно включити генетичну інформацію, відомості щодо сексуального життя особи, її релігійної приналежності, різного роду інформацію про стан здоров'я особи (наприклад, факти щодо інфекційних захворювань), персональні дані, що стосуються дітей до певного віку (особливо якщо вона збирається через Інтернет), зображення чи відеозаписи щодо поведінки особи у приватній сфері тощо. До цієї ж категорії персональних даних врешті-решт потрапляють результати радіочастотної ідентифікації (RFID), персональні дані пасажирів повітряного, морського та залізничного транспорту, а також результати інших форм відстеження місцезнаходження особи.

Як правило, ці види інформації не можуть бути зібрані без явно вираженої згоди суб'єкта даних, за наявності дійсно переконливих урядових цілей, як-то інтереси національної безпеки або боротьба зі злочинністю, та й то лише в обмеженій кількості випадків. Наприклад, державні органи можуть збирати дані щодо ДНК злочинців, засуджених за деякі види злочинів (передусім статевих), і ця інформація може оброблятися протягом обмеженого періоду часу за допомогою спеціального комп'ютерного забезпечення, відомого як CODIS, з метою розкриття злочинів. Ще одним прикладом збору і обробки такого роду інформації без згоди суб'єкта є обов'язкове розкриття інформації для урядових установ, що здійснюється медичними працівниками щодо інфекційних захворювань.

Однак, якщо суб'єкт даних надає згоду, то обробка та використання такої інформації дозволяється, але тільки в обмежених випадках. Крім того, часто застосовуються тимчасові обмеження на збереження такої інформації, а також висуваються вимоги щодо забезпечення високого рівня безпеки даних. Порушення законів, що стосуються інформації першого рівня, має призводити до цивільної або навіть кримінальної відповідальності.

Другий рівень – чутлива інформація – має охоплювати важливу для суб'єкта інформацію, яка не має такого значного рівня чутливості, як інформація першого рівня. Прикладом такого рівня інформації можуть слугувати дані, що знімаються з каналів зв'язку, деякі види медичної інформації, деякі відомості фінансового характеру (зокрема, інформація про доходи, кредитні зобов'язання тощо),

номери соціального страхування, номери банківських карток та ін. Як правило, така інформація збирається з відома, але без згоди або навіть в разі відмови в наданні згоди з боку суб'єкта.

Обробка та використання інформації другого рівня вимагає менше обмежень порівняно з інформацією першого рівня. Тим не менш, обробка даних цього типу, як і раніше, має бути пов'язана і законною метою. Зокрема, уряд має широкі можливості для отримання інформації другого рівня, навіть без спеціального ордера, як це передбачено американським Патріотичним Актом і Законом про контроль за іноземними розвідками. Крадіжки особистих даних і шахрайське використання зображень вже заборонені законодавчо, навіть якщо інформація збирається на законних підставах.

В умовах обмеження за часом, інформація другого рівня підлягає знищенню після того, як стає непотрібною суб'єкту. Дані вимоги безпеки для другого рівня не є настільки суворими, як для даних першого рівня, хоча цивільна і кримінальна відповідальність за незаконне використання інформації другого рівня теж має бути передбачена. Враховуючи делікатність інформації другого рівня, як і інформації першого рівня, вона має своєчасно знищуватись, а встановлені законом штрафні санкції застосовуватись, навіть якщо наявність фактичних збитків не може бути доведена.

Третій рівень – трохи чутлива інформація – стосується персональних даних, які проходять через третіх осіб і, таким чином, потребують забезпечення належного рівня приватності. Прикладами інформації третього рівня є записи телефонних кампаній та Інтернет-провайдерів про здійснені виклики (але не про зміст цих викликів), інформація про споживчі кредити, електронні бази даних роботодавців, а також зображення людей під час їх перебування у громадських місцях. Ця інформація може бути зібрана і без згоди суб'єкта і його повідомлення про розкриття такої інформації не потрібно. Суб'єкт може зупинити обробку таких даних, якщо вона ведеться неправильно, але правомірна обробка може здійснюватися й без згоди суб'єкта. Уряд має значно більшу свободу для збору такої інформації, іноді навіть без судової санкції.

Щодо даного рівня персональних даних також мають бути передбачені певні обмеження на їх зберігання і знищення, але ці вимоги не повинні бути такими ж суворими, як для персональних даних першого і другого рівнів, слід лише передбачити розумні заходи забезпечення безпеки і знищення даних. Відповідальність за розкриття таких даних має бути, як правило, цивільно-правовою, хоча їх шахрайське використання може тягти і кримінально-правові покарання.

Четвертий рівень – нечутлива інформація – включає персональні, але насправді нечутливі для суб'єкта дані. Прикладами інформації третього рівня є ім'я людини, адреса її електронної пошти, номер її телефону та адреса її місця проживання. У визначених законом випадках нечутлива інформація може збиратися й без згоди особи, але, якщо згода була надана, то відмовитися від неї неможливо.

Хоча більша частина нечутливої інформації і є публічною, проте її збір шляхом введення суб'єкта в оману не дозволяється. Кримінальна відповідальність за розкриття такої інформації, як правило, виключається, за винятком випадків, коли таке розкриття здійснюється для здійснення шахрайства, але цивільно-правова відповідальність цілком припустима з урахуванням характеру завданої шкоди.

Такий підхід до забезпечення інформаційного прайвесі вже отримав відображення у чинному законодавстві багатьох країн світу. Зокрема, принцип пропорційності покладений в основу Федерального закону Німеччини «Про захист персональних даних» (1977 р.), канадського Закону «Про прайвесі» (1983 р.), австралійського Закону «Про прайвесі» (1988 р.), Закону США «Про комп'ютерне шахрайство і зловживання законом» (1994 р.), російського Федерального закону «Про персональні дані» (2006 р.) та ін. Простежується він і в новітньому вітчизняному законодавстві, зокрема, в Законі України «Про захист персональних даних» (2010 р.) [2] та Типовому порядку обробки персональних даних у базах персональних даних [3].

Поступово принцип пропорційності виходить за межі національних кордонів і набуває характеру однієї із засад міжнародно-правового регулювання в інформаційній сфері. Так, врахування «чутливості» інформації вже сьогодні є одним з універсальних принципів юридичного захисту персональних даних в ЄС, зокрема згідно з Директивою № 95/46/ЄС від 24 жовтня 1995 р. «Про захист прав фізичних осіб при обробці персональних даних» [4, с. 227-228].

Яскравим прикладом запровадження принципу пропорційності у практику міжнародного співробітництва щодо забезпечення прайвесі є також рамкова угода про так звану «безпечну гавань», укладена Міністерством торгівлі США з ЄС у 2000 р. Ця угода включає в себе сім базових принципів, що стосуються обробки персональних даних:

1. Повідомлення (notice) – організація зобов'язана інформувати людей про цілі, для яких вона збирає інформацію про них, як зв'язатися з цією організацією з будь-якими питаннями і скаргами. Таке повідомлення має бути здійснено у чіткий і помітний спосіб, перед тим, як звернутися до людини з проханням надати персональні дані.

2. Вибір (choice) – організації повинні надавати людям можливість погоджуватися чи ні на передачу персональних даних третім особам або на її використання в інших цілях, ніж ті, заради яких ці данні збиралися. Для так званих «чутливих» даних (як-то дані про національну чи расову належність, сексуальну орієнтацію, політичні переконання, членство у профспілках тощо) такий вибір має бути явним і формально вираженим.

3. Передача інформації (onward transfer) – організація може розкривати персональні дані третім особам тільки згідно з двома попередніми принципами. Якщо організація не надала людині вибору, оскільки використання інформації цілком узгоджувалося з метою, заради якої вона первісно збиралася, і передає цю інформацію третім особам, то вона має пересвідчитися в тому, що третя сторона забезпечуватиме захист персональних даних на рівні, якого вимагають принципи «безпечної гавані».

4. Безпека (security) – організація, котра збирає, зберігає, використовує чи поширює персональну

інформацію, повинна вживати розумні заходи для забезпечення надійності використання такої інформації, а також для убезпечення від нецільового використання чи втрати даних, від несанкціонованого доступу, розкриття, зміни чи знищення даних.

5. Цілісність даних (data integrity) – організація може обробляти тільки ту особисту інформацію, яка стосується декларованої мети, заради якої вона збиралася. В обсязі, необхідному для таких цілей, організація повинна вживати розумних заходів для того, аби дані були точними, повними й актуальними.

6. Доступ (access) – фізичні особи повинні мати розумний доступ до своїх персональних даних, якими володіє організація, і мати змогу виправити чи змінити інформацію, якщо вона виявиться неточною.

7. Виконання (enforcement) – ефективний захист прайвесі має включати в себе механізми для забезпечення дотримання принципів «безпечної гавані», право відновлювальні заходи для постраждалих фізичних осіб, а також жорсткі заходи відповідальності до організацій, котрі порушили принципи «безпечної гавані».

Названі принципи, фактично, є складовими принципу пропорційності щодо забезпечення інформаційного прайвесі. Проте у подальшому не виключається доповнення даного переліку іншими складовими пропорційності, що випливатимуть з нових викликів інформаційному прайвесі, породжених науково-технічним прогресом і розвитком інформаційних технологій.

Загалом, проведене дослідження дає змогу зробити наступні висновки:

Неефективність концепцій Прайвесі 1.0 і Прайвесі 2.0 на сучасному етапі – в епоху комп'ютерних технологій – є цілком очевидною і вже не може бути предметом серйозних дискусій. Єдине питання, яке залишається в даному контексті – яким має бути зміст нової концепції забезпечення недоторканності приватного життя – Прайвесі 3.0.

Розвиток національного і міжнародного права у сфері захисту персональних даних переконливо доводить, що наступним теоретичним конструктом прайвесі має бути такий, що ґрунтується на принципі пропорційності – відповідності, співмірності між обсягом і якістю тих суспільних послуг, які отримує особа, та мірою втручання у приватне життя, на яку йде особа заради отримання цих послуг.

З метою забезпечення справжньої пропорційності персональні дані мають розподілятися на чотири категорії: високочутлива, чутлива, трохи чутлива і нечутлива. Кожній з категорій має відповідати особливий порядок доступу, обробки, зберігання інформації, а також вид і міра юридичної відповідальності за порушення встановлених правил. Звісно, з плином часу видове наповнення кожної з категорій персональних даних змінюватиметься, однак принципові підходи до поводження з ними мають зберігатися сталими. У такий спосіб вдасться не тільки збалансувати інтереси особи, суспільства і держави, але й забезпечити поступальний розвиток інформаційного законодавства в умовах глобалізації, зростання транскордонного інформаційного обміну та бурхливого розвитку комп'ютерних технологій.

Більш детальний аналіз кожної з чотирьох груп персональних даних за рівнем їх „чутливості" є перспективним напрямком подальших наукових пошуків у даній сфері, що може надати міцний фундамент для удосконалення чинного законодавства щодо інформаційного прайвесі.

**ЛІТЕРАТУРА:**

1. *Serwin A. B.* Privacy 3.0 – the principle of proportionality / A. B. Serwin // University of Michigan journal of law reform. – 2009. – Vol. 42. – P. 869-921.

2. *Закон України* «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 р. № 2297-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 34. – Ст. 481.

3. *Типовий* порядок обробки персональних даних у базах персональних даних, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 30 грудня 2011 р. № 3659/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 3. – Ст. 148. – Ст. 104.

4. *Серьогін В.О.* Право на недоторканність приватного життя (прайвесі) у конституційно-правовій теорії та практиці: моногр. / В.О. Серьогін. – Х.: ФІНН, 2010. – 608 с.

5. *International* Safe Harbor privacy principles [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ita.doc.gov/td/ecom/shprin.html

УДК 342.2 (477)

# УКРАЇНА ЯК СОЦІАЛЬНА ДЕРЖАВА: СУЧАСНЕ РОЗУМІННЯ ТА ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

**Кушніренко О. Г.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри конституційного права України
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** Досліджується дія принципу соціальної держави в різних державах світу і в Україні. Особлива увага звертається на існуючі в Україні проблеми, які ставлять під сумнів соціальний характер української державності.
***Ключові слова:*** соціальна держава, соціальна політика, напрямки соціальної політики, система соціального забезпечення, соціальна програма.

***Аннотация:*** Исследуется действие принципа социального государства в разных странах мира и в Украине. Особое внимание обращается на существующие в Украине проблемы, которые ставят под сомнение социальный характер украинской государственности.
***Ключевые слова:*** социальное государство, социальная политика, направления социальной политики, система социального обеспечения, социальная программа.

***Annotation:*** The effect of the principle of the social state in different countries and in Ukraine. Particular attention is drawn to the existing problems in Ukraine, which cast doubt on the social character of the Ukrainian state.
***Key words:*** welfare state, social policy, social policy, social security, social program.

---

Безпека суспільства, і частково держави, забезпечується такою політикою держави, завдяки якої в суспільстві не виникають протиріччя, соціальні конфлікти, насильство, міжнаціональна чи класова боротьба. В ідеалі ця політика повинна в першу чергу базуватися на соціальній справедливості, яка б забезпечувала мирне співіснування різноманітних верств населення, класів, націй і навіть народів. Для того, щоб держава успішно виконувала цю свою функцію і навіть історичну місію, вона повинна бути демократичною, правовою і соціальною.

У науковій літературі досить багато уваги приділялося дослідженню проблем демократичної, правової, соціальної держави [1], але певні аспекти і сьогодні потребують більш ретельного підходу до юридичної природи, змісту та її призначення в сучасному світі.

У зв'язку із вищевказаним метою даної статті є більш прискіпливе вивчення окремих і важливих аспектів України, яка на конституційному рівні задекларувала себе соціальною державою, та показати на існуючі в державі проблеми, які заважають в проведенні державою активної соціальної політики, що ставить під сумнів соціальний характер української державності.

Чинна Конституція України в ст.1 закріпила положення, згідно із яким Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою [2]. По своїй суті та навантаженню вказані терміни є принципами конституційного ладу України. Для кращого розуміння проблематики вважаємо за необхідне дати стисле пояснення цього конституційного припису. Звісно, Україна є суверенною і незалежною і жодного сумніву в цьому не виникає. Вона є демократичною державою, оскільки цілий ряд ознак свідчать про такий характер. Це і незалежність влади народу, і виключне право народу визначати й змінювати конституційний лад, і періодичні, конкурентні, вільні вибори в органи влади та органи місцевого самоврядування та багато інших.

Що стосується правової держави то вважати Україну правовою державою де-факто не можна, оскільки не діє принцип верховенства права та відсутні й інші ознаки, які дають підстави вважати державу правовою.

Слід зазначити, що вищевказані принципи досить давно і добре досліджені в літературі [3], а тому виходячи із теми дослідження звернемо основну увагу на соціальний характер державності. Як правило, в науковій літературі і на побутовому рівні вживається словосполучення «соціальна і правова держава». Ці терміни, звичайно, не є тотожними, але в реальній дійсності застосовуються разом, оскільки, на наше глибоке переконання, вони не є взаємовиключними. Адже сучасна соціальна держава завжди є правовою і навпаки. Це можна пояснити насамперед тим, що сутності сучасної демократичної держави відповідає не тільки правова, але й соціальна форма. Якщо сутнісним змістом правової держави є захист свобод людини від обмежень із боку держави, то соціальна держава, навпаки, передбачає активну політику з метою забезпечення права, яке можна визначити як право на гідне існування [4]. З цим твердженням важко не погодитися. Слід також зазначити, що на початку XX століття ідею правової соціальної держави висунули В. Соловйов та П. Новгородцев [5]. Лише через декілька десятиліть ця ідея була сприйнята та розвинена західною політологією. Перші ознаки соціальної держави можна спостерігати іще з кінця XIX століття, коли в деяких європейських державах уряди стали робити перші спроби боротьби з бідністю. Першою державою, в якій були прийняті соціальні закони, що передбачали страхування за старістю, хворобою, а також встановили пенсії за старістю був не Радянський Союз, як це вважає багато людей, а

*© Кушніренко О.Г., 2012*

Німеччина. У США такими кроками до створення соціальної держави стали соціальні реформи В. Вільсона. Президент закликав відмовитися від підходу до держави тільки як до «нічного сторожа», завдання якої – охорона власності. На його думку, активна діяльність держави в соціально-економічній сфері може стати основою загального добробуту [6]. Крім того, основні напрями соціальної політики США були визначені Ф. Рузвельтом, його програмою виходу держави з глибокої економічної кризи 1929-1933 рр.

Після закінчення Другої світової війни ідеї соціалістичної перебудови суспільства були досить популярними, а тому політики буржуазних держав і вчені все частіше підіймали питання про те, що багаті повинні поділитися частиною своїх багатств із бідними, інакше можуть все втратити самі. Такі острахи дійсно мали під собою підґрунтя, оскільки держави досить часто діяли в інтересах крупних промислових і фінансових корпорацій та їх роль як органа всього суспільства, послаблювалась. У результаті, як писав Г. Мальцев, держава нерідко протистояла основній масі населення, викликаючи з його сторони негативне відношення, що призводило до конфронтації, класової боротьби і прагненню народу розвалити таку корумповану державу [7, с. 53-58].

Особливо хотілось би підкреслити, що будь-яка держава тою чи іншою мірою виконує соціальні функції і має певні соціальні ознаки. В той же час це зовсім не свідчить про те, що така держава є соціальною. Ми притримуємося думки, що термін «соціальна держава» покликаний підкреслити здатність сучасної держави здійснювати соціальну політику, а саме: забезпечувати максимальну трудову зайнятість населення, створити систему охорони здоров'я, освіти, нормальні умови життя пенсіонерів, непрацездатних, безробітних, малозабезпечених сімей тощо.

Соціальна політика в сучасних демократичних державах має пріоритетне значення, і кінцевою метою такої соціальної політики слід вважати досягнення стабільності й безпеки життя в суспільстві, цілісності й динамізму його розвитку, забезпечення достатніми матеріальними, фінансовими, організаційними, правовими та іншими ресурсами, їх подальшого вдосконалення. В кінцевому рахунку мова йде про створення умов для спокійного життя громадян, їх віри в завтрашній день.

Соціальна держава – це держава, яка прагне до забезпечення кожній людині гідних умов існування, прав на соціальний захист, бере на себе відповідальність за створення соціальних гарантій. Діяльність соціальної держави базується на ряді важливих принципів, до яких слід віднести: соціальну справедливість, соціальну безпеку, соціальні гарантії прав людини, принцип гуманних умов життя.

Надзвичайно важливою умовою існування соціальної держави є її реальна здатність виробити і втілити в життя відповідну соціальну політику. Напрямки такої політики є загальновизнаними і добре відомими, а тому лише вкажемо на деякі із них. Звичайно, це: наукове прогнозування розвитку економіки, динаміки населення, розробка відповідних планів-прогнозів тощо; стимулювання розвитку приватного підприємства, особливо малого і середнього бізнесу; перерозподіл матеріальних ресурсів між регіонами, недопущення масової, стихійної міграції населення в найбільш розвинуті й забезпечені райони; регулювання рівня життя різноманітних верств населення за допомогою податків, надання всебічної підтримки найбільш незахищеним верствам населення; реалізація разових заходів та соціальних державних програм, які розробляються, затверджуються, реалізуються та фінансуються державою; та ряд інших, не менш важливих соціальних напрямів.

Якщо розглядати соціальну політику України саме з цієї точки зору, то висновок є дещо суперечливим. Безумовно, в Україні затверджені і діють відповідні соціальні програми. Їх безліч і багато з них діють вже більше 10 років. Але їх не можна вважати дієвими. Наукове прогнозування розвитку економіки не ефективне, чисельні важливі реформи ще не показали свою результативність. Існують серйозні проблеми з проведенням оптимальної податкової політики, дотаціями, субвенціями, пільговими кредитами. З труднощами відбувається розвиток приватного підприємництва, боротьба з монополізмом в економіці та нечесною конкуренцією майже не ведеться. Пільги надаються не завжди тим, хто їх потребує. До того ж відсутній якісний облік таких осіб. Сам перелік пільг дуже великий, а витрати держави настільки вражаючі, що вони не можуть бути надані всім громадянам, які згідно із чинним українським законодавством мають не це право. У зв'язку з цим хотілось би зауважити, що Конституційний Суд України прийняв досить велику кількість рішень із самих різноманітних питань, що стосуються природи соціальної держави [8]. Своїми правовими позиціями Суд підкреслив значущість тих соціальних цінностей, які є базовими в діяльності України як соціальної держави. В той же час Суд своїм рішенням від 25.01.2012 №3-рп/2012 по суті відійшов від своєї попередньої позиції, ухваливши, що солідарної ринкової економіки (тобто створення сприятливих умов включення до ринкових відносин усіх верств населення); соціальної демократії (тобто поєднання громадянського самоврядування з представницькою демократією) та соціальної етики (тобто орієнтації на досягнення згоди, взаємодії на підставі визнання автономного права кожної людини захищати свою гідність). Отже, соціальна правова держава виявляється найбільш справедливою сучасною формою взаємо організації громадянського суспільства і політичної організації, до якої прагнуть цивілізовані країни.

При проведенні соціальної політики обов'язково постає питання про соціальні пріоритети, тобто про завдання, які повинні вирішуватися першими на даному етапі. Цей вибір пріоритетів, як правило, відбувається на фоні зіткнення інтересів різноманітних груп населення чи регіонів. Соціальна політика як раз і передбачає визначення найважливіших напрямків розвитку суспільства, вирішення самих актуальних і гострих завдань, які попереджають соціальну напругу в суспільстві та можливі конфлікти.

Залежно від форм власності на матеріальні й фінансові ресурси в соціальній сфері, від участі чи неучасті в соціальній діяльності держави недержавних організацій та інших критеріїв, держави можуть здійснювати свою соціальну діяльність по-різному. Наприклад, залежно від форм власності соціальні держави можуть бути поділені на держави, які базуються на державній формі власності на основі соціальних ресурсів, і держави, які засновані на державній та приватній формах власності, що є рівноправними.

У державах із державною власністю на всі матеріальні та фінансові ресурси, які знаходяться в соціальній сфері, соціальне забезпечення здійснюється за рахунок єдиного державного бюджету до всього населення. Такі фінансові ресурси розподіляються централізовано між районами, різноманітними групами населення. В даному випадку мова йде про пенсійне забезпечення, інші соціальні виплати, надання житла тощо. Така система соціального забезпечення властива, насамперед, для держав з неринковою економікою, коли сама держава бере на себе обов'язок турбуватися про соціальні потреби громадян. При цьому обсяг та якість соціального забезпечення різноманітних категорій громадян залежать від їх посадового стану, соціального статусу та інших критеріїв. Майже класичним прикладом в цьому відношенні є наша держава. Виняток полягає лише в тому, що Україна визнана державою з ринковою економікою. В інших відношеннях спостерігається надмірне державне втручання в соціальну сферу і бажання задовольнити в цьому сенсі майже всіх громадян України.

Інша справа й результати спостерігаються в державах із ринковою економікою та існуванням різноманітних форм власності. Соціальна функція таких держав націлена на соціально малозабезпечені верстви населення. Це звичайно інваліди, непрацездатні громадяни, багатодітні родини, сироти, безробітні. Інші соціальні верстви населення самостійно вирішують свої соціальні питання і за допомогою до держави не звертаються. Втім, існує невелика кількість держав, наприклад, скандинавські держави, які надають значну соціальну допомогу не лише вищевказаним категоріям населення, а й іншим – пенсіонерам, студентам, працюючим громадянам та ін. На сьогодні, в період нової хвилі економічної та фінансової кризи в таких державах спостерігаються серйозні проблеми із виконанням перед громадянами своїх соціальних зобов'язань. Греція, Італія, Португалія та деякі інші держави Євросоюзу наблизилися до вкрай небезпечної у всіх відношеннях межі, коли постали перед загрозою оголошення фінансового дефолту, можливого виходу із зони євро тощо. Звичайно, що питання скорочення соціальних витрат для всіх категорій населення для таких країн вже є реальністю. Питання вже полягає, на наш погляд, в тому, чи зможуть такі країни, після виходу із цієї небаченої за розмахом і глибині кризи зберегти чи повернутися до статусу соціальної держави. Спокуса відмовитися від надто обтяжливих соціальних зобов'язань перед населенням і в таких величезних розмірах, а також нова економічна реальність, яка настане після подолання наслідків економічної, фінансової, банківської кризи може бути більш реальною, аніж бажання вважатися серед інших держав державою соціальною.

Згідно з розподілом повноважень у вирішенні соціальних питань соціальні держави поділяються на держави, в яких всі повноваження в соціальній сфері належать центральним державним органам і на ті, в яких повноваження розподілені між центральними та місцевими органами (у федеративних державах також і між суб'єктами федерації).

У першому випадку вирішення соціальних проблем характеризується тим, що місцеві органи не беруть участь у вирішенні питань соціального забезпечення, виконуючи при цьому рішення центральних органів, які самостійно визначають суми видатків і відповідні сфери із державного бюджету. В іншому випадку й місцеві органи влади (суб'єкти федерації) мають певні повноваження у вирішенні соціальних проблем. Це можливо у тих випадках, коли останні мають право формувати і розподіляти власні бюджети.

Залежно від участі в соціальній діяльності держави недержавних організацій соціальні держави поділяються на держави, в яких така участь має місце або не має. В першому випадку фінансування соціальних програм окрім державного і регіональних бюджетів здійснюють й недержавні організації: різноманітні фонди, громадські організації тощо. Як правило, це забезпечення медичного обслуговування, соціальне страхування, надання матеріальної допомоги малозабезпеченим людям, фінансування житла для безхатченків, притулків для сиріт та інші форми соціального забезпечення населення.

У другому випадку недержавні організації на постійній основі не беруть участі у вирішенні соціальних питань. Соціальні проблеми вирішуються лише державою за рахунок державного бюджету.

У країнах із неринковою економікою установи соціальної сфери можуть бути не тільки державними, але і знаходитись на балансі державних підприємств і організацій, що по суті не змінює державну форму власності соціальної сфери.

Звичайно, вказана відмінність соціальних держав в певній мірі є умовною, адже в кожному із вказаних вище видів можуть бути присутні й елементи інших видів. Можливий поділ на види й за іншими підставами. Втім не можна ігнорувати той факт, що сучасні соціальні держави багато в чому відрізняються одна від одної за формами, методами і характером соціальної діяльності, що дає достатньо підстав для їх класифікації.

Особливо також хотілось би підкреслити, що сама по собі соціальна держава не може виникнути й існувати поза зв'язків із економічними, правовими, соціальними, культурними та моральними умовами, які існують в державі. Наявність багатоукладної економіки, рівність всіх форм власності, наявність розвинутого громадянського суспільства, високий рівень культури населення (політичної, правової, загальної), досконале законодавство, застосування загальнолюдських принципів справедливості, гуманізму, рівності, свободи особи та поваги до її прав є реальним підгрунтям для визнання такої держави соціальною. Багато із необхідних для соціальної держави умов в нашій державі або носять декларативний характер або взагалі відсутні. То чи

можна в такому випадку Україну вважати соціальною державою де-факто?

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Яков'юк І.В.* Соціальна і правова держава: співвідношення понять // Державне будівництво та місцеве самоврядування: зб. наук. праць – Х., 2001. – Вип.1.
2. *Конституція* України. К., Право, 2011.
3. *Юрій М.Ф.* Правова і соціальна держава. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ebk.net.ua/Book/political_science/uriy_politologiya/part4/905.htm
4. *Правова* і соціальна держава. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://politics.ellib.org.ua/pages-91.html
5. *Мальцев Г.В.* Право и экономическая власть / Г.В. Мальцев // Правовое государство, личность, законность. – М., 1997. – С. 53-58.
6. *Рішення* Конституційного Суду України від 25.01.2012 №3-рп/2012 у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України.

УДК 342. 565. 3

# ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ СТАТУСУ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ І ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

**Летнянчин Л. І.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права України
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

**Бондарчук І. В.,**
начальник Сімферопольського
міського управління юстиції

***Анотація:*** Статтю присвячено дослідженню рішень Конституційного Суду України у справах про об'єднання громадян та їх ролі в конституціоналізації статусу політичних партій та громадських організацій. У статті подано аналіз правових позицій Конституційного Суду України з питань правового регулювання, правил реєстрації, правового статусу громадських організацій і політичних партій у справах про конституційність Закону про політичні партії 2001 року і окремих положень українського законодавства про об'єднання громадян.
***Ключові слова:*** правові позиції Конституційного Суду України, об'єднання громадян, право на свободу об'єднання, громадські організації, політичні партії, правовий статус, громадянське суспільство.

***Аннотация:*** Статья посвящена исследованию решений Конституционного Суда Украины по делам об объединениях граждан и их роли в конституционализации статуса политических партий и гражданских организаций. В статье анализируются правовые позиции Конституционного Суда Украины по вопросам правового регулирования, правил регистрации, правового статуса общественных организаций и политических партий в делах о конституционности Закона о политических партиях 2001 года и отдельных положений украинского законодательства об объединениях граждан.
***Ключевые слова:*** правовые позиции Конституционного Суда Украины, объединения граждан, право на свободу объединения, общественные организации, политические партии, правовой статус, гражданское общество.

***Annotation:*** The article deals with the Constitutional Court of Ukraine for the Associations of citizens and their role in the constitutionalization status of political parties and civic organizations. This article analyzes the legal position of the Constitutional Court of Ukraine on legal regulation, registration rules, the legal status of NGOs and political parties in cases involving the constitutionality of the law on political parties in 2001, and certain provisions of Ukrainian law on associations of citizens.
***Key words:*** legal position of the Constitutional Court of Ukraine, citizens' associations, the right to freedom of association, non-governmental organizations, political parties, the legal status of a civil society.

---

На сьогоднішній день Конституційним Судом України прийнято шість рішень, які безпосередньо стосуються нормативно-правових актів з регламентації діяльності громадських організацій та політичних партій. Серед них – перше рішення Конституційного Суду України, яке присвячене визначенню конституційності актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим у справі про об'єднання громадян в Автономній Республіці Крим від 03 березня 1998 р., друге – визначенню поняття «професійна спілка, що діє на підприємстві» у справі про профспілку, що діє на підприємстві від 29 жовтня 1998 р., третє – визначенню конституційності положень Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» у справі про свободу утворення профспілок від 18 жовтня 2000 року, четверте – визначенню конституційності положень Закону України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» від 13 грудня 2001 р. у справі про молодіжні організації, і два останніх – визначенню

© *Летнянчин Л.І, Бондарчук І.В., 2012*

конституційності положень Закону України «Про політичні партії в Україні»: у справі про утворення політичних партій в Україні від 12 червня 2007 р. та у справі про утворення та реєстрацію партійних організацій від 16 жовтня 2007 р.

Аналіз практики Конституційного Суду України показує, що в його рішеннях спостерігаються спроби визначити правову природу політичної партії як особливу форму об'єднання громадян, що виступає своєрідним посередником між громадянським суспільством і державою.

Так, вихідним положенням у визначенні правових позицій Конституційного Суду України стало визнання подвійної правової природи політичної партії – владно-правової та суспільно-правової. Як відзначається у рішенні по справі про утворення політичних партій в Україні, політичні партії забезпечують участь усіх громадян України в політичному житті суспільства, впливають на державну владу, беруть участь у формуванні органів влади і контролі за їх діяльністю. Таким чином, політична партія при здійсненні своєї діяльності безпосередньо пов'язана із організацією та функціонуванням публічно-правової або політично-правової влади. Іншими словами, правовий статус політичної партії, передусім, включений у процес здійснення владних повноважень, тобто має владно-публічний характер. Але ж з іншого боку, політична партія має розглядатися і як інститут громадянського суспільства. Нормативним вираженням цього виступають норми Закону України «Про політичні парті в Україні», що передбачають необхідність підтримки створення політичної партії підписами не менше десяти тисяч громадян України (ст. 10). Це, за виразом Конституційного Суду України «є запорукою втілення конституційних засад діяльності однієї з форм громадянського об'єднання»[1].

Слід наголосити, що подвійність правової природи політичної партії має й конституційно-правове підґрунтя. Насамперед, приналежність політичної партії до громадських об'єднань передбачає поширення на неї як загальних принципів, визначених в Основному Законі країни, так і принципів об'єднань громадян, конкретизованих у поточному законодавстві. Хотілося б звернути увагу на той факт, що в більшості європейських країн конституційно-правовий статус громадських організацій та політичних партій визначається низкою норм перших розділів конституцій, які безпосередньо не містять положень про громадські організації чи політичні партії. Не є виключенням з цього Основний Закон України. Так, в Конституції України це – визнання політичної та ідеологічної багатоманітності (ч. 1 ст. 15), заборона на встановлення будь-якої ідеології як обов'язкової (ч. 2. ст. 15), гарантування свободи політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України (ч. 4 ст. 15), проголошення рівності усіх об'єднань громадян перед законом (ч. 5 ст. 36), передбачення судового порядку заборони діяльності об'єднань громадян (ч. 4 ст. 37). Таким чином, взаємозв'язок конституційних норм дозволяє виявити спільні елементи конституційно-правового регулювання громадських організацій і політичних партій, які органічно виписуються в поточному законодавстві України (самоврядування, законність, гласність тощо).

Крім того, ставлення Конституційного Суду до політичної партії як до однієї з форм громадського об'єднання узгоджується із законодавчим визнанням особливостей регулювання її правового статусу. Той факт, що основною метою об'єднання громадян у політичні партії є сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, обумовлює потребу у додатковому врегулюванні правового статусу політичних партій шляхом встановлення нормами Закону процедури їх створення, порядку державної реєстрації та контролю за їх діяльністю [2].

Конституція України встановлює засади правового порядку в Україні, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством (ч. 1 ст. 19), забороняє утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення (ч. 1 ст. 37), і допускає можливість обмеження права громадян на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (ч. 1 ст. 36).

Допустимість цих обмежень визнається Міжнародним пактом про громадянські та політичні права 1966 р. (ст. 22), який встановлює, що користування свободою асоціації «не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними у демократичному суспільстві в інтересах державної чи громадської безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб» [3]. Проголошене Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ст. 11) право кожного на свободу мирних зібрань та на свободу об'єднання також не підлягає жодним обмеженням за винятком вищевказаних випадків [4].

Оскільки відповідно до Конституції України утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3), які визначаються виключно законами України (п. 1 ч. 1 ст. 92), встановлення правових основ реалізації громадянами права на об'єднання у політичні партії та громадські організації є водночас правом і обов'язком українського законодавця. Але нормативно-правове регулювання згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, викладеною у рішенні від 12 червня 2007 р., не повинно звужувати обсяг конституційних прав на свободу об'єднання, а також унеможливлювати реалізацію права кожного на прояв своєї політичної позиції.

Оцінюючи положення Закону, якими унормована процедура реєстрації політичних партій, на відповідність Конституції України і міжнародно-

правовим актам, визнаними в Україні, Конституційний Суд України враховує і позицію Венеціанської комісії, викладену у висновку, затвердженому на 41- му пленарному засіданні 10-11 грудня 1999 року, згідно з якою «практика, що існує у низці європейських держав, котра вимагає реєстрації політичних партій, навіть якщо її розглядати як обмеження права на свободу асоціації і свободу висловлення думки, сама по собі не є порушенням права громадян на свободу об'єднання» [5].

Відносно Закону України «Про політичні партії в Україні» Конституційний Суд висновує, що, унормувавши процедуру утворення політичних партій і встановлення механізмів контролю за їх діяльністю, Закон не скасував і не звузив змісту, обсягу і сутності права громадян на свободу об'єднання у політичні партії, не створив перешкод, які унеможливили б реалізацію права на свободу об'єднання будь-ким із повнолітніх громадян України, не позбавлених права голосу незалежно від соціального статусу, релігійних переконань тощо [6].

Аналіз зарубіжної практики свідчить про те, що конституційне законодавство більшості сучасних держав передбачає різного роду обмеження цієї свободи шляхом заборони утворення і діяльності тих чи інших видів об'єднань громадян; визначення вимог, що пред'являються до статутних і програмних документів партій, громадських організацій, їх структурної організації; встановлення державного контролю над процесом їх утворення, фінансовою діяльністю, статутною діяльністю; надання відповідним державним органам права вносити подання про зупинення та припинення діяльності політичних і громадських об'єднань у судовому порядку.

Приміром, конституції деяких країн, таких, як Франція (ст. 4), Італія (ст. 49), закріплюють загальне правило для політичних партій і об'єднань дотримуватись принципів демократії або діяти демократичним шляхом. Вимоги інших конституцій більш конкретні, як наприклад ст. 21 Основного Закону Німеччини, що гарантує свободу створення політичних партій, але передбачає, що «їх внутрішня організація має відповідати демократичним принципам» [7, с.135]. За схожим принципом ст. 6 Конституції Іспанії встановлює обов'язок політичних партій мати демократичну внутрішню структуру і відповідно функціонувати [8, с.203]. У зв'язку з такою конституційною практикою європейських країн цілком обґрунтованою видається думка В.В. Лемака: «Поширена в Україні точка зору, що наведені питання повинні знаходитися за межами предмета законодавчого регулювання, не відповідають європейській конституційній традиції» [9, с. 20]. «Крім того, в умовах молодої нестійкої демократії, – наголошує Г.В. Берченко, – Конституція України мала б більш чітко визначити демократичні цінності, на які б в подальшому орієнтувався законодавець» [10, с. 109].

Сучасне конституційно-правове регулювання не може орієнтуватися на принцип безмежного здійснення політичних прав, оскільки право, не обмежене ніякими рамками, суперечило б самій ідеї конституційної держави, означало б ігнорування принципу конституційності громадських організацій та політичних партій. Доречно наголошує Д.О. Малий: «Само по собі встановлення загальнообов'язкових правил є способом погодження дій невизначеного кола осіб, підпорядкування їх спільним інтересам, умовою їх мирного співіснування» [1, с. 120]. Тому гарантією стійкості конституційного ладу і мирного співіснування його основних інститутів, таких, як громадські організації та політичні партії, виступає визначений у нормах права певний порядок їх утворення і діяльності. У свою чергу виключення зі сфери конституційно-правового впливу організації діяльності зазначених інститутів громадянського суспільства фактично означало б порушення основних принципів правової держави. Ба більше, наслідуючи думці видатного дослідника в сфері партійного права Ю.А. Юдіна, підкреслимо, що жодна сучасна конституція не може виключити з предмета свого регулювання політичні партії та громадські організації, не ризикуючи залишитися в значній своїй частині фіктивною [12, с. 24].

Отже, конституційно-правове регулювання громадських організацій та політичних партій не слід розглядати як створення своєрідного примусу з боку держави по відношенню до них. Це регулювання обумовлено багатьма факторами взаємозв'язку конституційного права і політичних інститутів, в тому числі необхідністю встановлення меж здійснення політичних прав. Водночас встановлення меж здійснення політичних прав не є їх звуженням. Ці межі мають відігравати роль не засобу обмеження прав і свобод людини, а бути інструментами, які забезпечують здійснення останніх в повній відповідності до конституційного змісту невід'ємного права людини на об'єднання.

Інша річ, коли окремі положення чинного вітчизняного законодавства не завжди узгоджуються із встановленими Основним Законом країни конституційними стандартами, що неминуче позначається на виникненні у сфері конституційно-правового регулювання громадських організацій та політичних партій додаткових протиріч і прогалин.

Так, у рішенні від 13 грудня 2001 р. № 1-43/2001 Конституційний Суд із посиланням на принцип правової держави – невтручання як в реалізацію громадянами права на свободу об'єднання, так і в діяльність самого об'єднання, вказав на ключову складову конституційно-правового регулювання громадських об'єднань. У цьому рішенні Суд визнав, що положення абзацу 4 статті 2 Закону України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» порушує конституційний принцип багатоманітності суспільного життя, оскільки закріплює виключний монопольний статус однієї зі спілок відповідних об'єднань громадян. До того ж, на думку Суду, законодавче передбачення об'єднання більшості легалізованих молодіжних та дитячих громадських організацій не відповідає конституційному положенню про свободу об'єднання. Фактичне об'єднання більшості таких організацій можливе, але має відбуватися поза державним регулюванням виключно на підставі реалізації громадянами права на свободу об'єднання, тобто на основі вільного волевиявлення членів цих громадських організацій.

Як видно з даного рішення, Конституційний Суд України захистив не тільки свободу діяльності громадських організацій, але й свободу їх утворення. Можливості для громадян вільно об'єднуватись у громадські організації, утворювати організації зі статусом юридичної особи з тим, щоб діяти колективно з метою реалізації і захисту своїх спільних інтересів, – одна з необхідних і найбільш важливих складових права на об'єднання, без чого це право позбавлялось би сенсу. Тому Конституційний Суд України небезпідставно відстоює таку позицію.

На важливості такої ознаки громадських об'єднань, як їх рівноправності і рівності перед законом було наголошено Конституційним Судом України в контексті вирішення справи про профспілку, що діє на підприємстві. Так, Суд установив, що зі змісту частини третьої статті 36 Конституції України випливає, що всі професійні спілки, які утворені і діють згідно з їх статутами на підприємствах, в установах, організаціях, мають гарантовані Конституцією України рівні права для захисту трудових і соціально-економічних прав та інтересів своїх членів, в тому числі й для надання згоди на розірвання трудового договору з працівником – членом професійної спілки відповідно до Кодексу законів про працю України [13]. Позиція Суду, незважаючи на неоднозначність практики, полягала в тому, що повноваження професійної спілки, що діє на підприємстві, надавати попередню згоду на звільнення працівника з роботи з ініціативи власника або уповноваженого ним органу залежить, передусім, не від того, чи є така профспілка стороною колективного договору, угоди, а від того чи є членом цієї профспілки працівник. До речі, ця позиція узгоджується і з принципом діяльності громадських формувань, відповідно до якого належність чи неналежність до об'єднання громадян не може бути підставою для обмеження прав і свобод або для надання державою будь-яких пільг і переваг.

В основу вирішення справи про профспілку, що діє на підприємстві Конституційним Судом України був покладений конституційний принцип рівності усіх об'єднань громадян перед законом, що є дуже важливим у сучасних умовах традиційно нерівного відношення до громадських об'єднань не тільки з боку органів виконавчої влади різних рівнів, але й з боку органу законодавчої влади в Україні. Зауважимо, що доцільність законодавчого врегулювання статусу громадських організацій та політичних партій не може вирішуватися Конституційним Судом України, про що було наголошено ним самим у контексті вирішення справи про свободу утворення профспілок [14].

Одним із ключових положень правових позицій Конституційного Суду України у сфері реалізації права громадян на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації є те, що право на свободу об'єднання визнається Судом одним з основних політичних прав громадян [15]. Ця позиція будується на конституційній конкретизації права на свободу об'єднання. Тож, незважаючи на те, що Конституція України ґрунтується на положеннях міжнародних договорів, особливістю вітчизняного конституційно-правового регулювання права на свободу об'єднання є виокремлення політичної складової з універсального змісту цього основоположного права людини.

Так, у контексті змісту положення ст. 36 Конституції України обумовлюється потреба в більш предметному у порівнянні з іншими об'єднаннями громадян правовому регулюванні порядку утворення, діяльності і внутрішнього устрою саме політичних партій. Адже, в основі наявності конституційного визнання особливостей правового статусу політичних партій лежить право українського законодавця встановлювати у розвиток конституційних положень про право на свободу об'єднання – додаткові вимоги зі створення та організації діяльності політичних партій.

У свою чергу, свобода об'єднання Конституційним Судом України розуміється як правова і фактична можливість добровільно, без примусу чи попереднього дозволу утворювати об'єднання громадян або вступати до них [16].

Оскільки ні в Конституції України, ні в поточному українському законодавстві, не міститься поняття свободи об'єднання, то наведена позиція Конституційного Суду України формує важливе підґрунтя для змістовного наповнення категорії «право на свободу об'єднання».

В цілому на сучасному етапі розвитку українського законодавства про громадські організації та політичні партії важко переоцінити роль правових позицій Конституційного Суду України. Серед численних законодавчих прогалин, суперечностей та невідповідностей розрізнених нормативно-правових актів про об'єднання громадян, рішення Конституційного Суду України стають провідним джерелом правового регулювання діяльності громадських організацій та політичних партій. Вони мають величезне значення у сфері реалізації невід'ємного права на об'єднання, оскільки надають конституційно-правовому регулюванню послідовності та системності.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частини другої, частин п'ятої, шостої статті 11, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI «Заключні положення» Закону України «Про політичні партії в Україні» (справа про утворення політичних партій в Україні) від 12 червня 2007 року № 2-рп/2007 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 54. – Ст. 2183, С. 90.
2. Так само.
3. *Міжнародний пакт* про громадянські і політичні права: Міжнародний договір ООН від 16.12.1966 // Відомості ВР СРСР. – 1976. – № 17. – Ст. 291.
4. *Конвенція* про захист прав людини і основоположних свобод: Рада Європи від 04.11.1950 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – С. 270.
5. *Положення* про заборону та розпуск політичних партій та аналогічні заходи (Ошсіеііпез оп РгоЬіЬііоп апсі Біззоіиіюп оґ Роїііісаі Рагіїез апіі Апа1о§ош Меазигев) СБІЖР(2000)001. Прийнято Венеціанською комісією на 41-му Пленарному засіданні (Венеція, 10-11 грудня 1999 року) [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http: // www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000/001-rus.asp)
6. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності)

положень частини першої статті 10, пункту 3 частини другої, частин п'ятої, шостої статті 11, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI «Заключні положення» Закону України «Про політичні партії в Україні» (справа про утворення політичних партій в Україні) від 12 червня 2007 року № 2-рп/2007 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 54. – Ст. 2183. – С. 90.

7. *Основной Закон* Федеративной Республики Германии от 23 мая 1949 г. // Конституции зарубежных стран: сборник; сост. В.Н. Дубровин. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 128-172.

8. *Конституция* Испании от 27 декабря 1978 г. // Конституции зарубежных стран: сборник; сост. В.Н.Дубровин. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 202-239.

9. *Лемак В.* Політичні партії як інститут громадянського суспільства: проблеми правового регулювання в Україні / В. Лемак // Право України. – 2010. – № 7. – С. 18-23.

10. *Берченко Г.В.* Конституційні засади громадянського суспільства в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Берченко Григорій Валерійович. – Х., 2011. – 219 с.

11. *Малый Д. А.* Конституционное право на объединение в Российской Федерации: вопросы теории и практики / Д. А. Малый. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 431 с.

12. *Юдин Ю. А.* Политические партии и право в современном государстве / Ю. А. Юдин. – М.: Форум-Инфра-М. – 1998. – 288 с.

13. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за зверненням Вільної профспілки працівників метрополітенів України щодо офіційного тлумачення поняття «професійна спілка, що діє на підприємстві, в установі, організації», використаного в абз. 6 ч. 1 ст. 43-1 Кодексу законів про працю України (справа про профспілку, що діє на підприємстві) від 29 жовтня 1998 року № 14-рп/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 45. – С. 56.

14. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями народних депутатів України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) статей 8, 11, 16 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (справа про свободу утворення профспілок) від 18 жовтня 2000 року № 11-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 43. – Ст. 1857. – С. 131.

15. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абз. 4 ст. 2, ч. 2 ст. 6, ч. 1, 2 ст. 10 Закону України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» (справа про молодіжні організації) від 13 грудня 2001 року № 1-43/2001 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 51. – Ст. 2310. – С. 466.

16. Так само.

УДК 342.98(477.8)

# ПРОБЛЕМИ КОРУПЦІЇ У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ

**Григоренко Є. І.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено проблемі корупції у Збройних Силах України. На підставі аналізу чинного законодавства та позицій учених виявлено та обґрунтовано пропозиції щодо окремих напрямів із зниження її рівня. У статті розкрито деякі причини виникнення корупції саме у Збройних Силах (як військовому формуванні, на яке відповідно до Основного Закону України покладається оборона держави, захист її суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності), відображено законодавчо закріплені положення щодо запобігання такого явища і запропоновано шляхи удосконалення правового регулювання із зазначеної проблеми.

***Ключові слова***: корупція, Збройні Сили України, зниження рівня корупції.

***Аннотация:*** Статья посвящена проблеме коррупции в Вооруженных Силах Украины. На основании анализа действующего законодательства и позиций учёных определены и обоснованы предложения относительно отдельных направлений по снижению ее уровня. В статье раскрыты некоторые причины возникновения коррупции именно в Вооружённых Силах (как военизированном формировании, на которое в соответствии с Основным Законом Украины возлагается оборона государства, защита его суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности), отображены нормативно закрепленные положения по предотвращению такого явления и предложены пути усовершенствования правового регулирования указанной проблематики.

***Ключевые слова:*** коррупция, Вооружённые Силы Украины, снижение уровня коррупции.

***Annotation:*** The Article is devoted to the problem of corruption in the Armed Forces of Ukraine. On the basis of the analysis of the current legislation and the views of the scientists identified and justified proposals for specific directions to reduce the level of corruption in the Armed Forces of Ukraine. The article reveals the some of the causes of corruption that is in the Armed Forces (as militarized formation, in which in accordance with the Basic Law of Ukraine is the responsibility of the defense of the state, protection of its sovereignty, territorial integrity and inviolability), displayed regulatory enshrined provisions for the prevention of this phenomenon and suggest ways of improvement of legal regulation of this problem.

***Key words***: corruption, the Armed Forces of Ukraine, reduce corruption.

На сьогоднішній день корупція є однією з найбільших загроз для будь-якої держави, яка прагне бути демократичною, правовою та соціальною. Слід погодитися із В. В. Черепановим, який абсолютно правильно зауважив, що «зародження корупції як негативного явища властиво суспільству, яке знаходиться під впливом влади і грошей» [1. с. 521]. Таке явище, як «корупція» порушує права, свободи та законні інтереси громадян, підриває соціальну

*© Григоренко Є.І., 2012*

справедливість, правопорядок, негативно впливає на економічний розвиток держави і, зрештою, «вбиває» у ньому моральний, культурний, правовий, законний початок. На жаль, сьогодні корупція пронизує всі сфери суспільного і державного життя низки держав. Не є виключенням і Україна. За останні роки Україна суттєво погіршила свій рейтинг порядності: від 99 місця у 2006 році до 146 (зі 187) – у 2009 році. Згідно з черговим звітом міжнародної правозахисної організації Transparency International щодо рівня корупції у світі «Барометр глобальної корупції – 2009» Україна посіла останнє місце серед «нових незалежних держав». У 2010 році Україна продемонструвала незначну тенденцію до поліпшення рівня корупції в державі. Про це свідчить індекс сприйняття корупції, який складається організацією Transparency International, – показник 2,4 проти 2,2 в 2009 році (з 10-ти можливих балів) дуже далекий від бажаного результату. Transparency International вважає будь-який результат, який нижче трьох балів, «ганьбою для нації, яка змушена жити в тотально корумпованій державі». Крім того, зараз немає жодної гарантії, що боротьба з корупцією не буде використовуватися діючою владною командою як інструмент зведення рахунків із політичними опонентами або привід для звуження демократичних прав і свобод [2]. У 2011 році Україна зайняла 152 місце в індексі сприйняття корупції, який складений міжнародною правозахисною організацією [3]. У статті буде йтися про деякі причини корупції, причини її виникнення саме у Збройних Силах України (як військовому формуванні, на яке відповідно до Конституції України покладається оборона країни, захист її суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності), законодавчому закріпленні запобігання такого явища і шляхах удосконалення правового регулювання зазначеного питання.

Існує величезна кількість причин, які породжують корупцію у вказаному сегменті державного апарату. Враховуючи рівень правової культури суспільства, вважаємо за необхідне, в першу чергу до їх числа віднести непорядність, відсутність моральних засад у певних військовослужбовців, які до того ж займають важливі посади. Крім того, в цьому ж контексті слід вказати на те, що у багатьох випадках простежується байдуже ставлення до конституційного обов'язку проходити військову службу, до присяги на вірність Українському народові, до військової форми одягу, до військових звань, до військової дисципліни, до позитивних військових традицій.

До причин корупції в Збройних Силах України належить також конфлікт інтересів, під яким Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» розуміє протиріччя між особистими інтересами особи і його службовими повноваженнями, наявність якого може впливати на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а так само на вчинення або не вчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень. Причиною корупції в Збройних Силах України так само може бути безконтрольність вищих осіб (міністр оборони України, військово-політичне керівництво Збройними Силами України, адміністративне керівництво Збройних Сил України, начальник Генерального штабу, безпосереднє військове керівництво). Мова йде про те, що їх контроль повинен мати постійний, в крайньому випадку, регулярний характер, бути максимально всеохоплюючим (роти, батальйони, дивізії), він повинен бути об'єктивним і голосним, а найважливіше – результативним (за результатами контролю мають бути вжиті відповідні заходи).

І звичайно, не саме малозначуще місце у цьому разі займають дискреційні повноваження. Наприклад, відповідно до пункту 6 Дисциплінарного статуту Збройних Сил України «у разі непокори або опору підлеглого командир зобов'язаний застосувати всі передбачені законами та військовими статутами примусові заходи аж до арешту винного та притягнення його до кримінальної відповідальності». Зазначена норма будучи диспозитивною надає (в цьому випадку) командиру право вибирати будь-яке покарання для винного. Чи варто говорити про те, що воно може бути явно не адекватне і не пропорційне вчиненому порушенню (проступку, злочину)?

Іншим прикладом дискреційних повноважень може служити пункт 45 зазначеного Статуту, яким передбачено, що «у разі невиконання (неналежного виконання) військовослужбовцям своїх службових обов'язків, порушення військовослужбовцям військової дисципліни або громадського порядку, командир повинен нагадати йому про обов'язки служби, а при необхідності – покласти дисциплінарне стягнення». Слід констатувати, що зазначену «необхідність» командир визначає самостійно, на свій розсуд.

Чітко дискреційні повноваження відображено в пунктах 48-52, 62, 68, 69 Дисциплінарного Статуту Збройних Сил України, у яких зазначені дисциплінарні стягнення, які покладаються на пересічних (матросів), сержантів (старшин), на пересічних (матросів) військової служби за контрактом, на сержантів (старшин) строкової військової служби, військовослужбовців-жінок, на прапорщиків (мічманів), на офіцерів. Вибір таких стягнень варіюється від простого зауваження до позбавлення відповідного звання. «Проміжними ланками» серед них є догана, сувора догана, зниження на одне звання та ін.

Дискреційними є повноваження командирів (начальників) щодо покладення дисциплінарних стягнень на підлеглих рядових (матросів), сержантів (старшин) строкової служби та служби за контрактом, на прапорщиків (мічманів), на підлеглих офіцерів. Повноваження командира відділення, заступника командира взводу, старшини роти, командира взводу, командира роти (корабля 4-го рангу), командира батальйону (корабля 3-го рангу), командира окремого батальйону (корабля 2-го рангу), командира полку (корабля 1-го рангу), командира дивізії щодо покладення дисциплінарних стягнень відрізняються різноманітністю. Командир може обійтися застосуванням простого зауваження, може попередити про неповну службову відповідність, а може призначити позачергово в наряд (пункти 53-61, 63-67, 70-74).

Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 7 квітня 2011 року [4] визначає основи запобігання та протидії корупції в публічній

та приватній сферах, відшкодування внаслідок вчинення корупційних правопорушень збитків, шкоди, поновлення порушених прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Крім цього, Закон встановлює обмеження щодо використання службового становища, сумісництва з іншими видами діяльності, отримання подарунків, роботи близьких людей тощо. Як заходи запобігання корупції Закон передбачає організацію проведення спеціальної перевірки, порядок проведення якої затверджується Президентом України; проведення фінансового контролю; наявність кодексів поведінки; врегулювання конфлікту інтересів; проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів.

Необхідно констатувати, що вживання зазначених заходів є необхідним і дієвим методом у боротьбі з корупцією. Особливу актуальність у цьому контексті набуває проведення відповідних перевірок. Так, наприклад, у 2007 році за результатами перевірок щодо дотримання військовими посадовими особами вимог Закону України «Про боротьбу з корупцією» працівниками військових прокуратур складено і направлено до суду 259 протоколів про вчинення військовими посадовими особами корупційних правопорушень. Більшість зазначених правопорушень полягала у використанні командирами підлеглих військовослужбовців не за призначенням, для задоволення особистих потреб. Крім цього, військовими прокуратурами до суду з обвинувальним висновком направлено близько 1000 кримінальних справ, з яких понад 300 – про злочини у сфері економіки і шахрайстві [5, с. 3].

У 2012 році (коли вже військові прокуратури було ліквідовано) особовим складом підрозділів по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю Служби правопорядку за перше півріччя 2012 року складено 35 протоколів про вчинення адміністративних корупційних правопорушень, що становить 38% від загальної кількості протоколів, складених спеціальними підрозділами по боротьбі з корупцією, з яких: за результатами судових розглядів прийнято 28 судових рішень; до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу притягнуто 18 посадових осіб, закрито 10 адміністративних справ за відсутністю складу правопорушення.

Однак така статистика не повною мірою відображає реальний стан справ, оскільки велика кількість таких злочинів і корупційних діянь не виявляються правоохоронними органами. «Не всі правопорушення відображаються офіційною статистикою (залишаються латентними). А дані, які вдається отримати для аналізу, мають досить уривчастий характер і частіше ставляться до рівня судимості, а не до рівня злочинності» [6, с. 264].

Але за даними кримінологів, навіть рівень судимості за скоєння військових службових злочинів залишається високим, а у відносних показниках збільшується. Вчинення таких дій істотно підриває боєготовність військ, а також значно знижує авторитет і довіру до військової служби в очах суспільства, так і самих військовослужбовців, не сприяє належному проходження такої служби, дотримання прав і свобод військовослужбовців.

Закон приділяє увагу питанням участі громадськості у заходах щодо запобігання та протидії корупції, відповідальності за корупційні правопорушення, усунення наслідків корупційних правопорушень, контролю і нагляду за виконанням законів у сфері запобігання та протидії корупції. У свою чергу, зазначений Закон дає визначення таким основоположним поняттями, як «корупція», «корупційне правопорушення» та ін. Так, під корупцією розуміється використання особою (суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення) наданих їй службових повноважень і пов'язаних з ними можливостей з метою отримання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/такої пропозиції такої вигоди для себе або інших осіб або відповідно обіцянку/пропозицію або надання неправомірної вигоди особі (суб'єкту відповідальності за корупційні правопорушення) або на його вимогу іншим фізичним чи юридичним особам із метою відхилення цієї особи до протиправного використання наданих їй службових повноважень і пов'язаних із ними можливостей.

На відміну від українського законодавства, у Росії Федеральний Закон «Про протидію корупції» від 2008 року дає інше визначення корупції. Зокрема, він встановлює, що корупція – це зловживання службовим становищем, дача хабара, отримання хабара, зловживання повноваженнями, комерційний підкуп або інше незаконне використання фізичною особою свого посадового становища всупереч законним інтересам суспільства і держави в цілях отримання вигоди у вигляді грошей, цінностей, іншого майна або послуг майнового характеру, інших майнових прав для себе або для третіх осіб або незаконне надання такої вигоди вказаній особі іншими фізичними особами.

Абсолютно логічним є думка українських учених про те, що визначення корупції у відповідному Законі України є вкрай невдалим, оскільки фактично відсилає нас до такого терміну, як «неправомірна вигода». Під останньою, згідно з Законом розуміється «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги ... які без законних на те підстав обіцяють, пропонують». Ці вкрай небезпечні конструкції можуть навести на думку про те, що для кваліфікації достатнім є встановлення факту надання (прийняття) таких обіцянок (пропозицій). З формальної точки зору це так. Але довести це буде практично неможливо. Така конструкція створює і небезпека конфлікту, відзначають вчені, стаття 364 Кримінального кодексу України «Зловживання владою або службовим положенням» з статтею 368 Кримінального кодексу України «Одержання хабара». Обидві ці статті передбачають відповідальність за корисливі протиправні дії, які фактично стали наслідком зловживання владою або службовим становищем [7, с. 175].

Корупційним правопорушенням ж є умисне діяння, що містять ознаки корупції, вчинене особою (суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення), за який законом встановлено кримінальна, адміністративна (стаття 15 Кодексу України про адміністративні правопорушення),

цивільно-правова та дисциплінарна відповідальність. Слід зазначити, що Кримінальний кодекс України не передбачає такого складу злочину, іменованого «корупція». Цивільний кодекс України так само не оперує таким поняттям.

До суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення відповідний Закон відносить: осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (Президент України, Голова Верховної Ради України, Прем'єр-міністр України, Голова Служби безпеки України, Генеральний прокурор України, військові посадові особи Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів військових формувань та інші особи), особи, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, експерти) та ін.). Однак слід зазначити, що, відносячи військових посадових осіб Збройних Сил України до суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення, необхідно в статті Закону, де позначені основні терміни, дати визначення цим особам. Адже по суті не зовсім зрозумілим видається, хто саме належить до зазначеної категорії осіб. Таке твердження випливає з того, що ні Закон України «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 року, ні Закон України «Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України» від 24 березня 1999 року, ні Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25 березня 1992 року не оперують такою категорією, як «військове посадова особа Збройних Сил України». У зв'язку з цим вважаємо за необхідне уточнити цей термін, що застосовується саме до Збройних Сил України та інших військових формувань.

На невідповідність Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» Кримінального кодексу України звертає увагу і В. Я. Тацій. Вчений вказує, що Закон не узгоджується з багатьма діючими нормами Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини корупційної спрямованості, а окремі його положення не тільки є незрозумілими, а іноді і відверто помилковими як з точки зору їх змістовного викладу, так і з боку законодавчо-технічного оформлення, формулювання і структурування [8, с. 495] .

На конфлікт термінів звертає увагу і В. Гаращук. Автор зазначає, що в Кримінальному кодексі України йдеться про службову особу, у Кодексі України про адміністративні правопорушення – про посадову особу, у Законі України «Про засади запобігання та протидії корупції» згадуються і службова особа, і посадовець. Справа в тому, що Кримінальний кодекс України 2001 року відмовився від терміну «службова особа», замінивши його словосполученням «службова особа», тоді як адміністративне законодавство абсолютно вірно використовує обидва терміни, розрізняючи їх. Службова особа може і не бути посадовою особою, тоді як посадова особа - це службовець (службова особа) з ширшими, ніж звичайний службовець, повноваженнями [9, с. 177]. У нашому випадку слід ще раз підкреслити, що Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» передбачає поняття «військове посадова особа Збройних Сил України», що так само вимагає уточнення. Для введення механізмів зниження рівня корупції в Україні Кабінетом Міністрів України затверджена Державна програма запобігання та протидії корупції на 2011-2015 роки [10]. Цим документом віднесено до одного з виконавців заходів Програми Військову службу правопорядку Збройних Сил України, яка беручи участь у деяких заходах, спрямованих на зменшення рівня корупції, є лише головним розпорядником бюджетних коштів. Такий розподіл «ролей» не є правильним і результативним. Доцільно залучати та інші органи, що входять у структуру Збройних Сил України, і наділяти їх більш важливими завданнями, ніж розпорядження бюджетних коштів. Вважаємо, що в умовах Збройних Сил України обов'язок щодо запобігання і боротьби з корупцією слід зобов'язати Військової служби правопорядку Збройних Сил України надавати в цьому питанні максимальну допомогу прокурорським працівникам.

Підводячи підсумок вищевикладеного, необхідно констатувати, що на виникнення й існування корупції в Збройних Силах України, як і в будь-яких інших державних структурах, впливає ряд факторів. У цілому, антикорупційне законодавство України, яке представлене Законами України «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про внесення змін у деякі законодавчі акти України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», є певним кроком у боротьбі з корупцією. Проте заходи, які вживаються для зменшення рівня такого негативного явища, мають бути реалізовані в сукупності, а не поодинокими випадками, і носити постійний характер, а не фрагментарний. Крім того, в рамках організації такої боротьби необхідно враховувати специфіку Збройних Сил, особливості проходження в їх підрозділах служби. В цьому відношенні вважаємо недоцільним фактичну ліквідацію військових прокуратур.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Черепанов В. В.* Основы государственной службы и кадровой политики: учебник для студентов / В. В. Черепанов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2010. – С. 521.
2. *У світі* українську корупцію називають «ганьбою для нації» // Українська правда. – 26.10.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravda.com.ua/news/2010/10/26/5515166/
3. *Україна* серед «лузерів» в рейтингу сприйняття корупції // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.acrc.org.ua/ua/news-and-events/news/all/ukrayina-sered-luzeriv-v-rejtyngu-spryjnyattya-korupcziyi.html
4. *Про засади* запобігання і протидії корупції : Закон України від 7 квітня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 40. – Ст. 404.
5. *Медведько О.* Напередодні дня Збройних Сил України / О. Медведько // Право військової сфери. – 2007. – № 12. – С. 3-5.
6. *Кримінологія:* Загальна та Особлива частини: підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, М. Ю. Валуйська [та ін.]; за заг. ред. В. В. Голіни. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Х. : Право, 2009. – 540 с.
7. *Гаращук В.* Антикоррупционное законодательство Украины 2011 года: перспективы развития и применения / В. Гаращук // Ежегодник украинского права: сб. науч. тр. /

отв. за вып. А. В. Петришин. – Харьков : Право, 2012. – № 4. – С. 172-180.

8. *Таций В. Я.* Десять лет Уголовному кодексу Украины: достижения и проблемы применения / В. Я. Таций // Ежегодник украинского права: сб. науч. тр. / отв. за вып. А. В. Петришин. – Харьков : Право, 2012. – № 4. – С. 492-500.

9. *Гаращук В.* Антикоррупционное законодательство Украины 2011 года: перспективы развития и применения / В. Гаращук // Ежегодник украинского права: сб. науч. тр. / отв. за вып. А. В. Петришин. – Харьков: Право, 2012. – № 4. – С. 172-180.

10. *Про затвердження* Державної програми щодо запобігання і протидії корупції на 2011-2015 роки // Постанова Кабінету Міністрів України від 28 листопада 2011 року № 1240.

УДК 342.6

# СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК РАХУНКОВОЇ ПАЛАТИ, ЯК ОРГАНУ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

**Зубенко Г. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного, муніципального
і міжнародного права юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті проведено аналіз становлення та розвитку органів державного фінансового контролю в Україні. Визначено етапи в історії становлення органів державного фінансового контролю у вітчизняній практиці державотворення. Розкрито особливості заснування та функціонування відповідних органів на кожному з етапів. Зроблено висновок про необхідність вдосконалення законодавчого регулювання статусу такого органу державного фінансового контролю, як Рахункова палата.
***Ключові слова:*** фінансовий контроль, державний орган фінансового контролю, етапи становлення, Рахункова палата.

***Аннотация:*** В статье проведен анализ становления и развития органов государственного финансового контроля в Украине. Определены три этапа в истории становления органов государственного финансового контроля в отечественной практике создания государства. Раскрыты особенности создания и функционирования соответствующих органов на каждом из этапов. Сделан вывод о необходимости совершенствования законодательного регулирования статуса такого органа государственного финансового контроля, как Счетная палата.
***Ключевые слова:*** финансовый контроль, государственный орган финансового контроля, этапы становления, Счетная палата.

***Annotation:*** The analysis of the formation and development of state financial control in Ukraine. Identified three stages in the history of the development of public financial control in the domestic practice of state building. The features of the establishment and functioning of the entities at each stage. The conclusion about the need to improve the status of the legal regulation of the body of state financial control, as the Audit Chamber.
***Key words:*** financial control, government financial control, stages of formation, the Audit Chamber.

---

У період розбудови і зміцнення суверенної України, формування громадянського суспільства та правової держави, створення ефективних форм і методів діяльності органів державної влади щодо здійснення контролю виникає нагальна необхідність у аналізі нормативно-правового закріплення статусу органів державного фінансового контролю. У зв'язку з цим потребують дослідження питання, пов'язані з правовою природою вищезазначених органів, їх становленням в Україні тощо. З огляду на це актуальним постає питання дослідження історичного досвіду діяльності органів державного фінансового контролю у вітчизняній практиці державотворення. У зв'язку з цим, метою нашого дослідження є тенденції становлення та розвитку такого органу державного фінансового контролю, як Рахункова палата.

Окреслюючи ступінь наукової розробленості зазначеної проблеми, слід зауважити, що питанню становлення органів державного фінансового контролю українські вчені-конституціоналісти приділяють певну увагу. Це питання у своїх працях досліджували М. Крутевич, В. Мельничук та Л. Савченко, аналізуючи специфіку здійснення незалежного державного фінансового контролю в Україні, Д. Коврижeнко, досліджуючи основні етапи інституціалізації Рахункової палати та ін. Однак поза увагою цих та інших науковців залишилося питання комплексного аналізу становлення та розвитку органів державного фінансового контролю в Україні.

Становлення і нормативно-правове закріплення правового статусу органів державного фінансового контролю в Україні взагалі, та Рахункової палати зокрема, перш ніж отримало відповідне оформлення в Конституції та законах України, відбувалося впродовж досить тривалого часу. Тому в історії їх становлення доцільно виділити три етапи: 1) виникнення та функціонування за часів перебування України в складі Російської Імперії та інших держав; 2) становлення за часів боротьби України за незалежність в 1917-1920 р.р. та в радянській Україні; 3) в незалежній Україні.

Перший етап, який охоплює значні історичні періоди станів українського суспільства і державності, пов'язує становлення державних органів фінансового контролю в Україні зі становленням цих органів в Російській Імперії, Австро-Угорщині та

*© Зубенко Г.В., 2012*

Польщі. І це цілком зрозуміло, оскільки Україна була складовою частиною вищезгаданих державних утворень.

На українських землях, що входили до складу Російської Імперії, установи, які серед інших функцій виконували також функцію фінансового контролю та мали назву «накази», з'явилися у XVII ст. Так, у середині XVII ст. було засновано Наказ Малоросії у віданні якого знаходилися Малоросія, військо Запорізьке, міста Київ і Чернігів. Крім того, фінансове управління на місцях здійснювалося виборними старостами, а з кінця XVI ст. також воєводами, які призначалися на посаду указом царя. У 1654 році в структурі державної влади Росії було засновано Рахунковий наказ, або Наказ Рахункових справ, у віданні якого знаходилися доходи і витрати Російської держави, а також залишки по бухгалтерських книгах.

Одним із найважливіших етапів в історії Росії став період правління Петра І, який радикально змінив систему управління державою. Старі управлінські структури були замінені на нові, у тому числі й у сфері фінансового контролю. Як зазначає Н.Д. Погосян, саме в період царювання Петра І почали закладатися основи державного рахунководства і звітності, набуває розвитку фінансова система держави [1, с. 10]. Обов'язки державного контролю було покладено на заснований 22 лютого 1711 р. Урядовий Сенат, який став вищою фінансовою установою в Росії та займався, зокрема, питаннями контролю за державними витратами. У 1718 р., для контролю за доходами і витратами було створено Ревізіон-колегію, до обов'язків якої входило розпорядження рахунками всіх державних доходів і витрат. Пізніше її було реорганізовано в Ревізіон-контору при Сенаті. Таким чином, Петро І декілька разів змінював устрій органу державного фінансового контролю, наполегливо вишукуючи найбільш ефективні і дійові форми його організації й діяльності. Але контрольна діяльність не поліпшилася і не могла поліпшитися за відсутності місцевих установ контролю. Цю обставину надалі було враховано Катериною ІІ: 7 листопада 1775 р. Маніфестом «Про установи для управління губерніями» для управління справами в Російській Імперії, в тому числі і в Україні, були засновані Казенні палати (по одній у кожній губернії). Вони збирали відомості про чисельність населення, прибутки і витрати, спостерігали, щоб податки надходили вчасно та зберігалися в цілісності, надавали Сенату інформацію про доходи і видатки губерній.

Масштабними перетвореннями в державному управлінні, утому числі й у фінансовій сфері ознаменувалося правління Олександра І. Як зазначає С.О. Шохін, саме від періоду реформ Олександра І і до початку XX ст. в Російській Імперії проводилася ефективна фінансова політика. З цього ж часу були створені і функціонували єдині органи державного фінансового контролю [2, с. 48]. У 1801 р. було засновано Державну Раду, а 8 вересня 1802 р. Імператорським Маніфестом запроваджувалися міністерства з розподілом державних справ між ними. Маніфестами від 25 липня 1810 р. і 25 червня 1811 р. управління державними доходами і витратами було розділено на три частини, з яких перша довірялася Міністрові фінансів, друга – Державному скарбникові, третя – Державному контролерові. Державному контролерові було доручено найвищій нагляд за перевіркою рахунків в усіх військових і цивільних департаментах. Під керівництвом Державного контролера Маніфестом від 25 липня 1810 р. було засноване Головне управління ревізії державних рахунків.

Важливі кроки для реформування фінансово-контрольної системи Російської Імперії було зроблено Олександром ІІ. Так, 22 травня 1862 р. були введені в дію «Правила складання і виконання фінансових кошторисів міністерств і головних управлінь», якими встановлювалася єдність державного бюджету. У 1865 р. єдність бюджету і документальна ревізія були запроваджені в Архангельській, Новгородській, Псковській, Курляндській, Тавридській, Херсонській та інших губерніях. А у 1866 р. було створено місцеві контрольні установи (контрольні палати) і запроваджено єдність бюджету ще в сорока двох губерніях. Вони підпорядковувалися безпосередньо Раді Державного контролю і були незалежні від місцевих адміністрацій. Усього в Російській Імперії діяло 59 Контрольних палат [3, с. 326]. До їх складу входили: керуючий та його помічник, ревізори (старший і молодший), а також рахункові чиновники. Контрольні палати здійснювали функцію державного нагляду за правильністю надходжень державних коштів та здійснення державних видатків. На підставі первинної документації і проведених контрольних заходів вони надавали інформацію для складання річних звітів Радою Державного контролю за виконанням бюджету.

На цьому основний процес реформування органів державного фінансового контролю завершився аж до скликання першої Державної Думи. З її створенням почали відбуватися зміни в фінансовому контролі держави. Законом від 20 лютого 1906 р. до компетенції Державної Думи стали належати розподілення державних доходів і витрат і складання звіту щодо такого розподілення. За таких умов треба було визначити місце державного контролю у зміненій системі управління державою яке мало б наблизили державні органи фінансового контролю до того типу контрольних відомств, який існував у більшості європейських країн, а саме, до рахункових палат. Однак проект такої перебудови державного фінансового контролю було відхилено.

Особливістю австрійської, а пізніше – айстро-угорської моделі організації державних установ була сувора централізація, тому фінансовий контроль у українських землях що входили до складу Польщі, Австрії, а пізніше – Австро-Угорщини також мав централізований характер. В середині XVII ст. контроль в бюджетній сфері здійснювалося Надвірною бюджетною палатою, яка за своїм статусом була органом виконавчої влади. Пізніше, у 1760 р. було створено Надвірну рахункову палату, яка контролювала витрати державної влади на всіх рівнях, була відокремлена від адміністрації і керувала фінансовими управліннями на містах. У 1793 р. Надвірна рахункова палата разом з місцевими фінансовими та рахунковими управліннями була

ліквідована, а замість неї було створено Державну бухгалтерію – загальнодержавний контрольний орган, а також відповідні установи на містах, зокрема, Галицьку провінційну державну бухгалтерію, яка проіснувала до 1866 р. З 1866 р. цю структуру реформували у фінансовий департамент намісництва.

Враховуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що наприкінці XX ст. органи державного фінансового контролю в Російській та Австро-Угорській імперії хоч і входили до структури органів виконавчої влади, але мали досить широкі повноваження в межах своєї компетенції, а фінансовий контроль на місцевому рівні здійснювався спеціальними місцевими органами, безпосередньо підпорядкованими центральному органу фінансового контролю.

Після Жовтневої революції в Україні у добу Української Народної Республіки було зроблено перші кроки щодо формування власних органів фінансового контролю. Так, IV Універсалом Української Центральної Ради від 9 січня 1918 р. передбачалося встановлення в Україні державно-народного контролю. Пізніше, Гетьман Павло Скоропадський, усвідомлюючи необхідність існування в державі органів фінансового контролю, Законом «Про тимчасовий державний устрій України» серед інших органів державної влади передбачив створення такого органу, як Фінансова Рада. Згідно зі ст. 38 закону, Фінансова Рада визнавалася вищою народною інституцією для справ державного кредиту і фінансової політики. До складу Фінансової Ради входили: Отаман-Міністр, Міністр Фінансів і Державний Контролер, а також представники і члени, яких призначав Гетьман. На Раду покладалися функції щодо: обміркування часу і умов державних позичок, надання державного кредиту, а також питань грошового обороту і попередній, з особистого розпорядження Гетьмана, розгляд фінансових справ, які потребують вирішення в законодавчому порядку.

Але зі вступом України до складу СРСР наміри щодо створення державних органів фінансового контролю, незалежних від російських, так і не було реалізовано. Державний контроль в СРСР здійснювався Народним комісаріатом робітничо-селянської інспекції (НКРСІ), який було створено 7 лютого 1920 р. На цей державний орган було покладено обов'язок ретельно вивчати бюджет Союзу і союзних республік і місцеві бюджети, враховувати досвід їхнього виконання з погляду фінансової реальності і господарської доцільності, давати висновки за звітами виконання кошторису державних доходів і витрат. На територіальні органи НКРСІ покладалися інспекційні функції та нагляд у галузі народного господарства і управління в межах адміністративно-територіальних одиниць. Вони складалися з НКРСІ союзних республік, НКРСІ автономних республік і РСІ областей, Управлінь обласних уповноважених НКРСІ СРСР і РСІ союзних республік, обласних органів РСІ.

У 1934 р. Робітничо-селянську інспекцію було скасовано, а замість неї створено Комісію партійного контролю при ЦК ВКП(б) з апаратом в центрі і постійними представниками в республіках, краях і областях і Комісію радянського контролю при РНК СРСР. Комісія радянського контролю організаційно являла собою централізовану систему органів, низовими ланками якої були уповноважені в союзних і автономних республіках, краях і областях, що призначалися Комісією і затверджувалися РНК СРСР. Відповідно до покладених на неї завдань, Комісія радянського контролю здійснювала оперативні перевірки виконання постанов уряду.

В умовах швидкого зростання економіки нагальною потребою країни ставав централізований контроль над обліком і витратами державних коштів і матеріальних цінностей, добре налагоджений і оперативний. Саме тому у 1946 р. було створено Міністерство державного контролю СРСР. Його основним обов'язком стало здійснення контролю за обліком і витратами державних коштів, що знаходилися в розпорядженні державних, кооперативних та громадських організацій, установ і підприємств. У серпні 1957 р. Міністерство державного контролю СРСР було скасовано і замість нього створено Комісію радянського контролю Ради Міністрів СРСР. Від імені уряду комісія здійснювала перевірку фактичного виконання його рішень з найважливіших питань народного господарства та контроль за правильністю і доцільністю витрат державних коштів. Аналогічні комісії були створені в союзних республіках.

Однак на цьому перетворення системи державного контролю не закінчилося. 27 листопада 1962 р. спільною постановою ЦК КПРС, Президії Верховної Ради СРСР і Ради Міністрів СРСР було створено загальносоюзний Комітет партійно-державного контролю ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР і відповідні органи на місцях. Пізніше, у грудні 1965 р. було прийнято рішення про перетворення органів партійно-державного контролю в органи народного контролю. Їх система стала визначатися Законом «Про органи народного контролю в СРСР» від 9 грудня 1965 р. і прийнятим на його основі Положенням про органи народного контролю в СРСР, а також законами про органи народного контролю союзних і автономних республік. Так, діяльність цих органів в УРСР регламентувалася Законом УРСР «Про органи народного контролю в Українській РСР» від 22 грудня 1965 р.

До системи органів народного контролю входили: Комітет народного контролю СРСР, комітети народного контролю союзних республік, у тому числі і УРСР, комітети народного контролю автономних республік, країв, областей, автономних областей, округів, міських і районних комітетів народного контролю, а також групи народного контролю при сільських і селищних Радах депутатів трудящих, на підприємствах, у колгоспах, установах, організаціях і військових частинах. На ці органи покладався систематичний контроль за виконанням державних планів і завдань, виявлення і використання резервів народного господарства, контроль за витратою трудових, матеріальних ресурсів і коштів тощо. Так, діяльність органів народного контролю в УРСР поширювалася майже на всі галузі управління, за винятком Верховної Ради УРСР, уряду, судів, прокуратури, органів внутрішніх справ, юстиції і державного арбітражу.

Починаючи з 1985 р. в СРСР активізувалася робота із впровадження нових форм управління, яка набула більш інтенсивного характеру після прийняття XXVII з'їздом КПРС рішення про початок у країні радикальної економічної реформи і перебудову управління народним господарством. У такій обстановці діяльність органів народного контролю вже не могла бути достатньо ефективною, оскільки не відповідала тим правовим і господарським відносинам, що утверджувалися в ході реформ, тому вимагала змін. Це обумовило прийняття низки життєво важливих законів, пов'язаних з переходом до ринкової економіки, зокрема Закону «Про Контрольну палату СРСР». Відповідно до даного закону, Контрольна палата СРСР конституювалася як найвищий орган фінансово-економічного контролю в, якій діє під керівництвом Верховної Ради СРСР і підзвітний їй [4, с. 5]. Контрольна палата мала здійснювати контроль за використанням бюджету та союзної власності, що перебувала у віданні Союзу РСР, джерелами та використанням доходів загальносоюзних громадських об'єднань.

Проте досить прогресивні на той час положення Закону «Про Контрольну палату СРСР» так і не були реалізовані. А з розпадом СРСР відповідно була ліквідована і Контрольна палата СРСР. Союзні республіки, які набули суверенітету і стали незалежними державами, почали створювати свої власні державні органи фінансового контролю. Так, у 1994 р. було створено Рахункову палату Республіки Молдова, у 1995 р. Рахункову палату Російської Федерації, у 1996 р. Контрольну палату Національних зборів Республіки Вірменія, у 1997 р. Палату контролю Грузії тощо.

Проголошення незалежності та подальше утвердження України у світі вимагало зміцнення її фінансового та правового стану, а також чіткої і ефективної системи контролю за використанням державних коштів. Тому для вдосконалення структури існуючої системи фінансового контролю було створено Рахункову палату. Процес трансформації правового статусу цього державного органу за часів незалежної України є досить складним та цікавим.

Уперше створення органу, який би здійснював контроль за використанням державних коштів від імені Верховної Ради України, було закріплено 22 листопада 1995р. Постановою Верховної Ради України «Про створення Контрольної палати Верховної Ради України» та проектом Закону України «Про Контрольну палату Верховної Ради України», процедура прийняття якого була досить складною та на який 12 червня 1996 р. Президент України наклав вето, стверджуючи, що запровадження закону в такій редакції може зруйнувати систему існуючих контрольних органів.

З прийняттям в 1996 р. Конституції України створення Рахункової палати було передбачено на вищому законодавчому рівні. Так, згідно зі ст. 98, контроль за використанням коштів Державного бюджету України від імені Верховної Ради України здійснює Рахункова палата [5]. Її правовий статус було закріплено Законом України «Про Рахункову палату Верховної Ради України», від 11 липня 1996 р. щодо якого Президент знову скористався правом вето, посилаючись на розбіжності цього закону та Конституції України. Подолавши вето Президента України, Верховна Рада прийняла постанову «Про тлумачення ст. 98 Конституції України», роз'ясниши що контроль за використанням державного бюджету є лише однією з функцій Рахункової палати України. 23 січня 1997 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України»». Президент також наклав на нього вето, не погодившись з визначенням Рахункової палати як вищого органу парламентського контролю та звернувся до Конституційного Суду України з конституційними поданнями про визнання неконституційними Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» та Постанови Верховної Ради України «Про тлумачення ст. 98 Конституції України». Згадану Постанову своїм Рішенням № 3-зп від 11 липня 1997 р. Конституційний Суд визнав неконституційною, мотивуючи його перевищенням повноважень українським парламентом, який в період до створення Конституційного Суду України мав право тлумачити лише закони. Конституційний Суд України також визнав неконституційними деякі положення закону: щодо найменування Рахункової палати як «Рахункова палата Верховної Ради України»; щодо визнання Рахункової палати вищим органом державного фінансово-економічного контролю та ін. [6].

Але на цьому дискусія між Президентом та Верховною Радою України щодо правового статусу Рахункової палати не закінчилась. 14 січня 1998 р. Верховна Рада України прийняла Постанову «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату»», згідно з якою Закон України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» від 11 липня 1996 р. продовжує діяти з 23 грудня 1997 р. як Закон України «Про Рахункову палату». Президент України звернувся з конституційним поданням до Конституційного Суду України про визнання зазначеної постанови та тексту закону недійсними. Розглянувши матеріали справи Конституційний Суд України виніс рішення про неконституційність Постанови Верховної Ради України. Зокрема, в рішенні зазначалося, що сам Закон України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» від 11 липня 1996 р. є чинним, за винятком положень, визнаних неконституційними.

Вузьке тлумачення ст. 98 Конституції України повноважень Рахункової палати призвело до подання групою депутатів до парламенту законопроекту «Про внесення змін до статті 98 Конституції України», згідно з яким вищий парламентський контроль за доходами і видатками від імені Верховної Ради України здійснювала б Рахункова палата. Цей законопроект був направлений до Конституційного Суду України для отримання висновку щодо його відповідності статтям 157 і 158 Конституції України. Конституційний Суд України у своєму Висновку № 1-в/99 від 25 березня 1999 р. встановив, що: законопроект відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України в частині, згідно з якою парламентський контроль за формуванням та виконанням Державного бюджету України за

доходами і видатками від імені Верховної Ради України здійснює Рахункова палата, а повноваження, порядок організації і діяльності Рахункової палати визначаються Законом; не відповідає вимогам ст. 157 Конституції України положення законопроекту, згідно з яким парламентський контроль, що його від імені Верховної Ради України здійснює Рахункова палата, визначається як «вищий» [7].

Розширення сфери контролю за витрачанням державних коштів викликало необхідність внесення змін у структуру та напрями діяльності Рахункової палати, перенесення контрольних функцій в регіони України та створення в них своїх територіальних представництв. Тому Постановою Верховної Ради України № 1784-IV від 15 червня 2004 р. «Про створення територіальних представництв Рахункової палати» було визнано за необхідне створити територіальні представництва Рахункової палати. Але ще раніше, 8 квітня 2004 р., Президент України видав Указ «Про внесення зміни до Указу Президента України від 19 вересня 2000 року № 1074», в якому, визнаючи необхідність належного забезпечення функцій контролю, покладених на Рахункову палату законодавством України, наказав Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласним, Київській та Севастопольській міським державним адміністраціям сприяти Рахунковій палаті у вирішенні питань, пов'язаних зі створенням її регіональних підрозділів. З метою забезпечення виконання вимог указу, Постановою № 1577 від 18 листопада 2004 р. «Питання створення територіальних представництв Рахункової палати» Кабінет Міністрів визначив, що територіальні представництва Рахункової палати створюються як структурні підрозділи її апарату в регіонах та встановив перелік таких територіальних представництв.

Важливою нормою, яка суттєво вплинула на подальшу діяльність Рахункової палати, став Закон України № 2222-IV від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України». Згідно з цим законом, ст. 98 Конституції України було викладено в такій редакції: «Контроль від імені Верховної Ради України за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх використанням здійснює Рахункова палата». Ця правова норма закріпила можливість Рахункової палати України здійснювати контроль не лише за використанням, але й за формуванням коштів Державного бюджету України. Таке перетворення, як зазначав В.К. Симоненко, поставило Рахункову палату України в один ряд з практично усіма вищими контрольними органами, що входять до Міжнародної організації вищих органів фінансового контролю (INTOSAI) [8]. Але Рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010 Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222–IV було визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним) у зв'язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття. У зв'язку з цим ст. 98 Конституції України, що визначає статус Рахункової палати, набула редакції що діяла до внесення змін цим законом: «Контроль за використанням коштів Державного бюджету України від імені Верховної Ради України здійснює Рахункова палата».

Однак на цьому процес реформування Рахункової палати не закінчився – він триває. Існує гостра необхідність змін у правовому статусі даного державного органу, оскільки він не наділений достатніми для ефективного виконання його функцій обсягом повноважень. Зокрема, зважаючи на нагальну потребу у наближенні статусу Рахункової палати до статусу вищих органів фінансового контролю зарубіжних країн, врегулюванні питань щодо підвищення ефективності використання державних фінансів та забезпеченні надійного контролю над ними слід як на конституційному так і на законодавчому рівні все ж передбачити можливість Рахункової палати здійснювати контроль не тільки за використанням, але й за повнотою та своєчасністю надходжень коштів до Державного бюджету України. А на законодавчому рівні визначити повноваження, необхідні для ефективного виконання цієї функції та встановити гарантії її реалізації.

З огляду на вищесказане можна зробити висновок, що становлення органів державного фінансового контролю в Україні має дуже довгу та цікаву історію, в якій доцільно виділити три етапи: 1) виникнення та функціонування цих органів за часів перебування України в складі Російської імперії та інших держав; 2) їх становлення в радянській Україні; 3) та утворення і розвиток в незалежній Україні. На сьогоднішній час правовий статус Рахункової палати визначений таким чином: згідно із законом вона є постійно діючим органом контролю, який утворюється Верховною Радою України, підпорядкований і підзвітний їй.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Погосян Н.Д.* Формирование статуса Счетной палаты Российской Федерации (историко-правовые аспекты и некоторые современные проблемы) / Н.Д. Погосян // Государство и право. – 1998. – № 4. – С.10–18.
2. *Шохин С.О.* Проблемы и перспективы развития финансового контроля в Российской Федерации / С.О. Шохин. – М.: Финансы и статистика, 1999. – 352 с.
3. *Шульженко Ю.Л.* Конституционный контроль в России / Ю.Л. Шульженко. – М.: ИГПАН, 1995. – 175 с.
4. *Закон* Союза Советских Социалистических Республик о Контрольной палате СССР // Контроллинг. – 1991. – № 4. – С.5–10.
5. *Конституція* України: від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст.141.
6. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України Постанови Верховної Ради України від 01 жовтня 1996 року «Про тлумачення статті 98 Конституції України» (справа щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України) від 11 липня 1997 року № 3-зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – С. 85.
7. *Висновок* Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України «Про внесення змін до статті 98 Конституції України» вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до статті 98 Конституції України) від 25 березня 1999 року № 1-в/99 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 28. – Ст. 1378.
8. *Звіт* Рахункової палати за 2004 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ac-rada.gov.ua/achamber/control/uk/publish/article/main?art_id=374984&cat_id=32826

УДК 342.565.2:340.132

# ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОТЛУМАЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

**Усеінова Г. С.,**
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри правосуддя
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація***: У статті здійснено спробу визначення деяких аспектів правотлумачної діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції України – Конституційного Суду України, охарактеризування вітчизняного історичного досвіду становлення конституційної юстиції, висвітлення «творчої» складової діяльності щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України тощо. Запропоновано напрямки подальших досліджень та розв'язання невирішених питань теорії та практики дослідження діяльності Конституційного Суду України.
***Ключові слова***: конституційна юстиція, орган конституційної юрисдикції, Конституційний Суд України, тлумачення Конституції та законів України, історія.

***Аннотация:*** В статье предпринята попытка определения некоторых аспектов правотолковательной деятельности единственного органа конституционной юрисдикции в Украине – Конституционного Суда Украины, характеристики отечественного исторического опыта становления конституционной юстиции, освещения «творческой» составляющей деятельности по официальному толкованию Конституции и законов Украины. Предложены направления дальнейших исследований и рассмотрения не разрешенных вопросов теории и практики исследования деятельности Конституционного Суда Украины.
***Ключевые слова***: конституционная юстиция, орган конституционной юрисдикции, Конституционный Суд Украины, толкование Конституции и законов Украины, история.

***Annotation:*** This paper attempts to define some aspects of the pravotolkovatelnoy sole body of constitutional jurisdiction in Ukraine – the Constitutional Court of Ukraine, the characteristics of the national historical experience of constitutional justice, lighting the «creative» part of the official interpretation of the Constitution and laws of Ukraine. The directions for further research and consideration of issues not resolved study of the theory and practice of the Constitutional Court of Ukraine.
***Key words***: constitutional justice, constitutional jurisdiction, Constitutional Court of Ukraine, interpretation of Constitution and laws of Ukraine, history.

---

Конституційний Суд України за роки своєї діяльності проявив себе як потужна структура в державному механізмі, яка істотно впливає на становлення в Україні правової державності і громадянського суспільства, формування сучасного конституціоналізму на демократичних засадах, конституційної доктрини, забезпечення прав людини і громадянина [6, с. 31]. До того ж одним із дієвих інструментів адаптації національних правових систем європейських держав до міжнародних стандартів прав людини є саме конституційне судочинство [4, с. 17]. Отже, правотлумачна діяльність Конституційного Суду України має особливе значення для України на шляху розбудови розвинутої, міжнародно визнаної, правової держави.

Саме тому до питання діяльності Конституційного Суду України зверталися провідні науковці, зокрема А.О. Селіванов, Ю.М. Тодика, В.М. Шаповал, М.В. Цвік, П.Б. Євграфов, М.Д. Савенко, О. Мироненко та ін.

І хоча в фундаментальних працях вищевказаних учених ретельно досліджені певні аспекти діяльності Конституційного Суду України, А.О. Селіванов слушно зазначає, що наука конституційного права має розвиватися і відповідати вимогам часу, а отже, кожен авторський внесок сприятиме творчому пошуку відповідей на складні питання, які дедалі більше виникають у сфері конституційної юрисдикції [5, с. 8]. Із чим не можна не погодитися.

Саме тому дана стаття присвячена спробі аналізу деяких важливих аспектів правотлумачної діяльності Конституційного Суду України.

На сьогоднішній день виходячи з практики органу конституційної юрисдикції щодо офіційного тлумачення Конституції та законів з'являється можливість її узагальнювати, аналізувати, робити висновки, пропонувати шляхи вдосконалення [8, с. 6]. Однак не всі питання як теорії, так і практики знайшли своє вирішення і втілення в працях вітчизняних науковців.

На думку провідних конституціоналістів [5, с. 8], такий стан обумовлений тим, що становлення конституційної юстиції в Україні має порівняно невелику історію.

У дорадянський період доля конституційної юрисдикції була вирішена артикулом 121 Проекту «Основного державного закону УНР» 1920 р., в якому передбачався судовий контроль за рішеннями чи розпорядженнями державної влади на предмет відповідності чинним законам. Проте суди позбавлялися права створювати «важливість законів», і як зазначав М. Костецький, тобто відповідності законів Основному Закону, що свідчить про відсутність органу конституційної юрисдикції в Українській радянській державі на її початку.

Передвісником органу конституційної юрисдикції в пізній радянській Українській державі був Комітет конституційного нагляду УРСР, передбачений Конституцією УРСР 1978 р. – внесенням до неї доповнень у 1989 р. Однак він так і не був створений. Утім Комітет конституційного нагляду СРСР, передбачений Законом СРСР «Про зміни та доповнення Конституції (Основного Закону) СРСР» здійснював практичну діяльність до грудня 1991 р.

Безпосередньо Конституційний Суд України був створений у 1992 році. Та його діяльність стала більш ефективною тільки із прийняттям Конституції України [2] та Закону України «Про Конституційний Суд України» у 1996 р. [1].

Створення Конституційного Суду України безперечно можна розцінювати як обґрунтований, своєчасний та закономірний крок у процесі розбудови державності України на початку її незалежності. Адже такий ретельно підготовлений Основний Закон держави, якою є Конституція України, потребував і відповідного захисту на найвищому державному рівні. Офіційного тлумачення потребували і закони України, як ті що вже існували (у зв'язку із новими суспільними відносинами, що стрімко змінювалися та розвивалися), так і нові нормативно-правові акти.

До того ж за дослідженнями В. Тихого, за радянською системою влади, виходячи з формального верховенства вищого представницького органу, наділеного також формально всією повнотою державної влади, право офіційного тлумачення Конституції та законів належало Верховній Раді, яка при тлумаченні законів нерідко змінювала їх зміст і встановлювала нові юридичні норми [7, с. 62]. Звичайно, Верховна Рада України наділена правом приймати закони, створювати нові правові норми, однак навіть у цьому випадку вона має виконувати свою законодавчу функцію у чітко окреслених межах із дотриманням законодавчої процедури. І створення нових юридичних норм під час тлумачення старих є порушенням законодавства України, а тому є неприпустимим. Саме тому офіційне тлумачення повинно здійснюватися виключно Конституційним Судом України. Верховна Рада здійснювала тлумачення законів тільки до моменту створення Конституційного Суду України. В. Тихий слушно доводить, що збереження за Верховною Радою України функції тлумачення (роз'яснення) Конституції та законів України не тільки створювало б небезпеку внесення змін у зміст цих нормативно-правових актів із метою надання їм зворотної дії, але позбавляло б остаточності рішення Конституційного Суду України [7, с. 62-63].

Разом із тим, незважаючи на те, що орган конституційної юрисдикції в Україні з'явився порівняно недавно, деякими вченими доводиться протилежна точка зору. Так, О. Мироненко переконаний, що вітчизняна доктрина судової конституційної юстиції на території України існувала навіть у другій половині XIX століття [3]. Однак безпосередній інтерес вітчизняних правників до теми конституційної юстиції та діяльності Конституційного Суду України щодо тлумачення Конституції та законів України обумовлений, передусім, закріпленням в Конституції України правового положення Конституційного Суду України, визначення його як єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні (ст. 147). А отже, його особливою роллю та статусом серед вищих органів державної влади в Україні.

Виключно Конституційний Суд України наділений правом офіційного тлумачення Конституції України, яка так само має особливий статус серед усієї системи законодавства України. Саме її норми мають бути найбільш вивіреними, юридично досконалими, повною мірою відповідати принципу верховенства права, безпосередньо зафіксованому у ст. 8 Конституції. А отже, і сам процес тлумачення Конституції України вимагає особливої уваги, набуває неабиякої ваги. Адже саме Конституція України є особливим нормативно-правовим актом для всього національного законодавства України. Положення Конституції визначають напрям усієї діяльності з тлумачення норм [7]. Окрім того, тлумачення Конституції є стадією реалізації конституційних норм, дія яких розрахована на довге та стабільне функціонування [8, с. 188].

А тому Конституційний Суд України, безпосередньо здійснюючи тлумачення Конституції, має вплив не тільки на закони, а й на підзаконні нормативно-правові акти, правом тлумачення яких Конституційний Суд України власне не наділений. Тому на Конституційний Суд України, який складається із 18 суддів, покладається чи не така ж за вагою відповідальність, як на 450 народних депутатів України.

До того ж за переконанням провідних вчених-конституціоналістів, в інтелектуальному аспекті це один із найбільш важких різновидів державної діяльності, оскільки, здійснюючи інтерпретацію відповідних конституційних положень, норм законів, судді Конституційного Суду, необхідно володіти глибоким науковим потенціалом, знанням практики правозастосовної діяльності, бачити тенденції розвитку державно-правових процесів, мати широкий діапазон юридичного міркування не тільки стосовно норм національної правової системи, а й зарубіжного законодавства, знаннями практики правозастосовної діяльності органів конституційної юрисдикції інших країн [8, с. 6].

Однак, незважаючи на нечисленну кількість суддів Конституційного Суду України у порівнянні із значною компетенцією та обсягом виконуваної діяльності, питання про розширення кількості складу Конституційного Суду в Україні або створення йому альтернативи (допоміжного, альтернативного органу тощо) не ставиться. Остання позиція виявляється цілком правильною, і що немало важливо – історично доведеною. А саме: позиція існування в державі єдиного органу конституційної юрисдикції з правом офіційного тлумачення Конституції та законів.

Використовуючи історико-порівняльний метод, можна зазначити, що час існування Української Соціалістичної Радянської Республіки у період від 1921 до 1929 р. беззаперечно доводить, як це зазначено у наших попередніх дослідженнях [9], що одночасне існування поряд декількох державних органів наділених правом офіційного тлумачення законодавства, спричиняє здебільшого саме плутанину, а не створення єдиної практики використання законів в державі. Адже в різні часи нової економічної політики (1921-1929 рр.) правом тлумачення в УСРР були наділені державні органи від Народного Комісаріату Юстиції УСРР та Верховного Суду УСРР до відповідних окружних судів й прокуратур. І тому при проведенні змін до судової системи УСРР у 1925 р. самими ж радянськими правниками висловлювалось застереження, що, маючи 40 окружних судів на

території УСРР, буде складатися ситуація існування 40 різних тлумачень однієї норми права. Навіть НКЮ УСРР спостерігав таку ситуацію, коли офіційні акти тлумачення норм, що здійснювалися як Верховним Судом УСРР, так і НКЮ УСРР не виконувалися на місцях або використовувалися неоднаково.

Однак метою офіційного тлумачення і є саме створення єдиної практики розуміння сутності норм законодавства, а тому позиція існування в держави єдиного органу конституційної юрисдикції є цілком правильною.

Отже, доцільність та правильність існування Конституційного Суду України як єдиного органу в Україні із правом офіційного тлумачення Конституції та законів України не тільки науково обґрунтована, а й історично доведена та виправдана.

Окрім того у праці Селіванова А.О. [5] трапляється таке положення про «творчу роль конституційного правосуддя», із якою ми повністю погоджуємося. При цьому потрібно зважати на доведену Ю.М. Тодикою тезу про недопустимість підміни Конституційним Судом України ролі законодавця [8, с. 7]. Однак, зважаючи на ці дві позиції, ми зазначимо, таке.

Дійсно, Конституційний Суд України виконує творчу роль, здійснюючи тлумачення Конституції та законів України, при цьому не підміняючи собою функцію законодавця. Адже в мотивувальній частині своїх рішень Конституційний Суд України надає розширене, обґрунтоване пояснення, переконує та надає аргументи правильності своєї правової позиції, на відміну від нормативно-правових актів, що приймаються Верховною Радою України, де пояснення щодо причин та обґрунтування прийняття тої чи іншої норми права відсутнє. Однак, як зазначається в правовій літературі, здатність влади виконувати свої завдання і функції заради «всього суспільства … на досягнення цілей методами, насамперед довіри до людей, переконання, а вже потім і примусу» [5, с. 10].

Проте в основному теоретичні основи діяльності національного органу конституційної юрисдикції поступово розробляються, формується вітчизняна правова школа розуміння сутності конституційної юстиції. І здебільшого питання виникають стосовно практики. Підсумовуючи висновки вищезазначених вітчизняних та російських (В.І. Анішина) вчених-правників можна зазначити, що в основному ці невирішені питання зводяться до такого:

- чи мають рішення Конституційного Суду зворотну силу;

- які норми, окрім визнаної неконституційною, не повинні застосовуватися;

- яким чином у практичній діяльності юристів використовувати правові позиції Конституційного Суду України.

І цей перелік не є вичерпним. Із часом діяльності Конституційного Суду України він буде, з одного боку, зменшуватися завдяки розробкам вчених, досвіду практики, а з іншого – збільшуватися за рахунок нових питань.

На перший погляд, у законодавстві чітко визначені аспекти діяльності Конституційного Суду України, його робота налагоджена відповідно до Конституції України та Закону України «Про Конституційни Суд України», і додаткові роз'яснення не потрібні. Однак у цьому випадку можна звернутися до подібного питання, яке, за переконанням Ю.М. Тодики, постає кожного разу при офіційному та неофіційному тлумаченні про доцільність тлумачення норм, зміст яких очевидний. Відмова від такого роз'яснення базується на правилі clarus non sunt interpretanda (очевидне не інтерпретується) [8, с. 8]. Однак, як слушно зазначає Ю.М. Тодика, навряд чи можна обійтися без інтерпретації тих конституційних норм й норм законів України, які, на перший погляд, не викликають сумнівів [8, с. 8]. Адже дійсно, навіть розуміння однієї і тієї самої норми права, навіть простої, у юриста-практика, юриста-теоретика, судді, простого громадянина тощо, будуть зовсім різними. Однак метою офіційного тлумачення і є передусім створення єдиної для всієї держави практики, тому ігнорування тими питаннями, які здаються вирішеними, неможна.

Враховуючи вищезазначене, розуміючи особливість статусу Конституційного Суду України, інтерес викликають не тільки акти офіційного тлумачення, а й його правові позиції. За переконанням не тільки вітчизняних, а й зарубіжних науковців вони із порівняно нового феномену національної юридичної дійсності перетворилися на значний елемент системи правового регулювання. Постійний інтерес науковців посилюється ще й розширенням обсягу практики Конституційного Суду України, яка стосується найширшого кола правових питань. З урахуванням того, що, як уже зазначалося, деякі вчені переконані в багаторічній традиції вітчизняної конституційної юстиції, все ж таки у своїй діяльності безпосередньо Конституційний Суд України та вчені-конституціоналісти мають звертатися і до досвіду зарубіжного. І передусім органів конституції юрисдикції Росії, ФРН [6, с. 31-32].

Отже, в даній статті були охарактеризовані деякі аспекти правотлумачної діяльності Конституційного Суду України, виокремлені напрямки подальших наукових досліджень, висвітленню яких і будуть присвячені наступні наші публікації.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Закон* України «Про Конституційний Суд України» [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

2. *Конституція* України [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

3. *Мироненко О.* Народження української юридичної науки і перші вітчизняні доктрини судової конституційної юстиції (друга половина XIX століття) / О. Мироненко // [Електронний ресурс]: Режим доступу – http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=9130

4. *Рабінович П.* Страсбурзький суд і конституційне судочинство у сфері прав людини [Текст] / П. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 1 (44). – С. 17-25.

5. *Селіванов А.О.* Верховенство права в Конституційному правосудді: Аналіз конституц. юрисдикції [Текст] / А.О. Селіванов. – К.; Х.: Акад. прав. наук України, 2006. – 136 с.

6. *Таційй В.* Питання меж тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України [Текст] / В. Таційй, Ю. Тодика // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – №4 (27). – С. 31-40.

7. *Тихий В.* Правотлумачення Конституційним Судом України та правова природа його рішень // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 1. – С. 62-71.

8. *Тодика Ю.М.* Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика [Текст]: Монографія. – Х.: Факт, 2001. – 328 с.

9. *Усеінова Г.С.* Становлення та розвиток судової системи України 1921-1929 років: Історико-правовий аналіз [Текст] / Г.С. Усеінова. – Х.: НТМТ, 2012. – 275 с.

УДК 342:340.111.5 (477)

# ЮРИДИЧНІ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

**Олькіна О. В.,**
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри конституційного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** У статті досліджується система суб'єктів конституційних правовідносин. У межах цієї системи виділяється окрема група суб'єктів – юридичні особи. На підставі аналізу теоретичної та нормативної бази здійснюється з'ясування їх правової природи, а також характеристика належних їм прав та обов'язків.
***Ключові слова:*** суб'єкти конституційних правовідносин, юридична особа, людина.

***Аннотация:*** В статье исследуется система субъектов конституционных правоотношений. В рамках этой системы выделяется отдельная группа субъектов – юридические лица. На основании анализа теоретической и нормативной базы осуществляется выяснение их правовой природы, а также характеристика принадлежащих им прав и обязанностей.
***Ключевые слова:*** субъекты конституционных правоотношений, юридическое лицо, человек.

***Annotation:*** This article examines the subjects of constitutional legal system and released their special group - legal entities. It contains theoretical analysis of their legal nature, as well as the characterization of their constitutional rights and obligations.
***Key words:*** constitutional legal entities, legal person, the person.

---

Запорукою становлення громадянського суспільства в Україні є втілення у життя принципів та норм, закладених у Конституції України. Практична реалізація останніх відбувається у межах відповідних правовідносин завдяки волевиявленню суб'єктів конституційного права.

З огляду на це, а також на динаміку розвитку суспільних відносин, що входять у предмет правового регулювання галузі конституційного права України, тенденції до розширення кола їх учасників, вбачається актуальним з теоретичної та практичної точок зору дослідження проблематики суб'єктів конституційних правовідносин, зокрема юридичних осіб.

Дослідженням конституційних правовідносин, їх окремих структурних елементів, у тому числі окремих суб'єктів чи їх груп, присвячені роботи таких вітчизняних і зарубіжних учених, як М.О. Баймуратов, О.В. Батанов, Н.В. Бутусова, Р.Г. Губенко, Ю.В. Данилюк, В.Н. Денисов, В.С. Журавський, О.В. Зайчук, А.А. Коваленко, О.Л. Копиленко, В.Ф. Коток, С.С. Кравчук, О.О. Кутафін, О.І. Лєпьошкін, В.О. Лучін, О.О. Миронов, Л.А. Морозова, Н.Р. Нижник, Н.М. Оніщенко, В.С. Основін, О.М. Пастернак, В.Ф. Погорілко, В.О. Ржевський, А.О. Селіванов, Т.А. Синцова, В.Ф. Сіренко, В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика, І.Є. Фарбер, В.Л. Федоренко, Ю.О. Фрицький, Т.В. Чехович, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко, Н.Г. Шукліна, О.Н. Ярмиш та інші.

Однак питання визначення особливостей участі у конституційних правовідносинах юридичних осіб як окремої групи суб'єктів цих відносин не дістало належного розвитку.

Метою цієї статті є визначення місця юридичної особи у системі суб'єктів конституційних правовідносин, а також виокремлення їх конституційних прав та обов'язків.

Усталене визначення поняття «суб'єкт правовідносин» окреслює як ключову передумову, необхідну для участі певних осіб у конкретних правовідносинах, реалізацію належних їм прав та виконання відповідних юридичних обов'язків.

Ю. В. Данилюк стверджує, що кожен суб'єкт у результаті поширення на нього дії конституційно-правових норм, тобто незалежно від участі у тих чи інших правовідносинах, вже володіє певним комплексом прав та обов'язків. При цьому дослідник зазначає, що суб'єкт конституційних правовідносин реалізує саме ті права й обов'язки, якими він був наділений конституційно-правовою нормою з моменту набрання нею юридичної сили як потенційний учасник конституційних правовідносин. На основі аналізу конституційно-правових норм і практики їх застосування науковець вказує, що суб'єктами конституційних правовідносин є такі їх види: соціальні спільноти (український народ, українська нація, національні меншини, корінні народи України, територіальні громади тощо); держава, адміністративно-територіальні одиниці; політичні партії, громадські організації; органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи, депутати рад різних

*© Олькіна О.В., 2012*

рівнів; громадяни України, іноземці, особи без громадянства, біженці; органи самоорганізації населення; підприємства, установи, організації; міжнародні органи й організації [1, с. 11].

На думку О. О. Бурцева, стадія конституційно-правових відносини вбачається обов'язковою у процесі реалізації конституційних прав і обов'язків. При цьому всіх володарів конституційної правосуб'єктності він пропонує розмежувати на дві великі групи – індивідуальні та колективні суб'єкти.

Для подальшої класифікації першої групи – індивідуальних суб'єктів конституційно-правових відносин як критерію ним використовується така ознака, як приналежність до системи державних органів і органів місцевого самоврядування. На такій підставі індивідуальних суб'єктів можна класифікувати на дві групи: а) суб'єкти, що належать до системи державних органів і органів місцевого самоврядування та б) суб'єкти, що володіють особистою правосуб'єктністю. Застосування даної ознаки обумовлено тим, що індивіди володіють різною за своїм змістом і характером правосуб'єктністю.

При класифікації суб'єктів іншого блоку – колективних (комплексних), в основу покладено такий критерій, як соціальна природа колективних суб'єктів, що враховує об'єктивні відмінності суспільних відносин, учасниками яких вони виступають. На цій підставі колективних суб'єктів можна класифікувати на три групи: 1) соціальні спільності (народ, нації і народності), 2) колективні утворення, що володіють внутрішньою організованістю і 3) політичні асоціації.

Колективні утворення, що мають внутрішню організованість, в свою чергу, можуть систематизуватися залежно від приналежності до системи державних органів і органів місцевого самоврядування. На цій підставі можна виділити: а) державні органи та органи місцевого самоврядування і б) громадські об'єднання.

Як критерій розмежування суб'єктів, що входять до групи політичні асоціації, використано територіальну ознаку. На його основі політичні асоціації можна поділити на: 1) державу (Російська Федерація); 2) суб'єкти в складі Російської Федерації та 3) муніципальні утворення [2, с. 11, 15-16].

Не заперечуючи наукову значущість висновків наведених авторів, слід відзначити, що така категорія суб'єктів конституційних правовідносин, як юридичні особи ними взагалі не згадується, не визначаються також особливості їх правосуб'єктності.

Натомість, Конституція України як основний закон держави та суспільства, що регламентує найважливіші суспільні відносини, встановлює права та обов'язки юридичних осіб. Наприклад, за ч. 2 ст. 14 Конституції України право власності на землю набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. Згідно із ч. 3 ст. 152 Конституції України матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку [3]. З останнього положення випливає розподіл суб'єктів правовідносин на фізичних та юридичних осіб, що найбільш повно виражений у сфері цивільних правовідносин. Адже саме Цивільний кодекс України містить легальне визначення, за яким юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ч. 1 ст. 80) [4].

Одночасно конституційне законодавство оперує і такими поняттями як органи, підприємства, установи та організації Наприклад, згідно зі ст. 13 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» Уповноважений має право знайомитись з документами, а також вимагати від посадових і службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності сприяння проведенню перевірок діяльності підконтрольних і підпорядкованих їм підприємств, установ, організацій, що має відбуватися в ході конституційних правовідносин між цими суб'єктами [5].

Норми цивільного та господарського законодавства називають підприємства та установи як організаційно-правові форми юридичних осіб, відмінність між якими головним чином полягає у меті їх створення. Так, за ст. 62 Господарського кодексу України підприємство – самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами [6]. Установою, відповідно до ст. 83 Цивільного кодексу України, є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна [4].

Поряд із юридичними особами приватного права (господарськими товариствами, приватними підприємствами, виробничими кооперативами), юридичними особами за чинним законодавством є органи виконавчої влади, зокрема, міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, місцеві державні адміністрації та органи судової влади, місцевого самоврядування, а також об'єднання громадян, благодійні організації, політичні партії тощо. Відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи [7].

Таким чином, юридичні особи можна розподілити на дві групи:

1) юридичні особи, що втілюють через свою компетенцію публічну владу (держава, органи державної влади та місцевого самоврядування);

2) юридичні особи, які не володіють публічною владою, але задовольняють приватні чи

суспільні інтереси, потреби населення у товарах чи послугах, створенні робочих місць тощо.

Конституція України детально регламентує повноваження юридичних осіб, уповноважених здійснювати публічну владу.

Діяльність юридичних осіб, що належать до другої із виділених груп, також становить предмет конституційно-правового регулювання. Так, в ст. 9 Конституції Естонії [8] навіть допускається поширення прав людини і громадянина на юридичні особи у тій мірі, в якій це узгоджується із загальними завданнями юридичних осіб та зі сутністю прав і свобод, що встановлюються Конституцією України.

Дійсно, права юридичної особи є похідними від прав людини, серед яких особливе місце посідають право на підприємницьку діяльність та право на об'єднання, передбачені Конституцією України, однак не вичерпуються ними. Вказане обумовлене тим, що під загальним поняттям юридичної особи об'єднуються різні за своєю правовою природою учасники правовідносин.

На підтвердження цієї тези можна навести теорії, що прагнули осягнути правову природу такого суб'єкта правовідносин, як юридична особа. Так, з огляду на порядок прийняття юридичною особою рішень та її участі у правовідносинах сформувались такі теорії:

1. «Теорія держави», розроблена С.І. Асканазієм [9, с. 20-33] ґрунтується на положенні про те, що за кожним державним підприємством стоїть власник його майна – сама держава. Індивідуалізація кожної організації як юридичної особи є необхідною і можливою, оскільки є необхідними посередницькі ланки, через які держава впливає на членів суспільства. Вірність цієї теорії підтверджується необхідністю формування державних органів.

2. «Теорія колективу», запропонована академіком А.В. Венедиктовим [10, с.657-672], виходить із того, що носіями правосуб'єктності державної юридичної особи є колектив робітників та службовців підприємства, а також всенародний колектив, організований у соціалістичну державу. У сучасних умовах громадські організації та політичні партії покликані сприяти задоволенню і захисту прав та інтересів різних груп громадян України.

3. «Теорія директора» наголошує на тому, що директор уповноважений діяти від імені організації у сфері цивільного обігу, тому він і є основним носієм юридичної особистості державної юридичної особи [11, с. 273].

Загальною для всіх перелічених концепцій є ідея про наявність людського субстрату (фізичної особи чи колективу) в юридичній особі. Проте ця людина чи група людей не може задовольнити свої потреби без участі такого учасника правовідносин як юридична особа, тому найважливішою рисою, що визначає суть цього суб'єкта, є мета його створення. Як справедливо зазначає О.О. Красавчиків, організація становить певне соціальне утворення, тобто систему істотних соціальних взаємозв'язків, об'єднаних для досягнення поставлених цілей у єдине структурно і функціонально диференційоване соціальне ціле [12, с. 65-69].

Саме мета створення визначає особливості прав та обов'язків, якими наділяється юридична особа у конкретних правовідносинах. При цьому, якщо права та обов'язки юридичних осіб, що здійснюють публічну владу, поєднуються у їх повноваженнях, то у юридичних осіб, які належать до групи приватноправових вони навпаки розмежовані та не досить детально регламентовані.

До конституційних обов'язків другої групи юридичних осіб, порядок виконання яких визначається на галузевому рівні, слід віднести обов'язок неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність людей; сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом, а також не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки.

Виокремлення ж прав приватноправових юридичних осіб потрібно робити виходячи зі змісту прав, якими Конституція України наділяє людину. З аналізу практики захисту прав юридичних осіб Європейським Судом з прав людини можна виділити належні юридичним особам права: на справедливий судовий розгляд (ст. 6 Європейської Конвенції); право власності (ст. І Протоколу № 1 до Європейської Конвенції); свобода вираження думки (ст. 10 Європейської Конвенції).

Вказаним правам кореспондують і конституційні положення. Так, ст. 55 Конституції України, яка встановлює, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, а також право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, розповсюджується і на юридичних осіб [3]. Хоча Конституційний Суд України, здійснюючи тлумачення цієї норми, не поширив її дію на юридичних осіб, згодом, у Рішенні від 09 липня 2002 року по справі №1-2/2002 за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб»» вказав на те, що положення ч. 2 ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, які виникають у державі, в аспекті конституційного звернення необхідно розуміти так, що право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами [13].

Крім того, юридичним особам належить право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, передбачене ст. 40 Конституції України. Однак, ні в Законі України «Про звернення громадян», ні в інших актах чинного законодавства не встановлюється механізм реалізації цього права юридичними особами, чим створюється прогалина, що потребує нагального подолання.

Підводячи підсумок, слід відзначити, що юридичні особи є активними учасниками

різноманітних конституційних правовідносин. Однак конституційно-правова регламентації їх діяльності здійснюється нерівномірно, що негативно впливає на функціонуванні приватноправових юридичних осіб. Конституційні права юридичних осіб є похідними від прав людини, в основі їх правової природи лежить діалектична єдність об'єктивного і суб'єктивного права індивіда, і в цій якості зазначені права мають властивості публічності, невідчужуваності, рівної юридичної сили, гарантованості та захищеності. Проблематика участі різних юридичних осіб у конституційно-правових відносинах, безумовно, потребує подальших досліджень, спрямованих на вдосконалення конституційно-правового регулювання діяльності юридичних осіб, насамперед у сфері забезпечення дієвого механізму реалізації їх конституційних прав. адже це дозволить виробити механізми їх ефективної взаємодії в межах правової держави.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Данилюк Ю.В.* Теоретичні засади конституційних правовідносин в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.02 / Данилюк Юрій Васильович; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2009. – 20 с.
2. *Бурцев А. А.* Система субъектов конституционно-правовых отношений: автореф. дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук. 12.00.02 – Конституционное право; Муниципальное право / А. А. Бурцев; Науч. рук. Е. И. Козлова. – М., 2005. – 24 с.
3. *Конституція* України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. *Цивільний* кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.
5. *Про Уповноваженого* Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1998р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №20. – Ст. 99.
6. *Господарський* кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18, №19-20, № 21-22. – Ст. 144.
7. *Про зовнішньоекономічну* діяльність: Закону України від 16 квітня 1991 року// Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.
8. *Конституція* Естонської Республіки. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.eesti.ee/rus/riik/pohiseadus/
9. *Асканазий С.И.* Об основаниях правовых отношений между государственными социалистическими организациями / С.И. Асканазий // Ученые записки Ленинградского юридического института. – Вып. 4. – Л., 1947. – С. 5 – 47.
10. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. / Венедиктов А.В.; отв. ред.: Райхер В.К. – М., Л.: Изд-во АН СССР, 1948. – 839 с.
11. *Советское* гражданское право. Субъекты гражданского права. / Брагинский М.И., Братусь С.Н., Дозорцев В.А., Казьмин И.Ф., [и др.]; под ред. Братусь С.Н. – М.: Юрид. лит., 1984. – 288 с.
12. *Красавчиков О.А.* Сущность юридического лица / О.А. Красавчиков // Сов. государство и право. – 1976. – № 2. – С. 36-41.
13. *Рішення* Конституційного Суду України від 09 липня 2002 року по справі №1-2/2002 за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клаб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) // Вісник Конституційного суду України. – 2002. – № 4. – Ст. 17.

## ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК: 349.2:343.82

# ТРУДОВАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ПЕНИТЕНЦИАРНОЙ СИСТЕМЕ: ПРАВОВЫЕ И ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

**Кулачок-Титова Л. В.,**
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
юридического факультета
Харьковского национального университета
имени В.Н. Каразина

**Ким Е. В.,**
кандидат психологических наук
доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
юридического факультета
Харьковского национального университета
имени В.Н. Каразина

***Анотація:*** У статті розглянуто окремі питання правового регулювання трудових відносин співробітників пенітенціарної системи. Визначено особливості трудової діяльності окремих категорій працівників системи виконання покарань та відповідні вимоги освітнього, морального та психологічного характеру. Вказано на безпосередній зв'язок між умовами праці та можливістю професійної деформації особистості. Запропоновано можливі шляхи мінімізації негативних факторів. Наголошено на ролі якісного підбору персоналу, перевірки професійної відповідності, постійно діючих шкіл професійної майстерності та психологічного супроводу.
***Ключові слова:*** пенітенціарна служба, трудові відносини, соціальний захист, виховний процес, професійна деформація.

***Аннотация:*** В статье рассмотрены отдельные вопросы правового регулирования трудовых отношений сотрудников пенитенциарной системы. Определены особенности трудовой деятельности отдельных категорий работников системы исполнения наказаний и соответствующие требования образовательного, морального и психологического характера. Указано на непосредственную связь между условиями труда и возможностью профессиональной деформации. Предложены возможные пути минимизации негативных факторов. Подчеркнута роль качественного подбора персонала, проверки профессионального соответствия, постоянно действующих школ профессионального мастерства и психологического сопровождения.
***Ключевые слова:*** пенитенциарная служба, трудовые отношения, социальная защита, воспитательный процесс, профессиональная деформация.

***Annotation***: This article discusses some issues of legal regulation of the employment relationship of the penitentiary system. The features of employment of certain categories of prison officers and the requirements of the educational, moral, and psychological. Indicated on a direct link between working conditions and the possibility of professional deformation. Possible ways to minimize the negative factors. Emphasized the role of quality of recruitment, testing professional correspondence, permanent schools of professional skills and psychological support.
***Key words:*** prison service, labor relations, social security, educational process, professional deformation.

---

Социальное правовое государство стремится к созданию благоприятных условий для жизни, духовного и физического развития каждого из своих граждан. Одной из специфических сфер деятельности современного государства является пенитенциарная система, среди функций которой в последнее время на передний план все больше выдвигается функция перевоспитания и ресоциализации лиц, отбывающих наказание за совершенное преступление. Правила европейской пенитенциарной службы указывают на то, что целью режима обращения с осужденными лицами является поддержка их здоровья и чувства собственного достоинства, развитие у них ответственности, склонностей и способностей, которые помогут им вернуться в общество.

Вопросами эффективности исполнения уголовных наказаний и организации деятельности органов пенитенциарной системы занимались Г.З. Анашкин, Л.В. Багрий-Шахматов, С.М. Дементьев, В.М. Трубников, Ю.А. Чеботарева и другие. Среди ученых-психологов, исследовавших проблемы пенитенциарной психологии, следует назвать Т.И. Закирову, Н.П. Крейдун, А.Н. Лактионова, А.И. Ушатикова и других. Однако отдельные проблемы службы в системе исполнения наказаний все еще нуждаются в тщательном изучении.

Пенитенциарная система Украины прошла сложный путь изменений и реформ со времен царской России и СССР до сегодняшнего дня. Повышение эффективности системы исполнения наказаний, которая бы обеспечивала не только наказание, но и перевоспитание осужденных, возвращение их в общество как его полноценных членов, безусловно, является одним из важных средств борьбы с преступностью. Именно этими приоритетами руководствовалось молодое украинское государство, когда еще в 1991 году начало реформирование уголовно-исполнительной системы. При этом учитывались международные

*© Кулачок-Титова Л.В., Ким Е.В., 2012*

стандарты в этой сфере, в частности, нормы принятых ООН Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, Всеобщей декларации прав человека, Европейских стандартов, других международных соглашений.

По оценке участников швейцарско-украинского проекта «Поддержка пенитенциарной реформы в Украине», за последнее десятилетие в стране была проведена значительная работа по усовершенствованию уголовного и уголовно-исполнительного законодательства, учитывая изменения, направленные на сокращение количества заключенных, улучшение жилищных условий в учреждениях исполнения наказаний, развитие системы социальной помощи для заключенных и освобождающихся лиц [1].

При анализе положения в пенитенциарной системе, как правило, основное внимание уделяется улучшению содержания и соблюдению прав лиц, отбывающих наказание. Это понятно и естественно, но при этом остается без должного внимания еще одна очень важная категория людей – персонал учреждений системы исполнения наказаний. Именно от их профессионализма, моральных и деловых качеств во многом зависит реализация главной цели системы исполнения наказаний – возвращения обществу полноценного члена. С одной стороны – это наемные работники, имеющие право на безопасные и достойные условия труда, отдых, заработную плату, карьерный рост, защиту чести и достоинства, с другой – работа (служба) в пенитенциарной системе относится к категории профессий, связанных с условиями деятельности, приближенными к экстремальным.

В результате проведенной по материалам средств масовой информации, правозащитных организаций и иных представителей негосударственных и государственных институций оценки эффективности деятельности уголовно-исполнительной службы были определены основные факторы, негативно влияющие на работу органов и учреждений системы исполнения наказаний. Среди них, в частности, названы: низкая социально-правовая защита персонала, что создает условия для распространения коррупции и взяточничества; снижение уровня обеспеченности специальной техникой и инженерно-техническими средствами охраны; недостаточный профессиональный уровень персонала; отсутствие научного сопровождения процесса реформирования уголовно-исполнительной службы; направленность работников учреждений исполнения наказаний на выполнение не свойственных им функций, карательную направленность деятельности вместо предупредительного ориентирования и не совсем правильное понимание заданий, включая и определенное желание избежать ответственности за собственные действия [2].

Как и любая другая деятельность человека, эффективная служба в учреждениях исполнения наказаний во многом зависит от ее правового обеспечения. Наличие всеохватывающей, без пробелов, законодательной базы относительно служебных и трудовых отношений оказывает содействие плодотворной работе, дисциплинированности, соблюдению субординации, спокойному и эффективному отдыху, открывает перспективы карьерного роста и т.п.

Общая численность персонала, обеспечивающего деятельность учреждений исполнения наказаний, следственных изоляторов и лечебно-трудовых профилакториев, определяется как 33% от количества содержащихся в них лиц, персонала уголовно-исполнительной инспекции – 5% от количества лиц, находящихся на учете в этой инспекции [3].

По данным Государственной пенитенциарной службы Украины [4] на 1 сентября 2012 года, в 181 учреждении системы исполнения наказаний содержались 151 122 лица. На учете в 697 подразделениях уголовно-исполнительной инспекции находится 152 495 осужденных к уголовным наказаниям, не связанных с лишением свободы и административным взысканиям. Производство Государственной пенитенциарной службы Украины представлено 129 промышленными и 12 сельскохозяйственными предприятиями. При 88 учреждениях исполнения наказаний функционируют профессионально-технические учебные заведения, в которых учится почти 9 тысяч осужденных. Общеобразовательный уровень образования осужденных обеспечивает 151 учебное заведение.

Среди персонала пенитенциарной системы – различные специалисты: охранники, воспитатели, начальники отрядов, психологи, учителя, мастера и бригадиры, врачи, агрономы, социологи и т.д. Некоторые из этих работников получили (или получают) специальное высшее образование в учреждениях образования I-IV уровней аккредитации, остальные работники проходят курсовое обучение по первичной профессиональной подготовке и повышению квалификации в училищах профессиональной подготовки персонала.

Деятельность Государственной уголовно-исполнительной службы Украины обеспечивают 47,4 тысячи работников, при штатной численности 54,1 тысячи должностей. Последнее свидетельствует о «кадровом голоде» в пенитенциарной системе и, соответственно, остро стоящем вопросе кадрового обеспечения.

Сотрудников уголовно-исполнительной службы можно разделить на несколько категорий по особенностям регулирования трудовых отношений. К персоналу названной службы принадлежат лица рядового и начальствующего состава, специалисты, не имеющие специальных званий, и другие работники, заключившие трудовые договоры с Государственной уголовно-исполнительной службой Украины.

Служба в Государственной уголовно-исполнительной службе Украины является государственной службой особого характера, состоящей в профессиональной деятельности пригодных к ней по состоянию здоровья и возрасту граждан Украины. Время прохождения службы зачисляется в страховой стаж, стаж работы по специальности, а также в стаж государственной службы.

В состав Государственной уголовно-исполнительной службы Украины принимаются на конкурсной, добровольной, контрактной основе граждане Украины, способные по своим личным, деловым и моральным качествам, возрасту,

образовательному и профессиональному уровню и состоянию здоровья эффективно выполнять соответствующие служебные обязанности.

Система требований к персоналу учреждений и органов исполнения наказаний должна включать группу общих требований: приема на работу; служебные (общие требования по выполнению служебных задач); относительно поведения со спецконтингентам; организационно-экономические; профессионально-психологические. Кроме названных, существуют должностные требования относительно выполнения работы отдельными должностными лицами учреждений и органов исполнения наказаний [5, с. 261].

До приема на работу профессиональную пригодность потенциального работника можно проверить путем опросов, тестирований, собеседований, сдачи нормативов и т.д. При принятии на службу может быть установлен срок испытания до шести месяцев. Не могут быть приняты на службу лица, ранее осужденные за совершение преступления.

Граждане Украины, впервые зачисляемые на должности рядового и начальствующего состава уголовно-исполнительной службы должны принять присягу, текст которой подписывается и сохраняется в личном деле. Лицам рядового и начальствующего состава уголовно-исполнительной службы устанавливаются специальные звания. На них распространяется действие Дисциплинарного устава органов внутренних дел Украины.

Трудовые отношения работников уголовно-исполнительной службы регулируются законодательством о труде, государственной службе и заключенными трудовыми договорами (контрактами). На специалистов Государственной уголовно-исполнительной службы Украины, не имеющих специальных званий, распространяется действие Закона Украины «О государственной службе».

Персонал Государственной уголовно-исполнительной службы Украины обязан неуклонно выполнять законы Украины, соблюдать нормы профессиональной этики, гуманно относиться к осужденным и лицам, взятым под стражу. С этим положением закона непосредственно связано существование профессионально-психологических требований к персоналу, таких, как: профессионально-психологическая ориентированность, то есть наличие психологических знаний, умений и навычек мировоззренческого, межличностного и деятельностного уровня относительно функционирования персонала системы; профессионально развитые психологические качества (прежде всего, сдержанность, память, общение, эмпатия и др.); умение учитывать психологические аспекты во время исполнения профессиональных обязанностей, в частности, индивидуальной и групповой воспитательной работы; психологическая устойчивость (т.е. качества, усиливающие способность людей выполнять задания в чрезвычайных условиях постоянного общения с криминогенными элементами, успешно переносить моральные нагрузки, в критические моменты не терять самообладания, проявлять стойкость, мужество и отвагу, действовать в сложной обстановке умело и активно, прежде всего, важна победа над собственной неуверенностью и нерешительностью) [5, с. 264-265.].

В случае выявления жестокого отношения к осужденным и лицам, взятым под стражу, или совершение действий, унижающих человеческое достоинство названных лиц, лицо рядового или начальствующего состава или работник уголовно-исполнительной службы подлежит увольнению со службы (работы), если к нему постановлен обвинительный приговор суда, набравший законную силу, или если на протяжении года за такие же действия к нему уже было применено дисциплинарное взыскание.

Лица рядового и начальствующего составов уголовно-исполнительной службы во время выполнения задач по исполнению уголовных наказаний в пределах полномочий, определенных этим законом, имеют право в порядке и случаях, предусмотренных законами Украины, применять физическую силу, использовать служебных собак, а также сохранять, носить специальные средства и оружие, использовать и применять их самостоятельно или в составе подразделений. Поэтому сотрудникам исправительных учреждений необходимо владеть тактическими приемами действий в экстремальных ситуациях, оказывать доврачебную помощь, быть психологически устойчивыми, обладать высокими морально-волевыми качествами.

Персонал уголовно-исполнительной службы, а также члены их семей находятся под защитой государства, их безопасность, честь и достоинство охраняются законом. Так, в интересах обеспечения личной безопасности лиц рядового и начальствующего состава уголовно-исполнительной службы и членов их семей не допускается разглашение в средствах массовой информации сведений о месте проживания этих лиц. Сведения о прохождении службы лицами рядового и начальствующего составов уголовно-исполнительной службы предоставляются лишь с разрешения начальников органов и учреждений исполнения наказаний, следственных изоляторов.

Отдельные вопросы служебных и трудовых отношений сотрудников уголовно-исполнительной службы регулируются Уголовно-исполнительным кодексом Украины от 11.07.2003 г., Законами Украины «О предварительном заключении» от 30.06.1993 г., «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» от 01.12.1994 г., «Об органах и службах в делах детей и специальных учреждениях для детей» от 24.01.1995 г., «О социальной адаптации лиц, отбывавших наказание в виде ограничения свободы или лишения свободы на определенный срок» от 10.07.2003 года, постановлениями Кабинета Министров Украины, приказами профильных министерств и ведомств.

Пенсионное обеспечение лиц рядового и начальствующего составов уголовно-исполнительной службы осуществляется согласно Закону Украины «О пенсионном обеспечении лиц, уволенных из военной службы, и некоторых других лиц». Нормами этого закона, в частности, определяется, что этим лицам устанавливается льготный зачет выслуги лет для назначения пенсии – один месяц службы за сорок дней; лицам, проходящим службу в военизированных

формированиях и учреждениях исполнения наказаний, предназначенных для содержания осужденных к пожизненному лишению свободы, – один месяц службы за полтора месяца, а в учреждениях исполнения наказаний, предназначенных для содержания и лечения инфекционных и психически больных осужденных, – один месяц службы за два месяца по перечню должностей и в порядке, утверждаемом центральным органом исполнительной власти по вопросам исполнения наказаний.

Пенсионное обеспечение и социальная защита работников уголовно-исполнительной службы осуществляются согласно законодательству об общеобязательном государственном пенсионном страховании, государственной службе, социальной защите [6].

Профессиональная деятельность в системе исполнения наказаний предъявляет достаточно серьезные требования не только к профессиональным знаниям и умениям, приобретаемым в учебных заведениях и закрепляемых в процессе реальной работы с осужденными, но и к личностным качествам сотрудников, осуществляющих сложную работу, включенную в понятие «исполнение наказаний». Специалисты, работающие в уголовно-исполнительной системе, отвечают насущной потребности общества в защите от преступников. Эта категория людей сама остро нуждается в психологической диагностике и сопровождении [7, с. 531]. Как известно, психологическая напряженность усиливается, психологические проблемы обостряются в экстремальной ситуации работы с заключенными.

Именно поэтому, наряду с другими науками, проблемами пенитенциарной службы, занимается пенитенциарная психология. Важной задачей пенитенциарной психологии является социально-психологический анализ деятельности работников исправительно-трудового учреждения и психологическая подготовка их к работе с осужденными, профессиональная ориентация и формирование качеств воспитателя.

В числе профессионально значимых качеств сотрудника исправительных учреждений выделяют: нравственную активность, эмоциональную устойчивость, развитые педагогические и коммуникативные способности, психологическую готовность к службе, устойчивость к неблагоприятному влиянию среды осужденных и др. [8, с. 350].

Воспитателю исправительно-трудового учреждения (ИТУ) в его профессиональной деятельности необходимо учитывать, кроме качеств, присущих психике всех людей, важно и их соотношение со специфическими особенностями, обусловленными обстоятельствами жизни и деятельности осужденных. Только изучив закономерности возникновения отклонений в морально-психической сфере личности, выяснив причины ее деморализации и приобретения ею черт криминального типа, можно определить условия и пути перевоспитания осужденного.

Воспитательный процесс, осуществляющий ресоциализацию личности осужденного (возвращение его к социальной норме), как и обычный воспитательный процесс, предполагает взаимодействие воспитателя и воспитанника. Поэтому воспитателю необходимо обладать определенным авторитетом в глазах осужденных. Этот авторитет зависит: 1) от творческого похода к решению воспитательных задач; 2) высокоразвитого чувства ответственности как за свои действия, так и за действия подчиненных; 3) высокого уровня общей культуры [7, с. 351]. Не может быть хорошего воспитателя осужденных без элементов альтруизма, желания и стремления оказать необходимую помощь осужденному.

Коммуникативная деятельность воспитателя связана с общением с осужденными, в ходе которого происходит направляемый воспитателем обмен информацией. Воспитатель должен обладать умением слушать людей и, разговаривая с ними, находить индивидуальный подход к каждому из них. Большое значение в решении этих вопросов имеет знание воспитателем индивидуальных особенностей собеседника. Воспитатель должен знать подробности биографии осужденного. Одной из главных в воспитательной деятельности является социальная деятельность. Воспитатель должен привить осужденным принятое в обществе мировоззрение, а также ряд других важных качеств: патриотизм, гуманность, честность и т. д.

Воспитатель, постоянно работая с людьми, для того чтобы правильно решить производственные и воспитательные задачи, должен быть хорошим организатором, волевым человеком. Воспитатели осужденных наряду с работниками производств, организуют труд осужденных, занимаются их трудовым воспитанием. Главной задачей является подготовка осужденных к производственной деятельности. Воспитатель осуществляет контроль за тем, чтобы труд осужденных постоянно сочетался с их работой над собой, с профессиональным самосовершенствованием, с борьбой за коллективные показатели, с качеством продукции, которую они выпускают [9, с. 130].

Конструктивная деятельность воспитателя связана с созданием планов воспитательной тактики и стратегии. Конструктивная деятельность является основанием, на котором строится организационная и коммуникативная деятельность.

Воспитатель призван обеспечить надлежащее выполнение уголовного наказания. Для этого он должен хорошо знать много правовых норм, иметь развитое юридическое мышление, чтобы профессионально грамотно бороться с правовым инфантилизмом и правовым нигилизмом осужденных.

Осужденные оказывают скрытое, а порой и открытое сопротивление воспитательному процессу. И это с учетом того, что условия изоляции в ИТУ не позволяют использовать все меры воспитательного воздействия на личность. Среди осужденных имеется большое количество педагогически запущенных людей, требующих строго индивидуального подхода.

Жизнь сотрудников уголовно-исполнительной системы (УИС) протекает в постоянном стрессе. Они испытывают депривацию (психическое состояние, при котором люди испытывают недостаточное удовлетворение своих потребностей) от экстремальных условий своей деятельности. Среди

экстремальных ситуаций работы выделяют захваты заложников, массовые беспорядки, неповиновение и т.д. [10, с. 98]. Сама повседневная служба сотрудников УИС является крайне напряженной. Один из основных факторов – контингент, с которым приходится работать. Еще – условия труда.

Работникам УИС приходится работать на ограниченной территории. Изоляция условий профессиональной деятельности приводит к тому, что в учреждениях УИС у персонала отмечаются физическая и психическая усталость, профессиональная некомпетентность, запрещенные связи с осужденными и другие нарушения трудовой дисциплины.

И еще одним из экстремальных факторов работы сотрудников УИС является низкая престижность профессии, клеймо сатрапа. Повсюду в мире люди, работающие в тюрьмах, чувствуют, что в глазах общества клеймо, лежащее на заключенных, ложится и на них [11, с. 21].

Серьезная проблема в работе коллектива УИС – это формирование у отдельных его членов профессиональной деформации.

Профессиональная деформация личности сотрудников пенитенциарной системы представляет собой достаточно специфический феномен, который проявляется в дефектах правоохранительной, правоприменительной и правоисполнительной деятельности, а также в деформации профессиональной морали. Основными факторами, способствующими развитию профессиональной деформации, являются контакты с криминогенной средой, стрессогенность профессиональной деятельности, высокая степень закрытости исправительных учреждений; низкая общественная оценка деятельности сотрудников, наделение властными полномочиями, повышенная ответственность при выполнении служебных обязанностей, психофизические перегрузки, связанные с неустойчивым графиком работы, длительным лишением сна, частыми дежурствами; слабая профессиональная подготовленность, недостаточный жизненный опыт, низкий уровень самоконтроля, самокритичности, агрессивность [12, с. 4].

Рукоприкладство, грубость, применение спецсредств без должной необходимости – это крайние формы проявления профессиональной деформации.

По данным психологических исследований «пики проявлений профессиональной деформации приходятся на 3-4 и 6-7 годы работы в пенитенциарном учреждении. Ими выявлено, что длительный период службы в пенитенциарных учреждениях способствует деформации личности, то есть формированию под влиянием профессиональной деятельности и субкультуры отрицательных личностных качеств» [13, с. 5-9]. Кроме того, отмечается, что возникновение профессиональных деформаций сотрудников УИС связано с их психоэмоциональной неустойчивостью, особенно в условиях, сочетающихся с прямой угрозой жизни. Наиболее подвержены подобным личностным изменениям категории сотрудников пенитенциарных учреждений, непосредственно включённые в процесс ресоциализации преступников и по роду своей деятельности обязанные находиться с ними в непосредственном контакте.

Деятельность работников уголовно-исполнительной системы протекает в напряженных, конфликтных ситуациях, в опасных для жизни обстоятельствах. Подобные условия создают большие сложности в решении профессиональных задач, сказываются на успешности действий, требуют от персонала психологической устойчивости, особой подготовленности, умения адекватно действовать при любых экстремальных условиях.

Следует признать, что эффективность деятельности пенитенциарной системы зависит от множества факторов, но наиболее значимыми из них являются: наличие современной, без пробелов и коллизий, нормативно-правовой базы; обобщение, анализ и внедрение зарубежного и передового украинского опыта организации учреждений исполнения наказаний с учетом международных и национальных стандартов в области прав человека; тщательный и взвешенный подбор персонала на основании научно-обоснованных кадровых технологий; наличие обязательных курсов повышения квалификации и профессионального мастерства; постоянное психологическое сопровождение сотрудников службы с целью предупреждения деструктивных изменений личности.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://penreform.org.ua/
2. *Яковець І.* Оцінка ефективності дяльності кримінально-виконавчої служби її персоналом [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ukrprison.org.ua/index.php?id=1223796553
3. *Закон* України «Про чисельність кримінально-виконавчої системи України» від 2 березня 2000 року // Голос України. – 2000. – 4 квітня.
4. *Офіційний сайт* Державної пенітенціарної служби України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/628075
5. *Кримінально*-виконавче право України: підруч. / О.М. Джума, І.Г. Богатирьов [та ін.]. – К.: Атіка, 2010. – 752 с.
6. *Закон* України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 09 липня 2003 р. № 1058-IV; Закон України «Про статус ветеранів військової служби, ветеранів органів внутрішніх справ і деяких інших осіб та їх соціальний захист» від 24 березня 1998 р. № 203/98-ВР, Закон України «Про пенсії за особливі заслуги перед Україною» від 1 червня 2000 р. № 1767-III.
7. *Беляева Л.И.* Психологические особенности экстремальных ситуаций правоохранительной деятельности / Л.И. Беляева // Прикладная юридическая психология; под ред. А.М. Столяренко. – М., 2001.
8. *Аминов И.И.* Юридическая психология / И.И. Аминов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. – 415 с.
9. *Основи* пенітенціарної психології / Н.П. Крейдун, О.М. Лактіонов, А.В. Сорока, С.І. Сколов: навч. посіб. – Х.: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2007. – 140 с.
10. *Панкин И.Н.* Личная безопасность сотрудников внутренних дел: тактика и психология безопасной деятельности / И.Н. Панкин. – М., 1996.
11. *Ушатиков А.И.* Пенитенциарная психология: Программа для высших учебных заведений МВД РФ / А.И. Ушатиков. – Рязань, 1995.
12. *Закирова Т.И.* Педагогические условия профилактики профессиональной деформации личности сотрудников пенитенциарных учреждений в системе повышения квалификации. [Текст]: автореф. дис. на соиск.

учен. степ. канд. пед. наук (13.00.08) / Закирова Татьяна Ивановна; ГОУ ВПО «Марийский государственный педагогический институт им. Н К Крупской». – Йошкар-Ола, 2007. – 26 с.

13. *Рабочая книга* пенитенциарного психолога: пособие. – М.: ВНИИ МВД России, ГУИН МВД России, 1997. – 208 с.

УДК 347(346)

# ОХОРОНЮВАНИЙ ЗАКОНОМ ІНТЕРЕС У КОНДИКЦІЙНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

**Венедіктова І. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено аналізу охоронюваного законом інтересу в зобов'язаннях з підставного набуття майна. Розкрито вплив інтересу на підстави виникнення кондиційних зобов'язань, їх специфіку у даному виді зобов'язань.
***Ключові слова:*** охоронюваний законом інтерес, цивільні правовідносини, кондиційні зобов'язання.

***Аннотация:*** Статья посвящена анализу охраняемого законом интереса в обязательствах неосновательного обогащения. Раскрыто влияние интереса на основания возникновения кондикционных обязательств, их специфику в данном виде обязательств.
***Ключевые слова:*** охраняемый законом интерес, гражданские правоотношения, кондикционные обязательства.

***Annotation:*** This article is devoted to the determination interests protected by law in the obligations of groundless enrichment. Considered the influence of interest to the reasons of condictio obligations, its specific character.
***Key words:*** interest protected by law, civil legal relations, condictio obligations.

---

Інститут недоговірних зобов'язань в сучасній цивілістиці є дуже поширеним та багатогранним явищем. При цьому, крім зобов'язань, пов'язаних з деліктами, вказаний інститут включає в себе також такі зобов'язання як: кондикційні; з вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; з публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу; зобов'язання з рятування життя і здоров'я фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи.

Взагалі, наведені види зобов'язань крім їх об'єднання недоговірним критерієм в деяких випадках виступають взаємопов'язаними один з одним. Є.А. Суханов в цьому випадку наводить такий приклад: «коли особа, помилково вважаючи, що сусід який знаходиться в лікарні винен третій особі певну суму грошей, і виплачує її, то зазначена сума в подальшому може бути витребувана від отримувача в якості безпідставного збагачення» [1, с. 702-703]. Таким чином, ми бачимо, що безпідставне набуття майна, може виникнути також і внаслідок дій в чужому інтересі. З цього приводу В.М. Зубар пише, що «у системі недоговірних зобов'язань найближчим до інституту із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави в римському праві знаходився інститут ведення чужих справ без доручення. Для розуміння сутності *«condictio indebiti»* в системі римського приватного права необхідно розглянути його у співвідношенні з інститутом ведення чужих справ без доручення» [2, с. 41-43].

Порівнюючи кондиційні зобов'язання з деліктними, авторський колектив підручника «Цивільне право» за загальним керівництвом В.І. Борисової, відзначає, що «різниця між зобов'язаннями із заподіяння шкоди та із безпідставного набуття майна полягає у підставах їхнього виникнення. Підставою виникнення зобов'язання із заподіяння шкоди є делікт (правопорушення). Безпідставність же набуття майна спирається на різноманітні факти, в тому числі і на правомірні (вчинки), події, поведінку тварин тощо. У зв'язку з цим, за винятком випадків, передбачених законом, зобов'язання з заподіяння шкоди виникають тільки з вини заподіювача шкоди» [3, с. 798].

Кондикційні зобов'язання (від лат. *condictio* – отримання) входячи до системи недоговірних зобов'язань посідають у ній одне з ключових місць. «Це пов'язано з тим, що інститут набуття, збереження майна без достатньої правової підстави поширюється на інші інститути цивільного права, а вимоги із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави можуть слугувати універсальним, а інколи додатковим способом захисту практично будь-яких порушених майнових прав учасників цивільних правовідносин» [4, с. 6]. Кондикційні зобов'язання дуже часто «співпрацюють» з іншими видами зобов'язань. У такому разі кондикційні зобов'язання втрачають самостійне значення і виступають фактично в ролі «зобов'язання-супутника», субсидіарного зобов'язання [5, с. 18]. На відміну від договірних зобов'язань, ці зобов'язання переслідують мету захисту майнових прав та інтересів громадян і організацій шляхом поновлення попереднього становища. Наприклад, навіть договір страхування, що переслідує в першу чергу охоронну мету, має й інші цілі: проведення страховими компаніями профілактичних заходів, забезпечення громадянина на випадок дожиття тощо [6, с. 52].

Специфіку кондиційних зобов'язань визначає те, що вони носять суто майновий характер, зазначене стосується не тільки майна, але і майнових прав. «Цільове призначення грошових кондиційних зобов'язань визначається необхідністю захисту інтересів потерпілого, поновленням майнової сфери

*© Венедіктова І.В., 2012*

особи, за рахунок якої інша особа збагатилася. У зобов'язаннях унаслідок безпідставного грошового збагачення обов'язок боржника (набувача) зводиться до повернення кредитору (потерпілому) безпідставно набутих (ситуація з повторною оплатою поставлених товарів) або збережених (невитрачених боржником власних коштів за рахунок кредитора) грошових коштів» [7, с. 15].

Відносини з безпідставного набуття або збереження майна мають широку сферу застосування. Вони є універсальним інститутом захисту цивільних прав і (якщо інше не передбачено ЦК України, іншими законами або іншими правовими актами і не випливає із сутності відповідних відносин) застосовуються до всіх вимог щодо повернення безпідставно набутого майна незалежно від підстав його виникнення. Ці відносини межують із вимогами про повернення виконаного за недійсним правочином, а також за неукладеним договором; витребування майна власником із чужого незаконного відання тощо [3, с. 799]. Зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави можуть виникати з найрізноманітніших юридичних фактів, які породжують цивільно-правові наслідки. Ці зобов'язання, займають у системі недоговірних зобов'язань цілком самостійне місце, нерідко супроводжують зобов'язання, що виникають з інших підстав і мають іншу юридичну природу [5, с. 18].

Зобов'язання з набуття або збереження майна без достатньої правової підстави, на думку О.О. Отраднової, це зобов'язання, підставами виникнення яких можуть бути як правомірні, так і неправомірні дії, а також події, що дозволяє вважати їх самостійним недоговірним інститутом, який слугує захисту права власності та інших прав суб'єктів цивільних відносин [8, с. 158]. І.Е. Берестова зазначає, що специфіка інституту набуття, збереження майна без достатньої правової підстави полягає в його поширенні на всі інститути зобов'язального права. Визнання правочину недійсним і повернення всього отриманого за ним не завжди задовольняє інтереси контрагента [6, с. 3].

При цьому, застосування кондикційних зобов'язань має дуже значну історію, що починає відлік ще з часів Стародавнього Риму. Це обумовлено тим що у «найдавніші часи державна влада не втручалася в конфлікти між приватними особами: реагування на правопорушення було справою самого потерпілого, який сам забезпечував свої права, турбувався про їхній захист та їхню реалізацію тощо. Так виникли поняття помсти та відповідальності. Згодом прийшли до висновку, що помста може бути усунута шляхом угоди між правопорушником і потерпілим через те, що порушник сплатить певну компенсацію» [6, с. 12].

Сучасне правове регулювання кондикційних зобов'язань передбачене гл. 83 ЦК України. Відповідно до ст. 1212 вказаного кодексу, особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала. Вказана глава передбачає можливість виникнення недоговірних зобов'язань (котрі інколи називають кондиційними зобов'язаннями або безпідставним збагаченням) двох різновидів: внаслідок безпідставного набуття майна за рахунок іншої особи; внаслідок безпідставного збереження майна за рахунок іншої особи [9, с. 810].

Аналізуючи сучасний стан цивілістичної науки, присвяченої безпідставному збагаченню, В.С. Гербутов зазначає, що: «жодна з існуючих теорій не може охопити всі існуючі випадки безпідставного збагачення. При цьому, головну проблему складає саме ознака безпідставності. І в доктрині і на практиці поняття безпідставного збагачення міцно асоціюється з рядом класичних ситуацій, у відношенні яких прийнято вважати, що збагачення виникає безпідставно, хоча критерій безпідставності не виявляється прозорим. Поширення ж кондикційних позовів на інші, не класичні, ситуації які тим не менше потребують правового втручання, породжують ще більший відрив від теорії, якщо, авжеж, намагатися пояснити застосування до них кондикції будь-якою теоретичною моделлю. Все це ставить питання щодо послідовності застосування загального позову з безпідставного збагачення [10, с. 313].

Розглядаючи специфіку кондикційних зобов'язань не можна відносити їх виключно до сфери абсолютних або відносних зобов'язань. «Специфіка абсолютних правовідносин полягає в тому, що в них правам правомочної особи протистоїть обов'язок усіх третіх осіб утримуватися від вчинення дій, що порушують її майнові інтереси» [11, с. 17]. Д.В. Боброва зазначала, що недоговірні зобов'язання є не тільки результатом правопорушень, тобто охоронюваними правовідносинами. Вони можуть бути регулятивними, коли такі зобов'язання не пов'язані з порушенням суб'єктивних прав [12, с. 33].

Метою кондикційних зобов'язань виступає дотримання сторонами одного з ключових принципів в системі принципів цивільного права – принципу добросовісності. І.Е. Берестова визначає вказаний принцип, як «обов'язок учасника цивільних правовідносин при застосуванні своїх прав та виконанні своїх обов'язків піклуватися про дотримання прав і законних інтересів інших учасників майнового обігу» [6, с. 65]. При цьому, недобросовісністю в цивільних відносинах слід розуміти «відсутність у протиправному діянні або недостатнє втілення наміру дотримуватися чужих прав та законних інтересів» [13, с. 103].

Розглядаючи захист суб'єктивних прав та інтересів кредитора в кондикційних зобов'язаннях, можна побачити, що право на захист суб'єктивних прав виникає саме з моменту безпосереднього використання боржником безпідставно набутого майна кредитора. Г.В. Єрьоменко пише, що «у зобов'язанні із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави поведінка боржника зовсім інша: його дії направлені на те, щоб збільшити своє майно за рахунок іншої особи. Цього він добивається за рахунок зменшення або незбільшення майна кредитора. При чому у вчиненні цих дій часто бере участь сам потерпілий. Наприклад, він здійснює неіснуючий платіж, передає майно на підставі, яку

він вважає законною та інше. В цьому треба вбачати основний розподіл між деліктними зобов'язаннями та зобов'язаннями із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» [14, с. 198, 200].

Безперечно, у вказаному виді зобов'язань воля та вина учасників відсутня. Для недоговірних зобов'язань характерним є виникненя без узгодження волі учасників такого зобов'язання. Протиправність поведінки не належить ні до обов'язкових, ні до характерних умов безпідставного набуття майна. Протиправність безпідставного набуття окремого майна виражається в факті обмеження охоронюваних законом майнових інтересів потерпілого.

Кондикційні зобов'язання не виступають мірою відповідальності і не залежать від вини і протиправності дій суб'єкта безпідставного збагачення [15, с. 451]. Положення гл. 83 ЦК України застосовуються незалежно від того: безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна (протиправне присвоєння чужого майна), самого потерпілого (наприклад, мешканець комунальної квартири помилково оплачує комунальні послуги за сусідів), інших осіб (помилкове повернення боргу не кредитору, а члену його сім'ї) чи наслідком події (в результаті повені майно з подвір'я потерпілої особи вода переносить у двір сусіда) тощо [9, с. 810-811]. Для виникнення кондикційних зобов'язань важливий сам факт безпідставного збагачення, а не конкретна підстава, за якою це відбувалося. Такими підставами можуть виступати різні юридичні факти, як передбачені, так і не передбачені законом. Такими фактами можуть виступати правомірні і неправомірні дії як самого набувача, так і потерпілого або третіх осіб. До складу таких підстав можуть належати явища природи, поведінка звірів, будь-які інші обставини, в результаті яких відбувається безпідставне збагачення однієї особи за рахунок іншої [15, с. 454].

Є.А. Суханов зазначає, що в процесі та в результаті набуття отримувачем майнових вигод у вигляді речей, що визначені родовими ознаками, готівкових коштів або цінних паперів на отримувача виникає знеособлення вказаних видів майна, втрата належної їм індивідуалізації. Вони змішуються з однорідним майном отримувача: вражай картоплі, помилково прибраний з чужої земельної ділянки, з картоплею власного вражаю; готівкові кошти, отримані в оплату неіснуючого боргу, з грошами отримувача; облігації на пред'явника з облігаціями отримувача тощо. Тому вони стають об'єктами права власності (іншого речового права) отримувача, а потерпілий втрачає на них право власності. Внаслідок цього між потерпілим та отримувачем речей, визначених родовими ознаками, готівкових коштів, цінних паперів та отримувача виникає не речово-правове, а зобов'язально-правове відношення. Будучи кредитором, потерпілий вправі пред'являти до боржника зобов'язувально-правову вимогу про повернення майна того ж роду в натурі або грошовому виразі. Таким чином, отримання неналежних майнових вигід за рахунок потерпілого тягне наслідки, що визначають зобов'язувально-правову природу відносин між отримувачем та потерпілим [1, с. 706-707].

Функціональне призначення зобов'язань, що виникають з безпідставного збагачення, міститься в забезпеченні відновлення майнових втрат потерпілого отримувачем, що збагатився в результаті безпідставного отримання майна потерпілого або збереження свого майна за рахунок потерпілого [1, с. 701]. Набуття або збереження майна визнається безпідставним, якщо його правова підстава в подальшому відпала, що тягне за собою зникнення умов, які дозволяють нам вести мову про юридичну обґрунтованість цих дій. В свою чергу, не можна казати про захист суб'єктивних прав кредитора в кондикційних зобов'язаннях, коли боржник отримавши безпідставно майно, фактично ним не скористався. В цьому випадку, безперечно, відбувається порушення права кредитора, однак існує інтерес щодо повернення майна, який потребує захисту.

Визнання правочину недійсним і повернення всього отриманого за ним не завжди задовольняє інтереси контрагента в повному обсязі. При несвоєчасному та неналежному виконанні, або невиконанні договору взагалі одним із контрагентів, в судах здебільшого виникають складнощі при захисті майнових прав потерпілого шляхом застосування матеріально-правових норм, що регулюють договірні зобов'язання. Завдання іншій особі шкоди й утворення при цьому у її заподіювача майнової вигоди здебільшого обумовлює виникнення низки питань щодо кваліфікації таких відносин. В таких випадках вимоги із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави виступають тим засобом, який дозволяє ефективно захистити майнові права потерпілих [4, с. 6-7].

Зазначимо, що це не зовсім добре для кондиційних зобов'язань та «змушує осіб, що прагнуть правового захисту своїх порушених, оспорюваних чи невизнаних прав та майнових інтересів, звертатися не з кондикційними позовами, а з вимогами, що передбачені іншими правовими інститутами, практично не використовуючи навіть субсидіарне застосування норм про набуття і збереження майна без достатньої правової підстави, тим самим штучно звужуючи значення і можливості цього правового інституту» [4, с. 18].

Слід також звернути увагу на необхідність дотримання кредитором положень ст. 16 ЦК України при здійсненні захисту інтересів в кондикційних зобов'язаннях в судовому порядку. Нагадаємо, що згідно з ч. 2 вказаної норми способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути: 1) визнання права; 2) визнання правочину недійсним; 3) припинення дії, яка порушує право; 4) відновлення становища, яке існувало до порушення; 5) примусове виконання обов'язку в натурі; 6) зміна правовідношення; 7) припинення правовідношення; 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. Таким чином, наприклад, подання позову про визнання договору неукладеним не може слугувати

підставою для задоволення інтересів потерпілого в зобов'язаннях із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. Вказана позиція знайшла своє відображення в судовій практиці. Так, відповідно до абз. 6 п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», вимога про визнання правочину (договору) неукладеним не відповідає можливим способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених законом. Суди мають відмовляти в позові з такою вимогою. У цьому разі можуть заявлятися лише вимоги, передбачені гл. 83 книги 5 ЦК України [16].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Гражданское* право; под ред. Е.А.Суханова в 4 т. – Т. 4: Обязательственное право. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2006 – 816 с.
2. *Зубар В.М.* «Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення». дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.М. Зубар. – К. – 2002. – 178 с.
3. *Цивільне* право: підручник: у 2 т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова [та ін.]; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького – Х.: Право. – 2011. – Т. 2. – 816 с.
4. *Берестова І.Е.*, Бобрик В.І. Набуття, збереження майна без достатньої правої підстави в підприємницькій діяльності (питання теорії і практики): монограф. / За заг. ред. О.Д. Крупчана. – К.: НДІППіП, 2006. – 150 с.
5. *Донцов С.Е.* Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности / С.Е. Донцов. – М.: Наука, 1980. – 312с.
6. *Берестова І.Е.* Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави // дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І.Е. Берестова. – Київ: Нац. акад.внутр.справ, 2004. – 202 с.
7. *Уланова В.* Про відповідальність за користування чужими коштами / В. Уланова // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 5. – С. 41-44.
8. *Недоговірні* зобов'язання в цивільному праві України: навч. посіб. / О.О. Отраднова. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 240 с.
9. *Цивільний* кодекс України: науково-практичний коментар; за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина. – 928 с.
10. *Вестник* гражданского права № 2. – Т. 2. – М.: ООО «Издательский дом В. Ема», 2008. – 320 с.
11. *Право* власності в Україні: навч. посіб.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 316 с.
12. *Боброва Д.В.* Недоговірні зобов'язання у проекті Цивільного кодексу України / Д.В. Боброва // Українське право – 1997. – № 1. – С. 93-100.
13. *Чукреев А.А.* Добросовестность в системе принципов гражданского права / А.А. Чукреев // Журнал российского права. – 2002 – № 1 – С. 100-104.
14. *Єрьоменко Г.В.* Порівняльна характеристика деліктів з інститутом набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (безпідставне збагачення) та іншими зобов'язаннями по захисту цивільних прав / Г.В. Єрьоменко // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 5. – С. 198-200.
15. *Майданик Р.А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві / Р.А. Майданик. – К.: Київський університет, 2002. – 502 с.
16. *Постанова* Пленуму ВСУ № 9 від 06.11.2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravo.ligazakon.ua/document/view/VS090583?edition=2009_11_06

УДК 347.751 (477)

# ЗАСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ПОСТАВКИ

**Турчак І. О.,**
кандидат юридичних наук,
завідувач кафедри цивільного права і процесу
Івано-Франківського університету права
імені Короля Данила Галицького

***Анотація:*** Стаття присвячена питанням забезпечення виконання договірних зобов'язань. Проведено аналіз правового регулювання забезпечення виконання договірних зобов'язань. Розкрито зміст та ознаки засобів забезпечення виконання договірних зобов'язань. Визначено, що найбільш ефективними засобами забезпечення виконання зобов'язань у договорах поставки є: неустойка, завдаток, притримання.
***Ключові слова:*** способи забезпечення виконання зобов'язань, договір поставки, неустойка, завдаток, притримання.

***Аннотация:*** Статья посвящена вопросам обеспечения исполнения договорных обязательств. Проведен анализ правового регулирования обеспечения исполнения договорных обязательств. Раскрыто содержание и признаки способов обеспечения исполнения договорных обязательств. Определено, что наиболее эффективными способами обеспечения исполнения договорных обязательств в договорах поставки являются: неустойка, залог и удержание.
***Ключевые слова:*** способы обеспечения исполнения обязательств, договор поставки, неустойка, залог, удержание.

***Annotation***: The article is dedicated to the issue of fulfillment of contract obligations. The analysis of legal support of contract obligations was carried out. The content and characteristics of support facilities of contract obligations are uncovered. It was determined that the most effective support facilities of contract obligations are penalty, down payment and withholding.
***Key words:*** support facilities of contract obligations, supply contract, penalty, down payment, withholding.

---

В Україні інститут забезпечення виконання зобов'язань набув нового звучання у зв'язку із прийняттям нових Цивільного та Господарського кодексів. Водночас, відповідне регулювання створило інші проблеми та поставило нові питання перед теоретиками та практиками.

*© Турчак І.О., 2012*

Метою статті є визначення тих видів забезпечення виконання зобов'язань, які є доцільними і ефективними у договірних відносинах з поставки.

Завдання, що обумовлюють мету дослідження, полягають у аналізі правового регулювання забезпечення зобов'язань та визначенні засобів їх забезпечення, найбільш ефективних для застосування у договорі поставки.

Велика кількість вчених юристів присвятили свої праці питанням способів забезпечення виконання зобов'язань, а саме: Луць В.В., Харитонов Є.О., Брагинский М.И., Витрянский В.В., Гонгало Б.М., Клейменова С.М., Попов Ю., Карнаух Т. Проте, ця тема залишається актуальною, оскільки заслуговують уваги особливості застосування певних видів забезпечення при виконанні окремих договірних зобов'язань, зокрема у договорах поставки.

Види забезпечення зобов'язань – це передбачені законом або договором спеціальні міри майнового характеру, що стимулюють належне виконання зобов'язань боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення вимог (інтересів кредитора). Види забезпечення зобов'язань характеризуються наступними ознаками: мають майновий характер; націлені на спонукання боржника до виконання свого боргу (а не тільки на його покарання як правопорушника); носять акцесорний (додатковий) характер, якщо інше не передбачено законом; можуть забезпечувати лише дійсне зобов'язання [7, с. 545].

Глава 49 Цивільного Кодексу містить перелік видів забезпечення: неустойка, порука, гарантія, застава, завдаток та притримання. Вказані способи забезпечення виконання зобов'язань характерні для цивільного права України, крім притримання, яке є принципово новим для українського права інститутом. Проте, на відміну від ЦК УРСР, згідно з ч. 2 ст. 546 ЦК договором або законом можуть встановлюватися інші способи забезпечення виконання зобов'язань. Так само відповідно до ст. 199 Господарського Кодексу, крім видів забезпечення, прямо передбачених законом, за погодженням сторін можуть застосовуватися і такі види забезпечення виконання зобов'язань, які зазвичай застосовуються у господарському (діловому) обігу та не суперечать закону. До таких «інших» способів відносять річні проценти за невиконання грошових зобов'язань, договір факторингу; положення про субсидіарну відповідальність учасників повного та командитного товариств, продаж із правом зворотного викупу, резервні акредитиви, умовна видача векселя тощо, хоча чітких критеріїв відмежування забезпечення від схожих правових інститутів (страхування ризиків, заходів оперативного впливу) законодавство не містить.

Такий «відкритий перелік» видів забезпечення, попри очевидну зручність, може створити і практичні проблеми. Відповідно до ст. 547 ЦК будь-який договір щодо забезпечення виконання зобов'язання має укладатись у письмовій формі. Оскільки законодавство не містить жодних критеріїв, за яким договір про забезпечення можна з упевненістю відрізнити від інших схожих правочинів, це створює ситуацію правової невизначеності, коли будь-який правочин, спрямований на мінімізацію підприємницьких ризиків (наприклад, перенесення ризику випадкової загибелі речі за умовами Інкотермс або резервування права власності до повної сплати ціни товару), може бути за бажанням визнаний недійсним у зв'язку з недодержання обов'язкової форми.

Виокремлюють такі способи забезпечення виконання договірних зобов'язань:

1) ті, що встановлюють для боржника невигідні наслідки на випадок невиконання (неустойка, завдаток);

2) ті, що супроводжуються виділенням з майна боржника певної його частини, яка повинна служити перш за все задоволенню можливих вимог цього кредитора, з відстороненням від неї інших можливих кредиторів (застава, притримання);

3) ті, що мають на меті залучення до зобов'язання інших осіб, майно яких поряд із майном боржника теж могло би слугувати для задоволення вимог кредитора (порука, гарантія) [6].

Одним з найбільш розповсюджених засобів забезпечення зобов'язання є неустойка, застосування якої передбачено в Цивільному Кодексі України та Господарському Кодексі України.

У літературі виділяють риси, притаманні неустойці, до яких віднесені: передбачуваність розміру відповідальності за порушення зобов'язання, про який сторони знають вже на момент укладання договору; можливість стягнення неустойки за сам факт порушення зобов'язань, коли відсутня необхідність доказувати наявність збитків, спричинених порушенням; можливість для сторін за власним розсудом формулювати умови про неустойку (за виключенням законної неустойки), в тому числі й у частині її співвідношення зі збитками, порядку начислення, пристосовуючи її тим самим до конкретних взаємовідносин сторін та посилюючи її цілеспрямований вплив [2, с. 118].

Враховуючи те, що колізії в регулюванні однорідних правовідносин в зазначених кодифікованих актах не оминули й інститут неустойки, слід розкрити підходи до її визначення за ЦК України та ГК України.

Основні розбіжності в регулюванні неустойки в ЦК України та ГК України полягають у такому:

по-перше, в ЦК України неустойка використовується як родове поняття до штрафу та пені, разом з тим, зі змісту ст. 230 ГК України виходить, що неустойка є самостійною штрафною санкцією поряд зі штрафом та пенею, а не узагальнюючою для них категорією. При цьому ГК України не надає критерії розмежування зазначених трьох категорій. Із цього питання Вищий господарський суд зазначив, що оскільки ГК України не містить визначень неустойки, штрафу та пені, які сплачуються у разі невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання, слід виходити із визначень, наведених у ЦК України;

по-друге, відповідно до ЦК України предметом неустойки можуть бути як гроші, так й інше майно (ст. 549), тоді як за ГК України – тільки грошові кошти (ст. 230);

по-третє, відповідно до ЦК розмір законної неустойки може бути змінено в договорі (ч. 2 ст. 551), тоді як за ГК він є імперативним (ч. 1 ст. 231). Водночас, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 199 ГК «до відносин щодо забезпечення виконання зобов'язань учасників господарських відносин застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України». Отже, ця норма практично виключає дію положень ГК про неустойку, що суперечать нормам Цивільного кодексу, а інші норми робить непотрібними у світлі існування ЦК;

по-четверте, за ЦК України загальним правилом є штрафна неустойка (ст. 624), тоді як за ГК – залікова (ч. 1 ст. 232). У зв'язку з цим виникають питання який вид неустойки – штрафна чи залікова – підлягає застосуванню у господарських відносинах? В Інформаційному листі Вищого господарського суду зазначається «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» зазначено, що за загальним правилом частини першої статті 624 ЦК України неустойка підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (штрафна неустойка). Разом з тим у господарських відносинах слід застосовувати спеціальну норму частини першої статті 232 ГК України, відповідно до якої збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями (залікова неустойка). Відповідно до частини другої статті 232 ГК України законом або договором можуть бути передбачені випадки, коли застосовуються інші види неустойки (виключна, штрафна, альтернативна).

Розширення Цивільним кодексом предмета неустойки за рахунок іншого майна, на перший погляд, спрощує відносини між підприємцями та легалізує практику встановлення неустойки родовим майном (зерно, бензин, вугілля тощо), яка існувала і раніше, але поза правовим полем. Водночас, викликає здивування положення ч. 1 ст. 551 ЦК, відповідно до якого предметом неустойки може бути нерухоме майно. Це цілком суперечить світовій практиці, робить вкрай ускладненим практичне відмежування неустойки від іпотеки та дозволяє сторонам уникати вимог (а, відповідно, і витрат) щодо нотаріального посвідчення застави нерухомого майна, реєстрації обтяження тощо, що жодним чином не сприяє захистові публічних інтересів та інтересів кредиторів.

Викликають питання і підстави зменшення розміру неустойки судом. Так, згідно з ч. 4 ст. 551 ЦК розмір неустойки може бути зменшено судом «за наявності інших обставин, які мають істотне значення». Закон перелік таких обставин не встановлює, і вони мають визначатися у кожному конкретному випадку, враховуючи винятковість ситуації, ступінь виконання зобов'язання, причини неналежного виконання зобов'язання, наслідки порушення. Водночас, вбачається, що вимога ч. 1 ст. 233 ГК про обов'язкове врахування такої обставини, як майновий стан боржника суперечить ідеї ринкової економіки, принципові обов'язковості виконання договірних обов'язків. Вирішуючи питання про зменшення розміру неустойки, яка підлягає стягненню зі сторони, що порушила зобов'язання, суд повинен об'єктивно оцінити, чи є даний випадок винятковим, а також виходити з інтересів сторін, що заслуговують на увагу, ступеня виконання зобов'язання, причин неналежного виконання або невиконання зобов'язання, наслідків порушення договору тощо [ 4 ].

Отже, ще одним із видів забезпечення виконання договору поставки, що встановлюють для боржника невигідні наслідки на випадок невиконання, є завдаток.

Згідно ст. 570 ЦК України завдатком є грошова сума або рухоме майно, яке видається кредитору боржником в рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Предметом завдатку можуть бути як грошові кошти, так і рухоме майно. У зв'язку з відсутністю в законі застереження щодо видів рухомого майна висуваються припущення, що рухоме майно може бути предметом завдатку у тому випадку, коли боржник здійснює розрахунки з кредитором повністю або частково рухомим майном (наприклад, договір міни, сплата орендних платежів в натуральній формі і т.п.) [1].

Завдаток характеризується тим, що він одночасно виступає і способом платежу, і способом забезпечення виконання зобов'язань. Це означає, що завдаток виплачується стороною, яка зобов'язана платити платежі за договором наперед – до моменту настання терміну платежу. У разі належного виконання забезпеченого завдатком зобов'язання вартість завдатку відраховується з належних з боржника платежів.

Завдаток має певну схожість з неустойкою через поєднання в собі якостей штрафної санкції (компенсації). Однак різниця між неустойкою та завдатком полягає у тому, що, по-перше, завдаток сплачується у момент укладення договору, а неустойка тільки ним визначається; по-друге, неустойка може бути зменшена за рішенням суду, що зовсім неможливо стосовно завдатку. Крім того, як відомо в залежності від підстави виникнення неустойка може бути як договірною (тобто сам її факт та розмір встановлюється за домовленістю сторін самим договором), так і законною – встановлюється законом

Завдаток відрізняється від всіх інших способів забезпечення виконання зобов'язання тим, що він може забезпечувати лише договірні зобов'язання, отже, завдатком не можуть бути забезпечені деліктні зобов'язання, зобов'язання з безпідставного збагачення і інші, що виникають не на підставі договору.

Відсутність в ЦК правила про те, що завдатком, як і іншими способами, може забезпечуватися лише дійсне (існуюче між сторонами) зобов'язання, породжує в цивілістичній науці дискусії з цього приводу, які впливають на практику застосування завдатку.

Здійснюючи аналіз норми ст. 571 ЦК, можна зробити висновок, що саме визначення завдатку як грошової суми (рухомого майна), «що видається кредитору боржником в рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання» свідчить про необхідність існування договірного зобов'язання між сторонами на момент укладення договору про

завдаток. Крім того, до такого ж висновку, виходячи із змісту ст.ст. 546-548 ЦК, завдатком і іншими способами можуть забезпечуватися виконання зобов'язань, виконання основного зобов'язання забезпечується, якщо це встановлено договором або законом. Оскільки в ЦК і інших актах цивільного законодавства не передбачаються підстави для забезпечення завдатком зобов'язання, яке може виникнути в майбутньому, то у наукових працях робиться висновок про необхідність існування основного договірного зобов'язання між сторонами [1].

Отже, на підставі аналізу чинного законодавства України можна зробити висновок, що завдаток може забезпечувати тільки існуюче дійсне зобов'язання. При цьому умова про завдаток може бути як предметом окремої правомочності, так і входити в зміст основної правомочності, вже укладеної сторонами.

Крім того, підтвердженням необхідності існування основного зобов'язання є також те, що завдаток – додаткове зобов'язання щодо основного, яке воно забезпечує, таким чином, воно є схожим і залежить від останнього.

Крім того, відповідно до законодавства слід розрізняти завдаток та аванс.

На відміну від завдатку, аванс є тільки способом платежу і не виконує забезпечувальної функції. Аванс платиться боржником у момент настання обов'язку платежу, тобто є попередньою оплатою. Крім того, боржник, який видав аванс, має право вимагати його повернення у всіх випадках невиконання або неналежного виконання договору кредитором, і кредитор не може бути зобов'язаний повернути аванс в подвійному розмірі і, відповідно, до відшкодувати збитки. Таким чином, на відміну від завдатку, аванс не завжди служить доказом існування зобов'язання. На відміну від завдатку, аванс є тільки способом платежу і не виконує забезпечувальної функції.

Наступну групу видів забезпечення зобов'язань, які супроводжуються виділенням з майна боржника певної його частини, яка повинна служити перш за все задоволенню можливих вимог цього кредитора, з відстороненням від неї інших можливих кредиторів, відносяться застава та притримання.

Найбільш врегульованим видом забезпечення в Україні на сьогодні є застава (зокрема, застава нерухомості – іпотека). Будучи речовим способом забезпечення та одночасно обтяженням майна боржника, застава дозволяє ефективно захистити права заставодержателя переважно перед іншими кредиторами шляхом звернення стягнення на предмет застави. За діючим ЦК поступового поширення набуває застава в силу припису закону. Так, законна застава діє у разі продажу товару в кредит (ч. 6 ст. 694 ЦК) або передачі предмета в ренту (ч. 2 ст. 1019 ЦК).

В ЦК України з'явився новий вид забезпечення прав сторін у договорі, що не був прописаний у Цивільному кодексі 1963р., а саме новела – право притримання.

Для попереднього забезпечення майнових інтересів кредитора –постачальника за договором поставки, для отримання ним гарантій належного виконання боржником зобов'язання, а також у цілях запобігання або зменшення негативного наслідку і використовуються такі спеціальні види забезпечення прав сторін у договорі як притримання майна.

Суть притримання, як способу забезпечення виконання зобов'язань, полягає, по-перше, в тому, що кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторові пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її до виконання боржником зобов'язання, по-друге, в тому, що кредитор має право на задоволення своїх вимог з вартості притриманої речі.

Згідно зі статтею 597 ЦК України вимоги кредитора, який притримує річ, задовольняються з її вартості відповідно до статті 591 ЦК України, тобто в порядку, встановленому для реалізації предмета застави.

Право притримання майна знайшло свій вираз у тому, що кредитор, який правомірно володіє річчю, яка підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторові пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Притриманням речі також можуть забезпечуватись інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом.

Кредитор має право притримати річ у себе також у разі, якщо права на неї, які виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа. Слід зауважити, що ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі несе кредитор, якщо інше не встановлено законом.

Аналізуючи ст. 594 ЦК України, а саме те, що предметом притримання є річ, тобто предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки, можна дійти висновку, що предметом притримання не можуть бути майнові права, роботи, послуги тощо. Водночас слід пам'ятати, що до складу речей належать грошові кошти, цінні папери, навіть тварини, до яких може бути застосоване право притримання.

Відповідно до ст. 530 ЦК України, якщо у зобов'язанні встановлений строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню у цей строк (термін). Зобов'язання, строк (термін) виконання якого визначений вказівкою на подію, яка неминуче має настати, підлягає виконанню із настанням цієї події.

Це положення є досить новим для сучасного цивільного права. На жаль, у Цивільному кодексі немає чіткого визначення терміну «подія», однак у науці цивільного права розуміння події зводиться до явищ реальної дійсності, що відбуваються незалежно від волі сторін, і які неможливо передбачити через раптовість їх настання.

Таким чином, право на притримання виникає у кредитора від моменту прострочення виконання зобов'язання хоча б на один день.

У такому випадку, сторонам договору поставки слід обчислювати початок строку, з якого виникає

право на притримання, від моменту закінчення пільгового 7-нного терміну на виконання зобов'язання, застосовуючи положення ч. 2 ст. 530 ЦК України: «Якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Боржник має виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із договору або актів цивільного законодавства». Але для цього необхідно пред'явити відповідну вимогу боржнику.

До моменту виникнення права на притримання кредитор не має права залишати в себе річ, якщо його обов'язком є передання речі незалежно від виконання обов'язків боржником.

Таким чином запровадження нових конструкцій забезпечення має на меті пристосування права до динамічного розвитку економічних, передусім, підприємницьких відносин, але одночасно ставить і надзвичайно важливі питання застосування нових норм у контексті напрацьованої роками практики, тлумачення принципово нових норм та співвідношення різних нормативних актів як-от: ЦК та ГК.

Сторони договору поставки з метою забезпечення належного виконання зобов'язання можуть використовувати різні види забезпечення, встановлені чинним законодавством. Проте, враховуючи особливості договору поставки, найбільш ефективним є застосування сторонами таких видів забезпечення, як неустойка, завдаток та притримання.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Дзера И.* Особенности задатка и обеспечиваемых им обязательств / И. Дзера // Юр.Газета. – 2006. – №19 (79) 12. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.yur-gazeta.com/ru/article/458[176].
2. *Комментарий* части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Т. Брагинский, В. Кузнецов, Л. Синюхина. – М., 1996. – 291 с.
3. *Майданик Р.А.* Попередній договір і завдаток (цивільно-правові аспекти) / Р.А. Майданик // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 9 (59). – С. 29.
4. *Про деякі* питання практики застосування Арбітражного процесуального кодексу України: роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 18.09.97 № 02-5/289 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua
5. *Роз'яснення* Вищого арбітражного суду України від 24 грудня 1999 р. №02-5/602 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua
6. *Цивільне* право України: в питаннях та відповідях; за заг. ред. Є. О. Харитонова. – Х. : Одіссей, 2005. – 576 с.
7. *Цивільний* кодекс України: наук. – практ. Коментар; за заг. ред. Є. О. Харитонова. – Х. : Одіссей, 2007. – 1200 с
.

УДК 347.15

# ПРО ПРАВОВУ КАТЕГОРІЮ ЩОДЕННОГО ЦИВІЛЬНОГО РИЗИКУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

**Грицкевич С. Г.,**
кандидат юридичних наук,
професор кафедри цивільного права і процесу
Івано-Франківського університету права
імені Короля Данила Галицького

***Анотація:*** Статтю присвячено дослідженню юридичного поняття ризику обґрунтуванню введення в обіг категорії щоденного цивільного ризику фізичної особи. Проаналізовано положення діючого цивільного законодавства, а також роботи вчених щодо цього питання. Автор дійшов висновку про необхідність нормативно-правового регулювання поняття «щоденний цивільний ризик фізичної особи» як одного із напрямків забезпечення прав людини за умов кризисних явищ глобального характеру, що наростають у суспільстві та державі.
***Ключові слова:*** глобальна криза, ризик для життя, щоденний цивільний ризик фізичної особи.

***Аннотация:*** Статья посвящена исследованию юридического понятия риска и обоснованию введения в оборот категории ежедневного гражданского риска физического лица. Проанализировано положение действующего гражданского законодательства, а также работы ученых по данным вопросам. Автором сделан вывод о необходимости нормативно-правового регулирования понятия «ежедневный гражданский риск физического лица» как одного из направлений обеспечения прав человека в условиях нарастающих в обществе и государстве кризисных явлений глобального характера.
***Ключевые слова:*** глобальный кризис, риск для жизни, ежедневный гражданский риск физического лица.

***Annotation:*** The article deals with the legal concept of risk and the rationale for a turnover in the category of daily civilian risk individual. Analyze the situation of the existing law, as well as scientists working on these issues. The author concluded that the need for legal regulation of the concept of "civic daily individual risk" as one of the areas of human rights in terms of rising in society and state crisis global.
***Key words:*** personal non-property rights, right to life, proper life, sufficient standard of living.

Людина вправі поставити своє життя у небезпеку, піддавши його ризику. Розпорядження своїм життям шляхом піддання його ризикові є одним з елементів права на життя і водночас однією з найпоширеніших підстав припинення життя людини. Із урахуванням існуючої законодавчої регламентації усі форми правомірного піддання свого життя істотному ризику класифікують за критерієм сфери людської діяльності, в якій існує такий ризик, на три групи: побутовий ризик, професійний ризик та ризик у сфері медицини. Ця класифікація є досить умовною, оскільки за сферою існування ризиків такої форми реалізації людиною свого права на життя можна навести перелік, який збігався б із переліком галузей економіки та іншої людської діяльності (А.В. Соловйов). Проте, виходячи з існуючої правової регламентації можливості піддання свого життя ризику, наведені три групи є найбільш актуальними. При цьому до групи побутового ризику віднесено випадки правомірного розпорядження своїм життям, які не знайшли більш-менш чіткого відображення в законодавстві як складова частина певної групи можливостей суб'єкта, а не лише ті, які пов'язані з повсякденною, побутовою діяльністю [5, с. 9]. Отже, законодавство України містить визначення різних типів ризику, не даючи, проте, єдиного родового поняття, що призводить до їх різного тлумачення.

У юридичній науці проблеми регламентації ризику в житті людини досліджували у галузі юриспруденції, соціології, політології, медицини тощо, зокрема: В. Андрейцев, М. Амосов, Є. Афанасьєв, В. Глазко, З. Гладун, В. Глушков, К. Гориславський, В. Колмаков, Н. Кальченко, Л. Красавчікова, Н. Малеїн, М. Малеїна, М. Матузов, М. Нохріна, П. Рабінович, З. Ромовська, В. Селіванов, А. Соловйов, Р. Стефанчук, В. Танаєв, В. Чешко, Я. Шевченко та багато інших.

Завдання даної статті – обґрунтування введення в обіг поняття щоденного цивільного ризику фізичної особи як одного з напрямків забезпечення прав людини за умов наростаючих у суспільстві та державі кризових явищ глобального характеру.

З моменту відособлення людини як носія Розуму стратегія її виживання передбачала вирішення триєдиного завдання: 1) забезпечення соціополітичної безпеки, тобто внутрішньої стабільності й пластичності окремих соціальних спільнот (соціумів) – роду, племені, згодом комуни, держави тощо ; 2) забезпечення геополітичної безпеки конкретної спільноти в системі відносин між різними соціальними групами; 3) забезпечення екологічної безпеки – виживання даного соціуму у природному середовищі, що змінюється [7, с. 230].

Наростання кризових явищ глобального та національного характеру супроводжується зростанням рівня ризику у повсякденному житті людини. Специфікою суспільства сьогодення є втрата чіткої структури кореляції змістовних компонентів, які визначають поведінку людини і суспільства, що багато в чому пов'язане з епохою постмодерністської культури, з плюралізмом цінностей [6, с. 225]. Як слушно зауважує В.Ю. Колмаков, XXI століття – епоха глобальних криз. Це час, який породить багато кризових ситуацій, а їх вирішення необхідно буде шукати в умовах жорсткого ліміту засобів та часу, можливостей і нових небезпек [6, с. 4]. Криза сприяє зростанню рівня ризику в повсякденному житті.

Здебільшого ризик для життя людини є побутовим. Упродовж життя людина приймає чимало рішень, які ставлять її життя під загрозу припинення,

© *Грицкевич С.Г., 2012*

призводять до підвищення ризику смерті. Людина вчиняє поведінку не лише не заборонену, а й прямо дозволену приписами нормативних актів, у результаті якої її життя віддається на волю випадку чи піддається істотній небезпеці. Наприклад, людина, яка не вміє плавати, вирушає на гумовому човні в море; людина із серцево-судинним захворюванням бере участь в атракціоні, пов'язаному з фізичними перенавантаженнями; людина, яка загубила ключ від квартири, прагне проникнути всередину по стіні будинку через відчинену кватирку, розташовану на другому поверсі; людина обирає екстремальний вид спорту, не маючи належної підготовки, тощо [5, с. 10-13]. У зв'язку з цим слід підтримати думку М. М. Малеїної про те, що право на життя в аспекті розпорядження своїм життям може виявлятись як можливість піддавати себе не будь-якому, а саме істотному ризику [4, с. 57].

Проте щодня десятки звичайних людей негероїчних професій вбивають, ґвалтують, грабують, збивають авто, калічать, катують. І це трапляється не лише на так званих об'єктах підвищеного ризику – в міліції, армії, місцях позбавлення волі. Жертвами стають пересічні громадяни в тих місцях, які загалом прийнято вважати цілком безпечними та облаштованими спеціально для мирного життя та обслуговування громадян – у квартирах, школах, лікарнях, місцях відпочинку, закладах харчування, банках, офісах, на шляхах сполучення. Причому високий соціальний статус особи не гарантує повної безпеки – високі посадові особи та депутати гинуть в авто- та авіакатастрофах, на полюванні, від рук кілерів, не витримують стресового способу життя.

Тому видається доцільним розширити межі суб'єктів та об'єктів правовідносин, пов'язаних із ризиком взагалі, та поставити питання про визначення правової категорії щоденного цивільного ризику фізичної особи. Адже неодноразово висловлювались думки про те, що в країнах СНД загалом та в Україні зокрема щоденно будь-яка фізична особа самої мирної професії та способу життя, незалежно від її бажання, життєвого досвіду та стану здоров'я, щомиті може стати жертвою злочину, побутової аварії, хвороби, занесеної зовні, стати інвалідом або померти від хвороби та стресів, спричинених важкими умовами праці, життя, побутового спілкування, спілкування із посадовими особами державних та недержавних структур тощо.

Правове формулювання категорії щоденного цивільного ризику дасть змогу гарантувати правовий захист максимально широкому колу зацікавлених суб'єктів незалежно від специфіки ризикового випадку та процедури доведення зазначеного випадку.

Безумовно, складно класифікувати можливі правові підстави щоденного цивільного ризику, але це потрібно зробити з метою реального захисту права на життя.

Практика реалізації зазначеного захисту не дає підстав вести мову про його гарантованість, ефективність, повноту та надійність. Як ілюстрацію наведеного можна згадати випадок, що стався в Івано-Франківську. Під час зливи в районі лікарні на авто впало дерево. Пасажири не постраждали, але виявилось, що нести відповідальність та відшкодовувати матеріальні збитки, завдані власнику авто, немає кому. Лікарня відповідає не за наявність та стан зелених насаджень на своїй території, а лише за хворих, дорожні служби відповідають лише за стан доріг (який взагалі мав би бути виключно об'єктом кримінальної відповідальності), а не за дерева, підрозділи ДАІ слідкують за дотриманням правил дорожнього руху його учасниками, представники зеленого господарства вважають, що дерева належать лікарні, оскільки ростуть на її території. Безумовно, якби таке нещастя сталося з авто депутата Верховної Ради, суддею або працівником прокуратури, було б і кому відповідати, і кому швидко відшкодовувати збитки на законних підставах. Але, враховуючи співвідношення кількості так званих спеціальних та загальних суб'єктів права, розраховувати на аналогічний захист прав останньої категорії (хоча вона є набагато численнішою і проблеми в її представників трапляються набагато частіше, а за змістом та наслідками є різноманітнішими) не варто.

Законодавство України містить визначення різних типів ризику, не даючи, проте, єдиного родового поняття, що призводить до їх різного тлумачення. Зокрема, згідно із Законом України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» ризик визначається як ступінь імовірності певної негативної події, яка може відбутися в певний час або за певних обставин на території об'єкта підвищеної небезпеки і (або) за його межами [1]. На думку А.В. Соловйова, таке визначення видається неточним. Якщо ризик – це ступінь ймовірності настання події, яка теоретично існує завжди, більше того, незалежно від території, то таке визначення є настільки широким, що унеможливлює своє практичне застосування. Також, у такому випадку виникає проблема оцінки ризику. Звертає на себе увагу визнання більшістю дослідників такого піддання свого життя ризику, як виконання небезпечної роботи в силу професійних обов'язків та проведення медичних експериментів [5, с. 5].

Тому чинне законодавство визначає процес захисту прав окремих категорій фізичних осіб у зобов'язаннях, що виникають унаслідок заподіяння шкоди різними видами джерел небезпеки. Спроби уніфікації зазначеної проблеми у вітчизняному законодавстві відсутні. Свого часу В.І. Андрейцев пропонував об'єднати способи заподіяння шкоди різними видами джерел небезпеки, де критерієм заподіяної шкоди мав би виступати системний об'єкт – екологічна безпека [2, с. 88-91]. Але до цієї системи складно віднести, наприклад, побутове та робоче середовище**.**

Відштовхуючись від позиції М.М. Малеїної про те, що закон повинен зайняти більш чітку позицію в тих випадках, коли результатом поведінки (волевиявлення) громадянина може стати його смерть [4, с. 22], пропоную таке визначення правової категорії щоденного цивільного ризику фізичної особи. Щоденним цивільним ризиком фізичної особи доцільно визнати дії та події, які виникають у процесі життєдіяльності фізичної особи, що пов'язані з ризиком для її життя та здоров'я, коли результатом їх впливу на поведінку (волевиявлення) громадянина є

створення підвищеної ймовірності випадкового заподіяння смерті людині.

Розширене тлумачення змісту права людини на життя призводить до поширення думки про неможливість практичної перспективи у найближчому майбутньому встановити відповідний правовий захист права людини на життя. Замість цього, належний стан захисту може бути створений лише через впровадження нової «культури життя», яка б стверджувала гідність кожної людської істоти без винятку [5, с. 10].

У процесі життя одного покоління держава змінила дуже багато характеристик. Але чи стала держава більш гуманною до людини та особи? Основна проблема сучасної політико-правової реальності полягає в тому, що визначені законом права людини в дійсності не дотримуються. Держава не змогла гарантувати людині реальне наповнення прав та належний рівень життя (не тільки в нашій державі, а й в більшості країн СНД). Більше того, у порівнянні з тими соціальними можливостями, які були гарантовані за радянські часи, людина відчуває себе менш захищеною в сучасній державі. Людина в реальному сучасному світі багато в чому залежить від того, яким чином визначається її політико-правова реальність [6, с. 127].

Захист приватних інтересів, декларований пострадянським законодавством, є важливим кроком зміни системи правових норм, певної правової ідеології, але цей новий аспект політико-правової реальності ще не означає, що система правових регуляторів вже налагоджена і здатна ефективно регулювати складні сучасні соціальні процеси. Практика систематичного та щоденного порушення відносин приватного життя, як правило, відбувається досить примітивно при всій її жорстокості та маразмі [6, с. 44].

Зростає, а не припиняється кількість справ в Євросуді з прав людини, пов'язаних з порушенням цих прав в Україні. Безумовно, поширилось цивільно-правове поле взаємодії людини і держави в українському суспільстві, і це явище має в цілому позитивний характер. Проте, більше за все неготовим до цього виявився апарат держави, його працівники з відповідним типом політико-правової ментальності. Діяльність владних управлінських структур більшість громадян традиційно сприймають як небезпечний чинник, що здійснює частіше за все негативний вплив на окрему особу, тому початково та невідворотно вона є фактором, здатним не лише впливати на індивідуальну царину життя особистості, але, що саме небезпечне, зруйнувати її, змінити, руйнуючи життя конкретній людині або суспільству в цілому [6, с. 129].

Цікавою є думка В.Ю. Колмакова про те, що представники влади, руйнуючи та знищуючи світ індивіда, не відповідають за свої дії, за негативні наслідки, які вони спричиняють [6, с. 129]. Персоналістична криза влади – продовження системної кризи. Людина влади – це політична психоконструкція (феномен «інститут влади» відокремлюють від феномену «людина влади»). Людина, наділена владою, – досить дивне явище. Вважають що людина, яка отримала владу, завжди стає іншою настільки, що може становити загрозу для суспільства. Світ, стаючи більш складним, стає віртуалізованим. Владним структурам часто видається, що їх влада існує, проте, насправді влада виявляється фікцією, міражем, уявністю. Небезпека неадекватного розуміння владою того, чим насправді вона є, виявляється для суспільства дуже небезпечною та дорогою. Кризи: фінансова, економічна, політична, управлінська, ідеологічна – все це є проявом кризи особливого духовного порядку. З такими кризами, складними та неоднозначними, людство, мабуть, досі не стикалося. Зрозуміло, що це криза системного порядку. Тому необхідною є нова змістовна матриця XXI ст. [6, с. 227-228].

Вихід за межі старої парадигми управління вимагає зміни формулювання нової теоретичної матриці, що визначає розуміння системи управлення (вихід на рівень метапарадигми, під якою пропонують розуміти нову модель ефективного управління) [6, с. 222]. Адже саме людина і суспільство без сенсу породжують перманентну кризу [6, с. 227-228]. Сьогодні ця модель управління не може працювати без урахування сутності сучасного громадянського суспільства і, відповідно, без реального наповнення практичним змістом повного обсягу, зокрема, цивільних прав та інтересів фізичної особи. Тоді, можливо, відпаде потреба існування такої специфічної правової категорії, як щоденний цивільний ризик фізичної особи.

Автор підтримує думку науковців про необхідність нової моделі, схеми, організації, парадигми відносин владних структур з громадянами зокрема та суспільством у цілому. В даному відношенні мова йде не стільки про форму управління, скільки саме про системну модель у взаємодії влади, суспільства і людини в системі нових рівнів управління [6, с. 224].

Безумовно, ми можемо не бути ідеальними, проте ми можемо покращити стан речей та сприяти раціональному мисленню, свободі, терпимості та демократії. З цим погоджуються трансгуманісти, проте вони також надають особливої важливості тому, ким ми потенційно можемо стати. Вони вважають, що не лише можуть використовувати розумні способи покращення становища людини та навколишнього світу на зразок освіти. Мова йде про використання технологічних способів, які в результаті дозволять вийти за межі того, що більшість вважає людським.

За твердженням одного із засновників Всесвітньої Трансгуманістичної Асоціації (створена у 1998 році) Ніка Бострома, трансгуманізмом називають рух, який визначають як міждисциплінарний підхід до пояснення та оцінки можливостей для посилення здібностей людини та людського організму, що відкриваються в результаті технологічного прогресу, до якого включають радикальне покращення стану здоров'я, викорінення хвороб, усунення невиправданих страждань та збільшення інтелектуальних, фізичних та емоційних можливостей людини( «звільнення людської раси від біологічних пут»(Фукуяма) [7, с. 227-228].

Базовими категоріями трансгуманізму є постлюдина (posthuman) – нащадок людини, модифікований до стану нелюдини, та транслюдина

(transhuman) – «потенційний крок» на шляху еволюції в постлюдину, яку відрізняють від людей такі ознаки, «як покращення тіла імплантантами, відсутність статі, штучне відтворення та розподілену індивідуальність». Серед технологій, що забезпечують перехід розумного життя до постлюдської ери, поряд із цілком реалістичними, згадуються й такі, як: а) економіка достатку – відсутність дефіциту ресурсів, пов'язана з розвитком нанотехнологій; б) парадайз-інжиніринг – задоволення всіх потреб людини, зокрема, потреби в необмеженому розвиткові, можливість перебудови людського розуму та екосистеми (раю на Землі); завантаження – перенесення людської особистості з мозку до комп'ютеру [7, с. 229].

Таким чином перспективи формування та реалізації доктрини трансгуманізму, яка має ознаки утопічної міфологеми, пов'язаної генетичним зв'язком з особливостями катастрофічної свідомості та ідеологічною установкою технологічного детермінізму [7, с. 229], свідчать про багатоманітність варіантів виникнення нових кризових явищ у житті людства. Існуючі та перспективні види загроз та небезпек вимагають розвитку евристично продуктивних раціоналістичних теоретико-логічних конструктів.

Актуальність проблем щоденного цивільного ризику фізичної особи, на нашу думку, буде наростати у міру розвитку в суспільстві та державі кризових явищ глобального характеру, що потребує нагального нормативно-правового регулювання зазначеної категорії.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Про об'єкти* підвищеної небезпеки: Закон України від 18.01.2001 року // ВВР України. – 2001. – № 15. – Ст. 73.
2. *Андрейцев В.І.* Екологічне право: курс лекцій: кавч. посіб. для юрид. фак. вузів / В.І. Андрейцев. – К.: Вентурі, 1996. – 208 с.
3. *Малеина М. Н.* О праве на жизнь / М.Н. Малеина // Советское государство и право. – 1992. – № 2. – С. 50-59.
4. *Малеина М.Н.* Защита личных неимущественных прав советских граждан / М.Н. Малеина. – М.: Знание, 1991. – 126 с.
5. *Соловйов А.В.* Право людини на життя: цивільно-правові аспекти: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л., 2004. – 16 с.
6. *Глобальный* кризис института власти: коллективная монограф. / отв. ред. В.Ю. Колмаков. – Красноярск: Литера-принт, 2011. – 228 с.
7. Чешко В.Ф. High Hume (биовласть и биополитика в обществе риска): учеб. пособ. / В.Ф. Чешко, В.И. Глазко. – М., 2009. – 319 с.

УДК 347.131:347.77/.78

# ЗАКІНЧЕННЯ СТРОКУ ЯК ПРАВОПРИПИНЯЮЧИЙ ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ У СФЕРІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Коструба А. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного і трудового права
Таврійського національного університету
імені В.І. Вернадського

***Анотація:*** Статтю присвячено розгляду строків і термінів як правоприпиняючих юридичних фактів у сфері інтелектуальної власності. Проведено класифікацію строків і термінів, визначено особливості закріплення моделей правоприпиняючих юридичних фактів у формі строків та термінів в нормах права та умовах договору.
***Ключові слова:*** юридичний факт, правоприпинення, строк, термін, інтелектуальна власність.

***Аннотация:*** Статья посвящена рассмотрению сроков и терминов как правопрекращающих юридических фактов в сфере интеллектуальной собственности. Проведена классификация сроков и терминов, определены особенности закрепления моделей правопрекращающих юридических фактов в форме сроков и терминов в нормах права и условиях договора.
***Ключевые слова:*** юридический факт, правопрекращение, срок, термин, интеллектуальная собственность.

***Annotation:*** The article is devoted to researching of periods and dates as right-deprival jural facts in sphere of intellectual property. The periods and dates are classified as right-deprival jural facts and the features of fixation its legal models in provisions of law and treaty provisions are determined.
***Key words:*** jural facts, right-deprivation, period, date, intellectual property.

У праві відбиваються майже всі часові параметри будь-якої юридично значущої діяльності, у тому числі її тривалість, інтенсивність, перервність (безперервність) [1, с. 171]. Настання або припинення того чи іншого строку неминуче спричиняє зміну, виникнення або припинення цивільних прав та обов'язків [2, с. 454]. Строки у цивільному праві є досить вагомою правовою категорією, яка зумовлює не тільки упорядкування цивільного обороту в часовому відношенні, а й забезпечує можливість здійснення та реалізації суб'єктами цивільних відносин своїх прав, спонукання зобов'язаних осіб до виконання своїх обов'язків та можливість своєчасного захисту порушених прав учасників правовідносин [3, с. 68]. Суб'єкти, реалізуючи свої права, зацікавлені у тому, щоб вони (права) та обов'язки здійснювалися не лише належним чином, а й своєчасно [4, с. 40].

*© Коструба А.В., 2012*

Слід також зазначити, що поділ основних часових категорій цивільного права на строки і терміни визнавався ще дореволюційною цивілістичною наукою [1, с. 173], і хоча в дореволюційні часи ці категорії розумілися дещо по-іншому ніж сьогодні, ми все ж таки погоджуємося із законодавчим підходом до їх визначення і поділу на строки і терміни.

Водночас слід зазначити, строки в цивільному праві мають більшу сферу використання, ніж терміни, і представлені строками позовної давності, строками набувальної давності, строк існування речового або зобов'язального права. В аспекті того, що строк є відрізком часу, який має початок, перебіг та закінчення [4, с. 41], сплив більшості строків має правоприпиняючий характер, його встановлення, відповідно, – правовстановлюючий. В цивілістичній літературі строки, як правило, поділяються за змістом на організаційні, матеріально-правові, строки захисту порушених суб'єктивних прав та строки, пов'язані з визначенням правового положення суб'єктів у цивільному праві. В той же час, конкретними строками здійснення цивільних прав в аспекті організаційних строків є: строки існування певного суб'єктивного права; присікальні (преклюзивні) строки; гарантійні строки; претензійні строки [3, с. 68-69; 5, с. 76]. Усі ці строки є правоприпиняючими, оскільки з їх закінченням пов'язані припинення права гарантійного обслуговування чи заміни речі, припинення права на звернення з претензією, чи припинення інших прав.

В юридичній літературі пропонуються й інші поділи строків, зокрема, на строки давності подання заяв, строк давності відшкодування шкоди, строк давності притягнення до відповідальності тощо [6, с. 89], які, в той же час, мають галузевий характер, у зв'язку з чим притаманні лише певним галузям права і при цьому, не притаманні цивільному праву.

На нашу думку, всі строки в цивільному праві можна поділити за наслідками, які спричиняють їх закінчення на правовстановлюючі, правозмінюючі і правоприпиняючі. При цьому правоприпиняючі строки за характером встановлення можна поділити на строки давності і строки-умови зобов'язань. Строки-умови зобов'язань є строками, встановленими як умови зобов'язання, із закінченням яких припиняються певні права чи обов'язки сторін зобов'язання або зобов'язання в цілому. Строки давності – це певні проміжки у часі, зі спливом яких сторони втрачають визначені в законі права. Строки давності відрізняються від строків-умов зобов'язань тим, що встановлюються законом, а строки-умови зобов'язань встановлюються як сторонами в зобов'язаннях так і законом. На підставі аналізу ЦК України всі строки давності можна поділити на строки набувальної, позовної та відмеральної давності.

У сфері обороту прав інтелектуальної власності більшість строків визначаються договором за вільним волевиявленням його сторін. В деяких випадках строки визначаються договором, але в межах визначених законодавством [7, с. 92] (позовна давність, набувальна давність та ін.). В той же час не слід забувати про принцип свободи договору, який в загальному вигляді і зводиться до права сторін вкладати за домовленістю в договір той чи інший зміст, можливість виступу предметом договору будь-яких предметів і дій, залежність форми його укладення цілком від волі сторін, можливість розірвання договору з ініціативи однієї із сторін та ін. [8, с. 66].

Проте, ряд правоприпиняючих строків передбачені книгою четвертою ЦК України (право інтелектуальної власності) в імперативному порядку як підстави припинення прав інтелектуальної власності. Так, ст. 446 ЦК України встановлює, що строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір спливає через сімдесят років, що відліковуються із 1 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього із співавторів, який пережив інших співавторів, крім випадків, передбачених законом; ст. 456 ЦК України встановлює, що строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на виконання спливає через п'ятдесят років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком здійснення першого запису виконання, а за відсутності такого запису – з 1 січня року, наступного за роком здійснення виконання. Строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на фонограму, відеограму спливає через п'ятдесят років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком її опублікування, а за відсутності такого опублікування протягом п'ятдесяти років від дати її вироблення – з 1 січня року, наступного за роком вироблення фонограми, відеограми. Строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на передачу (програму) організації мовлення спливає через п'ятдесят років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком її першого здійснення. Такі самі межі встановленні і для існування виключних прав інтелектуальної власності: строк чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на винахід спливає через двадцять років, що відліковуються від дати подання заявки на винахід в установленому законом порядку (ч. 3 ст. 465 ЦК України); строк чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на компонування інтегральної мікросхеми спливає через десять років, що відліковуються від дати подання заявки на компонування інтегральної мікросхеми в установленому законом порядку (ч. 2 ст. 475 ЦК України); строк чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на сорт рослин, породу тварин спливає через тридцять років, а щодо дерев та винограду – через тридцять п'ять років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком державної реєстрації цих прав (ч. 3 ст. 488 ЦК України) та ряд інших норм [9].

Усі наведені строки є строками давності, тобто проміжками часу протягом яких існують права. Наведені обставини дозволяють підтвердити таку визначальну для деяких прав інтелектуальної власності рису, як строковість їх існування, тобто існування лише протягом певного, визначеного законом часу. Факт завершення строку означає припинення права інтелектуальної власності на певний об'єкт. Для того щоб право припинилося не потрібно вчиняти додаткових дій, воно погашається самостійно.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Шовкова О. В.* Строки і терміни як категорії цивільного права / О. В. Шовкова // Пробл. законності: респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 74. – С. 171–176.
2. *Бойчук Д. В.* Значення й види строків у цивільному праві / Д.В. Бойчук // Митна справа. – 2011. – № 2 (74). – Ч. 2. – С. 453–458.
3. *Вахонєва Т.* Цільове призначення цивільно-правових строків / Т. Вахонєва // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 9. – С. 68–71.
4. *Вахонєва Т.* Поняття та юридична природа строків (термінів) за цивільним законодавством України / Т. Вахонєва // Право України. – 2003. – № 12. – С. 40–44.
5. *Хащівська Н.* Преклюзивні строки у договорах про передання майна у тимчасове користування / Н. Хащівська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 7. – С. 75–79.
6. *Лукашевская С.* Срок давности установления неуплаты обязательных платежей / С. Лукашевская // Хазяйство и право. – 2009. – № 6. – С. 88–91.
7. *Печений О.* Деякі проблеми строків у договірних зобов'язаннях / О. Печений // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2008. – № 1 (37). – С. 90–94.
8. *Борисова В. І.* Про спірні питання, що виникають при виконанні юридичними особами окремих видів договорів / В. І. Борисова // Пробл. законності : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2003. – Вип. 61. – С. 66–72.
9. *Цивільний* кодекс України: станом на 01 листопада 2011 року // Відомості Верховної Ради України – 2003. – №№ 40 – 44. – Ст. 356. (із змінами).

УДК 347.1

# ОКРЕМІ ПІДХОДИ ЩОДО ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ РОЗСУДУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

**Литовченко Л. А.,**
кандидат історичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті розглядається актуальність дослідження проблеми розсуду в цивільному праві. Виокремлюються деякі напрямки проведення наукового пошуку щодо цієї проблеми. Визначаються термін і поняття розсуду в цивільному праві України.
***Ключові слова:*** розсуд в цивільному праві; правозастосувальний розсуд, дискреція; термін, поняття «розсуд» в цивільному праві.

***Аннотация:*** В статье рассматривается актуальность исследования проблемы усмотрения в гражданском праве. Выделяются некоторые направления проведения научного поиска по этой проблеме. Дается определение термину и понятию усмотрения в гражданском праве Украины.
***Ключевые слова:*** усмотрение в гражданском праве; правоприменительное усмотрение, дискреция; термин, понятие «усмотрение» в гражданском праве.

***Annotation:*** Relevance of research of the problem of discretion in civil law is found out; separate areas of scientific research on the subject are highlighted; the term and the concept of discretion in the Civil Law of Ukraine are defined.
***Key words:*** discretion in civil law; law enforcement discretion; the term «discretion» in civil law.

---

Трансформаційні процеси в українському суспільстві, що відбуваються від початку 1990-х років, органічно пов'язані з глибинними перетвореннями у сфері їх правового регулювання на основі нового правового мислення. Концептуально нові стрижневі нормативно-правові акти, такі, як Сімейний кодекс України (10 січня 2002 р.), Цивільний кодекс України (16 січня 2003 р.), Цивільний процесуальний кодекс України (18 березня 2004 р.), відобразили зміну парадигми правового регулювання у сфері приватноправових відносин. Не буде перебільшенням сказати, що серед зазначених кодифікованих нормативно-правових актів центральне місце посідає Цивільний кодекс України [15] (далі – ЦК України), нормами і принципами якого врегульовуються, за влучним висловом С. О. Погрібного, «найбільш поширені і цінні суспільні відносини – відносини учасників громадянського суспільства між собою» [10, с. 5]. Характер цих відносин є природним, об'єктивним, а не таким, що залежить від волі законодавця, і завдання останнього полягає лише у впізнанні природної суті цих відносин та встановленні адекватного їх регулювання – так одним із розробників проекту Цивільного кодексу України А. С. Довгертом визначено підвалини теоретичної моделі цього кодексу [17, с. 7], названого ним «Кодексом громадянського суспільства», або «Кодексом приватного життя» [8, с. 4]. Наукова концепція, що покладена в основу ЦК України, відобразила об'єктивний характер цивільних відносин, ознаками яких є юридична рівність, вільне волевиявлення і майнова самостійність їх учасників (ст. 1 ЦК України).

Великого значення набуло закріплення вперше в історії національної кодифікації загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). По суті, державою були визнані й закріплені у нормативній формі принципи, що притаманні цивільному праву за

© *Литовченко Л.А., 2012*

своєю правовою природою. При цьому, перелічені у ст. 3 ЦК України принципи, – на це звернув увагу А. С. Довгерт, – не становлять вичерпного переліку й покривають різні за обсягом масиви приватних відносин [17, с. 9]. Практично у ст.ст. 1, 6, 12 ЦК України сформульовано й інші принципи цивільного права – диспозитивності, юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнової самостійності учасників цивільних відносин. Співвідношення зазначених понять-принципів із *поняттям розсуду в цивільному праві*, цілком очевидно, потребують наукового вивчення, адже в їхньому змісті також зосереджені основи цивільного права і, відповідно, концептуальні засади ЦК України.

Ідеєю, що пронизує фундаментальні засади позитивного цивільного права і об'єктивується в суб'єктивному праві учасників цивільних відносин, є автономія волі кожного учасника цивільних відносин. Цікавою, на наш погляд, є думка Н. Ю. Голубєвої про те, що автономія волі, як і рівність учасників, теж є однією із засад цивільного законодавства, а свобода договору – безпосереднім втіленням автономії волі суб'єкта майнового обігу [16, с. 11]. Разом із тим, вважаємо, що автономія волі є елементом і виявом принципів диспозитивності, свободи договору, майнової самостійності учасників цивільних відносин. Відповідно, учасники цивільних відносин вправі самостійно, на власний розсуд, приймати рішення щодо володіння, користування і розпорядження своїм майном, встановлення договірних відносин та їх умов, обрання того чи іншого способу захисту порушеного суб'єктивного цивільного права та інтересу тощо. У такому разі варто говорити про те, що диспозитивність як основна засада цивільного права прямо зв'язується з розсудом учасників цивільних відносин.

Зазначене не суперечить думці, висловленій С. О. Погрібним, про закріплене в чинному ЦК України пріоритетне саморегулювання цивільних відносин самими їх учасниками порівняно з їх законодавчим регулюванням, крім випадків, коли суб'єкти не виявили бажання або не змогли врегулювати свої відносини самостійно – тоді зберігається законодавча модель [10, с. 5]. Саморегулювання цивільних відносин виражається і тоді, коли їх учасники вправі відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (ч. 3 ст. 6 ЦК України).

У контексті зазначеного варто звернути увагу на те, що *категорія розсуду в цивільному праві* України залишається terra incognito як у доктринальному, так і в законодавчому аспекті. І хоча розсуд у цивільних відносинах здається, на перший погляд, доволі зрозумілим, проте цілісного, концептуального підходу щодо його розуміння бракує в сучасній правничій думці.

Зазначене зумовлює **мету** і **завдання** даної статті, які полягають у з'ясуванні актуальності дослідження проблеми розсуду в цивільному праві, виокремленні окремих напрямків проведення наукового пошуку щодо цієї проблеми. Досягнення цієї мети передбачає передусім визначення терміну і поняття розсуду в цивільному праві України.

Теоретичне осмислення науковцями-правниками категорії розсуду в цивільному праві України, по своїй суті нової, введеної в процесі реформування національного цивільного законодавства, на сьогодні практично перебуває у початковому стані. Окремі аспекти *розсуду в цивільному праві* висвітлювали у своїх наукових працях *українські вчені-цивілісти* Н. В. Безсмертна, І. Е. Берестова, Н. Ю. Голубєва, О. В. Дзера, І. О. Дзера, Н. С. Кузнєцова, І. М. Кучеренко, А. В. Луць, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Є. О. Мічурін, С. О. Погрібний, З. В. Ромовська, М. О. Стефанчук, Р. О. Стефанчук, Є. О. Харитонов та інші, науковий доробок яких служить теоретичним підґрунтям подальших досліджень з цієї проблематики. Разом із тим, згадки в науковій літературі про розсуд в цивільному праві переважно зводяться до коментування відповідних правових норм або до простої констатації наявності у певній нормі посилання на розсуд. Такі коментарі мають практичну цінність, проте вони недостатні для розкриття природи розсуду в цивільному праві. Фрагментарність наукових суджень поважних учених щодо розсуду в цивільному праві засвідчує відсутність дотепер саме концептуального бачення цієї наукової проблеми. Отже, доводиться констатувати, що на сьогодні вітчизняна наука цивільного права поки не має у своєму арсеналі фундаментальних наукових праць, в яких був би проаналізований розсуд як явище в цивільному праві в усіх його проявах, у співвідношенні з іншими правовими явищами, категоріями тощо.

Варто зазначити, що у контексті проблематики теорії правозастосування питання розсуду, зокрема, суддівського розсуду, постали предметом дисертаційних досліджень вітчизняних вчених М. Б. Рісного («Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичний аспект)», 2006), П. В. Куфтирєва («Суддівський розсуд у теорії права», 2009); інші автори (О. Я Рогач, М. Д. Савенко) у своїх наукових статтях торкались окремих питань як суддівського розсуду, так і співвідношення розсуду і зловживання правом у загальнотеоретичному аспекті. В цілому ж, щодо вітчизняної науки, слід сказати про вкрай обмежений арсенал досліджень із проблематики розсуду у праві.

*Російські вчені-правники* доклали певних зусиль, досліджуючи проблематику розсуду в праві. Наукові праці, у яких так чи інакше висвітлювався розсуд, переважно присвячені проблемам теорії правозастосувального, зокрема суддівського, розсуду (Д. Б. Абушенко, В. Г. Антропов, О. О. Березін, А. Т. Боннер, С. Н. Братусь, Т. В. Кашаніна, К. І. Комісаров, О. В. Кораблінa, М. К. Маліков, В. М. Манохін, О. А. Папкова, А. П. Севастьянов та ін.). Щодо розсуду в цивільному праві, то окремих питань торкались науковці у загальному вигляді або у зв'язку із дослідженням інших правових питань. У цьому зв'язку слід виокремити наукові праці В. П. Камишанського, присвячені проблемі меж та обмежень у праві власності, в контексті якої поважний вчений заторкнув також і важливі питання розсуду в цивільному праві [5, 6].

Варто зазначити, що проблема розсуду у праві вже кілька десятиліть тримається у полі зору *вчених інших держав*, серед яких – А. Барак,

Д. Дж. Галліган, Р. М. Дворкін, К. К. Девіс, З. Дунієвська, Г. Пепінскі, Д. П. Флетчер та інші правники, наукові дослідження яких зосереджені пріоритетно навколо проблеми дискреції у правозастосуванні.

Із наведеного вище випливає, що розсуд у цивільному праві залишається практично непізнаним. Тому важливим бачиться науково обґрунтоване *виявлення категорії розсуду* та детермінації (від лат. determinare – визначати) її критеріїв в цивільному праві, з'ясування природи і змісту розсуду в цивільному праві, з'ясування креативної ролі правових норм, що стосуються розсуду і містяться у приписах актів цивільного законодавства, у регулюванні цивільних відносин.

Передусім доцільною сприймається *конкретизація терміну і поняття «розсуд» у цивільному праві*. Останнє тлумачиться як одна з форм мислення, як результат узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності [2, с. 1049]. У такому разі, на нашу думку, визначити це поняття в цивільному праві, як «розсуд» означає – визначити суттєві ознаки розсуду в цивільному праві як об'єкта дійсності, тобто визначити суттєві ознаки об'єкта, що дійсно існує. Т. С. Подорожна, досліджуючи поняття, структуру і функції законодавчих дефініцій, цілком слушно вказує на очевидну значущість дефініцій для мови законодавства, так як саме в них відображається сучасне знання про певне правове явище [11, с. 5].

Загальне положення про те, що учасники цивільних відносин можуть здійснювати свої цивільні права вільно, на власний розсуд, яке закріплене у ч. 1 ст. 12 ЦК України, конкретизовано у нормах ст.ст. 6, 20, 271, 295, 319, 351, 373, 383, 426, 524, 628, 1066, 1088 цього кодексу. Зазначений ряд статей ЦК України, в яких зафіксовано термін «розсуд», наводить на думку про те, що його використано для позначення *спеціального поняття щодо суттєвих ознак цивільних відносин,* він відображає *нормативне санкціонування державою можливості вибору правомочними учасниками цих відносин варіантів поведінки при здійсненні ними суб'єктивних прав із приводу задоволення своїх законних інтересів*.

Разом із тим, у тексті ЦК України відсутня законодавча дефініція терміну «розсуд», отже, постає питання про необхідність наукового визначення цього терміну і поняття, яке використовується не тільки у Цивільному кодексі України як основному акті цивільного законодавства, а й в інших нормативно-правових актах, які у частині регулювання ними цивільних відносин можна віднести до актів цивільного законодавства. Зокрема, це чинні Закони України «Про авторське право і суміжні права» (ч. 2 ст. 13), «Про захист прав споживачів» (п.п. 3, 6, 11 ч. 3 ст. 18), «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (абзаци 1, 3 ч. 2 ст. 28), «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (ч. 3 ст. 16) та інші.

*Поняття «розсуд» у прямому (буквальному) розумінні* слід розпочати характеризувати із з'ясування основного значення *слова і терміну «розсуд»*. Так, один із найпопулярніших нині словників – «Великий тлумачний словник сучасної української мови» (укладач і головний редактор В. Т. Бусел) [2, с. 1728] дає тлумачення слова «термін», зокрема, як «1. Слово або словосполучення, що означає чітко окреслене спеціальне поняття якої-небудь галузі науки, техніки, мистецтва, суспільного життя тощо» [2, с. 1444], а слово «поняття» тлумачиться як «1. Одна з форм мислення, результат узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності. 2. Розуміння кимсь чого-небудь, що склалося на основі якихось відомостей, власного досвіду // Думка про що-небудь, погляд на щось. […]. Сукупність поглядів на що-небудь, рівень розуміння чогось» [2, с. 1049]. Зазначені дефініції допомагають проникнути в сутність терміну і поняття «розсуд», що використовується в Цивільному кодексі України.

У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» *слово «розсуд»* тлумачиться як «1. Рішення, висновок. […]. 2. Розмірковування, роздум. 3. Те саме, що розум […]. 4. Суд.». Відповідно до цього, вислів «На свій (власний, твій і т. ін.) розсуд» означає: «згідно зі своїм (власним, твоїм і т. ін.) рішенням, розумінням чого-небудь» [2, с. 1265]. Наведене виявляє різноманітну змістову палітру слова «розсуд» в українській мові. Це і акт інтелектуально-вольової діяльності (рішення, висновок); і досвід у чому-небудь чи уявлення про щось (розуміння); і спроможність заглиблюватися думками в що-небудь (розмірковування, роздум); і свідоме ставлення до всякого явища так, як того вимагає сутність самого явища (розум); і думка про кого-, що-небудь, оцінка когось, чогось (суд).

Щодо останнього, семантика слова «суд» охоплює різноманітні його значення. Так, академічне 10-томне видання «Словник української мови» (1970-1980) визначає серед інших і таке тлумачення слова «суд»: «5. Думка про кого-, що-небудь, оцінка когось, чогось. […] Виносити (винести) що на суд кого, чий – знайомити кого-небудь з своїми творами, планами і т. ін., щоб почути його думку. […] Здаватися (здатися) на суд чий – покладатися на чию-небудь думку, оцінку. […]» [14, с. 821]. Відповідно до зазначеного вважаємо, що слово «суд» в одному із своїх значень як однокорінне слову «розсуд» слід тлумачити не у якості правосуддя (інституції, процесуальних дій тощо), а як слово із значенням, яке щойно наведене.

У російській мові слову «розсуд» відповідає слово «*усмотрение*», тлумачення якого знаходимо у відомому виданні «Словарь русского языка» С. І. Ожегова («Усмотрение, -я, ср. Решение, заключение, мнение. Представить что-н. на чье-н. у. начальства. Действовать по своему усмотрению») [9, с. 686]. Видається, змістовий відтінок слова «усмотрение» в російській мові найбільше нагадує можливість прийняття особою рішення за власним вибором.

При порівнянні семантики слів «усмотрение» в російській мові та «розсуд» в українській напрошується висновок про те, що в українській мові, як це викладено у словниках, спостерігається більша різноманітність змістових відтінків слова «розсуд», що й зазначалось раніше.

Змістові відтінки слова «розсуд» чіткіше виявляються при дослідженні його значення в інших європейських мовах. Так, англійською мовою слово «розсуд» («усмотрение» – рос.) перекладається як *discretion*: large discretion широкі повноваження;

at (smb.'s) discretion, at the discretion of smb. на розсуд кого-небудь; leave to smb.'s discretion представляти, передавати на розсуд кого-небудь; use one's own discretion діяти, вчинювати на власний розсуд [1, с. 385; 12]. Цікавим є те, що в англійській мові семантика слова discretion охоплює такі значення: 1. обережність; розсудливість, розважність (наприклад, age (years) of discretion – вік, з якого особа несе відповідальність за свої вчинки); 2. 1) свобода дій; право вільно вирішувати, вибирати; повноваження; 2) *юр.* розсуд; дискреційне право [1, с. 385].

Крім того, слово discretion в англійській мові має й інше значення – перервність; розділення, роз'єднування [1, с. 385]. Останнє значення випливає з латинського слова *discretus* – роздільний, перервний, перервність, що протиставляється неперервності (наприклад, у математиці система цілих чисел є дискретною на протилежність системі дійсних чисел, у фізиці й хімії дискретність означає зернистість будови матерії, її атомічність) [3, с. 356]. У такому разі поняття дискреції (лат. – *discretus*, англ. – discretion) буквально слід розуміти як перервність, окремішність, виокремленність чогось у контексті загального. Поняття ж розсуду, розсудливості у латинській мові визначається іншим словом: prudens – передбачливий, розсудливий, досвідчений у праві [13, с. 351] (Quídquid agís, prudénter agás et réspice fínem. – Що б не робив, роби розумно і дивись в кінець. – «Римські діяння», 103 [4, с. 163]). Крім того, латинське слово libĭtus також означає «розсуд» (ad libitum – за розсудом когось), а разом із тим і примху [13, с. 302]. Отже, в останньому випадку змістове забарвлення розсуду («libĭtus») більше відповідає не розсудливості, а примхливості.

Наведений вище огляд тлумачення слова «розсуд» допомагає глибше з'ясувати палітру його змісту в українській мові. Отже, *в слові «розсуд» ми розуміємо акт інтелектуально-вольової діяльності особи, виражений у певному умовиводі (висновку, рішенні) особи, прийнятому на основі власного досвіду, уявлення, оцінки, розмірковування про сутність об'єкта, на який він спрямований*.

Певні змістові відтінки слова «розсуд» в українській мові притаманні *термінові «розсуд»*, який використовується в ЦК України. Відповідно, зміст цього терміну *у буквальному розумінні можна аналогічно тлумачити як рішення особи, прийняте згідно з її власним розумінням об'єкта, на який воно спрямовано*. Проте таке тлумачення надто вузьке, щоб охарактеризувати змістове значення терміну «розсуд», яким у цивільному законодавстві позначено окремі суттєві ознаки і властивості цивільних відносин. Вище зазначалось, що термін «розсуд» відображає *можливість вибору правомочними учасниками цивільних відносин варіантів поведінки при здійсненні ними цивільних суб'єктивних прав із приводу задоволення своїх інтересів*. При цьому зауважимо, що характеристика терміну водночас наповнює змістом і саме *поняття розсуду* в цивільному праві. Щодо даного судження, то беремо за основу тлумачення терміну у «Великому тлумачному словнику сучасної української мови», в якому визначено, що «термін» – це «слово або словосполучення, що означає чітко окреслене спеціальне поняття якої-небудь галузі науки, техніки, мистецтва, суспільного життя тощо» [2, с. 1444]. Отже, визначитися із змістом терміну – означає сформулювати поняття, яке цим терміном охоплюється. Напевно, якщо говорити про буквальний зміст терміну «розсуд», що використовується у Цивільному кодексі України, слід виходити з приписів статей цього кодексу, у яких зафіксовано зазначений термін.

Подальше обгрунтоване розкриття зазначеного здається можливим, якщо поняття розсуду в цивільному праві характеризувати, враховуючи багатогранність його змісту, а саме: *у широкому розумінні* – тобто, у співвідношенні поняття розсуду у праві, у правозастосуванні, у цивільному праві; *у тісному, точному розумінні* – тобто, у конкретному значенні розсуду в цивільному праві; *у спеціальному розумінні* – відносно розсудових правомочностей учасників цивільних відносин; *у специфічному розумінні* – тобто, у конкретному значенні цього поняття в контексті певних (речових, зобов'язальних тощо) цивільних відносин. Зазначене у сукупності має відтворити повне розуміння поняття розсуду в цивільному праві.

Модель регулювання цивільних відносин, закріплена в ЦК України як «Кодексі громадянського суспільства» (А. С. Довгерт), відобразила об'єктивний характер цих відносин, притаманну їм властивість саморегулювання, що здійснюється учасниками цих відносин на принципах, закріплених актами цивільного законодавства. Серед таких принципів – диспозитивність, юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність учасників цивільних відносин, а також можливіть відступу від положень актів цивільного законодавства і врегулювання учасниками своїх відносин на власний розсуд. У такому разі варто говорити про те, що диспозитивність як ключова засада цивільного права прямо зв'язується з розсудом учасників цивільних відносин.

Важливим бачиться науково обгрунтоване виявлення категорії розсуду та детермінації її критеріїв у цивільному праві, з'ясування природи і змісту розсуду в цивільному праві. Для цього, враховуючи, що у тексті ЦК України відсутня законодавча дефініція терміну «розсуд», нагальним стає питання наукового визначення цього терміну і поняття, яке використовується у Цивільному кодексі України та інших актах цивільного законодавства.

Аналіз ряду статей ЦК України, в яких зафіксовано термін «розсуд», дає підстави розуміти цей термін як такий, який відображає нормативне санкціонування державою можливості вибору правомочними учасниками цивільних відносин варіантів поведінки при здійсненні ними суб'єктивних прав з приводу задоволення своїх законних інтересів. При цьому зауважимо, що характеристика терміну водночас наповнює змістом і саме поняття розсуду в цивільному праві.

З буквального тлумачення слова «розсуд» виявляється його зміст, який ми розуміємо як акт інтелектуально-вольової діяльності особи, виражений у певному умовиводі (висновку, рішенні) особи, прийнятому на основі власного досвіду, уявлення,

оцінки, розмірковування про сутність об'єкта, на який він спрямований.

Поняття і категорію розсуду в цивільному праві варто характеризувати, враховуючи такі аспекти: *у широкому розумінні* – тобто, у співвідношенні поняття розсуду у праві, у правозастосуванні, у цивільному праві; *у тісному, точному розумінні* – тобто, у конкретному значенні розсуду в цивільному праві; *у спеціальному розумінні* – відносно розсудових правомочностей учасників цивільних відносин; *у специфічному розумінні* – тобто, у конкретному значенні цього поняття в контексті певних (речових, зобов'язальних тощо) цивільних відносин. Зазначене у сукупності має відтворити повне розуміння феномену розсуду в цивільному праві.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Большой* англо-русский словарь: Ок. 150 000 слов: в 2-х т. / сост. Н. Н. Амосова, Ю. Д. Апресян, И. Р. Гальперин [и др.]; под общ. рук. И. Р. Гальперина. – 3-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1979. – Т. 1. А – L. 824 с.
2. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
3. *Дискретність* // Українська Радянська Енциклопедія: Т. 3. – 2-ге вид. – К.: Голов. ред. Української радянської енциклопедії, 1979. – 552 с.
4. *Діяння* римські // Gesta Romanorum: укр. переклад [Електронний ресурс]. – [Режим доступу]: http://uk.wikipedia.org/wiki/Римські_діяння
5. *Камышанский В. Г.* Ограничения права собственности: Гражданско-правовой аналіз: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Владимир Павлович Камышанский. – СПб, 2000. – М.: РГБ, 2003 (Из фондов Росийской Государственной библиотеки).
6. *Камышанский В. П.* Пределы и ограничения права собственности / В. П. Камышанский. – Волгоград: ВА МВД России, 2000. – 224 с.
7. *Ревак Н.Г.* Латинська мова (для неспеціальних факультетів) / Н.Г. Ревак, В.Т. Сулим / ЛНУ імені Івана Франка – Львів, 2006 [Електронний ресурс]. – [Режим доступу]: http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-text/84/
8. *Новий* Цивільний кодекс України – передмова / А. Довгерт // Цивільний кодекс України: Прийнятий 16 січня 2003 р. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
9. *Ожегов С. И.* Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / С. И. Ожегов; под ред. Н. Ю. Шведовой: 20-е изд-е, стереотип. – М.: Русский язык, 1988. – 752 с.
10. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Сергій Олексійович Погрібний. – К., 2009. – К.: НБУ імені В. І. Вернадського, 2009 (З фондів Національної бібліотеки України імені В.І.Вернадського).
11. *Подорожна Т.С.* Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції: монограф. / Т. С. Подорожна. – Львів: ПАІС, 2009. – 196 с.
12. *Русско-английский* словарь; под общим рук. А. И. Смирницкого (онлайн-версия) [Электронний ресурс]. – [Режим доступу]: http://www.classes.ru/dictionary-russian-english-Smirnitsky-term-47953.htm#scienceruen
13. *Скорина Л. П.* Латинська мова для юристів: підруч. – 2-ге вид., випр. і доп. / Л.П. Скорина, Л.П. Чуракова– К.: Атіка, 2008. – 416 с.
14. *Словник* української мови: в 10 т.; ред. колегія: АН УРСР; Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні; І. К. Білодід [та ін.]. – К.: Наук. думка, 1978. – Т. 9. – 916 с.
15. *Цивільний* кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
16. *Цивільний* кодекс України: науково-практичний коментар; за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 744 с.
17. *Цивільний* кодекс України: науково-практичний коментар; за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 928 с.

УДК 346.3

# ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ГОСПОДАРСЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

**Лісніча Т. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Стаття присвячена аналізу законодавчої класифікації господарських зобов'язань та визначенню основних напрямів роботи із усунення наявних недоліків.
***Ключові слова:*** господарські зобов'язання, класифікація господарських зобов'язань, ознаки господарських зобов'язань, види господарських зобов'язань.

***Аннотация:*** В статье рассматривается классификация хозяйственных обязательств в действующем законодательстве Украины, определение существующих проблем классификации и путей их разрешения.
***Ключевые слова:*** хозяйственные обязательства, классификация хозяйственных обязательств, признаки хозяйственных обязательств, виды хозяйственных обязательств.

***Annotation:*** The article deals with the classification of business obligations in the current legislation of Ukraine, the definition of the problems of classification and ways to resolve them.
***Key words:*** business obligations, classification of business obligations, the signs of business obligations, types of business obligations

---

Статтю присвячено аналізу розділу 6 Господарського кодексу України (далі – ГК України) – «Господарські зобов'язання» (далі – ГЗ) та проблемам, пов'язаним із законодавчою класифікацією зобов'язань, закріплених у даному розділі.

Дослідженню господарських зобов'язань у своїх роботах приділяли увагу В.М. Гайворонський, В.П. Жушман, Г.Л. Знаменський, А.С. Ластовецький, В.К. Мамутов, В.С. Щербина. Однією з останніх робот, що містить детальний аналіз організаційно-господарських правовідносин, є монографія О.П. Віхрова, у якій вперше у вітчизняному законодавстві було проведено комплексне дослідження організаційно-господарських правовідносин як елемента механізму правового регулювання господарських відносин [1].

Через велику кількість і різноманітність господарських зобов'язань, що складаються між юридичними і фізичними особами – підприємцями, що здійснюють господарську діяльність, важливого значення набуває їхня класифікація. Вона дозволяє розкрити справжнє значення і питому вагу договірних та інших форм і методів регулювання господарських відносин на різних рівнях розвитку економіки. Науково обгрунтована класифікація господарських зобов'язань дозволить розташувати їх у певній послідовності і системі. Це має велике значення, перш за все, для здійснення належного правового регулювання шляхом виявлення особливостей окремих видів зобов'язань, відмежування одних їхніх видів від інших і застосування таким чином відповідних їм норм права. Науково обгрунтована класифікація зобов'язань багато у чому полегшує вивчення зобов'язального права [2].

Питання щодо класифікації зобов'язань, у тому числі і господарських, у юридичній літературі вже давно є дискусійним. Використовуючи різні властивості господарських договорів і зобов'язань, що з них виникають, які найбільш впливають на характер їх правового регулювання, вчені пропонують різні варіанти класифікації зобов'язань, у тому числі й господарських [2].

На спірність існуючої законодавчої класифікації господарських зобов'язань неодноразово зверталась увага в літературі [3].

Власне поняття «Господарське зобов'язання» у тому розумінні, як його подає Господарський кодекс України, є дуже цікавою і відносно новою правовою категорією, яка, на нашу думку, вимагає детального опрацювання і подальшої розробки, оскільки містить досить багато спірних моментів.

Відповідно до ч. 1 ст. 173 ГК України, ***господарським*** визнається зобов'язання, що виникає між суб'єктом господарювання та іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання з підстав, передбачених цим Кодексом, в силу якого один суб'єкт (зобов'язана сторона, у тому числі боржник) зобов'язаний вчинити певну дію господарського чи управлінсько-господарського характеру на користь іншого суб'єкта (виконати роботу, передати майно, сплатити гроші, надати інформацію тощо), або утриматися від певних дій, а інший суб'єкт (управнена сторона, у тому числі кредитор) має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Виходячи з визначення ГЗ можна одразу сказати, що сторонами у ГЗ є, з одного боку, суб'єкт господарювання, а з іншого – учасник відносин у сфері господарювання, яким може бути як суб'єкт господарювання, так й інший учасник відносин у сфері господарювання, визначений ст. 2 ГК України.

У цілому можна відзначити, що ГК як окрему групу учасників відносин у сфері господарювання виділяє «суб'єктів господарювання» серед загальної групи «учасників відносин у сфері господарювання». Так, у ст. 2 ГК України наведений перелік учасників відносин у сфері господарювання – це, перш за все, ***суб'єкти господарювання***, споживачі, органи

© *Лісніча Т.В., 2012*

державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності. У той же час відповідно до ч. 1 ст. 55 ГК України ***суб'єктами господарювання*** визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Таким чином, очевидно, що закон приділяє окрему увагу суб'єктам господарювання, як учасникам господарських правовідносин, через їхній особливий статус, наявність специфічних ознак і ключову роль у провадженні господарської діяльності. Усі інші учасники господарських правовідносин не є фігурами, від яких залежить наявність чи відсутність провадження господарської діяльності у державі, а, отже, і її економічний розвиток, ця роль відведена переважно суб'єктам господарювання.

Другою характерною ознакою господарсько-правового зобов'язання можна назвати вчинення дій господарського чи управлінсько-гоподарського характеру.

Проаналізуємо, що саме собою являють відповідно зобов'язання господарського чи управлінсько-господарського характеру.

Виходячи зі значення самих вживаних термінів можна зробити висновок, що зобов'язання господарського характеру – це ті, що випливають власне з провадження суб'єктом господарської діяльності, а зобов'язання управлінсько-господарського характеру – це ті, що пов'язані зі здійсненням господарської діяльності суб'єктом господарювання, але спрямовані на її організацію.

Наступною ознакою господарського зобов'язання є те, що дії господарського чи управлінсько-господарського характеру мають бути корисними для іншої сторони у зобов'язанні. І, навіть, якщо йтиметься про утримання від певної дії, ознака корисності від цього не зникне.

Зупинимося на аналізі поняття того, що таке «корисність» більш детально. Свого часу досить детально питання «корисності» (щоправда, в аспекті дослідження поняття «благо», але це не впливає на загальний результат) дослідив вчений-економіст Карл Менгер у роботі «Grundsätze der Volkswitrschaftslehre», (укр. «Основи політичної економії») [4]. У своїй роботі К. Менгер дійшов висновку, що *предмети, які здатні бути пов'язані причинним зв'язком із задоволенням людських потреб, повинні називатися «корисностями».* Як зазначав К. Менгер, для того, щоб предмет став благом, або, іншими словами, для того, щоб він набув характеру блага, він має підпадати під такі умови: 1) людська потреба; 2) властивості предмета, які роблять можливим поставити його в причинний зв'язок із задоволенням цієї потреби; 3) пізнання людиною цього причинного зв'язку; 4) можливість розпоряджатися предметом таким чином, щоб дійсно вживати його для задоволення цієї потреби.

При цьому дослідник відокремлює поняття блага як матеріального втілення корисності (предмета) та окремо виділяє іншу категорію благ – «відносини» (Verhaltnisse), до яких тогочасні дослідники, за його словами, відносили фірми, коло покупців, монополії, права видання, патенти, речово-промислові права; дехто з дослідників сюди ж відносив родинні відносини, відносини дружби, любові тощо. Тобто, до *Verhaltnisse* пропонувалося відносити все, що не підпадало під ознаку поняття матеріального блага, але тією чи іншою мірою здатне було сприяти (чи сприяло) задоволенню потреб людини.

У розвиток викладених підходів К. Менгер зауважував, що «існує цілий ряд дій, і навіть бездіяльності, (…) які є безумовно корисними і навіть становлять істотну господарську цінність». Далі він також зазначав, що те, що називають колом покупців, публікою, монополіями тощо, являє собою, з господарської точки зору, вчинювані іншими особами корисні дії, або ї корисну бездіяльність, або, як це буває, наприклад, при фірмах, сукупність матеріальних благ, праці, та інших корисних дій, а у відповідних випадках і корисної бездіяльності.

Викладене, на нашу думку, дає підстави стверджувати про можливість застосування запропонованого К. Менгером підходу щодо визначення поняття корисності блага до визначення поняття ***корисності дій***, що становлять зміст господарського зобов'язання.

Пропонуємо дещо інше викладення ознак блага, які можуть бути застосовані до дій, що становлять зміст господарського зобов'язання:

1) потреба сторін-учасників зобов'язання у дії;
2) властивість дії (чи утримання від дії), які роблять можливим поставити його причинний зв'язок із задоволенням цієї потреби;
3) усвідомлення сторонами цього зв'язку;
4) можливість отримати від вчинення дії (чи утримання від вчинення дії) таких наслідків, щоб дійсно мати можливість вживати їх для задоволення власних потреб.

Останньою ознакою господарського зобов'язання, на якій слід зупинитися, вважаємо право кредитора (управленої сторони) ***вимагати*** від зобов'язаної сторони (боржника) виконання зобов'язання. Слід відзначити тісний зв'язок визначення поняття господарського зобов'язання із визначенням поняття цивільного зобов'язання. Очевидно, що право вимагати виконання зобов'язання від іншої сторони є прямим наслідуванням визначення поняття зобов'язання у цивільному праві.

Ґрунтуючись на викладених ознаках поняття господарського зобов'язання, проаналізуємо законодавчу класифікацію господарських зобов'язань.

Виходячи з положень Господарського кодексу України, можна зробити висновок про виділення законодавцем таких видів господарських зобов'язань, як організаційно-господарські, майново-господарські, соціально-комунальні та публічні.

Розгляньмо кожен із видів окремо.

Відповідно до ст. 175 ГК України, **майново-господарськими** визнаються **цивільно-правові**

**зобов'язання**, що виникають між **учасниками** господарських відносин при ***здійсненні*** господарської діяльності, в силу яких ***зобов'язана*** сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь другої сторони або утриматися від певної дії, а ***управнена*** сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Слід зазначити, що визначення даного виду господарських зобов'язань, як цивільно-правових зазнало в літературі критичної оцінки. Так, як зазначає з цього приводу О. Віхров [5], віднесення відповідно до положень ГК України майново-господарських зобов'язань до цивільно-правових, не виключає їхньої господарсько-правової належності. Тож, як зазначає О. Віхров, зазначена норма ст. 175 Господарського кодексу лише вказує на спеціальний характер норм Цивільного кодексу України щодо регулювання майново-господарських зобов'язань.

На противагу даному твердженню О.М. Вінник зазначає, що відносини у майново-господарських зобов'язаннях регулюються Цивільним кодексом України із урахуванням особливостей, передбачених ГК України [6, с. 268]. На нашу думку, більш вірним є підхід, у якому норми Господарського кодексу в даному випадку визнаються спеціальними по відношенню до норм Цивільного кодексу, оскільки це не тільки не суперечить поденням статті ГК України, але й не суперечить загальному підходу щодо визнання співвідношення цивільного і господарського кодексів як загального і спеціального нормативно-правового акта.

Як зазначає О.М. Вінник [6, с. 268], суб'єктами майново-господарських зобов'язань можуть бути суб'єкти господарювання, зазначені у ст. 55 ГК України, у ЦК та спеціальних законах, негосподарюючі суб'єкти – юридичні особи, які вступають у відносини із суб'єктами господарювання з метою забезпечення власних господарських потреб, органи державної влади, наділені господарською компетенцією, органи місцевого самоврядування, що діють у межах своєї господарської компетенції.

І вже тут, на наш погляд, є певна неузгодженість положень ГУ України із положеннями ЦК. Так, відповідно до ст. 509, 510 ЦК України, сторонами у зобов'язанні є відповідно **боржник** і **кредитор**. Якщо ж говорити, що майново-господарським зобов'язанням є зобов'язання цивільно-правове, яке має певні особливості (по суті, як можна зрозуміти із коментованої статті, законодавець ставить знак рівності між цими зобов'язаннями), то і сторони його мають визначатися як боржник і кредитор.

Натомість у літературі вказується лише, що боржником і кредитором у майново-господарському зобов'язанні сторони визнаються лише тоді, коли таке зобов'язання виникає між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і не господарюючими суб'єктами – юридичними особами. На нашу ж думку, якщо вже у кодексі так категорично стверджується про належність майново-господарських зобов'язань до цивільно-правових, то і сторони у зобов'язанні мають бути приведені у відповідність до положень Цивільного кодексу України.

Другою групою господарських зобов'язань, яку виділено у Господарському кодексу України, є о***рганізаційно-господарські зобов'язання,*** під якими слід розуміти **господарські зобов'язання**, що виникають у процесі ***управління*** господарською діяльністю **між суб'єктом господарювання** та **суб'єктом організаційно-господарських повноважень**, в силу яких ***зобов'язана*** сторона повинна здійснити на користь другої сторони певну управлінсько-господарську (організаційну) дію або утриматися від певної дії, а ***управнена*** сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Щодо визначення організаційно-господарських зобов'язань, то слід відзначити їх відносно новий характер, оскільки до прийняття, як зазначалося у літературі, стан дослідження організаційно-господарських зобов'язань не повністю відповідав вимогам сучасності [7]. На жаль, від того часу ситуація істотно не змінилася. Такий стан речей пояснюється розвитком теорії зобов'язань протягом тривалого часу переважно в межах цивілістичної науки [8; 9; 10].

Як зазначає О.П. Віхров, за результатами розроблення теорії господарських зобов'язань було визначено, що господарські зобов'язання мають свої специфічні властивості, обумовлені специфікою господарського права як правової галузі. Одна з цих специфічних властивостей виявляється у господарському праві таких видів господарських зобов'язань, які значно відрізняються від традиційних зобов'язань «по горизонталі», аналогічних цивільно-правовим. Маються на увазі, зокрема, господарсько-управлінські (за сучасною термінологією організаційно-господарські) зобов'язання [7; 11]. Як різновиди організаційно-господарських зобов'язань виділяють договірні і не договірні господарські зобов'язання[12].

Таким чином, до основних різновидів господарських зобов'язань, з урахуванням специфіки даного виду зобов'язань, слід відносити організаційно-господарські та майново-господарські. Зазначимо, що поділ зобов'язань у господарському праві на майново-господарські і організаційно-господарські є, на нашу думку, цілком логічним, оскільки такий підхід чітко відбиває діяльність суб'єкта господарювання у двох основних площинах - у відносинах із рівними суб'єктами щодо безпосереднього провадження ГД, і у відносинах із органами, наділеним владними повноваженнями по відношенню до господарюючого суб'єкта.

У світлі такого підходу досить незрозумілою видається позиція і мета законодавця щодо включення до складу розд. 4 ГК «Господарські зобов'язання» саме таких видів зобов'язань, як соціально-комунальні та публічні.

Як правило, останні два види господарських зобов'язань у літературі відносять до різновидів організаційно-господарських зобов'язань [12; 7; 6, с. 269], натомість ГК України виходячи із побудови розд. 4, ставить їх в один ряд із організаційно-господарськими та майново-господарськими зобов'язаннями, виділяючи їх, як окремий вид.

Взагалі, щодо останнього питання позиція законодавця видається досить незрозумілою. Так, виходячи зі змісту ч. 3 ст. 173 ГК України ***основними видами господарських зобов'язань є організаційно-***

***господарські та майново-господарські зобов'язання.*** При цьому у вказаній статті не йдеться про жодні різновиди названих видів зобов'язань, і навіть про можливість їх виділення.

Що стосується соціально-комунальних зобов'язань, то на сьогодні чинне законодавство не містить визначення поняття соціально-комунальних зобов'язань.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 177 ГК, суб'єкти господарювання зобов'язані за рішенням місцевої ради за рахунок своїх коштів відповідно до закону створювати спеціальні робочі місця для осіб з обмеженою працездатністю та організовувати їх професійну підготовку.

Відповідно до ч. 2 вказаної статті, суб'єкти господарювання відповідно до ч. 4 ст. 175 ГК України, можуть, незалежно від статутної мети своєї діяльності, брати на себе зобов'язання про господарську допомогу у вирішенні питань соціального розвитку населених пунктів їх місцезнаходження, у будівництві й утриманні соціально-культурних об'єктів та об'єктів комунального господарства і побутового обслуговування, подавати іншу господарську допомогу з метою розв'язання місцевих проблем. Суб'єкти господарювання мають право брати участь у формуванні відповідних фондів місцевих рад, якщо інше не встановлено законом, та у виконанні робіт щодо комплексного економічного і соціального розвитку територій.

Повноваження органів місцевого самоврядування в Україні в частині забезпечення вищевказаних задач (питання соціального розвитку населених пунктів та їх місцезнаходження, будівництва і утримання соціально-культурних об'єктів, створення спеціальних робочих місць для осіб з обмеженою працездатністю тощо) визначаються відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування». Зокрема, спеціальним Законом України «Про основи соціальної захищеності інвалідів» встановлено відповідний обов'язок для підприємств, установ, організацій, у тому числі підприємств, організацій громадських організацій інвалідів, фізичних осіб, які використовують найману працю, відводити не менше чотирьох відсотків середньооблікової чисельності штатних працівників облікового складу за рік для працевлаштування інвалідів, а якщо на підприємстві працює від 8 до 25 осіб, – у кількості одного робочого місця (ч. 1 ст. 19 Закону).

Таким чином, ч. 1 коментованої статті встановлено ***обов'язок*** суб'єкта господарювання вчинити певні дії, спрямовані на забезпечення осіб робочими місцями. Натомість у ч. 2 коментованої статті встановлюється ***право*** суб'єкта господарювання брати участь у вирішенні питань соціального розвитку населених пунктів їх місцезнаходження, у будівництві й утриманні соціально-культурних об'єктів та об'єктів комунального господарства і побутового обслуговування тощо. Така участь відбувається на договірних засадах і виходячи з положень законодавства є суто добровільною. Таким чином, слід, напевно, розуміти, що соціально-комунальне зобов'язання може бути як недоговірним, що випливає із прямо встановленого законодавчого обов'язку виконати певні дії (забезпечити робочі місця відповідній категорії громадян), так і договірним, підставою для виникнення якого має бути волевиявлення суб'єкта господарювання, спрямоване на розв'язання місцевих проблем.

Як було також зазначено вище, в літературі соціально-комунальні зобовязання пропонується відносити до різновиду організаційно-господарських зобовязань. Такий підхід, на нашу думку, видається спірним.

З цього приводу дослідники, що приділяли увагу даному питанню, зокрема, зауважують, що дане зобов'язання не є різновидом господарських зобов'язань, бо це не відповідає змісту господарських зобов'язань, зазначеному у ч. 1 ст. 175 ГК, де до предмета господарських зобов'язань відносять дії господарського чи управлінсько-господарського характеру. Навряд чи можна дії, пов'язані зі створенням спеціальних робочих місць для осіб з обмеженою працездатністю, віднести хоча б до однієї із вказаних складових предмета господарських зобов'язань. Тому виникає питання: чи доцільне розміщення цього різновиду правовідносин у главі 19 ГК України, яка має назву «Загальні положення про господарські зобов'язання»? [3, с. 39-42].

Крім викладеного, не витримує критики також віднесення соціально-комунальни зобовязань до різновиду організаційно-господарських шляхом застосування до них ознак організаційно-господарських зобовязань, що випливають із визначення, поданого узаконі.

Як зазначає О.П. Віхров, специфічними ознаками організаційно-господарських зобов'язань, які випливають з їхнього легального визначення, закріпленого у ч. 1 ст. 176 Господарського кодексу (ГК) України, є специфічна сфера існування (процес управління господарською діяльністю, регулювання її), особливий суб'єктний склад (одним із учасників завжди є суб'єкт організаційно-господарських повноважень, другим – суб'єкт господарювання), управлінсько-господарський (організаційний) характер дій (утримання від дій), що виступають об'єктами цих зобов'язань [12].

Очевидно, що подані ознаки важко застосувати до соціально-комунальних зобов'язань, як до організаційно-господарських, оскільки лишається невизначеим ряд питань: хто є суб'єктом організаційно-господарських повноважень при виконанні зобов'язання господарюючого суб'єкта забезпечити визначену кількість робочих місць, а також, що стосується ч. 2 ст. 177, в чому полягають організаційно-господарські повноваження місцевих рад, якщо зобов'язання виникають, і, відповідно, договори укладаються, на добровільній основі?

Останнім видом господарських зобовязань, які виділяються відповідно до ГК України, є публічні зобов'язання. Відповідно до ст. 178 ГК, суб'єкт господарювання, який згідно із законом та своїх установчих документів зобов'язаний здійснювати виконання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звернеться на законних підставах, не має права відмовити у виконанні робіт, наданні послуг, продажу товару за наявності у нього такої можливості або надавати перевагу одному

споживачеві перед іншими, крім випадків, передбачених чинним законодавством.

Очевидим є той факт, що сутність публічного зобов'язання, визначена відповідно до ГК України, значною мірою відповідає визначенню публічного зобов'язання, поданому у ст. 633 ЦК України.

У цілому віднесення публічних зобов'язань до майново-господарських [13] не викликає заперечень. Але також, як і по відношенню до соціально-комунальних зобов'язань лишається незрозумілою позиція законодавця щодо поміщення даного виду зобов'язань до розд. 4 ГК України «Загальні положення про зобов'язання».

Підсумовуючи, слід зазначити, що на сьогодні очевидною, на нашу думку, є нагальна необхідність ретельного доопрацювання положень чинного ГК України і узгодження відповідних спірних моментів.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Віхров О.П.* Організаційно-господарські правовідносини: монографія / О.П. Віхров. – К.: Слово, 2008. – 512 с.

2. *Хозяйственное* право: ученик; под ред. В.К. Мамутова. – К., Юринком Интер, 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://adhdportal.com/book_824_chapter_92_%C2%A7_2._Vidy_khozjajjstvennykh_objazatelstv.html

3. *Ніколенко Л.*, Шмат Г. Правові проблеми класифікації господарських зобов'язань / Л. Ніколенко, Г. Шмат // Підприємництво, господарство і право. – 2007. - С. 39-42.

4. *Менгер К.* Основания политической экономии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.libertarium.ru/lib_mbv_menger

5. *Віхров О.* Щодо співвідношення Цивільного та Господарського кодексів України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravoznavec.com.ua/period/chapter/2/31/1174

6. *Вінник О.М.* Господарське право: навч. посіб. – 2-ге вид., змін. та доп. / О.М. Вінник. – К., 2009 – 766 с.

7. *Віхров О.* Роль і місце організаційно-господарських зобов'язань у сучасній економіці // Право України. – 2004. - №4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravoznavec.com.ua/period/chapter/2/37/1443

8. *Новицкий И.Б.*, Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве / И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц. – М.: Госюриздат, 1950. – 416 с.

9. *Иоффе О.С.* Обязательственное право / О.С. Иоффе. – М.: Юридическая литература, 1975. – 880 с.

10. *Зобов'язальне* право: Теорія і практика; за ред. О.В.Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 2000. – 912 с.

11. *Хозяйственное* право: учебник; под ред. В.В. Лаптева. — М.: Юридическая лит-ра, 1983. – 528 с.

12. *Віхров О.П.* Недоговірні організаційно-господарські зобов'язання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=42&ID=153

13. *Каплюк М.В.* Зміст господарських зобов'язань та підстави їх припинення // Держава і право. – Вип. 46. – С. 364-370. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/dip/2009_46/5-11.pdf

14. *Науково*-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-ге вид., перероб. і доп.; за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини, К.: Юрінком Інтер, 2008 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://apelyacia.org.ua/content/stattya-178-publichni-zobovyazannya-subiektiv-gospodaryuvannya-0

УДК 347.

# СТРУКТУРА СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

**Бірюкова А. Г.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри цивільного права №2
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** У статті зроблено спробу визначити підходи, відповідно до яких можна класифікувати систему джерел цивільного права. Проведено аналіз основних принципів, на яких базується відповідна система.
***Ключові слова:*** система джерел цивільного права, формальні джерела цивільного права, структура джерел цивільного права.

***Аннотация:*** В статье сделана попытка определить подходы, в соответствии с которыми можно классифицировать систему источников гражданского права. Проводится анализ основных принципов, на которых базируется соответствующая система.
***Ключевые слова:*** система источников гражданского права, структура системы гражданского права, формальные источники гражданского права.

***Annotation:*** The author intends to identify approaches, according to which the system can be classified sources civil law. Also selling analysis of the main principles on which the corresponding system is based.
***Key words:*** system of sources of civil, formal sources civil of law, structure of system of sources of civil law.

---

У межах національної правової системи формально- юридичні джерела цивільного права не слід розглядати як окремі, не пов'язані між собою правові явища. Навпаки, в рамках джерел різних галузей права в цілому, так і в галузі джерел цивільного права існують достатньо тісні системні зв'язки.

У силу цього при каналізації сучасної системи джерел цивільного права, необхідно застосовувати різні підходи виходячи із особливостей та ознак.

*© Бірюкова А.Г., 2012*

У науковій літературі неодноразово згадувалось про важливу роль системного підходу дослідження правових явищ [1, с. 9] Неодноразово наголошувалось, що саме він дає можливість глибоко та різнопланово визначити як зовнішній, так і внутрішні зв'язки, що існують між правовими явищами, а також їх внутрішній зміст, мету, структуру, роль та значення.

Безперечно, системний підхід базується на певному ряді принципів. До таких належать принцип цілісності системи, тобто створення в результаті поєднання різноманітних явищ, нових якостей, що не існують без такого поєднання, і принцип різноманітності зв'язків системи із зовнішнім середовищем, засоби взаємодії з якими мають велике значення для правильного розуміння відносин, що існують у самій системі.

Розглянемо деякі, найбільш важливі ознаки системного підходу, які надають загальне уявлення про його характер.

По-перше, це наявність певних структурних елементів. На відміну від простих, окремих складових частин системи, елемент визначається своєю органічністю та однорідністю входження в створену разом з іншими елементами систему [2, с. 272]. При застосуванні формальних джерел цивільного права як структурних елементів створеної системи найбільш частіше виступають нормативно-правові акти.

По-друге, наявність системоутворювальних зв'язків між цими елементами. В цій якості виступають ієрархічні зв'язки, на підставі яких різні види джерел права утворюють єдину систему. Підкреслюючи важливість цієї ознаки, Л.С. Явич зазначав, що фактичні співвідношення між джерелами права має велике значення для пануючого уявлення про те, що необхідно власне вважати правом [ 3, с. 115].

Ієрархічний характер джерел цивільного права притаманний системі нормативно-правових актів і знаходить свій вираз в залежності, підпорядкованості, нерівності структурних елементів, що її створюють, кожний займає в ній певне, обумовлене юридичною силою та соціальним значенням місце. Як вірно відзначив С.Л. Зівс, «ієрархічна структура є вираженням окремих видів джерел права різної юридичної сили та пов'язаним із цим підпорядкуванням джерел права в органічно цілісну систему» [4, с. 35]. Таким чином, ієрархія джерел права є складною правовою категорією, має свій багатоаспектне виявлення в механізмі правового регулювання і в силу цього може по-різному тлумачитись в юридичній літературі.

Принцип ієрархічний, який є основою системи, найбільш чітко виявляється у відносинах між нормативно-правовими актами, що діють в рамках однієї національної правової системи [5, с. 118]. Так, даний принцип можливо уявити наступним чином: цивільно-правові нормативні акти, що приймаються органами державної влади, повинні чітко відповідати нормативно-правовим актам, які прийняті органами, що є вищими за ієрархією. Однак їх сукупність і кожний окремо повинні відповідати Конституції України. При цьому вони не повинні замінювати один-одного, втручатись у компетенцію, заміни або скасування може тільки орган, який його видав або вищий за ієрархією.

Ієрархічно побудована система нормативно-правових актів як найбільш великої групи джерел цивільного права має розроблятись не тільки на теоретичному рівні, але і закріплюватись у законодавстві. При цьому основним повинен виступати принцип верховенства Цивільного кодексу України (далі – ЦК) та інших законів. Неможливо не погодитись із М.Н. Марченко, який зазначав, що не може бути в країні твердого і стабільного правопорядку, якщо не будуть чітко визначені й закріплені місце і роль кожного джерела права в загальній системі права [6, с. 113]. А це, безперечно, передбачає їх побудову і функціонування не тільки на підставі принципу системності, а й принципу ієрархічності.

По-третє, наявність певної автономної та відносної самостійності як в структурних елементів системи стосовно один одного, так по відношенню до системи в цілому при її взаємодії з правовими формами, що опосередковують економічні, соціальні, політичні та всі інші суспільні відносини. Так, будь-який нормативно-правовий акт, що регулює цивільні правовідносини, виникає й існує в силу економічної, соціальної або іншої необхідності. Разом із цим, указане джерело права, в свою чергу, постійно і цілеспрямовано впливає на це середовище.

По-четверте, необхідно зазначити й об'єктивний характер системи формальних джерел цивільного права, що породжується правовими формами, які його оточують [7, с. 76]. Формальні джерела цивільного права є не тільки зовнішня форма виразу внутрішнього змісту цивільно-правових норм, які зведені у вільному порядку. В процесі їх створення важливе значення має не лише об'єктивний, а й суб'єктивний фактор. Особливо чітко це виявляється в процесі систематизації цивільного права. Однак при всій важливості суб'єктивний фактор має свої межі, а «системність форм позитивного права притаманна ним за своєю природою» [6, с. 103].

По-п'яте, характеризуючи систему формальних джерел цивільного права слід звернути увагу на її різнорівневий характер. Цю ознаку можна описати таким чином: загальна система складається із окремих структурних частин, що виникають і функціонують в її межах. Ними, наприклад, виступають системи джерел окремих галузей права, при поєднанні яких і створюється система джерел національного права. В свою чергу галузеві системи джерел права можуть поділятись в залежності від окремих видів формуючих їх джерел на так звані «підсистеми». Прикладом таких у цивільному праві є система правових звичаїв, або нормативно-правових актів, що регулюють цивільні правовідносини. При цьому підсистема нормативно-правових актів також може класифікуватись за різними критеріями. Наприклад, за юридичною силою нормативно-правові акти поділяються на: Конституцію України, закони України, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, відомчі нормативні акти.

В-шостих, в основі формування системи лежить принцип змісту відносин. Аналіз джерел цивільного права дозволяє зробити висновок про те, що основним принципом побудови внутрішньої системи

джерела цивільного права є розподіл норм на групи залежно від елементів тих цивільних правовідносин, що регулюються. Тому, спочатку об'єднуються правовідносини, що потребують регулювання, потім в їх межах визначаються суб'єкти, об'єкти правовідносин, їх права та обв'язки, відповідальність за невиконання. При цьому законодавець визначає не просто предмет правового регулювання, а й закріплює принцип побудови всього нормативно-правового акту в цілому. Наприклад, ЦК України як основне джерело цивільного права регулює суспільні відносини, що закріплені в ч. 1 ст. 1 ЦК України, які фактично визначають внутрішню структуру нормативно-правового акта.

Необхідно зазначити, що сучасна юриспруденція характеризується досить високим ступенем інтеграції з іншими гуманітарними науками, зокрема, філософією, соціологією, економікою, все чіткіше спостерігається тенденція розповсюдження між наукових результатів і методів дослідження як необхідного елементу її розвитку. При таких умовах запозичення досліджень інших наук у науку цивільного права буде відтворювати сучасні тенденції розвитку наукових знань в цілому. Особливо це стосується філософських категорій, які успішно застосовуються в цивілістичній науці. До кола таких філософських понять, що отримали власний юридичний зміст, можна віднести і категорію системи права в цілому, і системи її формальних джерел окремо.

Найбільш конструктивним уявляється наступне визначення системи джерел цивільного права, як об'єктивно існуючої ієрархічно організованої та взаємодіючої сукупності правил поведінки учасників цивільного обороту. Основною тенденцією розвитку такої системи повинно бути безперервний розвиток, удосконалення і, як наслідок, розширення і ускладнення «як за рахунок традиційних юридичних джерел вітчизняного права, так і нових їх видів» [8, ст. 133]. При цьому найбільш ефективним методологічним підходом до пізнання та аналізу сучасної системи формальних джерел права буде системний підхід, що дозволить найбільш детально вивчити цю правову категорію не як механічно створену просту сукупність окремих джерел цивільного права, а як об'єктивно сформовану єдину систему.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Тарасов Н.Н.* Метод и методологический подход в правоведении: попытка проблемного анализа / Н.Н. Тарасов. – М.: Юрид. лит., 2001. – 176 с.
2. *Усмов А.И.* Системный поход и общая теория систем / А.И. Усмов. – М.: Мысль, 1978. – 272с.
3. *Явич Л.С.* Общая теория права; под ред.: А.И. Королева / Л.С. Явич. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1976. – 285 с.
4. *Зивс С.Л.* Источники права / С.Л. Зивс. – М.: Наука, 1981. – 239 с.
5. *Иванов С.А.* О соотношении федеральных законов и подзаконных нормативно-правовых актов Российской Федерации / С.А. Иванов. – М.: Изд-во ун-та МВД России, 2003. – 118с.
6. *Марченко М.Н.* Источники права / М.Н. Марченко. – М.: Проспект, 2005. – 760 с.
7. *Керимов Д.А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права / Д.А. Керимов. – М.:Аванта+, 2000. – 560с.
8. *Доминская В.В.* Влияние источников права на формирование законодательства: сборник статей / В.В. Доминская. – 2007. – С. 133-137.
9. Цивільний кодекс України.

УДК 347.4

# КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ НЕМАТЕРІАЛЬНИМ ЗМІСТОМ ВІД «МОРАЛЬНИХ» ОБОВ'ЯЗКІВ ОСІБ

**Голубєва Н. Ю.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Стаття присвячена аналізу критеріїв, що відрізняють цивільно-правове зобов'язання із нематеріальним змістом, від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи. Критично розглянуті такі критерії: «справедлива вимога», «серйозність вимог», «характер інтересів» тощо. Зроблений висновок, що критерієм відмежування цивільних зобов'язань від моральних обов'язків, обіцянок побутового характеру є наявність у сторін волі надати своєму правочину юридичний характер, якщо цей правочин відповідає вимогам закону, моральним засадам суспільства. Визначені проблемні аспекти досліджуваних питань.

***Ключові слова:*** зобов'язальне право, зобов'язання, немайнове зобов'язання, зміст зобов'язання, моральне зобов'язання.

***Аннотация:*** Статья посвящена анализу критериев, которые отличают гражданско-правовое обязательство с нематериальным содержанием, от «моральных» обязанностей, которые берут на себя лица. Критически рассмотрены такие критерии: «справедливое требование», «серьезность требований», «характер интересов» и тому подобное. Сделанный вывод, что критерием разграничения гражданско-правовых обязательств от моральных обязанностей, обещаний бытового характера является наличие у сторон воли предоставить своей правовой сделке юридический характер, если эта правовая сделка отвечает требованиям закона, моральным принципам общества. Определены проблемные аспекты исследуемых вопросов.

***Ключевые слова:*** обязательственное право, обязательство, неимущественное обязательство, содержание обязательства, моральное обязательство.

***Annotation:*** This article analyzes the criteria that distinguish obligations of civil law with intangible content and the «moral» obligations assumed by the entity. Problematic aspects of the issues that are being studied are defined.

***Key words:*** law of obligations, commitments, non-property commitments, maintenance obligations, the moral obligation.

---

Зобов'язання обслуговує переміщення матеріальних благ, є засобом господарського обороту, тому традиційно боржник зобов'язаний вчинити надання майнового характеру. Норми зобов'язального права пройняті духом матеріальності зобов'язальних відносин, оскільки спрямовані, як і усе цивільне право, на регулювання в основному майнових відносин. Відновлення порушеного права кредитора за зобов'язанням відбувається за допомогою притягнення до відповідальності порушника (боржника), яка також носить майновий характер (як і в цілому цивільна відповідальність). Проте сфера зобов'язальних відносин ширше відносин, що опосередковують товарний обмін. Ось чому украй важливо поставити питання про допустимість регулювання і захисту немайнових зобов'язань [1, с. 88].

Питаннями можливості існування немайнових зобов'язань (зобов'язань із немайновим змістом чи інтересом) займались Є. Пассек (найбільш ґрунтовне дослідження), Є. Домбровський, В. Рясенцев, В.А. Ойгензихт, Б.Н. Мезрин, Р.А. Майданик, Ф.О. Богатирьов та ін.

Метою цієї статті є визначення ознак, що відрізняють цивільно-правове зобов'язання із нематеріальним змістом від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи.

Питання про наявність зобов'язальних відносин немайнового характеру є спірним. Є погляд, що достатньо широко представлений у літературі, що зобов'язання завжди виступають як майнові цивільні правовідносини. Такої думки дотримувались більшість класиків цивілістики, наприклад, К. Кавєлин, А.С. Кривцов, Д.І. Мейер, Ф.-К. Савиньи, Г.Ф. Шершеневич, П.П. Цитович та інші, які категорично заперечували можливість існування нематеріального інтересу в зобов'язанні.

Автори наводять різні аргументи, але по суті увесь спір зводиться до питання про можливість або неможливість дати судовий захист зобов'язанням, спрямованим на дії, позбавлені майнової цінності [2, с. 104].

Однак майновий характер зобов'язальних правовідносин не всі цивілісти вважають визначальною ознакою зобов'язання. В протилежність усім вищеназваним думкам, інші вчені вважають умову наявності у зобов'язані майнового інтересу для зобов'язання абсолютно байдужою.

Вірно зазначив Ф.О. Богатирьов: велика різноманітність життєвих інтересів завжди ставила проблему встановлення захисту їх з боку правового порядку. Проте, якщо нематеріальні інтереси, що оформляються абсолютними правами (особистими немайновими правами), вже отримали досить повну регламентацію і захист, то нематеріальний інтерес у відносному правовідношенні, а саме – в зобов'язанні, – ще не розв'язана проблема [3, с. 3].

Більш справедливою здається точка зору, згідно з якою зобов'язання не завжди можуть мати майновий характер. І.А. Покровський вказував, що твердження про цивільне право як право майнових відносин абсолютно неправильне petitio principii [4, с. 135].

Автор вважав, що уявлення про абстрактну «цивільну» людину, як про деяку норму того, що єдино заслуговує охорони, відіграє велику роль і в питанні про визнання або невизнання зобов'язань на дії немайнового характеру. Середня «цивільна» людина малюється як істота, що живе тільки інтересами майновими – «економічна людина». Але життя виросло вже з цього уявлення; нинішня, навіть

*© Голубєва Н.Ю., 2012*

середня, шаблонна людина вже цінує відомі немайнові блага – ім'я, честь тощо – і вимагає для них якої-небудь, хоч би і недосконалої, охорони. І чим далі, тим більше ці запити будуть рости. Далі автор доречно наводить слова Редакційної комісії із складання проекту Цивільного кодексу Німеччини: «У высококультурного народа обязательство имеет своею задачей обеспечивать не только материальные блага, но и блага идеальные, значение и ценность которых растет вместе с ростом культуры» [5, с. 40].

Погляди І.Б. Новицького на можливість існування зобов'язань із немайновим змістом дещо трансформувались у різних його дослідженнях. Так, спочатку він пише, що зобов'язального характеру таке немайнове зобов'язання набуває тільки у зв'язку з можливістю застосування до порушника санкцій майнового характеру [6, с. 354], тобто як і багато противників визнання зобов'язань із немайновим змістом, визнавав право на існування таких зобов'язань тільки у випадку, додавання неустойки як майнового забезпечення зобов'язання.

Пізніше автор міняє свою точку зору на користь визнання зобов'язань із немайновим змістом, без якоїсь прив'язки до майнового забезпечення. І.Б. Новицький вважав, що змістом зобов'язання може бути право вимоги будь-якої правомірної дії, яка має *серйозних характер* та *заслуговує на захист* [7, с. 59].

Ці та подібні міркування містилися також у працях інших учених.

Формулювання поняття зобов'язання у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) як права кредитора вимагати від боржника здійснення певної дії або утримання від певної дії, відкриває можливість для обґрунтування зобов'язань немайнового характеру, оскільки дія боржника не обов'язково буде пов'язана з майновою цінністю, принаймні заборони такої поведінки нема, не кажучи вже про делікті зобов'язання, де прямо говориться про відшкодування моральної шкоди.

У загальній частині зобов'язального права знаходить своє місце інститут попереднього договору, який відносимо до немайнових зобов'язань. Усі договори, що врегульовані у розділі 3 книги 5 ЦК України, породжують майнові зобов'язання, крім договору доручення, що може породжувати немайнове зобов'язання.

Крім цих конструкцій, що передбачені у законі, сторони можуть вступати у інші зобов'язання із нематеріальним змістом. Закон не передбачає вичерпного переліку зобов'язань, тому учасники цивільного обороту мають право вступати в нематеріальне зобов'язання, аби воно не суперечило закону.

Таким чином, можливість існування немайнових зобов'язань не заперечуються у законодавстві, а також підтримується багатьма вченими.

При цьому і між авторами останньої категорії не існує, проте, повної одноголосності відносно меж, якими обкреслюється круг інтересів, що підлягають захисту права, і за межами яких такий інтерес втрачає властивість інтересу юридичного [2 с. 42].

Навряд чи у всіх випадках, коли особи зобов'язуються не з приводу майна, можна говорити про виникнення зобов'язання. Які ж *критерії* відрізняють цивільно-правове зобов'язання, хай навіть із нематеріальним змістом, від «моральних» обов'язків, які беруть на себе особи?

Окремі автори, що не визнають немайнові зобов'язання, вказують на небезпеку поширення цивільного права на область позаюридичних, моральних відносин. Суди, на їх думку, будуть завалені в цьому випадку позовами через невиконання зобов'язань не палити, піти увечері гуляти, танцювати на балу вальс і тому подібне [1, с. 90]. Подібні побоювання невиправдані. Йдеться не про поширення правового регулювання на цілком моральні відносини, а про визнання зобов'язального характеру за правовими відносинами.

Б. Виндшейд вважав, що суддя не перевищить своїх прав, якщо він відмовить в допомозі тоді, якщо в основі вимоги лежить примха, і подасть її тоді, коли вимога є вираженням *справедливого*, на його думку, *інтересу*. Але якщо, наприклад, сусід мій зобов'язався припинити гру на інструменті, яка заважає мені в моїх роботах, то чи можна йому надати свободу безкарно порушити договір? [8, с. 2-3]

Тобто бачимо певний критерій відмежування захищених судом зобов'язань і незахищених, а саме: *справедлива вимога*, на відміну від звичайної *примхи* особи. Такий критерій виглядає занадто суб'єктивним.

Є.В. Пассек наводить критерії, які пропонувала західні автори, наприклад, Р. Іерінг писав, що предметом зобов'язання не можуть бути такі дії, які ґрунтовані на інтересах *гуртожитку і люб'язності*; а Жосеф Кохлер вражав, що всякий *розумний інтерес*, досить важливий для того, щоб юридичний порядок привів із-за нього в рух свій примусовий аппарат [2, с. 72].

Французький автор Р.-Ж. Потье допускав, що дія, що не має майнової цінності, може бути умовою зобов'язання, якщо за його невиконання сторони встановили платіж неустойки [2, с. 45]. Співвітчизник вищевказаного автора, Є. Годеме писав, що вигода, яку кредитор отримує від виконання зобов'язання, має бути такою, що може бути оцінена у грошах. Проте, досить морального інтересу в особі кредитора, щоб обґрунтувати судовий позов, за умови, що цей моральний інтерес є *серйозним* [9, с. 97-98].

Критерій, за яким можна відділити немайнові зобов'язання, та інші немайнові суспільні відносини, який пропонує І. Б. Новицький, не зовсім зрозумілий, а саме: дія, яка є змістом зобов'язання, повинна мати *серйозний характер та заслуговувати на захист*. На такий же критерій указує (але він його критикує) М.М. Агарков у зв'язку з аналізом зарубіжної фахової літератури, де трапляється таке твердження: дія або утримання від дії, що становить зміст зобов'язання, повинна мати серйозне значення, у сторін повинен бути намір зобов'язатися, але такий намір не можна припускати, коли йдеться про обіцянку сумісної прогулянки, обіцянку кинути куріння і т.п. Немає зобов'язання у випадку обіцянки прийти увечері до знайомого і виконати у нього сонату Бетховена, обіцянки безкоштовно навчити англійської мови або обіцянки якої-небудь іншої послуги. Санкції, спрямовані на примушення боржника виконати таке

зобов'язання, дійсно стали б серйозним обмеженням свободи особи, яка дала таку обіцянку, не виправданим достатньо вагомими підставами [10, с. 39-40].

Також «серйозність» дій боржника пропонується як умова визнання зобов'язання таким, що має правовий захист, у сучасній літературі. Так, вказується, що зміст зобов'язання можуть становити права вимоги і обов'язки здійснення всяких правомірних дій, зокрема, спрямованих на задоволення немайнового інтересу, якщо ці дії носять серйозний характер, не суперечать законодавству і не належать до сфери моральних взаємовідносин [11, с. 352]. При цьому нема згадки як відрізнити «серйозне» зобов'язання від «морального».

І.А Покровський цікаво опонує такій точці зору (мається на увазі схожі ідеї, які висовували сучасники І.А. Покровського). Він наводить варіації подібних критеріїв для відмежування немайнових зобов'язань від інших неюридичних дій: «*«серьезный»* интерес, *«достойный охраны»* интерес, *«абстрактная ценность,* хотя бы и неимущественная, но ценность с точки зрения оборота, с точки зрения общества», *«в вопросе о серьезности интереса суду должна принадлежать опекающая роль»».* Далі автор критикує думку, яку коротко можна виразити так: за людиною визнається якась «доза» духовного, яка захищається судом, все інше, «все выходящее за пределы этой дозы, есть индивидуальная «прихоть», вступаться за которую для суда как-то даже зазорно». Автор не розуміє: людина цінує ідеальне благо нічного спокою, і тому можливо, що договір з сусідніми мешканцями про те, щоб вони не грали після 20.00 вечора, буде визнаний «опікаючим судом» гідним охорони. Але я далеко не упевнений в долі договору про те, щоб сусіди не грали тільки відомої п'єси, яка важка для мене в силу яких-небудь спогадів. Чи не буде це визнано примхою? «Абстрактній цінності», «цінності з точки зору обороту» зміст нашого договору, поза сумнівом, не має. А тим часом для мене це питання великої важливості, питання усієї моєї психічної рівноваги, і якщо «опікаючий суд» визнає мій договір недійсним, він принесе мене, живу людську особистість, в жертву абстрактній «цивільній людині», «людині обороту». Чи маєте ви на це право? Думаю, що істинно-культурна правосвідомість повинна відповісти «немає». Нехай життя моя склалася особливо, нехай я став чутливий до того, до чого байдужі інші, але потрібно ж жити і мені. Нехай я дивак, але я все ж людина, і якщо право бажає виконати своє завдання, воно повинне визнати і *право дивака на існування* [5, с. 41].

В. Голевинський не вказував прямо чи визнається ним дійсність немайнового зобов'язання, але він писав, що предмет зобов'язання повинен вміщувати в собі наступні три умови: воно має бути можливе фізично, можливо юридично і мати відому цінність. При цьому під цінністю він розумів майнову цінність чи *суттєву цінність для кредитора*, отримання якої було б для нього бажано [12, с. 2,3]. Робимо висновок, що автор визнавав немайнові зобов'язання, а критерієм їх відмежування від неюридичних обіцянок є визнання дії боржника такою, що має суттєву цінність для кредитора.

Зовсім інший «інтерес» має на увазі І.Б. Новицький при розмежуванні цивільно-правових зобов'язань й інших відносин, що на них схожі. Він вважав, що грань між зобов'язаннями в юридичному сенсі, тобто супроводжуваними юридичною санкцією, в сенсі можливості застосування примусових заходів державної влади у разі невиконання зобов'язання, і зобов'язаннями (і обіцянками), що не супроводжуються правовою санкцією, проводиться у зв'язку з *характером інтересів*, з приводу яких виникає те або інше відношення. Буває так, що відношення, хоча і має істотне, важливе значення з точки зору держави, суспільства, проте не вимагає примусового захисту від держави, оскільки цілком забезпечується іншими заходами (вплив громадської думки і т. п.). У інших випадках (різних побутових обіцянок) держава не убачає потреби захищати обіцянку примусовими заходами, вважає зайвим закріплювати суспільне відношення як правовідношення, зважаючи на малозначність інтересу з точки зору держави [7, с. 52].

Але тут ми не бачимо як держава (в особі суду) має виявити наявність цього інтересу.

Як і у випадку таких критеріїв як «справедлива вимога», «серйозність вимог», критерій «характер інтересів» повністю покладається на розсуд суду, який має виявити справедливість вимог кредитора чи виявити суспільний інтерес у захисті певного зобов'язання. Ці критерії далекі від об'єктивності.

Думаємо, вірний критерій для відмежування зобов'язальних відносин від неюридичних знайдений І.А. Покровським. Він задає питання: «Если признать, что имущественный характер не составляет непременного признака обязательства, то не получим ли мы чрезмерного и опасного расширения сферы гражданского права? Не следует ли здесь тем более поставить какую-либо «веху»? С одной стороны – непротивность закону, добрым нравам и т. д., а с другой стороны – общая для всякого обязательства «веха» – необходимость юридического *animus obligandi* [5, с. 41]. В іншій праці автор вказував, що: «Первым условием для юридической силы всякого – даже имущественного – договора является наличность у договаривающихся воли придать своему соглашению юридический характер (animus obligandi)...» [4, с. 137].

Ми вже наводили декілька різних думок І. Б. Новицького на критерії розмежування цивільно-правових зобов'язань і неюридичних «зобов'язань» цікаво, що поряд з названими І.Б. Новицький наводить інші критерії, вже слідуючи за І.А. Покровським. Так, автор вказує, що угода про послуги, що зазвичай виконуються в житті за плату, може в конкретному випадку мати безкоштовний характер зважаючи на особливості відносин між цими особами (наприклад, угода відносно консультації і т. п. між колишніми шкільними товаришами, близькими друзями і т. п.). Тому для розмежування юридичних зобов'язань і побутових обіцянок слід мати на увазі також додаткову ознаку - *намір сторін* [7, с. 52].

Тут автор називає вже ту ознаку, що дійсно може допомогти нам у вирішенні питання про юридичний характер тих або інших відносин.

У цьому випадку відпадуть спекуляції на тему визнання чи невизнання немайнових зобов'язань. Вже не буде виникати питання про виникнення зобов'язання у випадку обіцянки прийти на побачення чи на вечірку. Намір сторін надати відносинам юридичного характеру у цих випадках не вбачається.

Кінець кінцем, вірне наступне твердження (І.А. Покровський цитує редакційну комісію Німецького цивільного кодексу): н*адо предоставить индивиду право заключать договоры даже, необычного содержания:* достоин охраны всякий интерес, который не нарушает границ закона или индивидуальной свободы. Нет надобности в иных границах, кроме той, которая требует, чтобы обязательство не противоречило закону или добрым нравам» [18, с. 41-42].

Тому розмежування юридичних і моральних зобов'язань, на наш погляд, ґрунтується не на наявності в них майнового інтересу, умовою для юридичної сили всякого, в тому числі майнового зобов'язання є наявність волі сторін надати своїй угоді юридичний характер, звісно це стосується договірних зобов'язань. Власне недоговірні зобов'язання не стикаються із подібною проблемою, оскільки їх виникнення пов'язується із вказівкою закону, а ЦК України, як всім відомо, захищає у гл. 82 не тільки матеріальні цінності і не завжди компенсація носить матеріальний характер (йдеться про відшкодування моральної шкоди).

При застосуванні цього критерію не суд своїм суб'єктивним судженням буде вирішувати «серйозність» зобов'язання – а самі сторони. Але на суд покладається не менш складне завдання – виявити дійсний намір сторін.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Богатырев Ф.О.* К вопросу о существовании обязательств с нематериальным интересом / Ф. О. Богатырев // Журнал российского права. – 2004. – № 1. – С. 88-100.

2. *Пассек Е.В.* Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве / Е.В. Пассек. – М.: Статут, 2003. – 399 с.

3. *Богатырев Ф.О.* Обязательство с нематериальным интересом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Богатырев Ф.О. – М., 2003. - 27 с.

4. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – 353 с.

5. *Покровский И.А.* Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права / И.А. Покровський // Вестник гражданского права. – С.-Пб.: М.М. Винавер, 1913. – № 4. – С. 30-50.

6. *Советское* гражданское право: учебник для юрид. высш. учеб. завед.; под. ред. Д. М. Генкина. – М.: Госюриздат, 1950. – Т. 1. – 496с.

7. *Новицкий И.Б.*, Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве / И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц. – М.: Гос. изд–во юрид. лит., 1950. – 416 с.

8. *Виндшейд Б.* Об обязательствах по римскому праву / Пер. с нем.; Под ред., с прим. Думашевский А.Б., Виндшейд Б. / С.-Пб.: Тип. А. Думашевского, 1875. – 603 с.

9. *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств / пер. с фр. И. Б. Новицкого / Е. Годэмэ. – М.: Юрид. изд-во, 1948. – 510 с.

10. *Агарков М.М.* Обязательства по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков // Ученые труды ВИЮН. – Вып. 3. – 1940. – 191 с.

11. *Гражданское* право: учебник; под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М.: Юристъ, 1997. – Ч. 1. – 472 с.

12. *Голевинский В. О.* происхождении и делении обязательств / В.О. Голевинский. – Варшава: Тип. О. Бергера, 1872. – 310 с.

УДК 347.4

# ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НЕДІЙСНОСТІ ПРАВОЧИНІВ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ ТА ГОСПОДАРСЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ГОСПОДАРСЬКИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

**Давидова І. В.,**
кандидат юридичних наук.,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** У статті розглядаються питання про правову природу недійсності правочинів за Цивільним кодексом України та недійсності господарського зобов'язання за Господарським кодексом України. Визначаються та аналізуються неточності та неузгодженості як в термінологічному плані, так і щодо практики застосування даних норм на практиці. Аналізуються точки зору науковців із даного питання, що дає змогу разом з аналізом чинної нормативної бази, присвяченої регулюванню цього питання, автору дійти висновків щодо співвідношення вивчаємих понять.

***Ключові слова:*** недійсний правочин, оспорюваний правочин, нікчемний правочин, господарське зобов'язання, недійсність господарського зобов'язання, правові наслідки.

***Аннотация:*** В статье рассматриваются вопросы правовой природы недействительности сделок по Гражданскому кодексу Украины и недействительности хозяйственного обязательства по Хозяйственному кодексу Украины. Определяются и анализируются неточности и несогласованности как в терминологическом плане так и в применении данных норм на практике. Анализируются точки зрения ученых по данному вопросу, что позволяет наряду с анализом действующей нормативной базы, посвященной регулированию этого вопроса, автору сделать выводы о соотношении изучаемых понятий.

***Ключевые слова:*** недействительная сделка, оспариваемая сделка, ничтожная сделка, хозяйственное обязательство, недействительность хозяйственного обязательства, правовые последствия.

***Annotation:*** The article deals with the question of the legal nature of the invalidity of contracts under the Civil Code of Ukraine and the invalidity of economic obligations under the Economic Code. The discrepancies and inconsistencies in terms of terminology and practices regarding the use of these standards in practice are determined and analyzed, which helped the author to come to conclusions about the correlation of the investigated concepts.

***Key words:*** invalid transaction, void transaction, economic obligation, the invalidity of the economic obligation, legal consequences.

---

Розширенням сфери застосування господарсько-договірних відносин в умовах переходу України до ринкової економіки зумовило стрімке зростання чисельності судових справ про визнання недійсними та неукладеними правочинів та господарських договорів (зобов'язань). Від часу прийняття Цивільного та Господарського кодексів України існує проблема співвідношення їх як в цілому, так і окремих їх норм, що є актуальним для правової науки. Зокрема, потребують детального аналізу норми Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) щодо недійсності правочинів та норми Господарського кодексу України (далі – ГК України) щодо недійсності господарських зобов'язань.

Отже, ЦК України передбачає, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання (ч. 2 ст. 9), а ГК України вказує на те, що саме ним визначаються майнові відносини суб'єктів господарювання (ч. 2 ст. 4). Таким чином, ЦК України має значення загального закону, а ГК України – це спеціальний закон у сфері правового регулювання тих майнових відносин, учасником яких є суб'єкт господарювання. Разом із тим зазначене правило порушують випадки, коли ГК України замість встановлення певних особливостей регулювання майнових відносин запроваджує правила, які не можуть розглядатись як спеціальні. Це, в свою чергу, заважає гармонійному поєднанню норм ЦК України та ГК України у систему загальних та спеціальних норм. Тому доцільним є розробка відповідних змін до обох кодексів із метою уніфікації їх норм, відвернення непорозумінь та неузгодженості на практиці їх застосування. Отже, дане питання має не лише теоретичне, а й велике практичне значення.

Зазначеним питанням були присвячені дослідження таких учених, як М.М. Агаркова[1], О.А. Беляневича[2], О.М. Вінника[3], Д.М. Генкіна [4], В.І. Жекова [5], С.А. Подоляк [6], С.С. Потопальського [7], Н.В. Рабінович [8], Н.Д. Растєряєва [9], Н.С. Хатнюк [10], В.П. Шахматова [11] та ін., але, разом із тим, питання, пов'язані з нормами сучасного цивільного законодавства потребують більш детального вивчення.

Метою даної статті є комплексний аналіз норм Цивільного та Господарського кодексів України щодо недійсності правочинів та господарських зобов'язань відповідно, встановлення неузгодженостей правових норм для подальшої їх уніфікації.

Розділ IV «Правочини. Представництво» ЦК України [12] та статті 207, 208 ГК України [13] є неузгодженими як за термінологією, так і за підставами визнання правочинів (у термінології ЦК) та зобов'язань (у термінології ГК) недійсними.

Відповідно до ЦК України правочини, що не створюють тих наслідків, на які вони спрямовані поділяються на нікчемні та оспорювані, до яких застосовуються різні правила. Нікчемним є такий правочин, недійсність якого встановлена у законі (ч. 2 ст. 215 ЦК України). Оскільки закон вже кваліфікує даний правочин як недійсний, не вимагається визнання його недійсності судом. Останній лише застосовує наслідки недійсності нікчемного

*© Давидова І.В., 2012*

правочину. Нікчемними ЦК України визначає правочини, передбачені ст. ч. 1 ст. 219, ч. 1 ст. 220, ч. 2 ст. 221, ч. 1 ст. 224, ч. 1. ст. 226 та ін. Оспорюваним є правочин, недійсність якого прямо не встановлена у законі, але який може бути визнаний недійсним судом у разі, коли одна із сторін або інша заінтересована особа заперечують його дійсність на підставах, передбачених законом (ч. 3 ст. 215 ЦК України). До вказаних правочинів віднесено правочини, передбачені ст. 222, 223, 225, 227, 229-234 ЦК України.

ГК України, в свою чергу, розглядає господарські зобов'язання, що можуть бути визнані судом недійсними (тобто оспорювані зобов'язання). Відповідно до ч. 1 ст. 207 ГК України господарське зобов'язання, що не відповідає вимогам закону, або вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, або укладено учасниками господарських відносин із порушенням хоча б одним із них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), може бути на вимогу однієї із сторін або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним повністю чи в частині [14, с. 376].

Отже, ГК України відносить зобов'язання, «вчинене» з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства до оспорюваних. Проте правочин, вчинений з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, не може не порушувати тим самим публічного порядку. Натомість ЦК України (ч. 2 ст. 228) такі правочини відносить до нікчемних. Віднесення правочинів, які порушують публічний порядок, до нікчемних диктується необхідністю збереження публічного порядку, що є важливим для суспільства в цілому. Правило про нікчемність таких правочинів не може мати винятків, а правило про можливість їх оспорювання не можна розглядати як спеціальне, тобто таке, що виключає застосування загальної норми.

Ще одна норма ГК України, що потребує коригування, передбачена ч. 1 ст. 207, де вказується, що господарське зобов'язання може бути визнано судом недійсним на вимогу не тільки однієї із сторін, а і на вимогу «відповідного» органу державної влади (тобто порушується принцип диспозитивності в частині вільного, на власний розсуд здійснення особою своїх прав). Держава не повинна звертатися з позовом про визнання недійсним господарського зобов'язання, змістом якого не є права чи обов'язки держави.

Цікавим і дещо незрозумілим є норма, закріплена в ч. 2 ст. 207 ГК України, де йдеться про можливість визнання недійсною нікчемної умови господарського зобов'язання. Разом із тим, визначення такого поняття, як «нікчемна умова зобов'язання» немає. Натомість, нікчемні правочини не потребують визнавати їх недійсними (що передбачено в ч. 2 ст. 215 ЦК України).

Також ГК України (ч. 3 ст. 207) передбачає, що виконання господарського зобов'язання, визнаного судом недійсним, припиняється повністю або в частині з дня набрання рішенням суду законної сили як таке, що вважається недійсним із моменту його виникнення. Тут важко знайти особливості регулювання порівняно з нормою УК України (ч. 1 ст. 236), яка передбачає, що нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення [12]. Формулювання зазначеної норми ГК України є, вочевидь, невдалим: «виконання... вважається недійсним», … «з моменту його виникнення» [13].

Також ГК України (ч. 3 ст. 207) передбачає можливість визнання зобов'язання недійсним і його припинення на майбутнє в разі, якщо за змістом зобов'язання воно може бути припинене лише на майбутнє.

Відповідно до ЦК України (ч. 2 ст. 236) якщо за недійсним правочином права та обов'язки передбачалися лише на майбутнє, можливість настання їх у майбутньому припиняється. Тобто даний правочин має розглядатись як недійсний вже з моменту його вчинення, а не з відповідного моменту у майбутньому.

Багато труднощів у судовій практиці викликає застосування ч. 1 ст. 208 ГК України. Згідно з цією нормою, якщо господарське зобов'язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то за наявності наміру в обох сторін – у разі виконання зобов'язання обома сторонами – в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в доход держави.

Перш за все зазначимо, що правочин, вчинений (у тексті ч. 1 ст. 208 ГК використана невдала фраза «зобов'язання ..., що вчинено») з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, має розглядатись як такий, що порушує публічний порядок, а тому такий правочин слід вважати нікчемним згідно з ч. 2 ст. 228 ЦК України. Необхідно погодитись з позицією науковців [15, с. 48], які стверджують, що визнавати такий правочин (господарське зобов'язання) недійсним не потрібно. Разом з тим, з цього приводу існує й інша точка зору. В.Ю. Саленко [16, с. 193] зазначає, що хоч і не можливо чітко розмежувати поняття «публічний порядок» та «суперечливість інтересам держави і суспільства», але між договором, що вчинений з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, та договором, що порушує публічний порядок, є певні відмінності. Зазначається, що суб'єкти та обставини, які зазначені у ч. 1 ст. 228 ЦК України, нетипові для господарських відносин, а мова у ст. 207 ГК України йде саме про оспорюваність недійсних господарських договорів. Також робиться висновок, що правочин, який порушує публічний порядок, та правочин, який вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства – це різні правочини. Хоча насправді мова йде про правочин, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства. Внаслідок такого, на наш

погляд, не вірного твердження робиться висновок про те, що для визнання недійсним господарського договору, що суперечить інтересам держави і суспільства, необхідно відповідне судове рішення, тобто визнати його недійсним може тільки суд.

Зазначимо, що Верховний Суд України вказує на те, що відповідно до ст. 228 ЦК України договір, учинений з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, водночас є таким, що порушує публічний порядок, а отже, – нікчемним.

Отже, можна констатувати не додержання єдності термінології не лише між ЦК України та ГК України, а й в рамках самого ГК, а саме використовуються такі терміни, як: недійсність господарського зобов'язання (ст.ст. 207, 208), недійсність господарських угод (ст. 20), недійсність умов зобов'язання (ст. 178), що в свою чергу, негативно впливає на практику застосування цих понять, породжує плутанину в практичній діяльності.

Із викладеного можна зробити висновок, що норми Господарського кодексу України, які стосуються недійсності господарських зобов'язань, потребують істотного удосконалення щодо термінології та регулювання на практиці. Також необхідно привести у відповідність норми Цивільного та Господарського кодексів України.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданському праву / М.М. Агарков // Советское государство и право. – 1946. – № 3-4.

2. *Беляневич О.А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : моногр. / О.А. Беляневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.

3. *Вінник О.М.* Господарське право: курс лекц. / О.М. Вінник. – К. : Атіка, 2004. – 624 с.

4. *Генкин Д.* Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону / Д. Генкин // Ученые записки ВИЮН. – Вып.У. –М.: Юрид. издат. Министерства юстиции СССР, 1947. – С.40–57.

5. *Жеков В.І.* Правочини, які порушують публічний порядок за законодавством України : дис. … канд.. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Володимир Іванович Жеков. – О., 2006. – 208 с.

6. *Подоляк С.А.* Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними та неукладеними в Україні : автореф. дис. … канд.. юрид. наук : 12.00.04 / С.А. Подоляк. – К., 2010. – 19 с.

7. *Потопальський С.С.* Підстави та наслідки недійсності підприємницьких договорів (на матеріалах практики господарських судів) : автореф. дис. … канд.. юрид. наук : 12.00.03 / С.С. Потопальський. – К., 2007. – 23 с.

8. *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и её последствия / Н.В. Рабинович. – Ленинград: Издательство ЛГУ, 1960. – 171 с.

9. *Растеряев Н.* Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и особенная / Н. Растеряев. – СПб. : Тип. товарищества «Общественная польза», 1900. – 382 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://forum.yurclub.ru/index.php?app=downloads&showfile=1530

10. *Хатнюк Н.С.* Правова природа оспорюваних правочинів / Н.С. Хатнюк // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 77-80..

11. *Шахматов В.П.* Основные проблемы понятия сделки по советскому гражданскому праву: дис. … канд. юрид. наук / В.П. Шахматов. – Свердловск, 1951. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://forum.yurclub.ru/index.php?app=downloads&showfile=2784

12. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.

13. *Господарський кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 2003. – № 18, 19-20, 21-22. – Ст. 144.

14. *Господарський кодекс України*: науково-практ. комент. – [О.І. Харитонова, В.М. Коссак та ін.]; за ред. О.І. Харитонової. – Х.: Одісей, 2007. – 732 с.

15. *Гусак М.* Недійсність господарського зобов'язання за Господарським кодексом України / М. Гусак, В. Данішевська, Ю. Попов // Право України. – 2007. – № 7. – С. 45-49.

16. *Саленко В.Ю.* До питання про поняття недійсного господарського договору, що суперечить інтересам держави і суспільства / В.Ю. Саленко // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 190-193.

УДК 349.3:364.23(477)

# ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ ОСІБ З ОБМЕЖЕНОЮ ПРАЦЕЗДАТНІСТЮ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

**Івчук Ю. Ю.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правознавства
Східноукраїнського національного
університету імені В. Даля

***Анотація:*** У статті досліджуються деякі питання, пов'язані з охороною праці інвалідів, аналізується вітчизняний та міжнародний досвід з цієї проблеми. Надається визначення поняття «інвалід», вносяться пропозиції щодо внесення змін до чинного трудового законодавства.
***Ключові слова:*** охорона праці, інвалід, роботодавець, трудові права.

***Аннотация:*** В статье исследуются некоторые вопросы, связанные с охраной труда инвалидов, анализируется отечественный и международный опыт по данной проблематике. Дается определение понятия «инвалид», вносятся предложения о внесении изменений в действующее трудовое законодательство.
***Ключевые слова:*** охрана труда, инвалид, работодатель, трудовые права.

***Annotation:*** This article explores some issues related to occupational safety and health disabilities, examines domestic and international experience on the subject. We give a definition of «disability», made proposals for changes to existing labor laws.
***Key words:*** occupational health, disability, employer, labor rights.

---

На сьогоднішній день важливим завданням держави є охорона життя та здоров'я громадян у процесі їх трудової діяльності, створення безпечних і нешкідливих умов праці. При цьому однією з найважливіших умов, що забезпечує стабільну та безпечну трудову діяльність, є охорона праці.

За умов становлення ринкових відносин у державі, переходу від адміністративно-командних методів управління суспільними відносинами у сфері застосування праці до ринкових, плюралізму форм власності на засоби виробництва, правове регулювання охорони праці потребує нового концептуального підходу. Це зумовлено тим, що головною цінністю будь-якої цивілізованої правової держави є громадяни і в силу цього безумовним є пріоритет життя і здоров'я працівника порівняно з результатами виробничої діяльності. Проголосивши в Конституції України життя і здоров'я людини найвищою соціальною цінністю, гарантувавши йому право на відповідні, безпечні та здорові умови праці, держава тим самим взяла на себе обов'язок забезпечити всім громадянам захист їх здоров'я і життя в процесі трудової діяльності. Цей обов'язок полягає в законодавчому закріпленні правових норм, що визначають умови і порядок реалізації конституційного права громадян на належні, безпечні і здорові умови праці, юридичні засоби охорони даного права, а також правові засоби захисту цього права у випадку його порушення [1, с. 3].

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону праці» [2], охорона праці – це система правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних і лікувально-профілактичних заходів та засобів, спрямованих на збереження життя, здоров'я і працездатності людини у процесі трудової діяльності.

Охорона праці має соціальні, економічне та правове значення. Соціальне значення охорони праці полягає в тому, що вона сприяє зміцненню (збереженню) здоров'я працівників від шкідливих і небезпечних виробничих факторів. Економічне значення реалізується в зростанні продуктивності праці, підйомі економіки та збільшенні виробництва. Правове значення охорони праці полягає в правовому регулюванні роботи з урахуванням важкості умов праці, фізіологічних особливостей жіночого організму, організму неповнолітніх і стану працездатності інвалідів тощо. Крім того, питання охорони праці є об'єктом організаційно-управлінських відносин трудового колективу (відповідного профспілкового органу) з роботодавцем, а також соціально-партнерських відносин на національному, галузевому та регіональному рівнях [3, с. 655, 656].

Відповідно до ст. 153 КЗпП [4] України на всіх підприємствах, в установах, організаціях створюються безпечні і нешкідливі умови праці. Забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці покладається на власника або уповноважений ним орган. Умови праці на робочому місці, безпека технологічних процесів, машин, механізмів, устаткування та інших засобів виробництва, стан засобів колективного та індивідуального захисту, що використовуються працівником, а також санітарно-побутові умови повинні відповідати вимогам нормативних актів про охорону праці. Власник або уповноважений ним орган повинен впроваджувати сучасні засоби техніки безпеки, які запобігають виробничому травматизмові, і забезпечувати санітарно-гігієнічні умови, що запобігають виникненню професійних захворювань працівників. Власник або уповноважений ним орган не вправі вимагати від працівника виконання роботи, поєднаної з явною небезпекою для життя, а також в умовах, що не відповідають законодавству про охорону праці. Працівник має право відмовитися від дорученої роботи, якщо створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя чи здоров'я або людей, які його оточують, і навколишнього середовища. У разі неможливості повного усунення небезпечних і

*© Івчук Ю.Ю., 2012*

шкідливих для здоров'я умов праці власник або уповноважений ним орган зобов'язаний повідомити про це орган державного нагляду за охороною праці, який може дати тимчасову згоду на роботу в таких умовах. На власника або уповноважений ним орган покладається систематичне проведення інструктажу (навчання) працівників із питань охорони праці, протипожежної охорони. Трудові колективи обговорюють і схвалюють комплексні плани поліпшення умов, охорони праці та санітарно-оздоровчих заходів і контролюють виконання цих планів.

Особливу категорію працівників, що потребують разом із загальними заходами забезпечення нормальних умов праці ще й спеціальних, становлять інваліди. Загальновідомо, що інваліди є однією з найменш соціально захищених категорій населення, тому обов'язком кожної держави є надання допомоги у сфері захисту прав інвалідів та створенні правових, економічних, політичних, соціально-побутових і соціально-психологічних умов для задоволення їх потреб у відновленні здоров'я, матеріальному забезпеченні, посильній трудовій та громадській діяльності.

Пріоритетним напрямом державної соціально-економічної політики розвинутих країн світу останнім часом є всебічне сприяння громадянам з обмеженими можливостями в реалізації їх невід'ємного права на продуктивну працю в умовах свободи, рівності, безпеки та почуття власної гідності. Проблема забезпечення зайнятості осіб з обмеженими можливостями в Україні стає особливо актуальною у зв'язку з тим, що ці люди становлять постійно зростаючу групу суспільства.

Різні аспекти правового регулювання праці інвалідів досліджували А. М. Кузнєцов, А. Н. Раєвський, М. Й. Фляйстер, М. П. Тулісов, І. І. Рибнікова, Н. Б. Болотіна, Г. І. Чанишева, Н. М. Хуторян, В. Ф. Пузирний, В. С. Тарасенко, О.М. Ярошенко та ін.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» [5] інвалідом є особа із стійким розладом функцій організму, зумовленим захворюванням, наслідком травм, або з уродженими дефектами, що призводять до обмеження життєдіяльності, до необхідності в соціальній допомозі і захисті. Схоже визначення з часом було закріплено й у ст. 1 Закону «Про реабілітацію інвалідів в Україні» [6], а саме: «інвалід – особа зі стійким розладом функцій організму, що при взаємодії із зовнішнім середовищем може призводити до обмеження її життєдіяльності, внаслідок чого держава зобов'язана створити умови для реалізації нею прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити її соціальний захист.

Із наведеного у законодавстві випливає, що однією із причин визнання особи інвалідом є порушення здоров'я, у зв'язку з чим виникає потреба в охороні їх праці.

Існують також різні думки щодо визначення даного поняття й серед науковців. Так, М. О. Вигдорчик свого часу зазначав, що інвалідність – це усталена втрата працездатності [7, с. 38]. На погляд В. С. Андрєєва, інвалідність – це засвідчений медичним органом стан, при якому особа внаслідок хронічного захворювання або анатомічних дефектів, які, незважаючи на лікування, викликають стійке порушення функцій організму, вимушена припинити професійну діяльність на тривалий строк або може працювати при значній зміні звичайних умов праці [8, с. 132]. На переконання Н. М. Биби, інвалід – це особа зі стійким розладом функцій організму, зумовленим фізичними, психологічними, сенсорними, соціальними, культурними чи іншими бар'єрами, що не дозволяють їй належним чином реалізовувати свої трудові права, а також бути інтегрованою в суспільство і брати участь у житті родини або своєму оточенні на таких саме засадах, як і інші члени соціуму [9, с. 13]. Як бачимо, існують різні точки зору щодо досліджуваної категорії.

На нашу думку, інвалід – це особа із стійким розладом функцій організму, спричинених захворюванням, травмою чи уродженим дефектом, потребуюча соціального захисту і допомоги.

По-іншому проблема інвалідності розглядається в міжнародних правових актах. Так, у Декларації про права інвалідів від 9 грудня 1975 р. [10, с. 341, 342] закріплено визначення поняття «інвалід»: це будь-яка особа, яка не в змозі самостійно забезпечити повністю або частково потреби нормального особистого й (або) соціального життя через ваду (вроджену чим набуту) фізичних або розумових здібностей. Концепцією Всесвітньої організації охорони здоров'я [11] передбачено, що підставою для призначення інвалідності є не сама хвороба чи травма, а їх наслідки – порушення тієї чи іншої психологічної, фізіологічної або анатомічної структури або функції, що призводить до обмеження життєдіяльності й соціальної неповноцінності. Конвенцією ООН про права інвалідів [12] (ратифікованої Законом України від 16 грудня 2009 р., № 1767-VI [13]) визначено, що до людей з інвалідністю включають тих, хто має стійкі фізичні, розумові, інтелектуальні чи сенсорні порушення, які під час взаємодії з різноманітними перешкодами можуть заважати їх повній і дійовій участі в житті суспільства на рівні з іншими.

Відповідно до ст. 27 Конвенції ООН про права інвалідів право на працю інвалідів трактується як право на отримання можливості заробляти собі на життя працею, яку вони вільно обирають чи на яку вільно погоджуються, в умовах, коли ринок праці та виробниче середовище є відкритими, інклюзивними та доступними для них.

При цьому держави-учасниці забезпечують і заохочують реалізацію права на працю, зокрема, тим особам, які отримують інвалідність під час трудової діяльності, шляхом ужиття, у тому числі в законодавчому порядку, належних заходів, спрямованих, зокрема, на таке:

а) заборону дискримінації за ознакою інвалідності стосовно всіх питань, які стосуються всіх форм зайнятості, зокрема, умов прийому на роботу, наймання та зайнятості, збереження роботи, просування по службі та безпечних і здорових умов праці;

б) захист прав інвалідів нарівні з іншими на справедливі й сприятливі умови праці, зокрема рівні можливості й рівну винагороду за працю рівної

цінності, безпечні та здорові умови праці, зокрема, захист від домагань, та задоволення скарг;

в) забезпечення того, щоб інваліди могли здійснювати свої трудові й профспілкові права нарівні з іншими;

г) надання інвалідам можливості для ефективного доступу до загальних програм технічної та професійної орієнтації, служб працевлаштування та професійного й безперервного навчання;

д) розширення на ринку праці можливостей для працевлаштування інвалідів та просування їх по службі, а також надання допомоги в пошуку, отриманні, збереженні та відновленні роботи;

є) розширення можливостей для індивідуальної трудової діяльності, підприємництва, розвитку кооперативів і організації власної справи;

ж) наймання інвалідів у державному секторі;

з) стимулювання наймання інвалідів у приватному секторі за допомогою належних стратегій і заходів, які можуть уключати програми позитивних дій, стимули та інші заходи;

і) забезпечення інвалідам розумного пристосування робочого місця;

й) заохочення набуття інвалідами досвіду роботи в умовах відкритого ринку праці;

к) заохочення програм професійної та кваліфікаційної реабілітації, збереження робочих місць і повернення на роботу для інвалідів.

Виходячи з того, що Конвенція ООН про права інвалідів – це перший міжнародно-правовий документ, який має обов'язкову юридичну силу для держав-учасниць, ратифікація Україною цієї Конвенції та Факультативного протоколу до неї створила умови для законодавчого забезпечення та юридичного закріплення прав осіб з обмеженими можливостями в усіх сферах економічного та суспільного життя, повноправного їх включення до загального соціального процесу.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про охорону праці» підприємства, які використовують працю інвалідів, зобов'язані створювати для них умови праці з урахуванням рекомендацій медико-соціальної експертної комісії та індивідуальних програм реабілітації, вживати додаткових заходів безпеки праці, які відповідають специфічним особливостям цієї категорії працівників. У випадках, передбачених законодавством, роботодавець зобов'язаний організувати навчання, перекваліфікацію і працевлаштування інвалідів відповідно до медичних рекомендацій. Залучення інвалідів до надурочних робіт і робіт у нічний час можливе лише за їх згодою та за умови, що це не суперечить рекомендаціям медико-соціальної експертної комісії. Схоже положення міститься й у ст. 172 КЗпП України, а саме: «у випадках, передбачених законодавством, на власника або уповноважений ним орган покладається обов'язок організувати навчання, перекваліфікацію і працевлаштування інвалідів відповідно до медичних рекомендацій, встановити на їх прохання неповний робочий день або неповний робочий тиждень та створити пільгові умови праці. Залучення інвалідів до надурочних робіт та робіт у нічний час без їх згоди не допускається (ст.ст. 55, 63)».

Відповідно до зазначеного у разі застосування праці інвалідів роботодавець зобов'язаний враховувати рекомендації МСЕК, оскільки невиконання цих рекомендацій може призвести до погіршення стану здоров'я працівника-інваліда, за що він нестиме відповідальність.

Необхідно зазначити, що відмова в укладенні трудового договору або в просуванні по службі, звільнення за ініціативою адміністрації, переведення інваліда на іншу роботу без його згоди з мотивів інвалідності не допускається, за винятком випадків, коли за висновком медико-соціальної експертизи стан його здоров'я перешкоджає виконанню професійних обов'язків, загрожує здоров'ю і безпеці праці інших осіб, або продовження трудової діяльності чи зміна її характеру та обсягу загрожує погіршенню здоров'я інвалідів (ст. 17 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів»).

Таким чином, проблема зайнятості інвалідів – це світова проблема, вирішення якої потребує вироблення єдиної програми дій, спрямованих на подолання перепон на шляху до інтеграції інвалідів до всіх сфер життя суспільства, усунення дискримінації за ознакою інвалідності тощо.

На підставі викладеного вище вважаємо за доцільне запропонувати внести зміни до КЗпП України шляхом створення спеціального розділу, присвяченого правовому регулюванню праці інвалідів, який гарантував би охорону їх трудових прав (у широкому значенні цього поняття) й передбачав відповідальність роботодавця або уповноваженого ним органу за недотримання або порушення трудових прав людей з обмеженою працездатністю.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Шамшина И.И.* Правовые проблемы регулирования отношений в сфере охраны труда в современных условиях: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.05 / И.И. Шамшина. – Луганск: Восточноукр. нац. ун-т им. В.И. Даля, 2002. – 188 с.

2. *Про охорону* праці: Закон України від 14.10.1992 р., № 2694-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 49. – Ст. 668.

3. *Прилипко С.М.* Трудове право України: підруч. / С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко. – [4-те вид., перероб. і доп.] – Х.: Вид-во ФІНН, 2011. – 800 с.

4. *Кодекс* законів про працю України: затв. Законом УРСР від 10.12.1971 р., № 322-VIII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – №50 (Додаток). – Ст. 375.

5. *Про основи* соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.1991 р., № 875-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – №21. – Ст. 252.

6. *Про реабілітацію* інвалідів в Україні: Закон України від 06.10.2005 р., №2961-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 2-3. – Ст. 36.

7. *Вигдорчик Н.А.* Теория и практика социального страхования / Н.А. Вигдорчик. – 3-е изд. – М.: Книга, 1923. – 151 с.

8. *Андреев В.С.* Право социального обеспечения в СРСР: учеб. / В.С. Андреев. – М.: Юрид. лит., 1987. – 352 с.

9. *Биба Н.М.* Правове регулювання трудових відносин з інвалідами: автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / Н.М. Биба. – Х., 2011. – 19 с.

10. *Декларация* о права инвалидов: резол. Генеральной Ассамблеи ООН от 09.12.1975 г. // Международные акты о права человека: собр. документов. – М.: НОРМА-ИНФРА, 2000. – С. 341-342.

11. *Третий доклад* комитета В: Всемирная Организация Здравоохранения от 24.05.2005 г., № А58/59 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.who.in

12. *Конвенція* про права інвалідів (ООН) // Юридичний вісник України. – 2007. – № 14. – Ст. 263.

13. *Про ратифікацію* Конвенції про права інвалідів і Факультативного протоколу до неї: Закон України від 16 грудня 2009 р., №1767-VI // Голос України. – 2009. – № 249.

УДК 347.42

# ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ НЕДОГОВІРНИХ РЕГУЛЯТИВНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

**Ігнатенко В. М.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри цивільного права № 1
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»,
м. Харків

***Анотація:*** У статті розглянуті загальні і відмінні риси виконання договірних і недоговірних зобов'язань. Виконання зобов'язання висвітлюється як правовий інститут, як процес (діяльність), як наслідок (результат) здійснення цивільних прав і обов'язків, що витікають із конкретного зобов'язання. Юридичною конструкцією виконання обов'язку за зобов'язанням, а так само прийняття виконаного виступає односторонній правочин. Також односторонній правочин, як підстава виникнення недоговірного регулятивного зобов'язання, встановлює стандарт поведінки суб'єкта виконання. Правило про загальні умови виконання зобов'язання потребує доповнення, вказівкою на зміст одностороннього правочину, як модель поведінки зобов'язаної особи.

***Ключові слова:*** виконання зобов'язань, виконання обов'язку, прийняття виконання, односторонній правочин, припинення зобов'язання, недоговірні регулятивні зобов'язання.

***Аннотация:*** В статье рассмотрены общие и отличительные черты исполнения договорных и внедоговорных обязательств. Исполнение обязательств освещается как правовой институт, как процесс (деятельность), как следствие (результат) осуществления гражданских прав и обязанностей, которые исходят из конкретного обязательства. Юридической конструкцией исполнения обязанности по обязательству, а также принятия исполненного выступает односторонняя сделка. Также односторонняя сделка, как основание возникновения недоговорного регулятивного обязательства, устанавливает стандарт поведения субъекта исполнения. Правило об общих условиях исполнения обязательства требует дополнения, указанием на содержание односторонней сделки, как модели поведения обязанного лица.

***Ключевые слова:*** исполнение обязательств, исполнение обязанности, принятие исполнения, односторонняя сделка, прекращение обязательства, внедоговорные регулятивные обязательства.

***Annotation:*** There are the considered general and distinctive lines of execution of contractual and non-contractual obligations in the article. Execution of obligations lights up as a legal institute, as process (activity), as a result of (result) realization of civil laws and duties which follow from a concrete obligation. By the legal construction of execution of duty on an obligation, and similarly acceptance carried out an unilateral contract comes forward. Also unilateral contract, as foundation of origin of uncontractual regulative obligation is set by the standard of conduct of subject of execution. Governed about the general conditions of execution of obligation requires addition, pointing on maintenance of unilateral contract, as models of conduct of the obliged person.

***Key words:*** execution of obligations, performance of duty, acceptance of execution, unilateral contract, stopping of obligation, non-contractual regulative obligations.

---

Важливим етапом розвитку зобов'язання як певного процесу, що втілює динаміку майнових відносин виступає виконання зобов'язання. Найчастіше в силу зобов'язання виникає обов'язок вчинити певні дії, одним із суб'єктів зобов'язання, які називаються предметом виконання. Особливості предмета виконання повністю залежать від особливостей конкретного зобов'язання, а відтак вони визначаються підставами виникнення зобов'язання (правочином, договором, адміністративним актом, на яких засновані зобов'язання) і тими нормами, що регламентують зобов'язання певного виду [4, с. 43].

ЦК України вперше за підставою виникнення поділив зобов'язання на дві групи: договірні і недоговірні. Причому, останні мають неоднорідну підставу виникнення, якою можуть бути як правомірні так і неправомірні дії. В межах даної статті розглядаються зобов'язання, що виникають з правомірних дій, найчастіше це односторонні правочини. За влучним виразом В.Л. Яроцького, найбільш поширеними базовими цивілістичними конструкціями право установлення та інструментами формалізації майнових прав постають договори та односторонні правочини. Безпосереднє втілення нормативно визначених типових модельних схем на рівні локального самомоделювання здійснюється шляхом вчинення правочинів. На відміну від нормативного (типового модельного) локальне моделювання носить індивідуальний характер і передбачає активність самих учасників майбутніх майнових відносин як його суб'єктів [13, с. 37].

В силу ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього кодексу і інших актів цивільного законодавства, а за відсутністю таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового

*© Ігнатенко В.М., 2012*

обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Недоговірні регулятивні зобов'язання відносяться до недоговірних зобов'язань, що в свою чергу виступають разом з договірними зобов'язаннями різновидом цивільно-правових зобов'язань в цілому. Під недоговірними регулятивними зобов'язаннями розуміються ті, які покликані врегулювати нормальні в непорушеному стані відносини між суб'єктами цивільного права і при цьому виникають із правомірних підстав за межами договору, серед них: публічна обіцянка винагороди (публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу і публічна обіцянка вигороди за результатами конкурсу); вчинення дій у майнових інтересах третьої особи без її доручення, зобов'язання з рятування (здоров'я та життя фізичної особи; майна іншої особи); зобов'язання із заповідального відказу та заповідального покладення.

Найчастіше предметом дослідження стає виконання договірних зобов'язань, а виконання недоговірних зобов'язань, як правило окремо не розглядається і найчастіше згадування про них пов'язується з констатацією, що виникнення недоговірних зобов'язань, особливо деліктних «підпадає» під дію імперативних норм, які містять спеціальні правила по виконанню того чи іншого зобов'язання, хоча у випадку відсутності окремих застережень мають застосовуватися загальні умови виконання зобов'язання. Окрім цього не виключається і автономне регулювання, зокрема виконання зобов'язання щодо публічної обіцянки винагороди [12, с. 32]. Вже одне це посилання вказує на існування певної специфіки регулювання виконання недоговірних зобов'язань яка достатнім чином не досліджена, що в свою чергу не дозволяє її віддзеркалити у вигляді цивільно-правових норм. Також потребує з'ясування питання: чи існують особливості виконання саме недоговірних регулятивних зобов'язань як підвиду зобов'язань.

Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань останнім часом неодноразово ставали предметом монографічних досліджень. Так, Т. В. Боднар у своїй роботі основну увагу приділила саме дослідженню договірних зобов'язань, як найбільш поширеного виду зобов'язань, що опосередковують економічні відносини обміну, визначають динаміку цивільно-правових відносин [2, с. 12]. С. В. Сарбаш у своїй монографії виконання зобов'язання розглядає як правоприпиняючий (ремісійний) двосторонній правочин, що включає в себе волевиявлення сторін, спрямоване на виконання зобов'язання, останній не породжує ніяких нових прав і обов'язків сторін по відношенню одна до одної (тобто не створює вимоги і боргу) і його правовим ефектом є отримання права на об'єкт (для випадків коли зобов'язання передбачає передачу або створення прав) і припинення зобов'язання виконанням [9, с. 81]. В той же час, В. А. Белов визначає поняття виконання зобов'язання як спеціалізовану категорію, що має дуже вузьке, можна сказати технічне значення, яке втрачається негайно за межами зобов'язального права. Спроба її співвідношення з одним із видів юридичних фактів – правомірних дій (юридичним вчинком, одностороннім правочином або договором) приречена на неталан з тієї причини, що поняття виконання зобов'язань виділено і протиставлено іншим юридичним фактам – правомірним діям по зовсім іншим критеріям, ніж правочини і юридичні вчинки [3, с. 702]. На думку О. Ерделевського, виконання зобов'язання в більшості випадків є сукупністю двох дій – виконання обов'язку боржником і прийняття виконання кредитором. Оскільки друга з цих дій «дзеркальна» відносно першої, правова природа виконання обов'язку передбачається аналогічною правовій природі виконання [14, с. 119]. З точки зору класифікації правових засобів суб'єктів правореалізаційної діяльності розглядає виконання зобов'язання С. Ю. Філіпова і відносить його до основних правових засобів [10, с 65]. Знову ж таки, досліджуючи виконання договірних зобов'язань лише побічно С. М. Бервено справедливо зазначає, що фактично поза регулюванням ЦК України залишається виконання недоговірних зобов'язань [1, с. 187], а В. В. Кулаков відмічає ініціативу на виконання договірних і недоговірних зобов'язань. У договірному зобов'язанні така ініціатива виражається в оферті або в акцепті. Для виконання недоговірного зобов'язання також необхідна дія з боку кредитора, яка виявляється у зверненні за виконанням (звернення за нагородою, вимога відшкодування шкоди і т.п.) [6, с. 230].

Проведений аналіз наукових робіт засвідчує з одного боку багатоапектність такого правового явища, як виконання зобов'язання, а з другого – недостатню увагу до виконання недоговірних в цілому і недоговірних регулятивних зобов'язань, зокрема. Причому, це стосується як законодавчого врегулювання, так і цивілістичної доктрини. Зважаючи на це, потребує вирішення питання: чи існує специфіка виконання недоговірних регулятивних зобов'язань. Якщо так, то як це має бути враховано в діючому цивілістичному законодавстві.

Більшість недоговірних регулятивних зобов'язань виникає з односторонніх правочинів, а також юридичних вчинків, як акту прояву ініціативи суб'єктів цивільного права і разом з договорами відносяться до правомірних дій. Однак, серед можливих стандартів поведінки суб'єктів виконання, передбачених ст. 526 ЦК України, відсутнє посилання на зміст одностороннього правочину. На нашу думку, таке зазначення підкреслило б положення про те, що зобов'язання може виникнути не лише на підставі взаємної домовленості сторін, а ще й з їх односторонніх правомірних дій за межами договору. В той же час, досвід цивільно-правового регулювання інших країн свідчить, що можна відійти навіть і від опосередкованої вказівки на підставу виникнення зобов'язання. Так, в силу ст. 309 ЦК РФ зобов'язання повинні виконуватися належним чином у відповідності з умовами зобов'язання і вимогами закону, а при відсутності таких умов і вимог у відповідності зі звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться.

Незалежно від підстави виникнення зобов'язання, для виконання як договірного так і недоговірного, в тому числі недоговірного регулятивного зобов'язання, необхідна взаємодія сторін. Кредитор задовольняючи свій інтерес завдяки належному

виконанню зобов'язання звертається з ініціативою на виконання зобов'язання до боржника. У договірному зобов'язанні ініціатива виражається в оферті або в акцепті, а в недоговірному регулятивному, наприклад, зобов'язанні з публічної обіцянки нагороди за результатами конкурсу у зверненні переможця конкурсу до його засновника про виконання ним свого обов'язку у строки, встановлені умовами конкурсу; у зобов'язанні, що виникає внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи від реальної загрози для неї у зверненні рятувальника до відповідного державного органу про відшкодування завданої йому шкоди у повному обсязі.

Виконання зобов'язання розглядається в науці цивільного права в кількох розуміннях: як правовий інститут; як процес, діяльність, як наслідок (результат) здійснення цивільних прав і обов'язків, що витікають із конкретного зобов'язання.

У значенні правового інституту, норми про виконання недоговірних регулятивних зобов'язань, закріплені у главі 48 ЦК України «виконання зобов'язання», окремих главах ЦК, присвячених регулюванню таких зобов'язань, як публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу; публічна обіцянка нагороди за результатами конкурсу; вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення тощо, в інших нормативно-правових актах, а також міжнародних договорах, учасницею яких є Україна. Виконання зазначених зобов'язань може регулюватися звичаєм, у тому числі звичаєм ділового обороту.

Виконання недоговірних регулятивних зобов'язань, в залежності від їх виду може регулюватися імперативними нормами (рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи). Так, у зазначеному зобов'язанні саме закон визначає боржника (суб'єкта виконання), яким в залежності від об'єкта рятувальних дій, характеру завданої шкоди може бути як держава, так і власник (володілець) майна. Також закон встановлює, що взагалі зобов'язання з рятування майна іншої особи не виникає, якщо таке майно не має істотної цінності. За відсутністю таких приписів застосовуються загальні умови виконання зобов'язань, що не виключає диспозитивного регулювання окремих недоговірних регулятивних зобов'язань. Останній вид регулювання базується на визнанні окремих односторонніх правочинів, які призводять до виникнення недоговірних регулятивних зобов'язань регуляторами суспільних відносин наряду з договорами. Так, наприклад, в силу ч. 2 ст. 1238 ЦК на спадкоємця, до якого переходить житловий будинок, квартира або інше нерухоме майно, заповідач має право покласти обов'язок надати іншій особі право користування ними.

Виконання, як процес, діяльність передбачає вчинення певних дій сторонами зобов'язання. Так, особа, яка відгукнулась на обіцянку винагороди, має право вимагати, щоб особа, яка обіцяла винагороду, прийняла обумовлений в обіцянці результат. Відповідно, остання зобов'язана виплатити винагороду першій. На думку Б. І. Пугінського виконання договорів є діяльність, і вона повинна розумітися на основі методів вивчення діяльності. Необхідно враховувати відмінності предметної господарської діяльності від призначеної для її впорядкування і організації договірної діяльності. Здійснювана суб'єктами виробнича, будівельна і інша діяльність підпорядковується технічним, технологічним, санітарним і іншим вимогам. Здійснювані у ході такої діяльності дії не мають правового значення і не виступають ні юридичними вчинками, ні правочинами. Зазначені дії можуть отримати нарівні з фактичним, предметним також юридичне значення лише у тих випадках і в тій мірі, в якій таке значення їм надають самі учасники договору або закон [8, с. 165-166]. Розділяючи підхід про виокремлення предметної і договірної (юридичної) діяльності вважаємо, що акцент треба поставити все ж таки на дослідженні останньої, а стосовно даної статті-регулюючого потенціалу односторонніх правомірних дій суб'єктів цивільного права.

Виконання зобов'язання, як наслідок (результат) здійснення цивільних прав і обов'язків, полягає в тому, що згідно ст. 599 ЦК України виконання зобов'язання, проведене належним чином, є однією з підстав припинення зобов'язань. Причому найбільш бажаною для сторін, як договірного так і недоговірного регулятивного зобов'язання.

У літературі висловлено погляд про відмінності правового характеру дій по виконанню договірних і недоговірних зобов'язань. Для останніх – це односторонній правочин, а для договірних такий підхід непридатний, оскільки контрагент за договором, виконуючи його умови не здійснює правочину (волевиявлення), а виконує покладені на нього обов'язки [11, с. 172]. При цьому не надається їх правова кваліфікація. На нашу думку таке твердження носить спірний характер стосовно виконання договірного зобов'язання. Дійсно договірний обов'язок ґрунтується на спільній домовленості сторін договору, але вчинення дії на виконання обов'язку носить характер індивідуального правового акту і є волевиявленням. Зрозуміло, що договір зобов'язує боржника, але виконувати його умови чи ні вирішує він сам, проявляючи при цьому волю. Юридична природа дій по виконанню обов'язку з зобов'язання не зміниться від того чи він встановлений взаємною домовленістю сторін (договором), чи в односторонньому порядку особою яка його вчинила, також односторонній правочин може створювати обов'язки для інших осіб лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

Сама юридична природа дій з виконання обов'язку за зобов'язаннями носить дискусійний характер. З цього приводу висловлені чотири основні точки зору: односторонній правочин (С. М. Охоцимський) [7, с. 81], юридичний вчинок (О. О. Красавчиков) [4, с. 154], договір (С. В. Сарбаш) [9 с. 81], або односторонній правочин або юридичний вчинок В. А. Белов [3, с. 703]. Виконання обов'язку за зобов'язанням не може виступати юридичним вчинком, оскільки, як зазначалося раніше боржник вчиняє вольову дію яка направлена на досягнення правового результату – припинення зобов'язання. Навіть прихильник договірної теорії виконання розуміє його, як дії боржника по виконанню і дії

кредитора по прийняттю виконання є волевиявленням сторін кожне із яких може розглядатися як односторонній правочин, а разом вони створюють своєрідний правочин по виконанню зобов'язання, що припиняє зобов'язальне правовідношення. Вважаємо, що положення про своєрідний правочин має спірний характер [9, с. 62]. Адже очевидним є автономний характер дій боржника і кредитора. Так, боржник вважається таким, що прострочив, якщо він не приступив до виконання зобов'язання або не виконав його у строк, встановлений договором або законом. В силу ст. 612 ЦК України це тягне для нього несприятливі наслідки. Подібна ситуація виникає і у разі прострочення кредитора – якщо він відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником, або не вчинив дій, що встановлені договором, актами цивільного законодавства чи випливають із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку (ст. 613 ЦК України).

Наведене свідчить про відсутність підстав вважати виконання єдиним вольовим актом двох сторін (боржника і кредитора) на кшталт договору. Вважаємо, що юридичною конструкцією виконання обов'язку за зобов'язанням, а так само прийняття виконаного виступає односторонній правочин.

На підставі викладеного зроблено такі висновки:

1. Спільними рисами виконання як договірних так і недоговірних (у тому числі регулятивних) зобов'язань, виступає:

а) взаємодія сторін в процесі виконання, яка базується на ініціативних діях як кредитора, так і боржника;

б) виконання, як договірних, так і недоговірних зобов'язань носить однаковий характер і за юридичною конструкцією являє собою два односторонні правочини: виконання обов'язку боржником і прийняття виконання кредитором;

в) юридичним наслідком (результатом) виконання, проведеного належним чином, є припинення зобов'язання.

2. Відмінною рисою виконання недоговірних (регулятивних) зобов'язань є встановлення стандартів поведінки суб'єктів виконання в односторонньому порядку особою, яка вчиняє односторонній правочин.

Потребує вдосконалення правило ст. 562 ЦК України про загальні умови виконання зобов'язання, шляхом доповнення посиланням на зміст одностороннього правочину, як один із можливих орієнтирів для суб'єкта виконання.

В подальшому потребує дослідження виконання окремих видів недоговірних регулятивних зобов'язань.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.

2. *Боднар Т.В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.

3. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Издательство Юрист, 2009. – 993 с.

4. Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посібн. для студентів юрид вузів і фак. ун-тів / О . В. Дзера, Н С. Кузнецова, В. В. Луць та інші; за заг. ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 1988. – 912 с.

5. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюридиздат, 1958. – 183 с.

6. *Кулаков В. В.* Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: Монография / В. В. Кулаков. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010. – 256 с.

7. *Охоцимский В.Н.* Основные моменты исполнения по обязательствам. – Саратов, – 1929. – С. 81.

8. *Пугинский Б. И.* Теория и практика договорного регулирования. – М.: ИДК «Зерцало-М». 2008. – 224 с.

9. *Сарбаш С. В.* Исполнение договорного обязательства. – М.: Статут, 2005. – 636 с.

10. *Филиппова С. Ю.* Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. – М.: Статут, 2011. – 320 с.

11. *Харитонов Є. О., Харитонова О. І.* Цивільні правовідносини: Навчальний посібник: – К.: Істина, 2008. – 304 с.

12. Цивільне право: підручник: у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького, – Х.: Право. – 2011. – Т.2. – С. 32.

13. *Эрделевский А. О.* О правовой природе исполнения обязанности / Хозяйство и право. – 2012. – № 1. – С. 119.

14. Яроцький В.Л. Специфіка цивільно-правового механізму формування змісту особистих немайнових та майнових прав / Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 90-річчю з дня народження д-ра юрид. наук., проф. В. П. Маслова, 16 берез. 2012 р. / [редкол.: В. І. Борисова (відп. ред.) та ін.]; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х. : Право, 2012. – 464 с.

УДК 349.24

# ПОНЯТИЕ ФРИЛАНСА И ЕГО ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

**Демченко О. В.,**
кандидат юридических наук, доцент
кафедры государственно-правовых дисциплин
юридического факультета
Харьковского национального университета
имени В.Н. Каразина

***Анотація:*** Статтю присвячено дистанційній зайнятості в Україні. Викладено результат вивчення національного законодавства та законодавства про працю Республіки Польща та Російської Федерації щодо роботи фрилансера.
***Ключові слова:*** дистанційна зайнятість, фриланс, надомна праця, законопроект.

***Аннотация:*** Статья посвящена дистанционной занятости в Украине. Изложены результаты исследования национального законодательства и трудового законодательства Республики Польша и Российской Федерации по работе фрилансера.
***Ключевые слова:*** дистанционная занятость, фриланс, надомная работа, законопроект.

***Annotation:*** In an article devoted to the study of remote employment in Ukraine. Include the results of investigation of the national law and the labor law of the Republic of Poland and the Russian Federation on the work of a freelancer.
***Key words:*** remote employment, freelancing, homework, prospective legislation.

---

В результате развития научно-технического прогресса и расширения рынка труда, в том числе и в рамках международного сотрудничества, в повседневную практику вошли понятия «фриланс» и «фрилансер». Фрила́нсер ( *freelancer – вольный копейщик, свободный копьеносец, наёмник*; в переносном значении – *вольный художник*) – человек, выполняющий работу без заключения долговременного договора с работодателем, нанимаемый только для выполнения определенного перечня работ (внештатный работник). Будучи вне постоянного штата какой-либо компании, фрилансер может одновременно выполнять заказы для разных клиентов [1].

Вопросы дистанционной занятости как одной из перспективных форм организации труда исследовались в работах таких зарубежных ученых, как Урсула Хьюс (Huws U), Алан Веллинс (Wellins, Alan), Джефри Хилл (Hill, E. Jeffrey), Джой Колиган (Colihan, Joe), Мэгид Игбария (Igbaria, Magid), Ненси Курланд (Kurland, Nancy B.), Диана Байлеи (Bailey, Diane E.), поскольку в других государствах подобное явление уже достаточно распространено. Среди ученых, занимающихся проблематикой новых форм занятости, можно отметить работы российских авторов: В. Гимпельсона, Р. Капелюшникова, Е. Синдяшкину, М. Луданик и др., белорусских авторов: В. Подгруша, И. Киселева, Я. Кривой. Украинскими учеными эти вопросы не исследовались.

Законодательство Украины понятиями «фриланс» и «фрилансер» не оперирует. Не содержит его и проект Трудового кодекса Украины. В то же время тематика привлечения фрилансера для выполнения определенного рода работ чрезвычайно актуальна. В подобных отношениях заинтересованы как люди разных профессий, которые, как правило, не заинтересованы в жестких формах сотрудничества с организациями, так и различного рода компании, испытывающие необходимость в привлечении специалистов в связи с разрешением какой-либо производственной, творческой или иной проблемы, которые желают связывать себя долговременными формами сотрудничества. Подобные отношения интересуют обе стороны и интерес каждой обусловлен своими представлениями о полезности.

Истоки такого рода дистанционной трудовой деятельности следует искать в экономическим кризисе 90-х годов прошлого столетия. Возникновение фриланса на территории государств бывшего Советского Союза было обусловлено глобальным экономическим спадом, который происходил в то время по всему миру. Экономический кризис 1990-1999 годов в Украине очень негативно сказался на материальной базе многочисленных предприятий. Устаревшее оборудование и нехватка средств на повышение квалификации не способствовали овладению информацией и освоением новых знаний. Ситуация усугублялась все более, поскольку с течением даже незначительного времени разница между возможностями и потенциалом украинских предприятий и их аналогов в развитых странах катастрофически росла. Источников инвестирования при этом было настолько мало, что рассчитывать на изменения в скором времени не приходилось.

Положение многих предприятий требовало таких управленческих решений, которые позволили бы сократить расходы и повысить рентабельность. Именно тогда произошло перераспределение рабочей силы: многим специалистам по разным причинам пришлось покинуть свои рабочие места. Часть работников вынуждена была переквалифицироваться, часть – искать источники существования в предпринимательской деятельности, часть – пополнила армию безработных, а часть – отправилась на заработки за границу. Если говорить о профессиональном срезе этих работников, то, безусловно, специалисты ищут более высоких заработков, в том числе в зарубежье, и лучших условий труда, что сопровождается высокой трудовой мобильностью кадров. Неквалифицированные кадры тем не менее также пользуются спросом на работах в других странах.

*© Демченко О.В., 2012*

Подобные способы трудовой деятельности позволили обеспечить в определенной мере занятость, являющуюся важнейшей составляющей экономически активного населения (рабочей силы), в состав которого входят лица, занимавшиеся различного рода деятельностью, и безработные (в определении МОТ). Экономическая активность населения по масштабам превосходит средне учетное количество штатных работников и по эквиваленту полной занятости.

Удаленная работа оказалась выгодной обеим сторонам (как работодателю, так и работнику). Работодатель при этом избегал расходов по обустройству рабочих мест, вплоть до содержания помещений и приобретения необходимого оборудования. Работник имел возможность гибко планировать свое время, использовав его максимально продуктивно, и также избегая транспортных и иных расходов, обычно имеющих место. Будучи вне постоянного штата какой-либо компании, фрилансер может одновременно выполнять заказы для разных клиентов.

Современные условия в Украине определяли формирование материалистической мотивации труда, которая характеризуется доминантою экстринсивной мотивации в мотивационном механизме [2]. Социологическое исследование, проведенное М.В. Гунченко на предприятиях различных форм собственности с целью анализа структуры механизма мотивации в современных условиях Украины, подтвердило, что ведущими мотивами к осуществлению трудовой деятельности выступает стремление получить соответствующий уровень доходов с минимизацией затрат.

Одним из таких каналов оптимизации труда и получения выгод в результате стал фриланс. Стабилизация и последующие позитивные процессы в экономике повлияли и на популярности и сфере применения фриланса, который в результате имеет свой сегмент распространения. Он наиболее распространен, в первую очередь, в творчестве и иных областях деятельности, вызванных их спецификой (частная фото- и видеосъемка, оказание услуг по организации праздников, экскурсий, журналистика, переводы и прочее), либо требующих свободного времени, незначительных вложений в оборудование (компьютерное программирование и дизайн, реклама, веб-дизайн, дизайн интерьера и т. д., а также разного рода консультационная деятельность). При быстром развитии информационных технологий фрилансинг получает все большее распространение. Так уже работают инженеры, юристы, переводчики, журналисты, редакторы, дизайнеры, программисты, аудиторы и многие другие, чья деятельность не связана с производством каких-то товаров. И работодатели могут их привлечь, не обеспечивая при этом местами в офисах.

Вместе с тем, нередко фрилансер выполняет унылую текущую офисную или достаточно неквалифицированную работу, не требующую персональной ответственности.

Фрилансер чаще всего сам предлагает свои услуги – через Интернет, газетные объявления или пользуясь личными связями. Тем не менее, можно говорить о рынке фриланс-услуг, в котором заинтересованы как исполнители, так и частные лица и организации, стремящиеся к сотрудничеству на удаленной основе.

Квалификация правоотношений, возникающих при этом, достаточно неоднозначна. Фриланс отличается от трудовой деятельности в первую очередь тем, что организация последней подразумевает процесс совместной работы и включает обязательный элемент - управление работниками, а основой содержания трудового правоотношения является обязанность работника выполнять обусловленную трудовым договором работу, с подчинением внутреннему трудовому распорядку (ч. 1 ст. 21 КЗоТ Украины). Трудовые правоотношения опосредствуют цивилизованное, организованное и урегулированное правом зарабатывание человеком себе на жизнь трудом, который он свободно избрал или на который свободно согласился [3].

Немаловажную роль при этом играют условия труда. Однако запрета на заключение трудового соглашения с работником, который будет выполнять работу, находясь дома, нет. Надомники, согласно, п. 1 Методических рекомендаций об определении рабочих мест (утверждены Приказом Министерством труда и социальной политики Украины от 21 июня 1995 года №4) - это рабочие, рабочее место которых совпадает территориально с местом их проживания. Работу надомников в части, не противоречащей Конституции и законам Украины до принятия соответствующих актов, до сегодняшнего времени регулирует специальный нормативно-правовой акт, принятый еще в советское время - Положение об условиях труда надомников (утвержденное Постановлением Госкомтруда от 29 сентября 1981 года №275/17-99). Согласно п. 1 Положения надомниками считаются лица, которые заключили трудовой договор с предприятием о выполнении работы дома лично из материалов и с использованием орудий и средств труда, приобретенных за счет средств работодателя. Последний может позволять надомникам изготовление изделий и из собственных материалов и с использованием личных механизмов и инструментов. Согласно ч. 7 ст. 179 КЗоТ, работа на дому возможна только в случае, когда сотрудники пребывают в отпуске по уходу за ребенком.

По своей сути фриланс является индивидуальной трудовой деятельностью (ИТД), осуществляемой далеко не всегда лицом как предпринимателем (зарегистрировавшимся в установленном порядке), а также не являющимся штатным работником. Тем не менее договор на оказание конкретных услуг либо выполнение определенных работ между организацией либо частным лицом и фрилансером заключается.

В постсоветских странах фрилансерами являются, как правило, индивидуальные предприниматели, оказывающие услуги, а фриланс – вид предпринимательской деятельности. В соответствии со ст. 42 ХК Украины, предпринимательство - это самостоятельная, инициативная, систематическая, на собственный риск хозяйственная деятельность, осуществляемая субъектами хозяйствования (предпринимателями) с целью достижения

экономических и социальных результатов и получения прибыли. Согласно ст. 44 ХК Украины, предпринимательство осуществляется на основе свободного найма предпринимателем работников. Часть 1 статьи 43 Конституции предоставляет каждому право на труд, что включает возможность зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который свободно соглашается. Конституция гарантирует право на предпринимательскую деятельность, что включает возможность свободного найма работников.

Однако следует отметить, что для фриланстера, в отличие от предпринимательской деятельности, характерна фрагментарность и отсутствие постоянства, что сказывается и на взаимных правах и обязанностях сторон этих отношений. В связи с этим и по многим другим причинам далеко не каждый фрилансер является предпринимателем. Сложился «теневой» рынок подобной деятельности, в результате чего занятость населения выше официальных статистических данных, а доходы бюджета от налогообложения – ниже.

Фриланс возможно сравнить и с подрядными отношениями, имеющими гражданско-правовую природу (гл. 61 ГК Украины). В соответствии со статьей 837 ГК Украины по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется на свой риск выполнить определенную работу по заданию второй стороны (заказчика), а заказчик обязуется принять и оплатить выполненную работу. Так, договор подряда может заключаться на изготовление, обработку, переработку, ремонт вещей или на выполнение другой работы с передачей ее результатов заказчику.

Договор подряда имеет свое отличие как от трудового договора, так и от договора на оказание услуг, о чем указывается в письме Минюста Украины от 01.12.2006 г. № 21-5-490. Объектом (предметом) договора подряда является именно результат работы – как создаваемая вещь, так и обработка, переработка, ремонт уже существующей вещи.[5] Услуга же представляет собой ценность сама по себе. Фриланс может использоваться как при выполнении работ, так и при оказании услуг. Еще одним направлением, где возможен фриланс, является сфера интеллектуального труда и инноваций. В силу специфики создания продукта творческой деятельности и самого вида подобного творчества творцы предпочитают работу, не связанную какими-либо обязательствами, которые не удерживаются правилами трудового распорядка. Поэтому они заключают договоры на создание произведения науки, литературы, искусства и передачу его заказчику либо передают уже имеющийся результат творческой деятельности.

Статья 1112 ГК Украины устанавливает порядок создания по заказу и использования объекта права интеллектуальной собственности, где одна сторона (творец - писатель, художник и т.п.) обязуется создать объект права интеллектуальной собственности согласно требованиям второй стороны (заказчика) и в установленный срок. Подобные отношения весьма приемлемы для творческого работника и вписываются в понятие фриланса.

Учитывая достаточно разнообразные сферы приложения фриланса он требует своего законодательного закрепления, поскольку очевидна недостаточность (или, вернее, не вполне приемлемость) имеющихся механизмов правового регулирования именно для такого рода деятельности. В РФ этот вопрос нашел свое законодательное закрепление. Особенности труда дистанционных работников (надомников) учитывает глава 49 Трудового кодекса РФ. Работникам, которые трудятся дистанционно, в результате изменений в трудовое законодательство, позволят заключать контракт, подавать документы в электронном виде и ставить виртуальную подпись.

В мае 2012 года правительство Российской Федерации внесло в Госдуму пакет поправок в ТК РФ и статью 1 закона «Об электронной подписи», разработанные Министерством труда и социальной защиты по узакониванию работы фрилансеров и гарантирования им защиты трудовых прав. [6]

Подобные законодательные подходы – не исключение. Они достаточно распространены в законодательстве других стран. Так, глава IIb Трудового кодекса Польши (статьи $67^5$ – $67^{17}$) рассматривает условия выполнения регулярной работы за пределами компании («w formie telepracy»), с использованием электронных средств связи в смысле предоставления электронных услуг. Удаленный работник - работник, который выполняет работу за пределами компании и передает результаты своей трудовой деятельности работодателю посредством электронных средств связи.

Законодателем предусмотрен порядок заключения трудового договора, как с работодателем, так и с профсоюзной организацией (ст. $67^6$), условия организации труда (ст.$67^{11}$), условия, связанные с изменением занятости при выполнении работы (ст. $67^3$, $67^8$), правила использования, страхования и осуществления ремонта средств связи и другого оборудования удаленного работника (§ 3 ст. $67^{11}$). Кодекс предусматривает возможность обучения и переподготовки кадров в этой области, порядок осуществления контроля за удаленным работником, устанавливает недопустимость передоверия работы удаленного работника другому лицу (§ 4 ст. 42) [7].

По данным организации Союза фрилансеров США, основанного в 2001 году, включающего в себя пользователей 50 штатов, на сегодняшний день в Нью-Йорке насчитывается более чем 80.000 удаленных работников («telecommuter», «teleworker», «nomad workers», «web commuters») и более чем 150.000 в целом по стране. Союз включает в себя фрилансеров, консультантов, независимых подрядчиков, работников занятых неполный рабочий день и надомников, что составляют одну треть американской рабочей силы [8].

Думается, что украинскому законодателю также необходимо предусмотреть нормы, касающиеся трудовых прав фрилансеров, а также проблем их социального обеспечения, в частности, относительно:

- выполнения работы по месту жительства и в любом другом помещении, в том числе вне места расположения работодателя;

- распределения времени для труда и отдыха (если в трудовом договоре нет особых требований к графику), а также установления длительности

ежегодного оплачиваемого отпуска по соглашению с работодателем;

- осуществления работы дистанционного работника как на своем оборудовании, так и на оборудовании работодателя;

- установления права на оплату больничных и предоставления других социально-трудовых гарантий, в том числе оплачиваемых отпусков по беременности и родам, по уходу за ребенком и т.д.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ru.wikipedia.org/wiki

2. *Гунченко М.В.* Мотивація праці в умовах трансформації економіки України [Текст] : автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.01.01 / М.В. Гунченко; Дніпропетр. ун-т економіки та права. – Дніпропетровськ : [б. и.], 2006. – 19 с.

3. *Венедіктов В.С.* Трудове право України: підручники, навчальні посібники. - К.: Істина, 2008. – 384 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zaochka.net/catalog_p_6_p_4.html

4. *Господарський* кодекс України № 436-IV від 16 січня 2003 року редакція від 22.03.2012 року ст. 128// [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://code.leschishin.org/ec/ec13.php

5. *Письмо* Министерства юстиции Украины «Относительно уплаты страховых взносов на общеобязательное государственное пенсионное страхование за лиц, выполняющих услуги по договорам гражданско-правового характера» 01.12.06г., № 21-5-490 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS5154.html

6. *Материалы* к заседанию Правительства Российской Федерации 24 мая 2012 года (пресс-релиз)// [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.government.ru/docs/19020/

7. *Трудовой* кодекс Республики Польша // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.przepisy.gofin.pl/przepisy,2,18,33,212,,,ustawa-z-dnia-26061974-r-kodeks-pracy.html

8. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.freelancersunion.org/about/index.html

УДК 347.65/68(045)

# ДО ПИТАННЯ ГАРАНТІЙ ПРАВ СПАДКОЄМЦЯ НА ОТРИМАННЯ ВАРТОСТІ ЧАСТИНИ МАЙНА ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

**Крисань Т. Є.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Статтю присвячено проблемним питанням, пов'язаним з отриманням спадкоємцем вартості частини майна пропорційні частці спадкодавця у статутному капіталі господарського товариства. Аналіз законодавства та матеріалів судової практики дозволив зробити певні висновки та пропозиції в чинне законодавства для належного гарантування таких прав.

***Ключові слова:*** спадкоємець, гарантування, частка у статутному капіталі, господарське товариство, вартість майна, оцінка майна, ринкова вартість, визначення вартості майна.

***Аннотация:*** Статья посвящена проблемным вопросам, связанным с получением наследником стоимости части имущества пропорциональной части наследодателя в уставном капитале хозяйственного общества. Анализ законодательства и материалов судебной практики позволил сделать определенные выводы и предложения в действующее законодательство для надлежащего гарантирования таких прав.

***Ключевые слова:*** наследник, гарантирование, часть в уставном капитале, хозяйственное общество, оценка имущества, стоимость имущества, рыночная стоимость, определение стоимости имущества.

***Annotation:*** The article is devoted problematic questions, to related to the receipt of cost of part of property of proportional part of testator a heir in the chartered capital of economic society. Analysis of legislation and materials of judicial practice, allowed to do certain conclusions and suggestions in a current legislation for the proper guaranteing of such rights.

***Key words:*** heir, guaranteing, part in the chartered capital, economic society, valuation of property, property cost, market value, determination of property cost.

---

Актуальність дослідження питань, пов'язаних із гарантуванням прав спадкоємців в аспекті передачі частки статутного капіталу в господарському товаристві (на прикладі товариства з обмеженою відповідальністю) спричинена відсутністю чіткої регламентації прав спадкоємців на отримання корпоративних прав померлого учасника. Незважаючи на практичну значущість даного питання, теоретичне підгрунтя вбачається у розробці теоретичних положень щодо підходів у визначені правових умов, за допомогою яких спадкоємець матиме гарантії в отриманні належної йому частки в статутному капіталі товариства в найкоротші строки, в повному розмірі та у вартості, що відповідатиме ринковим засадам.

Відповідно до Закону України «Про господарські товариства», ст.ст. 1218,1219 Цивільного кодексу України спадкоємець наслідує не право на участь у господарському товаристві, тобто самі корпоративні права по управлінню товариством, у тому числі право щодо прийняття рішень, а тільки право на частку в статутному капіталі товариства.

Правозастосовча практика вказує на те, що спадкоємець, незважаючи на ч. 1 ст. 55 Закону

© *Крисань Т.Є., 2012*

України «Про господарські суспільства», відповідно до якої при реорганізації юридичної особи, учасника товариства, або у зв'язку із смертю громадянина, учасника товариства, правонаступники (спадкоємці) мають переважне право вступу в це товариство, не може вступити до складу учасників товариства. Отже, дана норма є декларативною та не передбачає жодної гарантії спадкоємцю на виконання іншими учасниками товариства вимог Закону України«Про господарські товариств» або вимог статуту, якщо переважність такого вступу буде навіть прописана безпосередньо установчими документами товариства.

Крім цього, судова практика йде шляхом відмови у задоволені позовів щодо включення до складу засновників (учасників) товариства спадкоємця, у зв'язку з тим, що прийняття нового учасника до складу товариства є прерогативою Загальних зборів як колегіального органу та суди не вправі давати вказівки щодо таких питань. Так, відповідно до п.п. 29, 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. №13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів»: «виключення учасника і ухвалення рішення про вступ спадкоємця учасника товариства з обмеженою відповідальністю (а також товариства з додатковою відповідальністю), згідно зі ст. 59 Закону України «Про господарські товариства» підлягає компетенції зборів товариства, а не суду» [1].

Таким чином, у законодавстві відсутні гарантії, які б забезпечили спадкоємцю ввійти до складу учасників господарського товариства.

Що залишає законодавець такому спадкоємцю? Звичайно, право на отримання вартості частини майна товариства та частини прибутку, пропорційні частці спадкодавця у статутному капіталі.

Після отримання свідоцтва про право на спадщину, в якому буде вказано, що фізична особа є спадкоємцем частки в статутному капіталі товариства, він (спадкоємець) може звертатися до зборів учасників товариства про вирішення питань, пов'язаних з успадкуванням частки померлого учасника: із заявою про прийом його до складу учасників з часткою в статутному капіталі, що належала спадкодавцю (померлому учаснику), або про відмову від права вступу до товариства і про виплату належних йому сум. Вартість майна, що підлягає поверненню, за своїм визначенням не є тотожною поняттю внеску до статутного капіталу і залежно від стану господарської діяльності господарського товариства та загальних економічних процесів у суспільстві може не збігатися з ним за розміром (зокрема, бути більшою чи меншою).

Отже, спадкоємцю, який, як правило, не входить до складу учасників товариства, господарське товариство повинно виплатити:

- внесок до статутного фонду, внесений спадкодавцем, у розмірі внесених грошових коштів або в розмірі вартості внесеного майна, сума якого визначена в установчих документах. За згодою спадкоємця і учасників товариства внесок до статутного фонду спадкоємцю може бути виданий майном, що перебуває у власності товариства;

- сума нарахованих і не виплачених померлому учаснику дивідендів, які нараховуються до дня смерті;

- частка в майні, яка належала спадкодавцю, у грошовій або натуральній формі.

На практиці проблемним є вирішення питання визначення вартість частки в майні товариства, яка підлягає виплаті спадкоємцю. Відповідно до ст. 148 ЦК України порядок і спосіб визначення вартості частини майна, що пропорційна частці учасника у статутному капіталі, а також порядок і строки її виплат встановлюються статутом і законом [2]. Отже, дана норма є відсильною, та, враховуючи положення ст. 55 Закону України «Про господарські товариства» вартість частки у майні, що належала спадкодавцю, визначається на день смерті учасника. Якщо інше не буде врегульовано статутом. Так, «при відмові правонаступника (спадкоємця) від вступу до товариства з обмеженою відповідальністю або відмові товариства у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) йому видається у грошовій або натуральній формі частка у майні, яка належала реорганізованій або ліквідованій юридичній особі (спадкодавцю), вартість якої визначається на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника [3].

Судова практика визначає, що вартість частини майна товариства, яка підлягає виплаті, повинна відповідати вартості чистих активів товариства, що визначається в порядку, встановленому законодавством, пропорційно його частці в статутному капіталі товариства на підставі балансу, складеного на дату виходу (виключення). Розрахунок належної учаснику частини прибутку здійснюється на дату виходу (виключення) з товариства. Відповідно до ч. 5 ст. 147 ЦК України аналогічно визначається вартість частини майна ТОВ (ТДВ), яка підлягає видачі або виплаті правонаступнику юридичної особи-учасника товариства або спадкоємцю фізичної особи-учасника у разі відмови правонаступника (спадкоємця) від вступу до товариства або відмови у прийнятті до товариства. Її вартість визначається на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника (ст. 55 Закону України «Про господарські товариства») [4].

Таким чином, відповідно до ч. 2 ст. 148 ЦК України, спадкоємець має право отримати вартість частини майна, пропорційну частці у статутному капіталі товариства, яка перейшла йому в порядку спадкування, яка визначається на день смерті учасника.

Однак для можливості спадкоємцю отримати вартість частини майна, пропорційної частці в статутному капіталі Товариства, яка належить йому в порядку спадкування, не достатньо дій спадкоємця. При визначенні вартості частини майна господарське товариство зобов'язане встановити вартість частки майна на момент смерті учасника на підставі положень статуту відповідного товариства та провести загальні збори товариства і прийняти на ньому рішення про зменшення статутного капіталу у зв'язку з видачею правонаступнику (спадкоємцю) учасника частки у майні товариства та відповідну державну реєстрацію. Між тим, як свідчить судова практика такі зобов'язання товариством не виконуються, відповідна оцінка не проводиться, що тягне за собою потребу захисту свого порушеного права у судових органах.

Крім того, як правило, товариство може дізнатися про смерть свого учасника після сплину 6-місячного терміну, коли з відповідною заявою звернеться спадкоємець, або й в інші строки. Враховуючи, що господарське товариство не проводить оцінку майна і не виконує зобов'язання щодо виплат спадкоємцю відповідної частки, яким є механізм проведення такої оцінки та які гарантії у спадкоємця? На це питання не має відповіді у діючому законодавстві, існують лише листи, роз'яснення, які носять рекомендаційний характер.

Відповідно до листа Міністерства юстиції «Щодо визначення вартості майна товариства з обмеженою відповідальністю у разі виходу з його складу учасників» від 28.07.2004№ Х-11-19 зазначено, що визначення вартості майна товариства можливе і шляхом проведення його оцінки. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» оцінка майна, майнових прав – це процес визначення їх вартості на дату оцінки за процедурою, встановленою нормативно-правовими актами з оцінки майна, і є результатом практичної діяльності суб'єкта оціночної діяльності. Статтею 7 цього Закону визначено випадки проведення оцінки майна. Так, оцінка майна проводиться у випадках, установлених законодавством України, міжнародними угодами, на підставі договору, а також на вимогу однієї із сторін угоди та за згодою сторін. Законом передбачено випадки, в яких проведення оцінки майна є обов'язковим, і серед них не передбачено проведення оцінки майна у разі виходу учасника з товариства з обмеженою відповідальністю» [5].

Відповідно до ч. 1 ст. 190 ЦК України майном, крім речей, вважаються майнові права та обов'язки. У ч. 1 ст. 66 та у ст. 139 ГК України визначено, що майно підприємства становлять речі та інші цінності (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна підприємства. Отже, вартість частки майна товариства, належної до сплати спадкоємцю, повинна визначатися з розрахунку вартості усього майна, що належить товариству, в тому числі основних засобів, нематеріальних активів, оборотних активів, майна невиробничого призначення тощо з урахуванням майнових зобов'язань товариства.

Майно підприємства обліковується на його балансі, де відображається вартість активів підприємства та джерел їх формування. Тому в основу розрахунку вартості частини майна товариства, належної до сплати спадкоємцю, за загальним правилом, повинна братись балансова вартість майна товариства. Між тим, спадкоємець має право вимагати проведення з ним розрахунків виходячи з дійсної (ринкової) вартості майна товариства. Положеннями (стандартами) бухгалтерського обліку передбачено можливість переоцінки балансової вартості для таких категорій активів товариства, як основні засоби (п. 16 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 7 «Основні засоби», затвердженого Наказом Міністерства фінансів України від 27.04.2000 р. № 92), нематеріальні активи (п. 19 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 8 «Нематеріальні активи», затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 18.10.1999 р. № 242), довгострокові і поточні біологічні активи (відповідно п.п. 16.1 та 22 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 2 «Баланс», затвердженого Наказом Міністерства фінансів України від 31.03.1999 р. № 87) [6].

Дослідження проблем, пов'язаних із реалізацією права спадкоємця на отримання вартості частини майна товариства, пропорційні частці спадкодавця у статутному капіталі дозволяє дійти таких висновків.

По-перше, для належного гарантування з боку законодавця прав спадкоємців, виключити можливість в установчих документах диспозитивно вирішувати питання щодо порядку і способу визначення вартості частини майна, що пропорційна частці учаснику у статутному капіталі, а також порядок і строки їх виплат. Ці питання повинні імперативно бути вирішені на рівні Цивільного кодексу України, оскільки стосуються не лише корпоративних відносин, а й відносин спадкування.

По-друге, для гарантування спадкоємцеві отримати дійсну вартість частини майна, пропорційній частці спадкодавця у статному капіталі внести зміни до ч. 2 ст. 55 Закону України «Про господарські товариства» та викласти у наступній редакції: «При відмові правонаступника (спадкоємця) від вступу до товариства з обмеженою відповідальністю або відмові товариства у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) йому видається у грошовій або натуральній формі частка у майні, яка належала реорганізованій або ліквідованій юридичній особі (спадкодавцю), вартість якої визначається товариством на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника. В разі не визначення товариством вартості частки майна, яка належала реорганізованій або ліквідованій юридичній особі (спадкодавцю), її вартість на вимогу правонаступника (спадкоємця) встановлюється виходячи з дійсної (ринкової) вартості. У цих випадках розмір статутного капіталу товариства підлягає зменшенню».

По-третє, враховуючи, що спори з даного питання підвідомчі загальній юрисдикції, необхідно встановити спеціальне правило щодо строків розгляду спорів, пов'язаних із порядком визначення частки у статутному капіталі, її розміру, строків виплати. Короткі строки, які будуть регламентовані процесуальним законодавством, також будуть гарантією цивільних прав спадкоємця на отримання майна, яке по праву перейшло до нього у порядку спадкування. Статистика таких спорів, свідчить, що вони розглядаються судами, незважаючи на таку категорію, як розумні строки, роками, що є негативним як для підприємницької діяльності, яку веде господарське товариства (враховуючи засоби забезпечення позовних вимог), так і головне для самого спадкоємця, який зазначав значних моральних потрясінь, вимушений нести матеріальні, часові витрати та роками «ходити» до суду, відстоюючи можливість отримати кошти (майно), яке відповідно до закону належить йому.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Про практику* розгляду судами корпоративних спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 року №13.
2. *Цивільний* кодекс України: Закон від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40.
3. *Про господарські* товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 49. – Ст. 682.
4. *Про практику* розгляду судами корпоративних спорів: Постанова Верховного суду України від 24.10.2008 р. №13 // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 2. – С. 7
5. *Щодо визначення* вартості майна товариства з обмеженою відповідальністю у разі виходу з його складу учасників: лист Міністерства юстиції від 28.07.2004 № Х-11-19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukraine.uapravo.net/data/base27/ukr27981.htm
6. *Про внесення* змін і доповнень до рекомендацій президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»: Рекомендації президії Вищого господарського суду України від 18.06.2009 № 04-06/83) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://arbitr.gov.ua/news/753/

УДК 347.4

# ДОВІРЧЕ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ ТА ДОВІРЧА ВЛАСНІСТЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ: ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

**Некіт К. Г.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Статтю присвячено дослідженню особливостей інститутів довірчої власності та довірчого управління за цивільним законодавством України. Встановлено співвідношення інституту довірчої власності з інститутом довірчого управління. Досліджено специфіку інституту довірчої власності. Виявлено сфери застосування вказаних інститутів.
***Ключові слова:*** довірча власність, довірче управління, інститут, договір, управитель, власник.

***Аннотация:*** Статья посвящена исследованию особенностей институтов доверительной собственности и доверительного управления по гражданскому законодательству Украины. Выявлено соотношение института доверительной собственности с институтом доверительного управления. Исследована специфика института доверительной собственности. Выявлены сферы применения указанных институтов.
***Ключевые слова:*** доверительная собственность, доверительное управление, институт, договор, управляющий, собственник.

***Annotation:*** The article is devoted to research of features of institutes of a trust property and trust management on the civil legislation of Ukraine. The ratio of a trust property institute with a trust management institute is revealed. Specifics of a trust property institute is investigated. Scopes of the specified institutes are revealed.
***Key words:*** trust property, trust management, institute, contract, trustee, owner.

---

Інститути довірчого управління майном та довірчої власності з'явилися у цивільному законодавстві України зовсім недавно, під впливом процесу реформування економічних відносин. Потреба у цих інститутах виникла у зв'язку з необхідністю організації більш ефективного управління господарською діяльністю та майном. В умовах активного розвитку підприємницьких відносин і створення для власників ширших можливостей розпорядження майном учасники цивільного обігу все частіше звертаються до договору довірчого управління майном, з якого можуть виникнути два види відносин – відносини довірчого управління або довірчої власності. Таке становище обумовлює необхідність з'ясування співвідношення цих інститутів, виявлення, коли необхідно звертатись до довірчого управління, а коли доцільно за допомогою договору довірчого управління встановити довірчу власність на майно, що передається.

Проблемам довірчого управління майном та довірчої власності присвячені дослідження таких українських і російських авторів, як І. В. Венедіктова, Ю. В. Курпас, Р. А. Майданик, Л. Ю. Міхєєвої, Д. В. Петельна. Проте до сьогодні питання співвідношення цих інститутів залишається дискусійним. Метою дослідження, враховуючи вищевикладене, є виявлення особливостей інституту довірчої власності, які відрізняють цей інститут від інституту довірчого управління майном.

Виявлення особливостей інституту довірчої власності ускладнюється тим, що, закріпивши можливість передачі майна в довірчу власність, законодавець не розкрив сутності цього правового явища. Спочатку цивільним законодавством України було закріплено поняття права довірчої власності на іпотечні активи. У ч. 1 ст. 26 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року довірча власність визначалась як особлива форма договірних майнових відносин, яка регулює розпорядження платежами за іпотечними

*© Некіт К.Г., 2012*

активами, переданими установником у володіння, користування і розпорядження управителю. Проте згодом дане положення було відмінене Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15 грудня 2005 року.

Таким чином, легальне визначення довірчої власності в українському законодавстві на сьогодні відсутнє. У доктрині право довірчої власності визначається як належне довірчому власнику право власності на визначене майно, обтяжене обов'язком його здійснення з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном чи законом [1, с. 57].

Питання щодо доцільності існування у континентальній правовій системі довірчої власності і співвідношення вказаного інституту з інститутом довірчого управління майном є гостро дискусійним. У російській юридичній літературі критиці піддається сама вірогідність упровадження в правову систему Російської Федерації інституту довірчої власності, оскільки «одним из основных постулатов континентальной правовой системы является невозможность установления двух одинаковых прав собственности на одно и то же имущество» [2, с. 129]. Вважається, що при встановленні довірчої власності право власності «розщеплюється», що є неможливим для країн континентального права. Наведена точка зору знаходить підтримку і серед деяких українських дослідників [3, с. 54].

Проте «континентальна» довірча власність тим і відрізняється від класичного англо-американського інституту траста, що в цьому випадку не виникає «розщепленої власності». При передачі майна довірчому власнику в останнього виникає і особливе право на нього – право довірчої власності. При цьому довірчий власник є єдиним суб'єктом речового права на передане майно, установнику довірчої власності і вигодонабувачеві належать лише зобов'язальні права. Інтереси установника забезпечуються за допомогою обтяження майна, переданого в довірчу власність, низкою обмежень і цільовим призначенням [4, с. 18]. У такому варіанті довірча власність цілком відповідає принципам континентальної правової системи, і може ефективно існувати в українському законодавстві, про що свідчить досвід зарубіжних країн континентального права (ФРН, Франція).

Специфіка права довірчої власності як особливого виду права власності, за законодавством України полягає, у першу чергу, у тому, що межі права довірчої власності визначаються не лише законом, але й самим так званим номінальним власником (установником довірчої власності). Крім того, якщо, за загальним правилом, власник здійснює належні йому правомочності на свій розсуд, незалежно від інших осіб, і діє при цьому в своїх власних інтересах, довірчий власник при здійсненні управління переданим йому майном перш за все керується вказаннями власника і діє виключно в його інтересах або в інтересах визначеного ним бенефіціарія.

Щодо правової природи довірчої власності висловлюються різні точки зору. Деякі дослідники вважають право довірчої власності суто речовим правом [5], інші – «квазіречовим» інститутом [6, с. 26]. Найбільш аргументованою представляється позиція, згідно з якою право довірчої власності слід розглядати як речове право із зобов'язально-правовими елементами, оскільки, з одного боку, довірчому власнику належать правоможності щодо володіння, користування та розпорядження переданим йому майном, а з іншого боку, ці правоможності обтяжені певною метою, визначеною установником та зобов'язанням діяти виключно в інтересах бенефіціарія.

Слід підкреслити, що при встановленні довірчої власності майно установника не відчужується, а лише передається довірчому власникові з певною метою, а саме – для використання його на користь установника або вказаного ним вигодонабувача, але не на користь самого довірчого власника. Тобто ніякої вигоди від переданого майна довірчий власник не отримує, набуваючи лише права на винагороду за належне виконання своїх обов'язків. Разом із тим, довірчий власник виступає в господарському обороті як власник, укладаючи з третіми особами будь-які правочини і здійснюючи інші акти по використанню майна та управлінню ним, а також по розпорядженню даним майном, з урахуванням встановлених установником або законом обмежень.

Все це дає підстави вважати довірчу власність речовим право, що виникає у довірчого власника на визначене майно у результаті покладання на нього зобов'язань по добросовісному управлінню майном довірителя для досягнення певної мети на користь самого довірителя або вказаної установником довірчої власності особи (вигодонабувача) [1, с. 57].

Право довірчої власності набувається по підставах, передбачених ч. 2 ст. 316 ЦК України, зокрема, на підставі прямої вказівки закону або на підставі договору управління майном. У розвиток цього положення, частиною 2 ст. 1029 ЦК України закріплено, що договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно.

Законом можуть бути встановлені особливості виникнення довірчої власності на окремі види майна. Так, ст. 27 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» закріплено особливості виникнення довірчої власності на іпотечні активи.

Специфіка інституту довірчої власності зумовлює і певну специфіку її суб'єктів. Суб'єктами довірчої власності є установник довірчої власності, довірчий власник та вигодонабувач. У деяких випадках довірча власність може бути встановлена в інтересах самого установника, який, у такому разі, виступає одночасно й вигодонабувачем. Тоді у правовідносинах довірчої власності фігурують лише два суб'єкти.

Установником довірчої власності є особа, в результаті волевиявлення якої виникають правовідносини довірчої власності. Як установник може виступати і фізична, і юридична особа, що володіє необхідним обсягом правоздатності та дієздатності. Також установником може бути держави в особі її органів, які діють від імені власників майна у зв'язку з неможливістю останніх здійснювати своє право власності на це майно [7, с. 310].

Загальні правила щодо визначення установників довірчої власності встановлені ст. 1032 ЦК України,

яка закріплює перелік осіб, що можуть виступати установниками довірчого управління майном. Але у випадку, коли з договору довірчого управління майном виникає право довірчої власності на отримане в управління майно, вимоги, які передбачені законодавством щодо установника довірчого управління, поширюються і на установників довірчої власності. Зокрема, установником довірчої власності, за загальним правилом, виступає власник майна, проте, у деяких випадках установниками можуть виступати опікуни, піклувальники, а також органи опіки та піклування, які діють на користь власників майна (малолітніх, недієздатних чи обмежено дієздатних або визнаних безвісно відсутніми осіб).

Довірчим власником є особа, якій передається в довірчу власність майно, і яка від свого імені володіє, користується та розпоряджається цим майном в інтересах вигодонабувача та з урахуванням встановлених обмежень. Довірчим власником може бути суб'єкт підприємницької діяльності, як фізична, так і юридична особа.

Не може бути довірчим власником орган державної влади, орган влади Автономної Республіки Крим або орган місцевого самоврядування, якщо інше не встановлене законом. Така заборона пояснюється тим, що довірчий власник несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями майном, що належить особисто йому. Наведені висновки випливають з положень ст. 1033 та ст. 1043 ЦК України. Вигодонабувач також не може бути довірчим власником, що випливає зі змісту ч. 3 та ч. 5 ст. 1033 ЦК України, оскільки це суперечить самій суті української моделі довірчої власності, яка передбачає виконання дій винятково в чужому інтересі.

У деяких випадках до управителя майном пред'являються спеціальні вимоги. Так, наприклад, згідно зі ст. 2 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року, управителем (довірчим власником) повинна бути фінансова установа, яка від свого імені діє в інтересах установників управління майном і здійснює управління залученими коштами згідно із законодавством, Правилами фонду та отримала в установленому порядку дозвіл/ліцензію. Статутний капітал такої установи має становити не менше одного мільйона євро, і повинен бути повністю сплачений виключно грошовими коштами до початку залучення коштів від установників управління майном.

При цьому спеціальним законодавством, яке регулює діяльність окремих видів фінансових установ, встановлені відповідні обмеження. До фінансових установ, які не можуть здійснювати управління майном при фінансуванні будівництва житла, належать: кредитні спілки, довірчі товариства, страховики, недержавні пенсійні фонди, особи, що здійснюють адміністрування недержавних пенсійних фондів, корпоративні інвестиційні фонди, винятковим видом діяльності яких є діяльність із спільного інвестування [8, с. 23].

Згідно зі ст. 2 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року, управитель (довірчий власник) – фінансова установа, яка діє від свого імені, здійснюючи управління іпотечними активами в інтересах установника управління іпотечними активами, та має відповідний дозвіл/ліцензію. Крім того, у ст. 34 вказаного Закону передбачається ще ряд вимог, яким повинен відповідати довірчий власник іпотечних активів. У такій ситуації довірчим власником може бути банк, який має дозвіл Національного банку України на виконання операцій з довірчого управління коштами та цінними паперами за договорами з юридичними та фізичними особами, або інша фінансова установа, якщо вона відповідає вимогам, встановленим спеціально уповноваженим органом виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг.

Об'єктом права довірчої власності є передане в таку власність майно. У довірчу власність може бути передане майно, яке належить установникові довірчої власності на праві власності, а також пов'язані з ним майнові та особисті немайнові права. До того ж, це може бути не тільки майно, що існує на момент виникнення довірчої власності, але й майно, яке може виникнути в майбутньому, зокрема майно, придбане довірчим власником у результаті здійснення своїх обов'язків.

До категорії майна, яке не може бути об'єктом довірчої власності, належить майно, що не є власністю установника довірчої власності, тобто що належить йому в силу іншого речового права, майно, що не допускає відокремлення, а також майно, прямо заборонене законом.

Правило щодо неможливості передачі у довірчу власність майна, яке не може бути відокремлено, випливає з положень ст. 1030 ЦК України, згідно з якою майно, передане в управління (а, отже, і майно, яке передається у довірчу власність), відокремлюється від іншого майна установника управління (довірчої власності), а також від майна управителя (довірчого власника). Отже, в управління майном можуть бути передані лише речі, які можна відокремити як від майна установника довірчої власності, так і від майна довірчого власника.

Українським законодавством допускається передача в довірчу власність також корпоративних, зобов'язальних і майнових прав, цінних паперів, підприємства як єдиного майнового комплексу. У випадках, передбачених законом, об'єктом довірчої власності можуть бути і грошові кошти. Така ситуація передбачена, зокрема, Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла і операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року. При цьому грошові кошти передаються спеціально для досягнення встановленої договором мети і не можуть бути використані довірчим власником не за цільовим призначенням. Договором, на підставі якого встановлюється довірча власність на такі засоби, передбачається конкретна мета, для якої вони призначені, і низка обмежень відносно дій довірчого власника, пов'язаних з переданим йому майном. При цьому зберігається вимога про відокремлення майна, що передається в довірчу власність. Згідно зі ст. 6 Закону, грошові кошти, передані в довірчу власність,

відокремлюються від іншого майна довірчого власника і формують, таким чином, цільову майнову масу, яка використовується за призначенням, передбаченим договором.

З урахуванням того, що ЦК України визначає право довірчої власності як особливий різновид права власності (ч. 2 ст. 316), допустимо говорити про те, що зміст права довірчої власності складають правоможності довірчого власника з володіння, користування і розпорядження переданим у довірчу власність майном. Підтвердженням тому є положення ч. 5 ст. 1033 ЦК України, відповідно до якого управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Проте не слід забувати про специфіку права довірчої власності, яка виявляється і в його змісті. Для виявлення цієї специфіки доцільно розглянути окремі правоможності довірчого власника.

Правоможність володіння в контексті права довірчої власності зберігає своє традиційне значення – це юридично забезпечена можливість господарського панування над річчю або можливість фактичного впливу на річ. Довірчий власник виступає як законний (титульний) володілець переданого в довірчу власність майна.

Правоможність користування стосовно права довірчої власності потребує уточнення. Так, на думку С. О. Сліпченка, замість терміну «право користування» краще застосовувати термін «використання», оскільки він повніше відображає відносини, які виникають в результаті встановлення довірчої власності на майно [9, с. 53]. За загальним правилом, під правом користування розуміється право видобувати корисні властивості речі. У це поняття входить також право привласнення плодів та доходів від цієї речі. За визначенням Є. А. Суханова, право користування – це можливість експлуатації майна шляхом видобування його корисних властивостей, його споживання [2, с. 187].

З вищезазначеного випливає, що корисний ефект від речі привласнює особа, яка правомірно нею володіє і впливає на неї. Але довірчий власник не набуває права користування майном власника, він наділяється лише можливістю використовувати його для досягнення вказаної установником мети. Тому використання цього майна можна віднести не тільки до права, але й до обов'язку довірчого власника. Право на привласнення корисного ефекту належить установнику довірчої власності або вказаній ним особі (вигодонабувачеві) [9, с. 53-54].

Правоможність розпорядження в контексті довірчої власності також має свою специфіку. За загальним правилом, довірчий власник може розпоряджатися переданим в довірчу власність майном, тобто йому належить юридично забезпечена можливість визначати фактичну та юридичну долю цього майна, проте, така можливість для нього обмежена особливими вказівками власника і розпорядженнями закону. Так, довірчий власник може відчужувати майно, передане в управління, укладати щодо нього договір застави лише за згодою установника довірчої власності (ч. 5 ст. 1033 ЦК України). Логічно буде також припустити, що довірчий власник не може знищити довірене майно, оскільки це явно суперечить інтересам власника. Тобто правоможність довірчого власника щодо розпорядження довіреним майном не включає права знищення речі (jus abutendi).

Характерною рисою права довірчої власності як особливого виду права власності є те, що довірчий власник здійснює належні йому правоможності на свій розсуд, але з урахуванням встановлених власником обмежень, і лише на користь самого власника або вказаної ним особи, але не в своїх інтересах.

Разом з тим, у відносинах з третіми особами довірчий власник виступає як власник довіреного майна, тобто володіє правом вимагати усунення втручання всіх третіх осіб в сферу його господарського панування, а у разі порушення цих прав, може використовувати речово-правові засоби їх захисту і пред'являти речово-правові позови про витребування майна з чужого незаконного володіння та про усунення перешкод в його використанні. Складається ситуація, за якої у довірчого власника виникає певне зобов'язання щодо установника довірчої власності. Основним обов'язком довірчого власника є управління майном у точній відповідності до положень договору та вказівок установника. При здійсненні своїх обов'язків довірчий власник повинен виявляти необхідну дбайливість. Довірчий власник також має виконувати свій основний обов'язок з передачі бенефіціару всіх доходів, отриманих від довірчої власності.

Після припинення строку дії договору довірчого управління майном, за допомогою якого було встановлено право довірчої власності, майно, що було передане в довірчому власнику, як і у випадку довірчого управління, повертається установникові довірчої власності, якщо договором або законом не встановлені інші наслідки припинення права довірчої власності.

Отже, співвідношення довірчої власності і довірчого управління, як здається, можна визначити таким чином: визначальна відмінність між вказаними інститутами зводиться до наступного: право довірчого управління – це зобов'язальне право з речово-правовими елементами [10, с. 25-27]; тоді як довірча власність є речовим правом, обтяженим зобов'язанням діяти в чужому інтересі [4, с. 20]. При встановленні довірчого управління у довірчого управителя права власності на передане в управління майно не виникає, а у разі передачі майна в довірчу власність, у довірчого власника виникає особливий вид права власності – довірча власність на передане в управління майно. І, попри те, що право довірчої власності є похідним від права власності, статус власника у відносинах з третіми особами має саме довірчий власник [4, с. 21; 6, с. 27].

Крім того, названі інститути відрізняються об'єктами управління, а, відповідно, і сферою застосування. Так, об'єктом довірчого управління не можуть бути грошові кошти, тому в цьому випадку слід звертатися до інституту довірчої власності. Найчастіше до довірчої власності звертаються у разі необхідності досягнення довгострокових цілей (наприклад, у сфері спадкового права) [6, с. 28]. Тому

логічним було б надання відносинам довірчої власності більш тривалого характеру. Прикладом такого вирішення цього питання може слугувати законодавство Франції, у якому закріплено, що за договором фідуції довірча власність встановлюється на строк до 33 років.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Майданик Р. А.* Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) / Р. А. Майданик // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – С. 57–61.
2. *Гражданское право* : учеб. : в 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. – [2-е изд.]. – М. : БЕК, 2000. – Т. 2.; Полутом 2. – 2000. – 544 с.
3. *Курпас Ю. В.* Становлення та розвиток інституту управління майном в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Юлія Володимирівна Курпас. – К., 2004. – 225с.
4. *Майданик Р. А.* Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України / Р. А. Майданик // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 8 (46). – С. 16–23.
5. *Харченко Г. Г. Довірча* власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств : моногр. / Г. Г. Харченко. – Одеса : Астропринт, 2006. – 168 с.
6. *Венедіктова І. В.* Співіснування інститутів довірчої власності і управління майном у цивільному законодавстві України / І. В. Венедіктова // Юридичний радник. – 2005. – № 5. – С. 25–29.
7. *Майданик Р. А.* Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Роман Андрійович Майданик. – К., 2003. – 511 с.
8. *Михайлов А.* Фонд финансирования строительства / А. Михайлов // Бухгалтерия. Налоги. Бизнес. – 2005. – № 16 (478). – С. 22–31.
9. *Слипченко С. А.* Право доверительной собственности : моногр. / С. А. Слипченко. – Х. : Консум, 2000. – 176 с.
10. *Петелин Д. В.* Правовая природа договора доверительного управления имуществом / Д. В. Петелин // Юрист. – 2005. – № 2. – С. 24–28.

УДК 347.622

# БРАЧНЫЙ ВОЗРАСТ КАК ОДНО ИЗ УСЛОВИЙ ЗАКЛЮЧЕНИЯ БРАКА

**Наден В. В.,**
кандидат юридических наук, доцент
кафедры гражданского права № 2
Национального университета
«Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** У роботі аналізуються нові положення Сімейного кодексу України про шлюбний вік, зниження шлюбного віку. Розглянуто питання стосовно сімейної дієздатності та визнання шлюбу недійсним у зв'язку з порушенням умов про шлюбний вік.
***Ключові слова:*** шлюб, шлюбний вік, зниження шлюбного віку, цивільна дієздатність, сімейна дієздатність, емансипація.

***Аннотация:*** В статье анализируются новые положения Семейного кодекса Украины о брачном возрасте, снижении брачного возраста. Рассмотрены вопросы о семейной дееспособности и признании брака недействительным в связи с нарушением условий о брачном возрасте.
***Ключевые слова:*** брак, брачный возраст, снижение брачного возраста, гражданская дееспособность, семейная дееспособность, эмансипация.

***Annotation:*** The article analyzes the new provisions of the Code, the marriage age, lowering the age of consent. Also in the paper addresses the issue of family capacity and annulment of the marriage in connection with the violation of the marriage age.
***Key words:*** marriage, minimum age, lowering the age of consent, civil capacity, family capacity, emancipation.

---

*«Счастливый брак –*
*это искусство совместной жизни»*

Брак – это многогранное социальное явление, которое может рассматриваться с разных точек зрения. Существуют несколько правовых теорий, объясняющих правовую природу брака. В наиболее общем виде их можно свести к пониманию брака как договора [1, с. 114], как таинства [12, с. 530-533] и как института особого рода (sui generis) [10]. В данной работе брак рассматривается как отдельный правовой институт.

Основные принципы правового регулирования брака в Украине закреплены в ст. 51 Конституции Украины, которая устанавливает, что семья, детство, материнство и отцовство охраняются государством. Оно заинтересовано в укреплении и стабильности брака, поэтому осуществляет контроль за его заключением и прекращением, защищает только браки, заключенные в органах РАГС.

Семейный кодекс Украины (далее – СК Украины) впервые закрепляет понятие брака как семейного союза женщины и мужчины, зарегистрированного органом государственной регистрации актов гражданского состояния (ст. 21).

Государство видит в браке инструмент демографической политики, любая власть заинтересована в увеличении рождаемости, сохранении нации, недопущении снижения народонаселения. Демографическая функция является главной и специфической функцией брака как социального организма. Об обязательности рождения детей в браке английский ученый Р. Флетчер писал так: «...для многих людей

*© Наден В.В., 2012*

настоящая брачная жизнь начинается не с формальной регистрации брака, а с того момента, когда появляется ребенок или признаки беременности...» [16, с. 38].

Брак – это уникальная форма удовлетворения потребности отдельных людей в детях (в своем продолжении), а для человечества в целом – основной способ простого воспроизводства населения. На протяжении всей человеческой истории брак является социальным основанием, порождающим отношения супружества и родительства. Г. М. Свердлов указывал на то, что брак является основой семьи, предназначение которой прежде всего в воспитании детей и заботе об их будущем, что не может не затрагивать интересы современного общества. Именно поэтому условия вступления в брак, основания его расторжения не могут считаться частным делом самих супругов. Вступая в брак, они берут на себя определенные обязанности, главная из которых – воспитание детей. В этом и состоит тот общественный интерес, во имя которого государство сохраняет за собой право вмешиваться в эту сферу человеческой жизни. В связи с чем абсолютно бесспорно, что лицу, вступающему в брак, необходимо достичь определенного уровня физиологической и психической зрелости, что приходит лишь с годами [8, с. 111].

Брачное совершеннолетие как необходимое условие вступления в брак устанавливается правом любого государства. Вместе с тем, брачное совершеннолетие исторически определялось по-разному, и в праве современных государств не существует не только единого брачного возраста, но и отсутствует единый подход к его установлению.

З. В. Ромовская отмечает, что брачный возраст – сложная правовая категория, основой для определения которой является не только и не столько способность к половой жизни и зачатию ребенка. Брачный возраст определяется с учетом половой зрелости, завершения физического роста организма, состояния психического, морального и социального развития человека, которые в комплексе должны обеспечить способность ее (его) к выполнению новой общественной роли – жены, матери, мужа, отца [6, с. 5]. Достижение физического развития необходимо для того, чтобы лица, создавшие семью без ущерба для своего здоровья, могли произвести на свет здорового ребенка. Психическое развитие позволяет им осознанно принимать жизненно важные решения. Социальное развитие означает, что мужчина и женщина способны получить специальность, работать и содержать свою семью.

Первыми законодательными актами, которые положили начало становлению новых семейных отношений на территории бывшего СРСР, был Декрет СНК РСФСР от 18 декабря 1917 года «О гражданском браке, о детях и о введении книг актов гражданского состояния» [7]. В соответствии с нормами данного декрета брачный возраст для мужчин определялся в 18 лет, а для женщин – в 16 лет. Такой же брачный возраст был закреплен и в ст. 109 Кодекса законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния Украинской РСР [4]. В Российской Федерации с принятием Кодекса законов о браке, семье и опеке 1926 г. брачный возраст для мужчин и женщин составлял 18 лет [3].

Право на брак закрепила Всеобщая декларация прав человека, принята Генеральной Ассамблеей ООН от 10 декабря 1948 года. В ст. 16 говорится, что мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются одинаковыми правами в отношении вступления в брак [13]. В соответствии со ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, мужчины и женщины, достигшие брачного возраста, имеют право вступать в брак и создавать семью в соответствии с национальным законодательством, регулирующим осуществление этого права [14]. Из выше сказанного следует, что достижение брачного возраста лицами, которые желают вступить в брак, предусмотрено правовыми источниками всех государств. В большинстве из них возраст брачного совершеннолетия ниже возраста общего совершеннолетия; брачный возраст для женщин как правило ниже, нежели для мужчин. В соответствии со ст. 16 КоБС 1969 года, брачный возраст для мужчины был установлен в 18 лет, а для женщин – в 17 лет. Известно, что семейное законодательство Украинской СРСР в этом вопросе существенно отличалось от законодательства других советских республик, которое устанавливало общий брачный возраст в 18 лет. В Украине этот вопрос решался иначе до 8 апреля 2012 года, и соответственно, брачный возраст составлял 17 лет – для женщин и 18 лет – для мужчин.

С 8 апреля 2012 года в СК Украины установлен единый возраст – 18 лет (ч. 1 ст. 20 СК), с которого гражданам Украины, как женщинам, так и мужчинам разрешено вступать в брак. Законодатели изменение брачного возраста объясняют тем, что данным нововведением приводится в соответствие норма СК Украины о брачном возрасте с Конвенцией ООН о правах ребенка, в которой установлено, что человек находится в детском возрасте до 18 лет, когда он достигает физической, интеллектуальной и психической зрелости.

Законодатели считают данное изменение соответствующим более цивилизованному и ответственному отношению подрастающего поколения к брачносемейным отношениям, отвечающим этическим и культурным традициям украинского общества. С точки зрения готовности к семейной жизни по критериям физической, моральной, социальной зрелости женщины и мужчины должны иметь равные права на санкционированное вступление в брак [15].

Н сегодняшний день изменение нормы о брачном возрасте соответствует Конституции Украины, а именно ч. 1 ст. 51, которая закрепляет равные права женщины и мужчины в браке и семье. С установлением одинакового брачного возраста можно смело говорить о равных правах женщины и мужчины на вступление в брак. относительно брачного возраста. Также приведено в соответствие изменение нормы СК о брачном возрасте с ГК Украины, а именно с ч. 1 ст. 34, в которой закреплено, что полную гражданскую дееспособность

имеет физическое лицо, достигшее 18 лет (совершеннолетия), т.е. с наступлением совершеннолетия физические лица могут свободно вступать в брак без каких-либо ограничений.

Этими изменениями законодатель пытается уменьшить количество разводов, объясняя данный фактор тем, что по статистике браки, заключенные в более взрослом возрасте, обдуманные, более крепкие. Когда же браки заключаются в более молодом возрасте (когда лица не достигли полной дееспособности) они первоначально не осознанно идут на этот шаг, и вообще не задумываются о последствиях, которые приводят в скором будущем к разводу. Поэтому остается надеяться на целесообразность изменения брачного возраста.

Итак, обязательным условием заключения брака считается достижение брачного возраста лицами, вступающими в брачный союз. И. В. Жилинкова отмечала, что брачный возраст — это биологический возраст лица, который определяется законом или в определенных случаях — судом, с достижением которого лицо приобретает право на брак [9, с. 89].

При этом государственная политика направлена на снижение брачного возраста в исключительных случаях. На сегодняшний день (до 8 апреля 2012 года минимальный брачный возраст составлял 14 лет) в брак могут вступать лица, достигшие 16-летнего возраста по решению суда (п. 2 ст. 23 СК Украины), причем согласие родителей таких брачующихся не требуется, с желанием на получение их разрешения обращаются сами несовершеннолетние граждане. Полагаем, что такой подход законодателя не совсем оправдан, поскольку в основном несовершеннолетние, даже достигнув 16-летнего возраста, еще не способны вести самостоятельную жизнь, материально зависят от родителей, и потом «родительская власть» распространяется на детей до их совершеннолетия, т.е. до достижения 18 лет. Участие родителей, усыновителей или иных законных представителей в решении вопроса о снижении брачного возраста представляется правильным ввиду естественной зависимости от них несовершеннолетних. На обязательность такого порядка указывала О. А. Хазова: «Необходимость контроля со стороны родителей за вступлением в брак своих детей обосновывалась необходимостью предупреждения совершения необдуманных, свойственных юности поступков» [11, с. 26]. Вместе с тем институт согласия третьих лиц на брак несовершеннолетних, так называемое родительское благословение, существует не одну сотню лет. Так, Ш. Л. Монтескье писал: «Требование получения согласия родителей на брак основывается на нерозумии детей, невежественных по причине их молодости и легко поддающихся опьянению страстей» [5, с. 510].

Из выше сказанного следует внести изменения в ч. 2 ст. 23 СК Украины, такого содержания: «По заявлению лица, которое достигло 16-ти лет, по согласию родителей, усыновителей, других законных представителей по решению суда может быть предоставлено право на брак, если будет установлено, что это отвечает ее интересам».

В правилах регистрации актов гражданского состояния, утвержденных Министерством юстиции Украины 18.10.2000 г. № 52/5 (в редакции указа Минюста 18.11.2003 г. № 140/5) указано, что регистрация брака лиц, которым снижен брачный возраст, проводится на общих основаниях. Лицо, достигшее 16 лет, в том случае, если ему был снижен брачный возраст, с момента вступления в брак приобретает гражданскую дееспособность в полном объеме (п. 2 ст. 34 ГК Украины). Если в течение последующего времени до достижения лицом 18-летнего возраста брак будет расторгнут, приобретенная лицом дееспособность будет за ним сохранена (п. 2 ч. 2 ст. 34 ГК Украины).

Акцентировав внимание на гражданской дееспособности, нельзя не остановиться на семейной дееспособности.

Действующее семейное законодательство не дает легального определения понятия «семейная дееспособность». В гражданском праве категория лиц полностью дееспособных более широкая, чем в семейном праве категория лиц, имеющих полную семейную дееспособность. Это имеет место за счет эмансипированных (ст. 35 ГК Украины) и вступивших в брак до достижения 18 лет (п. 2 ст. 34 ГК Украины). Эмансипированные и вступившие в брак до достижения 18 лет приобретают полную гражданскую дееспособность, однако они не приобретают в связи с этим полную семейную дееспособность. В СК Украины ничего не сказано относительно эмансипированного лица и его права вступления в брак, а это значит, что СК не допускает права вступления в брак такой категории лиц. Т.е. эмансипированному лицу, чтобы вступить в брак необходимо достичь брачного возраста, и только при наличии уважительных причин суд по просьбе эмансипированного лица вправе разрешить ему, как лицу не достигшему брачного возраста, вступить в брак. Таким образом, на данном примере можно сделать вывод, что эмансипированное лицо приобретает полную гражданскую дееспособность, но не приобретает семейную дееспособность.

Семейная дееспособность – это способность лица своими действиями приобретать семейные права и обязанности, их осуществлять, исключительно по достижению совершеннолетия, и не признанные судом недееспособными вследствие психического растройства.

В СК Украины не закреплена норма о снижении брачного возраста ниже 16 лет. Можно предположить, что такой подход законодателя способствует укреплению брака, поскольку в столь раннем возрасте лица не обладают достаточно зрелой психикой, позволяющей правильно оценивать свое поведение, и тот груз ответственности, который возлагает состояние в браке на людей. Ведь ни для кого не секрет, что единственными «уважительными причинами» для ранних браков являются беременность или рождение ребенка, что служит одним из показателей социального, экономического и культурного состояния того или иного народа.

Следует отметить, что СК Российской Федерации (далее – СК РФ), наоборот, допускает возможность вступления в брак до достижения возраста 16 лет в порядке исключения и при наличии особых обстоятельств. На практике к ним могут быть отнесены и фактические брачные отношения, и

призыв жениха на военную службу, и иные обстоятельства, не имеющие чрезвычайного характера.

Открытость данного перечня неоправданно расширяет возможности судебных органов в этом отношении. Перечень оснований для снижения брачного возраста должен быть исчерпывающим и ограничиваться особыми обстоятельствами. К ним могут быть, видимо, отнесены только беременность, рождение ребенка и угроза жизни одного из лиц, желающих заключить брак. Иное решение вопроса способно повлечь чрезмерное упрощение снижения брачного возраста, что не соответствует требованию СК РФ о заключении браков лицами моложе 16 лет.

Наше законодательство-противник столь ранних браков, и это вполне обоснованно, поэтому СК Украины не содержит норму соответствующего содержания.

Повышение возраста для вступления в брак по мере социального прогресса характерно для развитых стран, где повышается благосостояние общества, растут жизненный уровень и увеличивается продолжительность жизни отдельных граждан. Представляется целесообразным законодательное повышение брачного возраста, поскольку брак как основа семьи преследует не столько удовлетворение физиологической потребности полов, но, прежде всего, предполагает ведение совместного хозяйства мужчиной и женщиной, рождение и воспитание детей.

Истории известны периоды существования не только начального возможного, но и установления предельного брачного возраста (Указ Синода 1744 года: 80 лет – для мужчин, 60 лет – для женщин). Если считать, что основное назначение брака – это рождение и воспитание детей, то абсолютно справедливо существование предельного брачного возраста. Проблема не только в том, что такие брачующиеся вышли из репродуктивного возраста, но также в том, что они сами нуждаются, как правило, в постороннем уходе.

Существовали в праве и установления запрета на брак при наличии большой разницы в возрасте брачующихся, причем конкретно такая разница нормативно не устанавливалась.

Что же касается предельного возраста для вступления в брак, а также разницы в возрасте лиц, вступающих в брак, то они действующим СК Украины не установлены. Безусловно, не следует жестко законодательно закреплять подобные положения, но такого рода проблемы существуют в современном обществе, и следует предпринять определенные меры для предотвращения различных злоупотреблений при заключении «неравных» (исходя из возраста брачующихся) браков, хотя бы из нравственно-этических соображений. Может быть, следует установить эти обстоятельства как основания для признания брака недействительным. Так, если одна сторона недобросовестна, то у добросовестной стороны или иных заинтересованных лиц должна быть возможность потребовать признания брака недействительным именно по этому основанию со всеми последствиями такого признания, а не доказывать в суде недобросовестность супруга, допустим, отсутствие цели для создания семьи – фиктивный брак (п. 2 ст. 40 СК Украины).

Таким образом, нарушение условий о брачном возрасте влечет недействительность брака (п. 4 ст. 41 СК Украины). Порядок признания брака недействительным – судебный. Если брак заключен с лицом, не достигшим брачного возраста, при отсутствии разрешения на заключение брака до достижения лицом брачного возраста, требовать признания брака недействительным может сам несовершеннолетний супруг, его родители (лица, их заменяющие), орган опеки и попечительства, прокурор (ст. 42 СК Украины). Следуя логике, после достижения несовершеннолетним супругом возраста 18 лет требовать признания брака недействительным вправе только этот супруг. Включение родителей (иных законных представителей) в состав лиц, имеющих право требовать признания брака недействительным, еще раз подтверждает правильность позиции о необходимости согласия родителей (иных законных представителей) на снижение брачного возраста несовершеннолетнего.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Антокольская М. В.* Семейное право: учебник. – М.: Юристъ, 1996. – 366 с.
2. *Загоровский А. И.* Курс семейного права: учебник. – Одесса: Тип. «Экономическая», 1902. – 460 с.
3. *Кодекс* законов о браке, семье и опеке РСФСР. – М.: Юридическая литература, 1953.
4. *Кодекс* законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния Украинской РСР // Сборник указов УРСР. – 1926. – № 5.
5. *Монтескье Ш. Л.* Избранные произведения. – М., 1955.
6. *Рамовска З. В.* Коментар до розділу II «Шлюб. Права та обов'язки подружжя» Сімейного кодексу України // Законодавство України: науково-практичні коментарі. – 2004. – № 5. – С. 3-15.
7. *О гражданском* браке, о детях и о введении книг актов гражданского состояния: Декрет СНК РСФСР // Сборник Указов РСФСР. – 1917. – № 9.
8. *Свердлов Г. М.* Советское семейное право. – М.: Госюриздат., 1958. – 300 с.
9. *Сімейний* кодекс України: науково-практичний коментар; за ред. І. В. Жилінкової. – Х.: Ксилон, 2008. – 855 с.
10. *Суворов Н. С.* О гражданском браке. – Ярославль, 1887.
11. *Хазова О. А.* Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ. – М.: Наука, 1988. – С. 62-107.
12. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – 720 с.
13. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www. zakon.rada.gov.ua /go/ 995_015
14. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www. zakon.rada.gov.ua /go/ 995_014
15. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www. ubr.ua >Украина и мир>
16. *Fletcher R.* The Family and Marriage in Britain. L., 1970.

УДК 347.73

# КАНАДСЬКИЙ ДОСВІД НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З ПІДГОТОВКИ ПРОСПЕКТУ ЕМІСІЇ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

**Маслова-Юрченко К. О.,**
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 2
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** Стаття присвячена розгляду канадського законодавства щодо емісії цінних паперів. Детально досліджуються проблемні питання процедури складання і опублікування проспекту емісії. Аналізуються і порівнюються норми законодавства Канади і України. Висвітлюються прогалини у вітчизняному правовому регулюванні. На основі проведеного дослідження автором вироблені конкретні пропозиції щодо вдосконалення українського законодавства.
***Ключові слова:*** андеррайтинг, емісія, професійна діяльність на фондовому ринку, проспект емісії цінних паперів, торгівля цінними паперами, розміщення цінних паперів, цінні папери, фондовий ринок.

***Аннотация:*** Статья посвящена рассмотрению канадского законодательства об эмиссии ценных бумаг. Детально исследуются проблемные вопросы процедуры формирования и опубликования проспекта эмиссии. Анализируются и сравниваются нормы законодательства Канады и Украины. Рассматриваются пробелы в украинском правовом регулировании. На основе проведённого исследования автором выработаны конкретные предложения по совершенствованию украинского законодательства.
***Ключевые слова:*** андеррайтинг, профессиональная деятельность на фондовом рынке, проспект эмиссии ценных бумаг, размещение ценных бумаг, торговля ценными бумагами, ценные бумаги, фондовый рынок, эмиссия.

***Annotation:*** This article summarizes the author's research on Canadian law concerning securities issue. Problematic matters of writing and issuing the prospectus are examined in detail. Ukrainian and Canadian law provisions are analyzed and compared. Lack of regulation in some matters is carefully studied. Consequently the author proposes changes and improvements for Ukrainian law on securities issue.
***Key words:*** underwriting, professional trade in securities, prospectus, securities issue, financial market, financial agents, security dealers.

---

Договір андеррайтингу або, як його ще називають, договір на розміщення цінних паперів, продовжує свій поступовий розвиток на фондовому ринку України. На жаль, цивілістична доктрина України поки що не може похвалитися численністю наукових праць, присвячених андеррайтингу цінних паперів. Зміст договору андеррайтингу, тобто сукупність прав і обов'язків сторін – емітента та андеррайтера – практично залишається поза увагою українських науковців. У цій статті хотілося б торкнутися деяких питань, пов'язаних з розробкою та опублікуванням проспекту емісії за участю андеррайтера.

Одним з найважливіших обов'язків андеррайтера часто вважають підготовку (або допомогу емітентові у підготовці) т.з. проспекту емісії. У цьому документі мають бути описані основні характеристики випуску (група, вид, кількість, вартість цінних паперів тощо). По своїй природі проспект слугує офіційним запрошенням для необмеженого кола осіб підписатися на цінні папери емітента.

Проспект емісії в жодному разі не можна вважати документом, що спонукає до купівлі цінних паперів. У проспекті емісії повинні міститися повні, дійсні, правдиві відомості про обставини, що впливають або можуть значно вплинути на рішення інвесторів щодо придбання цінних паперів емітента.

Це стосується відомостей про найменування та місцезнаходження емітента, види його діяльності, фінансовий стан емітента, активи підприємства, заборгованість підприємства, кількість, номінальну вартість цінних паперів та інші загальні відомості про випуск цінних паперів, а також відомості про зміни в структурі підприємства, перепрофілювання, зміну видів діяльності, посадових осіб тощо, будь-яку важливу обставину, яка може викликати значні зміни у ринковій вартості цінних паперів.

Таким чином, підготовка проспекту емісії покладає на андеррайтера велику відповідальність як перед емітентом цінних паперів, так і перед інвесторами в цінні папери емітента, бо останні мають отримати через проспект емісії повні й достовірні відомості про стан справ підприємства емітента.

За законодавством України проспект емісії цінних паперів – це документ, який містить інформацію про розміщення цінних паперів та інші відомості, передбачені законом. Згідно зі ст. 30 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» [1] від 23 лютого 2006 р. у проспекті емісії цінних паперів повинна міститися інформація про емітента, його фінансово-господарський стан, цінні папери, щодо яких прийнято рішення про розміщення.

До інформації про цінні папери ст. 30 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» відносить інформацію про власне цінні папери, щодо яких прийнято рішення про розміщення, в тому числі вид, форму випуску та існування, тип (для акцій), кількість та номінальну вартість, а також про обсяг прав за цінними паперами, умови розміщення, обігу (в тому числі викупу та дій емітента, пов'язаних із викупленими цінними паперами) та погашення (для цінних паперів, що мають строк обігу), дату прийняття рішення про розміщення цінних паперів, строки початку та закінчення розміщення цінних паперів, порядок і форму виплати доходу за цінними паперами.

Проспект є головним документом емісії, і його публікація є однією з обов'язкових умов реєстрації випуску цінних паперів на фондовому ринку. До

*© Маслова-Юрченко К.О., 2012*

опублікування проспекту не може розпочатися продаж цінних паперів емітента.

Розглянемо приклад канадського регулювання правовідносин у цій сфері.

Канадська дослідниця Енн Д. Діллійон називає проспект головним квитком на вільний продаж цінних паперів [2, с. 3].

У процедурі оформлення, укладення та виконання договору андеррайтингу Е.Д. Діллійон виділяє декілька етапів: підготовчий період, «період очікування"» період виконання договору і період після виконання договору.

На підготовчому етапі проводиться організаційне засідання, на яке запрошуються емітент, його юрисконсульт, андеррайтер і його юрисконсульт, аудитори. На засіданні обговорюються строки підготовки проспекту (причому зазвичай проект розрахунку строків подає андеррайтер), призначення робочої групи з підготовки проспекту, а також, за наявності, певні юридичні особливості та труднощі, пов'язані з підготовкою проспекту, друком паперових цінних паперів, різного роду плани, кошториси та розрахунки, пропозиції щодо рекламування тощо.

У проспекті емісії повинна міститися повна і правдива інформація про стан справ підприємства емітента, щоб потенційний інвестор міг прийняти зважене рішення [3, с. 1222]. Невиконання обов'язку надати повну і правдиву інформацію в проспекті емісії тягне за законодавством західних держав сувору відповідальність, яка може виражатися навіть у забороні діяльності на фондовому ринку на певний строк. Тому керівники підрозділів емітента ретельно готують звіти про діяльність своїх підрозділів і подають їх комісії з підготовки проспекту. На цьому ж етапі обговорюється проект проспекту та т.з. «зелений лист» (специфічний документ, у якому підсумовуються умови емісії).

Далі починається так званий «період очікування», коли проект проспекту подається відповідним контролюючим органам, які дають висновок по ньому. З урахуванням їх висновків готується попередній проспект. Його віддають до друку. Віддруковані копії попереднього проспекту можуть надаватися ймовірним інвесторам та іншим зацікавленим особам.

Емітент і андеррайтер організовують та проводять роуд-шоу, а також презентації випуску, намагаючись віднайти та зацікавити майбутніх інвесторів, які придбають цінні папери емітента.

При цьому, однак, у період очікування накладається заборона на рекламування випуску, тобто роуд-шоу може відвідувати лише спеціально запрошене та обмежене коло учасників.

Якщо роуд-шоу на цьому етапі відвідають представники громадськості, широкого загалу, це буде вважатися порушенням заборони рекламування випуску. Контроль за запрошеннями і відвідуванням роуд-шоу покладається на андеррайтера, його завданням є не допустити подібних порушень.

Зазвичай право на відвідування роуд-шоу надається за запрошеннями, і нерідко постає питання, чи може відвідувати роуд-шоу в «період очікування» т.з. роздрібний інвестор (retail inverstor), тобто інвестор, зацікавлений у купівлі невеликого обсягу цінних паперів. Як правило, це не допускається, причому з метою захисту самого інвестора: оскільки на роуд-шоу не розповсюджуються ті обмеження, що стосуються розкриття інформації в проспекті емісії, уповноважені органи не втручаються у проведення роуд-шоу і не слідкують за тим, щоб надана там інформація була повною і достовірною. Також, у разі, якщо подається позов про неправдивість інформації, перевірити, що було сказано в ході роуд-шоу, досить складно, тобто в цьому разі постає проблема доведення.

Що стосується навчальних семінарів, то їх проведення андеррайтерами, в принципі, допускається, але на них також розповсюджуються обмеження стосовно рекламування випуску, тобто жодний з присутніх на семінарі не має права агітувати, заохочувати купівлю певного випуску.

Комісія з цінних паперів Онтаріо окремо підкреслювала, що навчальні семінари не повинні перетворюватися на «засіб провести те, що не дозволяється», тобто роуд-шоу з «роздрібними інвесторами», і висловлювала занепокоєння, що нерідко трапляються випадки, коли навчальний семінар проводиться з метою рекламування певного випуску цінних паперів [4, с. 36].

Також певна проблемність притаманна ситуації, якщо відомості про підготовку випуску потрапляють до засобів масової інформації.

Треба підходити до цього питання таким чином, що якщо емітент та/або андеррайтер не знали про підготовку даного випуску новин, статті в газеті або іншого сповіщення цих відомостей, і жодним чином не сприяли цій підготовці, а також не вчинювали дій, які б свідчили про їх схвалення публічного сповіщення окреслених відомостей, і не заохочували представників ЗМІ помістити цю інформацію у випуск, то таке сповіщення не є рекламуванням і на сторони договору андеррайтингу не може покладатися відповідальність за це.

Тобто в разі порушення вимог щодо рекламування випуску відповідальність повинна наставати лише за винні дії емітента та/або андеррайтера.

Те ж саме стосується проведення інтерв'ю з представниками емітента або андеррайтера, з інформацією, яку вони надають ЗМІ у межах цього інтерв'ю.

У період очікування посадові особи емітентів та андеррайтерів часто взагалі відмовляються від проведення інтерв'ю, щоб навіть не виникало питання, чи є це інтерв'ю рекламою або PR акцією.

Комісія з цінних паперів Онтаріо на рівні підзаконного акту «notice» – своєрідного роз'яснення регулятивних норм – не рекомендувала керівним посадовим особам емітента давати інтерв'ю комерційним ЗМІ протягом «періоду очікування» [4, с. 32], оскільки в Канаді встановлено досить сувору відповідальність за розголошення інформації про випуск або рекламування випуску підчас «періоду очікування».

Протягом цього ж етапу робоча група по підготовці проспекту збирається на засідання і обговорює можливі зміни щодо тексту підготовчого проспекту.

Перш, ніж подавати остаточний варіант проспекту, доцільно застосувати ще такі засоби, як

проведення формальної зустрічі з представниками емітента, аудиторами, а також, залежно від особливостей, притаманних даному конкретному розміщенню, представниками банків, основними клієнтами емітента, його постачальниками або покупцями. Керівники підрозділів емітента повинні отримати оновлений проект проспекту, перевірити зазначені в ньому відомості стосовно своїх підрозділів, і якщо в діяльності їх підрозділів сталися зміни, подати нову інформацію комісії з підготовки проспекту.

Часто на протязі цього періоду встановлюється ціна випуску, причому вона обговорюється андеррайтером та емітентом спільно. Якщо цінні папери емітента випускаються перший раз, оцінка випуску робиться заздалегідь, наперед, тоді як якщо цінні папери емітента вже представлені на ринку і здійснюється їх довипуск, то оцінка зазвичай залежить від встановленої на ринку ціни на випущені попередньо цінні папери. В останньому випадку зустріч андеррайтера та емітента і встановлення ціни випуску відбувається ввечері після закриття фондового ринку.

Далі проводиться аудиторська перевірка емітента і підготовка остаточного тексту договору андеррайтингу. Керівний орган емітента проводить засідання, на порядок денний якого виносяться два питання: прийняття остаточної редакції проспекту емісії та підписання остаточного варіанту договору андеррайтингу.

Затверджений проспект емісії подається відповідним органам. Юрисконсульт емітента зазвичай просить андеррайтера затвердити своїм підписом те, що емітент виконує свої обов'язки за договором і робить це вчасно. Видається офіційне повідомлення про випуск цінних паперів емітента.

Період виконання договору починається з того, що остаточний проспект емісії виходить у друк і надсилається зацікавленим особам. Зацікавленою особою тут буде кожний покупець цінних паперів чи його торговельний представник. Цікаво, що при цьому важливим буде щонайшвидше розповсюдження проспекту.

Наприклад, в Канаді покупцю за договором купівлі-продажу цінних паперів надається право протягом двох робочих днів з моменту отримання проспекту відізвати свій акцепт і вийти з договору [2, с. 10]. Подібні правила існують і в інших країнах.

Отже, емітент і андеррайтер зацікавлені в щонайшвидшому розповсюдженні проспекту, щоб право на відізвання акцепту припинилося завчасно до виконання договору.

Далі проводиться продаж цінних паперів інвесторам, а потім – підготовка до припинення договору андеррайтингу. Андеррайтер готує різного роду звіти про свою діяльність, документацію з розміщення випуску тощо. Як правило, підготовлені андеррайтером документи нумеруються та прошиваються для зручного використання.

Звичайно договір андеррайтингу передбачає, що андеррайтер повинен повідомити емітента про закінчення розміщення цінних паперів, кількість розміщених цінних паперів та найменування покупців. Після затвердження емітентом звіту андеррайтера договір вважається припиненим.

Подекуди андеррайтер або емітент можуть затягувати період між поданням попереднього і остаточного проспекту емісії для того, щоб дочекатися більш сприятливого стану вимоги та пропозиції на фондовому ринку [2, с. 16-17].

Час від часу з метою пришвидшення процесу емісії дозволяється використовувати скорочену форму проспекту емісії (short form prospectus), що зводиться до опису цінних паперів, які готуються до випуску, без детального розгляду фінансового стану емітента.

У зв'язку з цим необхідно відмітити, що при звичайній процедурі реєстрації випуску в андеррайтера є можливість провести детальну перевірку інформації, наданої йому емітентом, що вимагає значних витрат часу. Коли ж розміщення здійснюється через подання скороченої форми проспекту емісії, то в андеррайтера просто не буде достатньо часу для детальної перевірки усіх аспектів діяльності емітента.

У скороченій формі проспекту емісії фактично зведені щорічний фінансовий звіт емітента, звіти про значні зміни в підприємстві емітента та баланс підприємства емітента. Андеррайтер може і не брати участі в підготовці цих документів, але все одно має нести відповідальність за відомості, що містяться в проспекті.

У законодавстві України немає поняття скороченої форми проспекту емісії, однак передбачається, що емітент має право оформити проспект емісії цінних паперів (крім пайових), що підлягають відкритому (публічному) розміщенню, двома частинами (базовий проспект емісії та проспект емісії цінних паперів відповідного випуску), які підлягають реєстрації Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку в установленому нею порядку [1].

Базовий проспект емісії – складова частина проспекту емісії цінних паперів (крім пайових), що підлягають відкритому (публічному) розміщенню, яка містить інформацію про емітента, а також іншу інформацію, визначену емітентом. Зазначені у базовому проспекті емісії відомості не включаються до проспекту емісії цінних паперів відповідного випуску.

Виникає питання, чи має андеррайтер, який бере участь у розміщенні цінних паперів, відповідати за зміст базового проспекту емісії.

У базовому проспекті емісії міститься, в основному, основна інформація про емітента цінних паперів і стан його підприємства, що зближує поняття базового проспекту емісії у праві України з поняттям скороченого проспекту емісії за законодавством Канади. Нагадаємо, що останнє покладає на андеррайтера відповідальність як за зміст звичайного, так і за зміст скороченого проспекту емісії.

Цей досвід нормативного регулювання видається слушним, бо у протилежному випадку, якщо за зміст базового проспекту емісії відповідальність несе лише емітент, створюються можливості для зловживань з боку андеррайтера. Тоді, якщо в базовому проспекті емісії стан підприємства емітента відображений неправдиво, андеррайтерові навіть не треба доводити, що в нього не було можливості перешкодити

поданню в проспекті неповної та неправдивої інформації. Андеррайтера тут взагалі не можна притягти до відповідальності – адже за зміст базового проспекту емісії відповідає лише емітент. Подібне нормативне регулювання може зашкодити авторитету діяльності з андеррайтингу цінних паперів, а зараз українському фондовому ринку як раз навпаки потрібне позитивне ставлення до андеррайтерів, професійних торговців цінними паперами, і надійність їх партнерства.

Канадське законодавство в цьому питанні виходить з логіки того, що андеррайтер як посередник між емітентом та інвесторами в цінні папери має діяти добросовісно, не ставлячи інтереси емітента вище за прозорість ділового обороту. Треба керуватися балансом інтересів емітента та інвесторів, яких андеррайтер має повідомляти про дійсний фінансовий стан емітента.

Таким чином, на рівні закону в Україні слід було б встановити відповідальність андеррайтера як за зміст базового проспекту емісії, так і інших документів, у розробці яких андеррайтер бере участь спільно з емітентом.

Підбиваючи підсумки сказаного вище, хотілося б висловити сподівання на подальшу деталізацію і вдосконалення законодавства України з питань андеррайтингу. У даній статті ми торкнулися лише окремих аспектів цієї проблеми, дослідивши досвід закордонного регулювання відносин з підготовки проспекту емісії цінних паперів на прикладі нормативних актів, ділової практики і доктрини Канади.

Процедура випуску цінних паперів не достатньо чітко виписана в законодавстві нашої держави. Більшої уваги заслуговують як питання, безпосередньо пов'язані з підготовкою тексту проспекту, так і питання дій емітента та андеррайтера щодо розповсюдження проспекту, рекламування випуску, розкриття інформації про стан підприємства емітента.

Необхідно на рівні закону передбачити участь андеррайтера у підготовці проспекту емісії (нагадаємо, що Закон України «Про цінні папери і фондовий ринок» передбачає вступ андеррайтера у розміщення цінних паперів лише на стадії, коли емітент вже опублікував проспект емісії) і відповідальність андеррайтера за зміст проспекту, у підготовці якого він брав участь.

Навіть стосовно підписання проспекту слід відмітити, що так як у його розробці беруть участь обидві сторони договору андеррайтингу, то і підписати остаточний варіант проспекту повинний як емітент, так і андеррайтер. На сьогодні ж вітчизняним законодавством передбачається, що проспект емісії цінних паперів підписується керівником емітента (головою виконавчого органу), аудитором та засвідчується печаткою емітента. Особи, що підписали проспект емісії, тим самим підтверджують достовірність відомостей, які в ньому містяться, а аудитор – достовірність перевірених ним відомостей.

Також стаття 30 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» окремо виділяє, що у разі, коли емітент користується послугами андеррайтера щодо розміщення випуску цінних паперів, проспект емісії погоджується з андеррайтером, але при цьому не передбачає підписання проспекту емісії андеррайтером.

Було б логічно передбачити, щоб наприкінці проспекту містився пункт на зразок «Засвідчую, що відомості, вказані в цьому проспекті, є повними і відповідають дійсності», під яким могли б поставити підписи і печатки уповноважені представники емітента і андеррайтера.

Також доцільно було б доповнити статтю 28 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» положенням про підписання проспекту емісії андеррайтером, що брав участь у його підготовці.

Проблеми змісту договору андеррайтингу, звичайно, не обмежуються викладеним у цій статті. Детальнішого дослідження потребують як обов'язки і права емітента, так і обов'язки та права другої сторони договору – андеррайтера, відповідальність сторін за розкриття інформації тощо. Наука цивільного права чекає подальших доктринальних пошуків заради утвердження правових понять і поступового вдосконалення законодавства України.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Закон України* «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р., № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.

2. *Dillion, Ann D.* The Prospectus, Process and Presentation / Ann D. Dillion. – Osler, Hoskin and Harcourt. – 31 p.

3. Black's law dictionary / By Henry Campbell Black. – 6th ed. / by the publisher's editorial staff; contributing authors, Joseph R. Nolan / St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990. – 1657 p.

4. OSC Notice on Advertising of Securities in Ontario (Feb. 1/89) / Ontario Securities Commission. – 12 OSCB (Ontario Securities Commission Bulletin) 517, 1989. – p. 25-38.

УДК: 346.21+347.19

# СУБ'ЄКТИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

**Махінчук В. М.,**
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
докторант Науково-дослідного Інституту
приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України
(м. Київ)

***Анотація:*** У статті представлені нетипові для ринкової економіки суб'єкти підприємницької діяльності. Розглянуто суб'єкти різних видів підприємництва: мікропідприємництва, малого підприємництва, великого підприємництва, та приділяється увага питанням правового статусу суб'єктів. Автором порівнюються та аналізуються врегулювання питань суб'єктів господарським та цивільним законодавствами. Особливу увагу приділено термінам: форма господарювання та організаційно-правова форма, їх розмежуванню, особливостей визначення та регулювання господарським та цивільним законодавством.
***Ключові слова:*** підприємницьке право, суб'єкти підприємницької діяльності, правовий статус суб'єктів, господарський кодекс України, правосуб'єктність, форма господарювання, організаційно-правова форма.

***Аннотация:*** В статье представлены нетипичные для рыночной экономики субъекты предпринимательской деятельности. Рассмотрены субъекты различных видов предпринимательства: микропредпринимательства, малого предпринимательства, крупного предпринимательства, и уделяется внимание вопросам правового статуса субъектов. Автором сравниваются и анализируются урегулирования вопросов касательно субъектов хозяйственным и гражданским законодательством. Особое внимание уделено терминам: форма хозяйствования и организационно-правовая форма, их разграничению, особенностей определения и регулирования хозяйственным и гражданским законодательством.
***Ключевые слова:*** предпринимательское право, субъекты предпринимательской деятельности, правовой статус субъектов, хозяйственный кодекс Украины, правосубъектность, форма хозяйствования, организационно-правовая форма.

***Annotation:*** The author of this article considers typical for market economy entrepreneurs. Also in the works discussed agents of different types of businesses: mikro-businesses, small businesses, large businesses, and focuses on the question of the legal status of the subjects. The paper compares and analyzes the regulation of economic law and civil law. Research considers and examines the types of enterprises by commercial law and business characteristics of these enterprises. Particular attention the author pays terms: the form of economic, organizational and legal form, their separation, identification and control features of commercial and civil law.
***Key words:*** business law, business entities, the legal status of the subjects, the Economic Code of Ukraine, the legal form of management, organizational and legal form.

---

В Україні вже довгий час триває побудова національної економічної системи. Протягом усіх років незалежності державою проголошувався курс на формування ринкової економіки. Створювалась нормативно-правова база регулювання підприємницьких відносин. Часом відповідні нормативно-правові акти приймались поспіхом, без урахування проблем та потреб економічного розвитку, без забезпечення єдиного підходу щодо методів та меж державного регулювання економіки, без урахування значення тих чи інших інститутів ринкової економіки, її учасників, способів і форм здійснення підприємницької діяльності.

У ході формування законодавства про підприємницьку діяльність були запроваджені такі неоднозначні форми здійснення підприємницької діяльності, такі суб'єкти підприємницької діяльності, які є нетиповими для розвинених ринкових економік світу. Серед таких можна назвати орендні підприємства, виробничі кооперативи. Запровадження нових суб'єктів правовідносин вимагало розробки спеціального законодавства про особливості їх діяльності. Однак такі особливості не завжди відповідали загальним засадам цивільного та інших галузей права. В результаті у підприємницькій практиці почали виникати проблеми, пов'язані із неналежним визначенням правового статусу тих чи інших суб'єктів підприємницької діяльності, меж їх цивільної відповідальності, їх майнових та немайнових прав.

Прийняття Цивільного та Господарського кодексів України не усунуло усіх недоліків та не забезпечило стрункої системи суб'єктів підприємницьких відносин. Однак наявність такої системи є обов'язковою умовою стабільного функціонування ринкової економіки. Тому перед правовою наукою гостро стоїть питання співвідношення цивільно-правового та господарсько-правового регулювання суб'єктів підприємницької діяльності. Його вирішення є основним завданням цієї наукової статті.

Питанням системи суб'єктів підприємницької діяльності присвячено роботи таких сучасних цивілістів та класиків вітчизняної та зарубіжної цивілістики, як О. А. Беляневич, О. А. Бурбело, З. С. Варналій, А. С. Довгерт, І. С. Канзафарова, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, В. К. Мамутов, П. В. Мельник, Н. Ф. Ментух, В. С. Мілаш, В. М. Селіванов, І. В. Спасібо-Фатєєва, В. Ф. Опришко, О. А. Підопригора, В. М. Попович, В. Ф. Попондопуло, Ю. О. Тихомиров, І. В. Труш, Є. О. Харитонов, П. П. Цитович, В І. Шакун, Я. М. Шевченко, В. С. Щербина, В. Ф. Яковлєв та інші. Проте до цього часу їх теоретичні напрацювання та практичні пропозиції не були враховані законодавцем належним чином.

*© Махінчук В.М., 2012*

Система українського законодавства у результаті доволі хаотичного розвитку правового регулювання підприємницької діяльності відзначається нині тим, що основи правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності визначаються двома кодифікованими актами: Господарським кодексом України (далі – ГК України) та Цивільним кодексом України (далі – ЦК України).

Статтею 55 ГК України передбачено, що суб'єктами господарювання є:

1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;

2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Згідно зі ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді.

Цікаво, що ч. 3 ст. 55 ГК України суб'єкти господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, у тому числі до суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємництва.

Суб'єктами мікропідприємництва є:

фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи – підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України;

юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Суб'єктами малого підприємництва є:

фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи – підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України;

юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Суб'єктами великого підприємництва є юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) перевищує 250 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності перевищує суму, еквівалентну 50 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Інші суб'єкти господарювання належать до суб'єктів середнього підприємництва.

Як бачимо, до суб'єктів підприємництва ГК України відносить як фізичних, так і юридичних осіб. При цьому у класифікації суб'єктів господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік, попри те, що вона міститься в загальних положеннях про суб'єкти господарювання, йдеться лише про підприємців. Такий підхід до класифікації суб'єктів господарювання не враховує існування непідприємницьких суб'єктів господарювання, які також можуть використовувати працю найманих працівників. Крім того, зайвим видається вказувати у кожній нормі, що суб'єктом того чи іншого виду підприємництва є юридична особа – суб'єкт господарювання. Адже будь-яка юридична особа, що здійснює підприємницьку діяльність логічно є суб'єктом господарювання відповідно до норм ГК України. Імовірною причиною такої непослідовності законодавця можна назвати відсутність чітко визначеного предмету правового регулювання Господарського кодексу та критерії відмежування його від предмету правового регулювання Цивільного кодексу України.

Згідно зі ст. 56 ГК України суб'єкт господарювання може бути утворений за рішенням власника (власників) майна або уповноваженого ним (ними) органу, а у випадках, спеціально передбачених законодавством, також за рішенням інших органів, організацій і громадян шляхом заснування нового, реорганізації (злиття, приєднання, виділення, поділу, перетворення) діючого (діючих) суб'єкта господарювання з додержанням вимог законодавства. Однак це може стосуватись лише суб'єктів господарювання, в т. ч. підприємництва, – юридичних осіб. Така норма обходить фізичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності. Подальші норми ГК України, які стосуються утворення суб'єктів господарювання, так само не враховують, що фізична особа-підприємець також є суб'єктом господарської діяльності. Так, ст. 57 ГК України передбачено, що установчим документи суб'єкта господарювання є рішення про його утворення або засновницький договір, а у випадках, передбачених законом, статут (положення) суб'єкта господарювання. Очевидно, що ці вимоги не можуть стосуватись фізичної особи – підприємці. Попри це, ст. 128 ГК України передбачено, що громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи відповідно до статті 58 цього Кодексу.

Попри спробу визначення правового статусу широкого кола суб'єктів економічних відносин, ГК України випускає з поля зору такі важливі елементи

правового статусу, як правоздатність та дієздатність суб'єкта, або ж правосуб'єктність. Саме від наявності у того чи іншого суб'єкта правоздатності і дієздатності (разом – правосуб'єктності) визначає його можливість брати участь у правовідносинах. Наявність загальної правосуб'єктності зумовлює загальнотеоретичну можливість особи бути суб'єктом правовідносин. Однак для участі у певних видах відносин слід володіти спеціальною правосуб'єктністю. Так, для участі у цивільних правовідносинах особі потрібна цивільна правосуб'єктність, у трудових – трудова і т. д. При цьому науковці, наприклад Н. Ф. Ментух, часто розглядають цивільну правоздатність як універсальну [1, с. 39]. Однак господарський кодекс не містить визначення господарської правоздатності і дієздатності, також безпосередньо не визначає моменту набуття суб'єктами господарювання господарської правосуб'єктності. Такий момент ми можемо лише логічно вивести з поняття суб'єкта господарювання, як зареєстрованого у встановленому порядку. Таким чином галузева господарська правосуб'єктність набувається з моменту державної реєстрації. Спеціальна ж правосуб'єктність для здійснення тих чи інших видів підприємницької діяльності, що можуть здійснюватись виключно на підставі спеціальних дозволів, набувається з моменту, з якого починає діяти такий дозвіл.

Поняття господарської правосуб'єктності розробляється у правовій доктрині. Так, Н. Ф. Ментух визначає господарську правосуб'єктність як правову властивість господарської організації, що виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, які надані законом та/або безпосередньо не встановлені, але необхідні для виконання господарською організацією покладених на неї функцій і завдань, спрямована на збалансування приватних і публічних інтересів [1, с. 41]. Таке визначення викликає ряд зауважень. Перш за все, воно не відповідає визначенню так званої загальної правосуб'єктності – правосуб'єктність визначається як передбачена нормами права можливість бути учасником правовідносин, елементами якої є правоздатність та дієздатність. Правоздатність є можливістю мати права та обов'язки, а дієздатність – можливість їх набувати своїми діями. Тобто загальна правосуб'єктність не виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, а лише є можливістю їх мати або набувати. По-друге, суб'єктами господарських відносин є не лише господарські організації, а й фізичні особи, що здійснюються підприємницьку діяльність без створення юридичної особи. Також у цьому визначенні міститься відсилання до функцій та завдань господарської організації. Таке відсилання не вносить визначеності до формулювання і повинно бути замінене на вказівку конкретних правовідносин, у яких особа діє за умови наявності у неї саме господарської дієздатності. По-третє, незрозуміло, як може правосуб'єктність, навіть господарська, спрямовуватись на збалансування приватних і публічних інтересів. Очевидно, що вона може бути спрямована виключно на створення правової можливості суб'єкта брати участь у певних, в даному разі – господарських, правовідносинах.

Однак чи існує насправді господарська правосуб'єктність і як вона співвідноситься із правосуб'єктністю, наприклад, цивільною чи підприємницькою?

Статтею 25 ЦК України цивільна правоздатність фізичної особи визначається як здатність мати цивільні права та обов'язки. Її мають усі фізичні особи від народження, а у деяких випадках і до нього.

Згідно зі ст. 30 ЦК України цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Цивільну дієздатність має фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними. За загальним правилом повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття).

Юридична особа набуває правоздатності і дієздатності одночасно – у момент її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. Юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своє природою можуть належати лише людині.

Цивільними правами є особисті немайнові права, право власності та інші речові права, право інтелектуальної власності. З приводу цих прав особи можуть вступати у цивільні правовідносини, в тому числі і зобов'язальні.

Виходячи з розуміння підприємницької діяльності (підприємництва) як самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик господарської діяльності (діяльності з виготовлення товарів, виконання робіт, надання послуг), та розуміння підприємницьких відносин як відносин між рівними та незалежними суб'єктами з приводу виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт та надання послуг, для її здійснення підприємцям потрібні матеріальні ресурси та/або робоча сила. Що стосується залучення робочої сили, тут підприємці діють на підставі трудоправової правосуб'єктності. Матеріальне забезпечення (нерухомість, засоби виробництва, сировина та енергоносії) здійснюється переважно шляхом укладення різноманітних договорів (купівля-продаж, оренда, поставка тощо) з іншими суб'єктами господарювання, зокрема, і підприємництва.

Доцільно звернути увагу на розуміння дієздатності суб'єктів економічних відносин у класиці російської цивілістики. Так, П. П. Цитович називає торговцем того, хто здійснює торговий оборот, займається торговими справами, одним словом, торгує. Здатність здійснювати торгівлю містить у собі: а) здатність мати торгівлю як торгове підприємство; б) здатність вести торгівлю як (свої) торгові обороти. Іншими словами – здатність здійснювати торгівлю і діяти як торговець. Першу здатність класик називав правом на торгівлю, другу – торговою дієздатністю. Право на торгівлю, з точки зору цивільного права, є нічим іншим, як здатність мати майно. Стаття 1 Статуту торгового, писав П. П. Цитович, визначає не тільки право на торгівлю,

але й торгову дієздатність. Діяти як торговець, вести торгівлю – з точки зору цивільного права ніщо інше, як розпоряджатись різного роду рухомостями. Таким чином, будучи лише вираженням дієздатності цивільної, торгова дієздатність не співпадає з нею. Вона видозмінена і при цьому – видозмінена у розумінні розширення: торгова дієздатність включає в себе і захищає ряд таких правочинів, які без неї могли виявитись недійсними, або інакше, порочними. Що ж стосується обмежень, то крім тих, які існують для дієздатності цивільної, торгова дієздатність не знає. Особливості торгової дієздатності помітні переважно на впливі віку: у торговому праві його вплив припиняється не пізніше (а для чоловіків не раніше) 17 років; для торгового права є малолітство і нема неповноліття у власному розумінні слова. Вести торгівлю – значить «керувати володінням», але не можна керувати таким володінням, не вчиняючи всього того, чого поза торгівлею неповнолітній не може робити без згоди піклувальника. Інша справа завести торгівлю або «успадкувати торгівлю», тобто прийняти спадок: у тому й іншому випадку потрібна буде згода піклувальника. До запровадження торгівлі, як і до прийняття спадщини, неповнолітній ще не є торговцем і, відповідно, не має торгової дієздатності. Для жінки цивільна, – а з нею і торгова, – дієздатність може наступити раніше – через одруження [2, с. 208 – 209]. Подібний підхід до підприємницької правосуб'єктності зберігається і у ЦК України. Так, згідно з ч. 3 ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю. За наявності письмової згоди на це батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування така особа може бути зареєстрована як підприємець. У цьому разі фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця.

Отже, для матеріального забезпечення підприємницької діяльності та відносин із приводу придбання/відчуження матеріальних та інших благ, підприємцям достатньо володіти цивільною правоздатністю і дієздатністю. Для участі в інших відносинах, наприклад адміністративних, юридичні та фізичні особи повинні володіти іншою спеціальною правосуб'єктністю. Тому видається дещо недоцільним виокремлювати господарську правоздатність.

Більш детально загальні засади здійснення підприємницької діяльності фізичною особою без створення юридичної особи регулюється главою 5 ЦК України. Так згідно зі ст. 50 ЦК України право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності встановлюються Конституцією України та законом. Фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом. До підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не випливає із суті відносин. Фізична особа – підприємець відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном, крім майна, на яке згідно із законом не може бути звернено стягнення.

Дещо інший підхід до правового регулювання підприємницької діяльності фізичних осіб закладено у ГК України. Так, згідно зі ст. 128 цього Кодексу Громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин-підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном, на яке відповідно до закону може бути звернено стягнення. Відзначимо, що у ГК України використовується термін «громадянин-підприємець», тоді як у ЦК України – «фізична особа – підприємець». При цьому за нормами ГК України громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність:

- безпосередньо як підприємець або через приватне підприємство, що ним створюється;
- із залученням або без залучення найманої праці;
- самостійно або спільно з іншими особами.

Такий поділ способів здійснення підприємницької діяльності громадянами видається дещо нелогічним – його здійснено за кількома критеріями, що призводить до змішування участі фізичної особи у створенні суб'єкта підприємництва із власне підприємницькою діяльністю. Так, якщо особа зареєстрована як фізична особа – підприємець, тоді вона справді здійснює підприємницьку діяльність особисто і від свого імені у власних інтересах вступає у підприємницькі відносини. Натомість якщо створено приватне підприємство, то підприємницькою правосуб'єктністю наділяється саме приватне підприємство і саме воно від свого імені вступає у підприємницькі правовідносини.

Загалом слід наголосити на деяких розбіжностях у підходах до визначення суб'єктів підприємницької діяльності в ЦК та ГК України. Так у розділі ІІ ГК України можна бачити таких суб'єктів господарювання, в т. ч. підприємництва, як підприємства, державні та комунальні унітарні підприємства, господарські товариства, підприємства колективної власності, приватні підприємства, об'єднання підприємств, громадяни. Натомість у ЦК України до суб'єктів підприємницької діяльності віднесено фізичних осіб – підприємців, підприємницькі товариства.

Згідно з гл. 7 ЦК України, юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 цього Кодексу. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Порядок утворення та правовий

статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом.

До підприємницьких товариств у ЦК України віднесено господарські товариства – юридичні особи, статутний (складений) капітал яких поділений на частки між учасниками. Господарські товариства можуть бути створені у формі повного товариства, командитного товариства, товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерного товариства. Підприємство в ЦК України розглядається переважно як об'єкт, а не суб'єкт, як єдиний майновий комплекс. Проте й тут єдиного розуміння підприємства немає. Так, передбачено створення державних і комунальних підприємств як форми участі держави у цивільних відносинах. Однак це юридичні особи публічного права, регулювання яких не входить до завдання цього Кодексу. Крім того, наприклад, у ч. 2 ст. 708 йдеться про роздрібні торговельні підприємства.

Водночас ГК України визначає підприємство як самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами.

Згідно з ч. 1 ст. 63 ГК України залежно від форм власності, передбачених законом, в Україні можуть діяти підприємства таких видів:

- приватне підприємство, що діє на основі приватної власності громадян чи суб'єкта господарювання (юридичної особи);
- підприємство, що діє на основі колективної власності (підприємство колективної власності);
- комунальне підприємство, що діє на основі комунальної власності територіальної громади;
- державне підприємство, що діє на основі державної власності;
- підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності).

Однак форми власності сьогодні у законі не визначаються. У Цивільному кодексі України, як основному регуляторі відносин власності, форми власності не згадуються. Проте у ньому йдеться про суб'єктів права власності – Український народ та інші учасники цивільних відносин, визначені у ст. 2 цього Кодексу (фізичні та юридичні особи, держава Україна, АР Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права). У Конституції України йдеться про право власності Українського народу, право приватної власності Як бачимо, класифікація підприємств за формами власності не повною мірою відповідає класифікації права власності за його суб'єктами.

Залежно від способу утворення (заснування) та формування статутного капіталу в Україні діють підприємства унітарні та корпоративні. Унітарне підприємство створюється одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний капітал, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який ним призначається, керує підприємством і формує його трудовий колектив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства. Унітарними є підприємства державні, комунальні, підприємства, засновані на власності об'єднання громадян, релігійної організації або на приватній власності засновника. Корпоративне підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб.

Найбільше питань викликає правове регулювання такого суб'єкта підприємництва, як приватне підприємство. Приватне підприємство у ГК України визначається як підприємство, що діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці чи з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання – юридичної особи. У коментарі до ст. 113 ГК зазначено, що наведене у статті визначення приватного підприємства дозволяє дійти висновку, що останнє створюється виключно на основі приватної власності фізичних осіб або юридичної особи і може бути створене одним, двома або більше числом засновників – громадянами України, особами без громадянства та іноземцями або юридичною особою – власником, суб'єктом господарювання. Приватне підприємство відповідає за борги тільки своїм майном, а засновник не несе відповідальності за боргами приватного підприємства. У цьому перевага приватного підприємства перед суб'єктами підприємницької діяльності – громадянами, які відповідають за борами всім своїм майном. Приватне підприємство може бути унітарним, заснованим на виділеному для господарської діяльності майні, яке може перебувати у приватній власності однієї фізичної особи або суб'єкта господарювання, Корпоративне приватне підприємство створюється, як правило, двома або більше фізичними особами – засновниками, за їх сумісним рішенням (засновницьким договором), діє на основі об'єднання трудової участі засновників та/або майна, участі в розподілі доходів і ризиків підприємства. Корпоративні підприємства, як правило, є власниками майна. Однак законодавством України не встановлено заборон щодо закріплення майна за корпоративними приватними підприємствами на інших майнових титулах. Окрім того, деякі нормативно-правові акти, зокрема Закони України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», «Про стандарти, технічні регламенти і процедури оцінки відповідності» від 1 грудня 2005 р., використовуються поняття «приватне підприємство» в розумінні підприємства, заснованого на приватній

формі власності, яке є відмінним від державного і комунального підприємства [3, с. 220].

Перш за все слід зауважити, що ознака особистої участі засновників у діяльності приватного підприємства не є обов'язковою його характеристикою. Адже у самому визначенні допускається альтернатива – об'єднання праці засновників або використання найманої праці. Крім того, об'єднання праці засновників властиве також іншим суб'єктам економічних правовідносин. Так, у діяльності повного товариства беруть участь власною працею його засновники. Обов'язковою ознакою виробничих кооперативів є участь його засновників та членів у виробничій діяльності.

Цивільний кодекс України не містить норм, які б визначали статус приватного підприємства. На нашу думку, це пояснюється відсутністю відповідної потреби. Адже, як ми бачимо з норм ГК України, їх науково-практичного коментаря, відсутнє чітке відмежування приватного підприємства від інших організаційно-правових форм юридичних осіб. Слід зауважити, що виходячи з положень абз. 2 ч. 1 ст. 31, ст. 62, ч. 1 ст. 109 ГК України підприємство є організаційною формою господарювання, а не організаційно-правовою формою юридичної особи. Водночас підприємство є юридичною особою. Згідно зі ст. 63 ГК України приватне підприємство, колективне підприємство, комунальне підприємство, державне підприємство, підприємство, засноване на змішаній формі власності, – все це види та організаційні форми підприємства, а не організаційно-правові форми юридичної особи. Що ж стосується організаційно-правової форми юридичної особи усіх форм та видів підприємств, як і суб'єктів інших форм господарювання, інших організаційних форм приватного підприємства, то тут, на нашу думку, вона повністю повинна лягати у прокрустове ложе організаційно-правових форм юридичних осіб, передбачених ЦК України. Так, згідно з ч. 2 ст. 87 ЦК України установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Якщо ж приватне підприємство засноване однією особою, то ЦК України і передбачає заснування товариств однією особою (фізичною чи юридичною). В такому разі товариство діє на підставі статуту, затвердженого цією особо. Таким чином, приватне підприємство, у діяльності якого беруть участь особистою працею його засновники або ж яке використовує найману працю, засноване однією чи кількома особам, може діяти у організаційно-правовій формі такої юридичної особи, як товариство. Такий підхід дозволить усунути невизначеності у правовому статусі цілого ряду суб'єктів підприємницької діяльності, зокрема такі, як вимоги до формування установчого капіталу, межі майнової відповідальності тощо.

Отже, існує нагальна потреба у чіткому розмежуванні понять «форма господарювання» та «організаційно-правова форма юридичної особи». Перше поняття повинно стосуватись внутрішньої організації господарської діяльності суб'єкта господарювання і може визначатись у ГК України, а друге – формування такої правової фікції, як суб'єкт правовідносин – юридична особа приватного права, та закріплюватись у ЦК України. У ГК України слід уникати регулювання організаційно-правових форм юридичних осіб, принаймні юридичних осіб приватного права, враховуючи, що організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права, приватні відносини щодо їх утворення, управління та розпорядження ними регулюється нормами ЦК України та деяких спеціальних законів («Про акціонерні товариства», «Про господарські товариства»). При розробці нормативних актів слід керуватись принципом Оккама, який лежить в основі всього наукового моделювання і побудови теорій. Він переконує нас із набору інших еквівалентних моделей будь-якого явища вибрати найпростішу. Тому слід визнати доцільність правового регулювання юридичних осіб публічного права нормами ГК України, а юридичних осіб приватного права – ЦК України.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Ментух Н. Ф.* Господарська правоздатність / Н.Ф. Ментух // Адвокат. – 2011. – №. 2 (125). – С. 39 – 41.

2. *Цитович П. П.* Учебник торгового права // Цитович П. П. Труды по торговому праву: в 2 т. – М.: Статут, 2005. – Т.1. – 450 с.

3. *Науково*-практичний коментар Господарського кодексу України: / О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина [та ін.]; за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – 3-тє вид., переробл. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 776 с.

УДК 349.3

# ДО ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ В СИСТЕМІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ НАСЕЛЕННЯ В УКРАЇНІ

**Москаленко О.,**
докторант кафедри цивільно-правових дисциплін,
господарського та трудового права
Харківського національного
педагогічного університету імені Г.С. Сковороди

***Анотація:*** У статті розглянуто проблеми реформування та вдосконалення існуючої системи соціального страхування населення. Визначено роль обов'язкового державного соціального страхування у системі соціального захисту населення. Виявлено перспективи розвитку обов'язкового державного соціального страхування та шляхи майбутніх досліджень.
***Ключові слова:*** система соціального захисту, обов'язкове соціальне страхування, реформування соціального страхування.

***Аннотация:*** В статье рассмотрены проблемы реформирования и совершенствования существующей системы социального страхования населения. Определена роль обязательного государственного социального страхования в системе социальной защиты населения. Выявлены перспективы развития обязательного государственного социального страхования и пути будущих исследований.
***Ключевые слова:*** система социальной защиты, обязательное социальное страхование, реформирование социального страхования.

***Annotation:*** In article considers the problems of the reform and improvement of the existing system of social insurance of the population. This paper defines the role of the compulsory state social insurance in the social protection system. Identified prospects for compulsory state social insurance and the way for future research.
***Key words:*** system of social protection, compulsory social insurance reform of the social insurance.

---

Одним із головних правових заходів щодо соціального захисту громадян України є загальнообов'язкове державне соціальне страхування. В сучасних умовах відбувається переосмислення зазначеного інституту, виявляються нові напрямки розвитку, що, безсумнівно, викликає науковий інтерес до відповідної проблематики.

Окремі питання соціального страхування висвітлювали в своїх дослідженнях вітчизняні і зарубіжні науковці: В. Андріїв, В. Внукова, Н. Дубровських, В. Міненко, В. Райхер, В. Роік, С. Засуха, С. Прилипко, І. Сирота, С. Сільченко, Н. Хуторян, О. Ярошенко та ін.

Незважаючи на широке коло публікацій відносно сутності загальнообов'язкового державного соціального страхування, ряд теоретичних і практичних питань не знайшли достатнього відображення у вітчизняній науковій літературі: недостатньо чітко сформований понятійний апарат, пов'язаний з визначенням місця соціального страхування та соціального ризику в складному механізмі соціального захисту населення України, з наукових позицій не повною мірою опрацьовано питання вибору шляху, яким має йти подальший розвиток соціального страхування. Зазначене зумовлює актуальність питання щодо сутності і змісту загальнообов'язкового державного соціального страхування в сучасних умовах.

Слід зазначити, що розпад Радянського Союзу та трансформація його суспільно-економічної системи, формування нової парадигми соціальної політики в країнах Співдружності Незалежних Держав (далі – СНД) – ці та ряд інших причин докорінно вплинули на зміну інституціональної бази й моделі соціального захисту, в тому числі і соціального страхування. Соціалістична модель соціального забезпечення, у якій держава відігравала роль єдиного організатора й найбільшого фінансового донора, за останні роки поступово трансформується в модель, де поряд із державою усе більш важливу роль відіграють роботодавці, працівники, органи місцевого самоврядування тощо.

У результаті інституційних змін кінця 90-х років XX ст. відбулося реформування національної економіки з адміністративно-планової у ринкову, що призвело до так званої «інституційної неадекватності», в тому числі і в соціальному страхуванні. Існуюча система соціального страхування втратила основні ознаки страхових відносин і фактично перетворилася на частину податкової системи держави. По суті страхові внески вже не базуються на оцінці соціальних ризиків. Вони більше є різновидом податку, що стягується і перерозподіляється державою для виплати соціальних допомог і пенсій через спеціалізовані фонди. Такі значні зміни не тільки не укріпили, а підірвали довіру населення до страхування як методу управління ризиками.

Саме тому процес перерозподілу національного доходу повинен забезпечувати захист населення від широкого кола соціальних ризиків, втілення в життя принципу соціальної справедливості.

Загальнообов'язкове державне соціальне страхування в ринкових умовах повинно відігравати роль захисту працівників і членів їх сімей. При цьому зазначений інститут має об'єднувати суспільство, і надавати людині можливість реалізувати свою відповідальність і свободу на основі соціальної справедливості.

Стосовно визначення поняття соціального страхування, як зазначив С.О. Сільченко, конструкція ст. 46 Конституції України дає підстави вважати, що загальнообов'язкове соціальне страхування розглядається законодавцем як гарантії права на соціальний захист населення. Однак представляється

*© Москаленко О., 2012*

можливим стверджувати, що право на соціальне страхування має самостійну цінність і набуло значення одного з найважливіших соціально-економічних прав людини в сучасному світі [1, с. 463]. Зазначена позиція недостатньо аргументована, оскільки соціальне страхування необхідно розглядати як організаційно-правову форму соціального захисту. Тобто це правовий механізм, який дозволяє реалізувати конституційне право на соціальний захист, виокремити відповідних суб'єктів і закріпити їх правовий статус, визначити джерела фінансування тощо.

Слід зазначити, що в умовах демократизації суспільства соціальне страхування може також здійснюватись шляхом надання страхової послуги - на договірних засадах, або на засадах певних нормативних актів, що визначається суспільними інтересами і реалізується через систему обов'язкового державного соціального страхування.

Система страхового забезпечення, за визначенням Л. С. Шевченко, це спосіб боротьби зі стихійними, природними, суспільними явищами шляхом формування спеціальних фондів, здатних за будь-яких обставин відшкодувати збитки, завдані окремому членові страхового товариства [2].

В узагальненому розумінні система соціального страхування розв'язує два важливих соціально-економічних завдання: 1) збереження та повне відновлення працездатності активної частини населення країни; 2) гарантоване матеріальне забезпечення громадян, які втратили працездатність у зв'язку з виходом на пенсію, у зв'язку з професійним захворюванням чи нещасним випадком на виробництві тощо.

Отже, обов'язкове та добровільне соціальне страхування за своїм функціональним призначенням передбачає розв'язання окремих аспектів соціального захисту громадян в Україні. Воно спрямоване на відшкодування доходів громадян, зумовлених втратою працездатності.

Через систему соціального страхування реалізується концепція забезпечення гарантованого мінімального доходу, в якій основою є принцип розподілу з урахуванням ресурсних можливостей суспільства та визначення міри соціальних гарантій.

Як відзначає Н.М. Внукова та Н.В. Кузьминчук, у соціально-політичному аспекті соціальне страхування є способом реалізації конституційного права громадян на матеріальне забезпечення в старості, у випадках хвороби, повної або часткової втрати працездатності або недостачі такої від народження, при втраті годувальника, при безробітті. Так, необхідність соціального страхування обумовлена наступними причинами: по-перше, наявністю осіб, які, з погляду на певні обставини, не беруть участі в суспільно-корисній праці, тобто не можуть за рахунок заробітної плати виживати або підтримувати мінімальний життєвий рівень; по-друге, наявністю громадян, що є працездатними, але не мають можливості реалізувати цю працездатність [3, с. 127].

Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 р. залежно від страхового випадку виділяє такі види загальнообов'язкового державного соціального страхування:

– пенсійне страхування;
– страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності і витратами, обумовленими народженням і похованням;
– страхування від нещасного випадку на виробництві і при професійному захворюванні, що спричинили за собою втрату працездатності;
– страхування на випадок безробіття;
– медичне страхування;
– інші види страхування, передбачені законами України [4].

Сучасна система соціального страхування в Україні охоплює широке коло соціальних ризиків, забезпечення яких здійснюється саме через страхову форму. До фінансування витрат залучені не тільки підприємства, установи та організації, а всі роботодавці (юридичні та фізичні особи), які використовують найману працю. Передбачається можливість залучення до соціального страхування і самозайнятих осіб. До сплати внесків залучені також самі застраховані особи. Розмір внесків визначається у відсотковому відношенні до заробітку (доходу). Саме на цю організаційно-правову форму покладається функція належного соціального забезпечення, яке вона спроможна буде виконувати в перспективі. Система загальнообов'язкового державного соціального страхування побудована на ринкових засадах, фонди соціального страхування відокремлені від державного бюджету і є самоврядними некомерційними фінансовими установами, в управлінні яких держава бере участь як рівноправний партнер із представниками працівників і роботодавців [5, с. 72].

Система соціального страхування має всі ознаки соціального інституту як-от: певне коло суб'єктів із визначеними правами та обов'язками (застраховані особи, страховики, страхувальники), що вступають у процесі своєї діяльності у відносини, що мають своє нормативно-правове закріплення; виокремленні засади та принципи функціонування; чітко визначену систему джерел фінансування, чітку формалізовану організацію у вигляді фондів соціального страхування; наявність законів, інструкцій і положень, на підставі яких здійснюється діяльність усіх суб'єктів; виконання соціально значущих функцій тощо.

На підставі загальнообов'язкового державного соціального страхування як чітко врегульованого соціального інституту будь-якої демократичної та соціальної держави, забезпечується збереження, відтворення та розвиток індивідів суспільства, реалізуються принципи солідарності та субсидування (які притаманні будь-якій розвиненій країні). Найважливішою умовою створення системи соціального страхування в Україні є розробка чітко вивіреної системи базових орієнтирів її побудови.

Незважаючи на множинність підходів, науковцями при визначенні принципів соціального страхування, основними принципами, що відрізняють його від інших форм соціального захисту, є: принцип особистої відповідальності працівників та роботодавців за організацію страхового захисту від соціальних ризиків; солідарної взаємодопомоги працівників і роботодавців з відшкодування витрат, пов'язаних із соціальними ризиками; субсидіарної відповідальності застрахованих і страхувальників у фінансових та управлінських питаннях; а також

взаємної відповідальності щодо виконання суб'єктами страхових відносин установлених законом обов'язків.

Таким чином, сутність соціального страхування як інституту соціального захисту розкривається за допомогою функцій, серед яких гарантійна, економічна і функція регламентації. Переслідуючи як основну мету компенсацію втрати трудового доходу в результаті настання певного виду соціального ризику, соціальне страхування виконує свою основну функцію – захист людини. Присутність системи соціального страхування в суспільному житті і забезпечення більш повної захищеності індивідів суспільства від соціальних ризиків, наявність базових орієнтирів побудови і соціально значущих функцій дозволяють говорити про соціальне страхування як про соціальний інститут.

Правовідносини із соціального забезпечення містять у собі моменти суб'єктивної і об'єктивної волі. Виникнення правовідносин із соціального забезпечення пов'язують з набуттям у громадян суб'єктивного права на той чи інший вид соціального забезпечення, передбачений чинним законодавством та їх волевиявленням щодо звернення до відповідного державного органу за призначенням такого забезпечення, або встановлення відповідного юридичного факту, необхідного для його надання, чи вирішення позасудово спору з приводу надання певного виду соціального забезпечення.

Тобто зміст суспільних відносин, що виникають у сфері соціального забезпечення визначають саме учасники цих відносин (суб'єктивна воля). Але цей зміст регулюється правовими нормами, що надають відносинам правової форми і самі учасники відносин, у разі відсутності правової норми, спрямованої на врегулювання таких відносин, не можуть надати відносинам юридичної форми. Отже, об'єктивна воля виступає як воля держави, оскільки права і обов'язки учасників відносин, та й існування самих відносин забезпечуються нормативними актами, що видаються державою в особі її органів.

Соціальне страхування може розглядатися як основна форма захисту від соціально-економічних ризиків тому, що воно поширюється на економічно активне населення, тобто на осіб, які мають трудові доходи, що є базою для нарахування страхових внесків. Страхові внески акумулюються в страховому фонді – відособленому від бюджету джерелі, з якого при настанні страхового випадку надається забезпечення застрахованим особам. Імовірність настання ризику прораховується наперед, і це принципово важливо в умовах ринку.

Громадянин стає застрахованим і потрапляє під захист страхової системи ще до виникнення страхового випадку. Це дає можливість не тільки приготуватися до несприятливих подій, а й попереджати їх. Оскільки в системі соціального страхування компенсуються тільки легальні доходи від трудової і прирівняні до неї види діяльності, воно може розглядатися як важливий елемент механізму стимулювання трудової та підприємницької активності громадян. Управління системою повинно будуватися на принципах автономії та участі всіх суб'єктів, насамперед – застрахованих.

Для подальшого розвитку соціального страхування вважаємо, що проводити реформування слід за рахунок поділу страхового простору між існуючою державною монополією і ринком, на якому почнуть діяти недержавні страхові організації. Як один із можливих інструментів залучення фінансових коштів у капіталомісткі і довгострокові проекти є державно-приватне партнерство обов'язкового соціального страхування на основі укладання концесійних угод.

У зв'язку з цим необхідно вдосконалення правового регулювання соціального страхування. Вищим рівнем правового регулювання соціального страхування має бути міжнародно-правове. При реформування має бути забезпечення двох основних завдань: реалізації в національній системі соціального страхування міжнародних соціальних стандартів, а також збереження вже набутих соціально страхових прав. Для рішення даного завдання необхідна ратифікація основних міжнародно-правових документів у галузі соціального забезпечення та соціального страхування (наприклад, Конвенцій МОП, Європейського кодексу соціального забезпечення).

Серед проблем соціального страхування, як відзначає О.М. Андрущак найбільшою за масштабом є поширення тіньового ринку праці і доходів, що значно знижує можливості фінансування державних позабюджетних соціальних фондів. Приховування реальних обсягів заробітної плати, що в умовах переходу на страхові засади соціального забезпечення закладає підстави для конфлікту між роботодавцями та працівниками [6].

Система соціального страхування спрямована на стимулювання трудової та підприємницької активності громадян, легалізацію і підвищення доходів. Названі цілі будуть досягнуті тільки в тому випадку, якщо рівень забезпечення по соціальному страхуванню буде достатньо високим. У зв'язку з цим в найближчій перспективі мінімальні розміри страхових пенсій і допомог повинні порівнюватися не з прожитковим мінімумом, а з мінімальним споживчим бюджетом. Максимальні розміри виплат із страхування повинні відповідати раціональному споживчому бюджету.

У законах про конкретні види соціального страхування необхідно передбачити компенсацію застрахованим громадянам моральної шкоди у випадках порушення їх права на соціально-страхове забезпечення.

Підводячи підсумки, слід погодитися з думкою С.Г. Кузьменко, яка зазначає, що формування системи обов'язкового соціального страхування в Україні потребує вжиття таких заходів:

– розробки доктрини системи соціального страхування для України;

– розробки методологічних основ формування правового поля соціального страхування;

– розмежування функцій і повноважень основних соціальних суб'єктів (роботодавців, працівників і держави) у сфері управління всією системою і окремими видами соціального страхування;

– визначення форм, рівнів і механізмів реалізації соціальних гарантій, що забезпечуються різними видами соціального страхування;

– визначення 4-5 базових правових інститутів соціального страхування які передбачили б усі

можливі види страхових випадків, і забезпечення координації їх діяльності з метою щільної правової структуризації усіх форм видів захисту;

– визначення фінансових механізмів соціального страхування з урахуванням оптимального навантаження його суб'єктів, пов'язаного з політикою заробітної плати, прибутків і податків у країні;

– визначення інструментарію та інфраструктури управління соціальним страхуванням, моделей актуальних розрахунків, інформаційної бази, статусу актуальних центрів і контрольних органів, медико-реабілітаційних служб [7, с. 143].

Обов'язкове соціальне страхування в умовах нестабільності є найважливішою гарантією соціального забезпечення багатьох категорій соціально незахищених громадян. Це пов'язано з тим, що соціальне страхування й пенсійне забезпечення беруть участь у перерозподілі прибутку, тобто у передачі ресурсів однієї частини населення іншій.

Для виконання цих завдань необхідно завершити формування законодавчої бази, яка забезпечить проведення активної і дієвої соціальної політики; підвищити фінансову стабільність і ефективність використання коштів державних позабюджетних соціальних фондів і недержавних фондів, які здійснюють соціальне страхування.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Сильченко С. А.* Генезис права на социальное страхование как элемента правового статуса личности / С. А. Сильченко // Актуальні проблеми регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: тези доп. III Міжнар. наук.-прак. конф., 7-8 жовт. 2011 р. / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х. : Кросроуд, 2011. – С. 462-467.

2. *Шевченко Л. С.* Соціальні ризики та соціальна безпека праці: монограф. / Л. С. Шевченко. – Х.: Право, 2009. – 280 с.

3. *Внукова Н. М.* Соціальне страхування: Кредитно-модульний курс: навч. посіб. / Н.М. Внукова, Н.В. Кузьмичу. – К.: Центр учбової літератури, 2009. – 412 с.

4. *Закон* України «Основи законодавства України про загально-обов'язкове державне соціальне страхування» від 14.01.1998 р. за № 1608-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 23. – С. 121.

5. *Іванова Ю. С.* Принципи загальнообов'язкового державного соціального страхування // Проблеми розбудови державності та народовладдя в Україні (до 20-річчя Народного руху України за перебудову): XXII Харківські політологічні читання (матеріали міжнар. наук.-теорет. конф.). – Х. : Б. в., 2009. – С. 71-73.

6. *Андрущак О. М.* Проблемні питання реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування в Україні // Актуальні питання реформування правової системи України: зб. наук. ст. за матеріалами Міжнар. наук.-практ. конф., Луцьк, 29-30 травня 2009 р. / уклад. Т. Д. Климчук. – Луцьк: Волинська обласна друкарня, 2009. – 722 с.

7. *Кузьменко С. Г.* Шляхи формування системи обов'язкового соціального страхування в Україні / С. Г. Кузьменко // Актуальні проблеми юридичної науки : зб. тез міжнар. наук. конф. «Десяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 18-19 лист. 2011 р.) / Хмельницький ун-т упр. та права. – Хмельницький : Хмельниц. ун-т управ. та права, 2011. – Ч. 2. – С. 142-144.

УДК 347.44:621.39

# СИСТЕМА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ДОГОВОРОМ ПРО НАДАННЯ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ ПОСЛУГ

**Пешкова А. С.,**
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри
правового регулювання економіки
Харківського національного
економічного університету

***Анотація:*** Стаття присвячена розгляду системи зобов'язань, що функціонально пов'язані із зобов'язанням з надання телекомунікаційних послуг і виникають з договорів, які укладаються у сфері телекомунікацій, за їх відношенням до основної послуги, яка виробляється на ринку послуг зв'язку – телекомунікаційній послузі кінцевому споживачу. Основне зобов'язання в цій системі – зобов'язання з надання телекомунікаційної послуги між операторами, провайдерами телекомунікацій та споживачем.
***Ключові слова:*** система зобов'язань, договір про надання телекомунікаційних послуг, телекомунікаційні послуги, договір про взаємозв'єднання телекомунікаційних мереж, обов'язки операторів, провайдерів телекомунікацій.

***Аннотация:*** Статья посвящена рассмотрению системы обязательств, функционально связанных с обязательством по оказанию телекоммуникационных услуг и которые возникают из договоров, заключаемых в сфере телекоммуникаций, по их отношению к основной услуге, которая производится на рынке услуг связи – телекоммуникационной услуге конечному потребителю. Основное обязательство в этой системе – обязательство по оказанию телекоммуникационных услуг между операторами, провайдерами телекоммуникаций и потребителем.
***Ключевые слова:*** система обязательств, договор об оказании телекоммуникационных услуг, телекоммуникационные услуги, договор о взаимосоединении телекоммуникационных сетей, обязанности операторов, провайдеров телекоммуникаций.

***Annotation:*** This article deals with the obligations of functionally related to the obligation to provide telecommunication services and which arise out of contracts in the telecommunications sphere, in their relation to the basic service, which is done on the communications market – telecommunications services to the end consumer. The principal obligation in this system – the obligation to provide telecommunication services by the operators, providers of telecommunications to the consumer.
***Key words:*** system of obligations, the agreement on the provision of telecommunication services, telecommunication services, an agreement on interconnection of telecommunications networks, responsibilities of operators and providers of telecommunications.

Питання про систему договірних відносин у сфері телекомунікацій було предметом досліджень як вітчизняних, так і вчених інших країн. В основі систематизації зобов'язань використовувались найрізноманітніші критерії. Так, О.М. Міхєєва досліджує систему договірних відносин, що укладаються в сфері надання послуг електрозв'язку з використанням критерію суб'єктного складу [7, с. 8-9]. О.А. Богуцький, досліджуючи договори про надання телекомунікаційних послуг, також класифікує їх, як і О.М. Міхєєва, за суб'єктами, але, поряд з тим, виділяє й інші критерії: ступінь доступності до замовника, види телекомунікаційних послуг та спосіб обміну інформацією через телекомунікаційні системи [2, с. 7]. С.В. Петровський розглядає договір про надання Інтернет-послуг зв'язку в системі інших зобов'язань, пов'язаних з наданням Інтернет-послуг [8, с. 70-85]. Т.Н. Скорікова відмічає, що технологія електричного зв'язку обумовлює необхідність розмежування системи послуг цього зв'язку на два види в залежності від рівня правовідносин [9, 11-12]. Однак слід зазначити, що дослідження вищезгаданих вчених зазвичай були присвячені тільки окремим видам зв'язку та не охоплювали систему зобов'язань, що функціонально пов'язані із зобов'язанням з надання телекомунікаційних послуг. Тому існує необхідність дослідження такої системи, чим і зумовлено актуальність цієї статті.

В основу систематизації зобов'язань, що пов'язані з зобов'язанням із наданням телекомунікаційних послуг, на наш погляд, слід покласти критерій функціонального взаємозв'язку із зобов'язанням з надання телекомунікаційних послуг. Запропоновано виокремлення наступних зобов'язань: 1) основне зобов'язання – з надання телекомунікаційної послуги; 2) зобов'язання, що направлені на виконання основного зобов'язання; 3) зобов'язання, що доповнюють основне зобов'язання; 4) зобов'язання, на виконання яких направлене основне зобов'язання.

В якості допоміжного критерію, використання якого допоможе виявити функціональні взаємозв'язки між зобов'язаннями, обрано критерій *суб'єктного складу зобов'язань.* У зв'язку з цим буде розглянуто три групи зобов'язань: *1) між оператором, провайдером телекомунікацій та споживачем; 2) між оператором, провайдером та іншими особами; 3) між споживачем та адресатом повідомлення.*

Перш за все слід розглянути *першу групу* зобов'язань: між оператором, провайдером та споживачем. Зобов'язання з надання телекомунікаційних послуг є основним зобов'язанням в цій групі.

Технологія надання телекомунікаційних послуг з використанням кінцевого обладнання індивідуального користування, що основана на тривалих відносинах між оператором, провайдером телекомунікацій та споживачем, передбачає забезпечення технічного доступу до телекомунікаційної мережі. В цих випадках зобов'язання з забезпечення доступу до телекомунікаційної мережі обов'язково передує зобов'язанню з надання телекомунікаційних послуг, без існування та виконання першого зобов'язання не може бути виконане друге. Зобов'язання з

*© Пешкова А.С., 2012*

забезпечення доступу тим самим спрямовано на виконання основного зобов'язання. На практиці обидва зобов'язання часто виникають на основі єдиної угоди, яку в цьому випадку слід кваліфікувати як змішаний договір [4, с.187].

*Зобов'язання з надання доступу* – це правовідносини, в яких оператор, провайдер телекомунікацій зобов'язується приєднати кінцеве обладнання споживача телекомунікаційних послуг до своєї телекомунікаційної мережі. Для цього оператор, провайдер телекомунікацій виконує певну роботу (фізично формує абонентську лінію, підключає до неї обладнання споживача тощо) та здає її результат споживачу. Крім того, що оператор, провайдер телекомунікацій підключає обладнання споживача до мережі, він зобов'язаний забезпечити доступ до своєї мережі протягом всього строку дії договору, щоб в нього та споживача послуги завжди була можливість вступити в договірні відносини безпосередньо з приводу надання телекомунікаційних послуг. Тому, наприклад, оператор, провайдер телекомунікацій повинен надавати технічну підтримку споживачу та усувати неполадки, що виникають в мережі.

Правовідносини із забезпечення доступу до телекомунікаційної мережі не виникають при наданні телекомунікаційних послуг через пункти колективного доступу (таксофони, пункти колективного доступу до мережі Інтернет), а також інших послуг, що не засновані на триваючих відносинах (послуг міжміського та міжнародного телефонного зв'язку). Технологія надання таких послуг не вимагає від оператора, провайдера надання постійного доступу до своєї телекомунікаційної мережі.

Доступ до телекомунікаційної мережі в таких випадках забезпечується іншим шляхом. Так, при наданні телекомунікаційних послуг через пункти колективного доступу оператор, провайдер телекомунікацій, що надає такі послуги, підключає до телекомунікаційної мережі кінцеве обладнання колективного доступу (таксофон, комп'ютер в пункті колективного доступу), а також дає можливість користуватися цим обладнанням, тобто робить доступним це обладнання. Для цього оператор, провайдер телекомунікацій вступає в зобов'язання з приводу розміщення цього обладнання в певних місцях. Ці зобов'язання можуть ґрунтуватися на договорі оренди, договорі купівлі-продажу нерухомого майна (приміщення або земельної ділянки).

Також слід розглянути питання про виникнення між оператором, провайдером телекомунікацій та споживачем зобов'язань, що доповнюють зобов'язання з надання телекомунікаційних послуг. Аналіз законодавства про телекомунікації дозволяє виявити наступні види таких зобов'язань:

*1. Зобов'язання з надання безоплатного доступу споживачам до телекомунікаційних мереж загального користування для виклику пожежної охорони, міліції, швидкої допомоги, аварійних служб газу та телефонних довідково-інформаційних служб*. Нерідко оператори телекомунікацій зобов'язані, крім надання телекомунікаційних послуг певного виду, забезпечити через свою телекомунікаційну мережу доступ до телекомунікаційних послуг, що надаються іншими операторами. Так, оператор місцевого телефонного зв'язку зобов'язаний надати абоненту доступ до послуг міжміського та міжнародного зв'язку. Оператор телекомунікацій зобов'язаний надавати безоплатний доступ споживачам до телекомунікаційних мереж загального користування для виклику пожежної охорони, міліції, швидкої допомоги, аварійних служб газу. Для забезпечення доступу споживачів до аварійних служб та телефонних довідково-інформаційних служб він повинен: взаємодіяти з іншими операторами, провайдерами телекомунікацій; співпрацювати на договірних засадах зі службами телефонних довідників; співпрацювати на договірних засадах з іншими операторами телекомунікацій для забезпечення доступу споживачів до телефонних довідково-інформаційних служб;

*2.* Оператор, провайдер та споживач вступають у *зобов'язання із надання споживачеві певної інформації, що пов'язана з наданням телекомунікаційних послуг.* Так, оператори телефонного зв'язку, рухомого мобільного зв'язку, супутникового зв'язку зобов'язані створювати систему довідково-інформаційного обслуговування. При цьому, згідно ч. 29 п. 39 Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 11.04.2012 р. № 295, оператори, провайдери зобов'язані надавати споживачеві безоплатну консультаційну допомогу з питань замовлення та отримання послуг у місцях їх продажу та шляхом забезпечення доступу до інформаційних служб;

*3.* Оператор, провайдер та споживач можуть вступати *у зобов'язальні правовідносини з надання інших послуг, що технологічно нерозривно пов'язані з телекомунікаційними послугами і направлені на збільшення їх споживчої вартості.* Перелік таких послуг визначається технологічними та технічними можливостями обладнання та телекомунікаційних мереж. По суті, мова йде про надання додаткових послуг, що направлені на збільшення споживчої вартості основної послуги. Поняття додаткових послуг ставало предметом дослідження вчених-цивілістів [12, с. 96-100], які в тому числі займаються проблемами у сфері зв'язку [10; 1; 6].

Зобов'язання з надання послуг та всі зобов'язання між оператором, провайдером телекомунікацій та замовником, що доповнюють їх (з надання доступу до телекомунікаційних мереж інших операторів, з довідково-інформаційного обслуговування, з надання додаткових послуг), виникають на підставі єдиного договору з надання телекомунікаційних послуг, який слід кваліфікувати як змішаний.

*Друга група* зобов'язань, що сформована за суб'єктним складом, – зобов'язання між операторами телекомунікацій та іншими особами. Серед них вирізняють зобов'язання, що направлені на виконання зобов'язання з надання телекомунікаційних послуг.

Так, щоб мати потенційну можливість надавати телекомунікаційні послуги (фіксованого місцевого, міжміського, міжнародного телефонного зв'язку, рухомого (мобільного) зв'язку та інші), оператор повинен забезпечити можливість передавання інформації телекомунікаційними мережами відповідної держави. В більшості випадків для цього він повинен сформувати свою мережу та забезпечити

її приєднання до телекомунікаційних мереж інших операторів. Слід зазначити, що між операторами телекомунікацій в процесі взаємодії встановлюються внутрішні взаємовідносини, які у свою чергу можуть опосередковуватися різними договорами.

Враховуючи важливість взаємодії операторів телекомунікацій між собою, законодавець виокремив цілий ряд норм, які направлені на регулювання відносин, що виникають між ними. Так, глава 9 Закону України «Про телекомунікації» від 08.11.2003 р. № 1280-IV (далі – Закон), що має назву «Взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж», визначає принципи взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж, обов'язки операторів при цьому, особливості укладання, зміни або розірвання договорів про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж, регламентує питання досудового врегулювання спорів про взаємоз'єднання.

Крім Закону, розглядувані договірні відносини між операторами регулюються також Правилами взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж загального користування (далі – Правила взаємоз'єднання) затвердженими Рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку (далі – НКРЗ)[1] від 8 грудня 2005 року №155, Рішенням НКРЗ № 1586 від 9 липня 2009 року Про затвердження Порядку взаєморозрахунків між операторами телекомунікацій за послуги доступу до телекомунікаційних мереж загального користування, а також окремими документами НКРЗІ. Правила взаємоз'єднання регулюють відносини операторів телекомунікацій, які мають намір взаємозв'язати свої мережі і укласти для цієї мети відповідні договори. Необхідно наголосити на тому, що це складний технологічний процес, в ході якого повинні бути розроблені й виконані певні технічні умови, основні вимоги до яких визначені Правилами взаємоз'єднання. Правовою формою взаємоз'єднання мереж є укладений між операторами телекомунікацій *договір про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж***,** яким є двосторонній правочин між операторами телекомунікацій, предметом якого є технічні, організаційні та економічні умови взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж операторів, у тому числі порядок взаєморозрахунків та розрахункові такси за доступ до телекомунікаційних мереж (п. 2.1. Правил про взаємоз'єднання).

Діяльність, що здійснюється далі з надання телекомунікаційних послуг за допомогою передавання сигналу користувачам – фізичним та юридичним особам відбувається безпосередньо тим оператором телекомунікацій, який користується каналом зв'язку.

Із цього слідує, що можна вести мову про наявність двох безпосередньо взаємопов'язаних телекомунікаційних послуг, у зв'язку з чим, в даному випадку відсутній так званий «перепродаж» [11, с. 59-66] послуги зі сторони операторів телекомунікацій.

З цього питання видається цікавою точка зору О.П. Віхрова, який вважає, що особливість регулювання взаємодії операторів при взаємоз'єднанні телекомунікаційних мереж полягає у тому, що зобов'язання із регулювання такої взаємодії є складним, і в одній зі своїх складових – з множинністю осіб на зобов'язаній стороні. Складовими цього зобов'язання виступають: *одностороннє елементарне зобов'язання* зі звернення оператора телекомунікацій – учасника взаємоз'єднання до НКРЗ стосовно питань, що виникають між операторами. Право цього оператора полягає у вимозі від НКРЗ своєчасно розглянути його звернення і прийняти рішення відповідно до принципів взаємоз'єднання (ст.57 Закону); *складне (за критерієм множинності осіб) одностороннє зобов'язання* з виконання операторами-учасниками взаємоз'єднання зазначеного рішення НКРЗ, в якому остання має право вимагати від операторів виконання цього рішення, а оператори повинні цю вимогу задовольнити. Розглядаючи це зобов'язання, слід відмітити його схожість з правовідносинами, що пов'язані з досудовим врегулюванням НКРЗ спорів про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж. Але його не слід ототожнювати з цими правовідносинами, оскільки останнє виникає зі спору між учасниками взаємоз'єднання, спрямоване на врегулювання цього спору, а не на реалізацію принципів взаємоз'єднання; з формальної точки зору воно є суто процесуальним, опосередковує воно реалізацію іншої правової норми – ст. 61 Закону [3, с.180-181]. Слід зазначити, що це зобов'язання є господарсько-правовим за своєю суттю.

Взаємодія операторів телекомунікацій здійснюється шляхом встановлення взаємоз'єднання їхніх телекомунікаційних мереж (інтерконект) та надання один одному послуг доступу до телекомунікаційних мереж в точці взаємоз'єднання. Отже, абонент одного оператора телекомунікацій зможе отримувати якісні послуги зв'язку, наприклад безперешкодно додзвонюватись до абонентів інших операторів, в тому випадку, якщо між цими операторами попередньо встановлені договірні відносини, предметом яких є, як вже згадувалося вище, організація взаємоз'єднання, а також узгоджені умови надання послуг доступу до мереж один одного [5, с. 20].

Регулювання взаємодії операторів телекомунікацій при взаємоз'єднанні в першу чергу покликані захистити права споживача телекомунікаційних послуг (абонента) на вільний доступ до телекомунікаційних послуг, а також своєчасне і якісне їх отримання, бо вершиною трикутника «оператор – споживач телекомунікаційних послуг – НКРЗІ» є саме споживач. Тому, попередивши можливі конфлікти при взаємодії операторів – сторін взаємоз'єднання, законодавець тим самим забезпечить стабільність функціонування телекомунікаційної мережі загального користування та належну якість телекомунікаційних послуг, що надаються споживачу. Слід додати, що згідно Основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг, затверджених рішенням НКРЗ від 26 березня 2009 р. №1420, в договір про надання телекомунікаційних послуг забороняється включати положення, що передбачають обмеження споживача у з'єднанні з будь-яким іншим абонентом телекомунікаційної мережі загального користування, службою або послугою, що надається у телекомунікаційній мережі загального користування іншим оператором, провайдером.

Крім договору про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж Правилами взаємоз'єднання передбачається також укладання *договору щодо розвитку телекомунікаційних мереж* (пункт 2.1. Правил взаємоз'єднання). Це двосторонній правочин між постачальником та замовником взаємоз'єднання, предметом якого є створення точок взаємоз'єднання та яким визначається сума і строк унесення коштів, що спрямовуються на фінансування створення точок взаємоз'єднання, а також строк, обов'язки та відповідальність постачальника щодо створення точок взаємоз'єднання. Такий договір не є договором про надання телекомунікаційних послуг.

Цей вид договору, як і договору про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж, достатньо стисло освітлений в Правилах взаємоз'єднання, що породжує труднощі в розумінні їх правової природи. За своєю правовою природою його можна віднести, на думку О.А. Богуцького, до *договору простого товариства*, оскільки сторони такого договору мають спільну мету та вносять вклади, дослідник також не відносить цей договір до договорів про надання телекомунікаційних послуг [2, с. 60]. На наш погляд, даний договір є договором про спільну діяльність, за яким сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові.

Слід також відмітити, що існують випадки, коли є необхідність вступу операторів, провайдерів телекомунікацій в договірні відносини з *третіми особами*, які не є суб'єктами правовідносин з надання телекомунікаційних послуг, але беруть участь у створенні технічних та організаційних умов для їх надання споживачам (договірні відносини з власниками квартир багатоквартирних будинків щодо розміщення в таких будинках обладнання тощо) [13, с. 50-58].

Нарешті, можна перейти до розгляду *третьої групи* зобов'язань, що сформована за суб'єктним критерієм: зобов'язання між замовником та адресатом повідомлення.

У багатьох випадках замовник та адресат повідомлення не знаходяться один з одним в яких-небудь особливих правовідносинах, крім пов'язаних безпосередньо з договором про надання телекомунікаційних послуг. В інших випадках між замовником та адресатом існують зобов'язальні відносини щодо обов'язку замовника передати адресату певну інформацію телекомунікаційною мережею. В цьому випадку зобов'язання з надання телекомунікаційних послуг направлене на виконання даного інформаційного зобов'язання, а телекомунікаційна послуга є способом його виконання.

Зобов'язання з передавання інформації між замовником та адресатом може носити різний характер. В принципі будь-який договір про передання інформації може виконуватись за допомогою передавання інформації через телекомунікаційну мережу, якщо інше не передбачено самим договором. Однак існують договори, виконання яких передбачає використання телекомунікаційної мережі (виключно або переважно). Мова перш за все йде про телекомунікаційні мережі та договори про надання дистанційних електронних освітніх послуг, послуг телемедицини, послуг теленавігації, про отримання інформації з баз даних, про державні послуги в рамках реалізації програми «електронний уряд» і тому подібних послуг [4, с.194].

Крім того, що зобов'язання з надання послуг може бути направлене на виконання певних зобов'язань між замовником та адресатом, воно може бути направлене й на їх виникнення. Мова йде про договори, що укладаються за допомогою обміну документами через засоби зв'язку [8, с. 17-18].

Отже, зобов'язання з надання телекомунікаційних послуг можуть бути направлені на виконання або виникнення зобов'язань між замовником та адресатом.

Розглядаючи відносини в сфері телекомунікацій слід зазначити, що вони є неоднорідними та являють собою певну систему. Центральне місце в ній займають відносини з надання телекомунікаційних послуг, вони направлені на забезпечення «зовнішніх» відносин з передавання інформації між замовником та адресатом повідомлення. У зв'язку з тим, що значення телекомунікації проявляється зовні, а не усередині галузі, через реалізацію телекомунікаційних послуг, всі інші відносини покликані забезпечити існування та розвиток саме відносин з надання телекомунікаційних послуг.

## ПРИМІТКИ

1. Згідно з Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо національних комісій, що здійснюють державне регулювання природних монополій, у сфері зв'язку та інформатизації, ринків цінних паперів і фінансових послуг» від 07.07.2011 р. № 3610-VI НКРЗ було перейменовано в Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації (далі – НКРЗІ)

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Баринов Н. А.* Услуги связи: гражданско-правовые аспекты [Текст]: монографія / Н. А. Баринов, Н. К. Нарозников. – Рязань: [б. и.], 2004. – 188 с.

2. *Богуцький О. А.* Договори про надання телекомунікаційних послуг [Текст]: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. / О. А. Богуцький; НДІ приват. права і підприємництва АПрН України. – К., 2010. – 19 с.

3. *Віхров О. П.* Організаційно-господарські правовідносини у галузі телекомунікацій [Текст] / О. П. Віхров, О. І. Віхрова // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2008. – № 3. – С. 179–184.

4. *Жевняк О. В.* Гражданско-правовой институт оказания услуг связи [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. В. Жевняк; Гос. образов. учреждение высш. проф. образования «Урал. гос. тех. ун-т – УПИ им. первого Президента России Б.Н. Ельцина»; науч. рук. Е. Г. Шаблова. – Екатеринбург, 2009. – 228 с.

5. *Ковтунец Е.* Чтобы абонент стал доступнее [Текст] / О. В. Жевняк // Юридическая практика. – 2007. – 24 апреля (№17). – С. 20.

6. *Козлов И. И.* Гражданско-правовое регулирование оказания услуг проводной телефонной святи [Текст]: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / И. И. Козлов. – Волгоград, 2006. – 198 с.

7. *Михеева О. М.* Правовое регулирование деятельности в области оказания услуг электрической связи [Текст]: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. М. Михеева. – М., 2005. – 184 с.

8. *Петровский С. В.* Правовое регулирование оказания Интернет-услуг [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук:

12.00.03 / С. В. Петровский. – М., 2002. – 189 с.

9. *Скорикова Т. Н.* Гражданско-правовое регулирование отношений по оказанию услуг сотовой связи [Текст]: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т. Н. Скорикова. – Томск, 2006. – 268 с.

10. *Суденко В. В.* Договор оказания услуг радиотелефонной сотовой связи [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. В. Суденко. – Краснодар, 2003. – 172 с.

11. *Ульянов Н.В.* Импорт услуг и их налогообложение // «Главбух». – 2007. – № 12. – 59-66 с.

12. *Шаблова Е.Г.* Проблемы гражданско-правового регулирования отношений возмездного оказания услуг. Екатеринбург, 2004. – С. 96-100.

13. *Шафир А.* О договорных отношениях владельцев зданий с операторами связи при оказании телекоммуникационных услуг абонентам / А. Шафир. // Хозяйство и право. – 2008. – № 7. – С. 50–58.

УДК 347.457

# ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДАННЯ ДОГОВОРІВ З УМОВОЮ ПРО ВІДСТРОЧЕННЯ АБО РОЗСТРОЧЕННЯ ПЛАТЕЖУ

**Тупицька Є. О.,**
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 2
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** Досліджуються особливості укладання договорів, що містять умову про відстрочення, розстрочення оплати товарів, робіт, послуг. Установлюється, що відстрочення і розстрочення платежу є формами надання комерційного кредиту. Відповідно визначаються структура такого договору та його зміст. Обґрунтовується, що істотними умовами комерційного кредиту у вигляді відстрочення (розстрочення) платежу є умови про вид, кількість та якість товарів (робіт, послуг), що передаються за договором, їх ціна, строк і порядок здійснення оплати. Пропонуються подальші напрямки проведення дослідження з обраної тематики.

***Ключові слова:*** відстрочення, розстрочення оплати товарів, робіт, послуг, кредит, відносини комерційного кредитування.

***Аннотация:*** Исследуются особенности заключения договоров, содержащих условие об отсрочке, рассрочке оплаты товаров, работ, услуг. Устанавливается, что отсрочка и рассрочка платежа являются формами предоставления коммерческого кредита. Определяются структура соответствующего договора и его содержание. Обосновывается, что существенными условиями коммерческого кредита в виде отсрочки (рассрочки) платежа являются условия о виде, количестве и качестве товаров (работ, услуг), предоставляемых по договору, их цена, срок и порядок осуществления оплаты. Предлагаются дальнейшие направления исследований по выбранной тематике.

***Ключевые слова:*** отсрочка, рассрочка оплаты товаров, работ, услуг, кредит, отношения коммерческого кредитования.

***Annotation:*** This article analyzes contracts that contain condition on postponement, installment payment for goods and services. Established that postponement and installments of payment are forms of commercial credit. Under such a contract is determined by the structure and its contents. Substantiated that the essential terms of commercial credit in the form of postponement (installments) payment is terms of the type, quantity and quality of goods (works, services) that are transmitted by the contract, the price, period of time and procedure of payment. We offer future directions of research on selected topics.

***Key words:*** postponement, installments payment for goods and services, credit, commercial crediting relationships.

---

Практика відстрочення платежу в обмін на негайно одержувані товари, роботи чи послуги існувала ще на ранніх стадіях розвитку товарного обміну. Виходячи зі змісту ст. 1057 ЦК України надання однією стороною договору іншій відстрочення або розстрочення оплати переданих товарів, робіт і послуг є формами комерційного кредитування [8, с. 305]. Метою виникнення зазначених відносин є прискорення реалізації відповідних благ в умовах тимчасової нестачі грошових коштів у контрагентів. Привабливість надання комерційного кредитування у вигляді відстрочення або розстрочення платежу полягає в тому, що учасник цивільного обороту отримує можливість вчиняти правочини з реалізації своєї продукції, робіт або послуг навіть за несприятливої кон'юнктурної ситуації на ринку. Незважаючи на широке використання конструкції комерційного кредиту в договірній практиці, цим відносинам приділяється недостатньо уваги у науковій правовій літературі, внаслідок чого виникають проблеми укладання відповідних договорів.

Дослідженням теоретичних та практичних проблем у сфері кредитування займалися такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, Л. Г. Єфімова, С. Компанієць, В. В. Луць, Л. А. Лунц, Д. І. Мейер, Р. А. Майданик, Л. А. Новосьолова, О. М. Олійник, О. П. Орлюк, Є. А. Павлодський, Е. Г. Полонський, М. Г. Розенберг, О. А. Флєйшиц, Ю. І. Чалий, Г. Ф. Шершенєвіч та ін. Аналізуючи існуючу на сьогодні наукову правову літературу, присвячену кредитним відносинам, можна стверджувати, що досі залишаються маловивченими питання щодо особливостей укладання та змісту договорів з умовою про комерційне кредитування, що здійснюється у вигляді надання відстрочення або розстрочення платежу. Зазначене обумовлює необхідність більш детального дослідження проблем, що постають під час виникнення таких відносин.

Окрім ст. 1057 ЦК України, питанням відстрочення виконання зустрічного зобов'язання

*© Тупицька Є.О., 2012*

стороною договору присвячені також ст.ст. 693-695 ЦК України, якими регулюються відносини купівлі-продажу товарів у кредит. При цьому слід розрізняти поняття «відстрочення» і «розстрочення» платежу як окремі форми надання комерційного кредиту. Під відстроченням платежу розуміється спосіб погашення заборгованості, коли її сплата у повному розмірі переноситься на пізніший, ніж передбачено договором строк, тобто це умова оплати, при якій платіж здійснюється через певний час після виконання контрагентом зустрічного зобов'язання (наприклад, із поставки товару, виконання робіт, надання послуг) один раз у повному розмірі. Розстроченням платежу вважається умова оплати, за наявності якої платежі за договором здійснюються також через певний час після виконання іншою стороною зустрічного зобов'язання, але в кілька етапів.

Говорячи про роздрібну купівлю-продаж товарів у кредит, В. А. Язєв зазначав, що такі правовідносини не становлять окремий вид договору, а є різновидом єдиного договору купівлі-продажу. Особливістю купівлі-продажу товарів у кредит, що випливає з самої назви такого виду торгівлі, є розстрочення платежу за придбаний товар. Отже, в момент укладання договору купівлі-продажу в кредит не відбувається здійснення повного розрахунку за товар, у зв'язку з чим продавець і покупець мають передбачити в договорі такі додаткові умови, як строк, на який надається відстрочення платежу, та порядок оплати товару [9, с. 10].

У науковій юридичній літературі В. П. Грібановим та А. Ю. Кабалкіним було зроблено висновок, що договір купівлі-продажу в кредит (тобто якій містить умову про комерційне кредитування у вигляді відстрочення або розстрочення платежу) є сукупністю двох правочинів: звичайної купівлі-продажу та позики, але з тією особливістю, що продавець, передаючи річ у власність покупця і надаючи останньому відстрочення в її оплаті, тим самим ніби передає йому в позику частину вартості проданої речі [3, с. 106].

Утім, вбачається, що отриманий правниками висновок не можна застосувати до всіх правовідносин, що мають у собі елементи змішаного договору. Так, якщо особа укладає, скажімо, договір купівлі-продажу, відповідно до умов якого продавець зобов'язується доставити товар покупцеві, не виникає думки про те, що такий договір є сукупністю окремих договорів – звичайної купівлі-продажу та перевезення автомобільним транспортом чи договору транспортного експедирування. Під час аналізу договорів, окремі елементи яких подібні до умов будь-яких інших договорів, передусім слід виходити з визначального економічного змісту даних відносин, обумовлених цим договором. Якщо такі елементи у сукупності складають дещо цільне, якісно самостійне, немає сенсу таке ціле роз'єднувати на частини, кожна з яких окремо вже не дає повного уявлення про сутність якісно самостійного економічного явища. Зазначене стосується і правовідносин комерційного кредитування, що здійснюється у вигляді відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт і послуг, які, у поєднанні з умовами іншого цивільно-правового зобов'язання, що виступає підставою їх виникнення, опосередковують особливий різновид відповідного договору [5, с. 22]. Так, якщо йдеться про відстрочення оплати товарів за договором купівлі-продажу, то умова про комерційне кредитування перетворює його зі звичайного договору на змішаний – продаж товару в кредит (ст. 694 ЦК України). Законом прямо передбачено, що вказаний договір передбачає відстрочення або розстрочення платежу і є різновидом єдиного договору купівлі-продажу, в якому відстрочення платежу – це одна з умов, що не вимагає її додаткового оформлення шляхом укладання окремого договору позики. Втім, не можна обійти увагою і той факт, що надання кредиту (у вигляді відстрочення або розстрочення платежу) виступає своєрідним способом фінансування, формує покупну ціну і забезпечує купівельну спроможність покупця. У цьому разі договір купівлі-продажу утворює взаємопов'язаний правочин із кредитним договором, отже, їх треба розглядати у їхньому економічному взаємозв'язку. Зазначене свідчить про те, що надання комерційного кредиту становить самостійне кредитне правовідношення, втім за підставою свого виникнення воно має не самостійний, а похідний від іншого зобов'язання характер – воно виступає способом виконання зустрічного обов'язку особи в інших цивільних правовідносинах.

Відстрочення або розстрочення оплати товарів робіт і послуг є способом здійснення розрахунків за зобов'язанням, отже, зазвичай є умовою змішаного договору. Втім вважаємо, що такі відносини можуть оформлюватись і у вигляді окремого договору комерційного кредиту, обов'язковою умовою якого буде вказівка на те, у зв'язку з чим таке відстрочення платежу надається.

Якщо сторони договірних відносин домовляються про надання відстрочення або розстрочення оплати товарів робіт і послуг, це означає, що відповідний договір, буде мати дві складові: 1) умову про товар (роботу, послугу) і порядок його передачі (виконання, надання) продавцем (підрядником, виконавцем) покупцю (замовнику); 2) умову про надання комерційного кредиту і здійснення оплати товару (роботи, послуги) після його передачі з відстроченням, погодженим за домовленістю сторін. Зазначена структура правовідносин комерційного кредитування обумовлює специфіку та перелік істотних умов, наявність яких є необхідною для укладання відповідного договору. Так, у предметі договору сторони мають визначити умови передачі товару, виконання робіт, надання послуг, а саме – найменування (вид), кількість (або обсяг) та якість товарів, робіт і послуг, що надаються в кредит (оплата за які здійснюється шляхом відстрочення або розстрочення платежу). Якщо йдеться про купівлю-продаж, то необхідно погодити умови щодо асортименту та комплектності товарів. Також істотною у цьому випадку є умова щодо ціни товарів, робіт і послуг, які надаються позичальнику (покупцю, замовнику). За загальним правилом, установленим ч. 4 ст. 632 ЦК України, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладання договору. Втім, оскільки у правовідносинах сторін присутній

кредитний елемент – надання відстрочення або розстрочення платежу, то зрозуміло, що визначення ціни товарів робіт і послуг (а отже й суми наданого кредиту) є першою сходинкою для досягнення сторонами згоди стосовно всіх інших умов договору.

Під час укладання договорів з умовою про відстрочення або розстрочення платежу слід враховувати певні правила. Так, важливе значення має визначення строку, зі спливом якого передбачається здійснення розрахунків за наданий комерційний кредит. У ст. 695 ЦК України прямо встановлено, що істотними умовами договору про продаж товару в кредит з умовою про розстрочення платежу є ціна товару, порядок, строки і розміри платежів. Звернімо увагу, що в законі міститься вказівка на обов'язкове погодження сторонами умови про строк розстрочення платежу. Щодо відстрочення оплати товарів робіт і послуг, вважаємо, що, якщо така умова прямо не встановлена договором, її можна визначити виходячи з диспозитивних норм законодавства, присвячених регулюванню позикових відносин. Отже, за аналогією, виходячи зі змісту ст. 1049 ЦК України, якщо договором з умовою про відстрочення оплати товарів, робіт і послуг не встановлений строк здійснення такої оплати, або цей строк визначений моментом висування вимоги, сума оплати має бути сплачена продавцю (підряднику, виконавцю) протягом тридцяти днів від дня висування вимоги про це, якщо інше не встановлено договором. Окрім цього, оскільки умова про відстрочення платежу належить до істотних, необхідним є зазначення в тексті договору або конкретної дати оплати, або період часу, зі спливом якого позичальник за зобов'язанням комерційного кредиту має здійснити оплату.

Під час визначення умови про строк комерційного кредитування виникає запитання щодо можливості виконання позичальником свого обов'язку з повернення отриманого кредиту достроково.

За загальним правилом, установленим у ст. 531 ЦК України, боржник має право виконати свій обов'язок достроково, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Оскільки відносини комерційного кредитування за своєю правовою природою належать до кредитно-позикових зобов'язань [4, с. 84], на них може розповсюджуватись і спеціальне правило, передбачене ч. 2 ст. 1049 ЦК України, відповідно до якого позика, надана за договором безпроцентної позики, може бути повернена позичальником достроково, якщо інше не встановлено договором. Звідси випливає, що сума позики, надана під проценти може бути повернена позичальником достроково лише за згодою позикодавця. Як зазначає В. В. Вітрянський, такий протилежний характер правил стосовно можливості дострокового виконання договору позики залежно від його відплатності має своє логічне роз'яснення. Якщо позикодавець надає позику на умовах її безоплатного використання, відповідно, він не має на меті отримання прибутку від використання власних коштів та розраховує лише на повернення наданої суми у встановлений договором строк. За таких умов, пише правник, дострокове повернення позичальником суми позики ніяк не порушує майновий інтерес позикодавця. Якщо ж мова йде про позику, надану під відсотки, позикодавець справедливо розраховує на те, що кошти, надані ним позичальнику будуть йому повернені у збільшеному розмірі. У цьому разі дострокове виконання свого обов'язку позичальником позбавляє його можливості отримати «приріст» грошей (процентів), що нараховуються на суму позики з моменту її дострокового повернення до моменту припинення строку, на який вона була надана [2, с. 188].

Вирішуючи питання щодо можливості дострокового повернення суми комерційного кредиту, слід звернути увагу на те, що відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт, послуг – це способи здійснення розрахунків у договірних відносинах. Метою застосування в договорі таких форм комерційного кредиту, як відстрочення або розстрочення платежу не є отримання прибутку від надання позики, а швидша реалізація продукції, робіт і послуг. Таким чином, вбачається, що у договорі з умовою про відстрочення (розстрочення) платежу позичальник має право достроково виконати свій обов'язок з оплати товарів робіт і послуг незалежно від того, чи передбачили сторони в договорі нарахування процентів на суму наданого кредиту чи ні. Звернімо увагу, що ч. 4 ст. 706 ЦК України прямо встановлює, що за договором роздрібної купівлі-продажу товарів у кредит покупець має право повністю оплатити товар у будь-який час у межах встановленого договором періоду розстрочення його оплати, а відповідно до ч. 8 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» фізичні особи вправі достроково повернути отриманий кредит, у тому числі шляхом збільшення суми періодичних виплат [7].

Не можна обійти увагою те, що, надаючи комерційний кредит, учасник цивільних відносин опиняється у менш вигідному економічному становищі, порівняно з тим, якщо б розрахунки за його товари, роботи і послуги були здійснені одночасно з моментом їх надання контрагенту. Він позбавляється можливості вільно розпоряджатися власними коштами, що внаслідок відстрочення оплати перетворюються на кредитний капітал, або право вимоги. Таким чином, вбачається справедливим закріплення на законодавчому рівні правила, відповідно до якого за умовами договору відплатного комерційного кредитування позичальник має право достроково сплатити суму наданого кредиту, але за умови виплати кредитодавцю відповідного відшкодування, що дорівнюватиме сумі процентів, які мали б бути сплачені позичальником з моменту фактичного припинення зобов'язання до моменту припинення строку, на який було надано відстрочення платежу.

Слід також звернути увагу на те, що у випадку досягнення сторонами згоди стосовно надання відстрочення або розстрочення платежу без установлення процентів на суму оплати товарів, робіт і послуг, досить складно виявити у таких правовідносинах наявність зобов'язання з комерційного кредитування та, відповідно, субсидіарно застосовувати до них законодавчі положення про договори позики і кредиту. Вбачається, що, якщо сторони прямо не називають

погоджений ними спосіб оплати як комерційний кредит, умова про встановлення процентів, що нараховуються на ціну товарів (робіт послуг), у зв'язку з відстроченням або розстроченням їхньої оплати – це єдина вказівка на встановлення в тексті договору волі сторін щодо застосування у їхніх взаємовідносинах договірної конструкції комерційного кредитування. Специфіка досліджуваних кредитних правовідносин полягає в тому, що проценти за користування комерційним кредитом можуть одразу включатись у ціну товару (роботи, послуги) шляхом її відповідного збільшення. Проте, якщо сторонами це не визначено, встановити, що ними був укладений договір з умовою про комерційне кредитування досить складно. Звернімо увагу, що договірна практика виходить з того, що наявність у відносинах сторін зобов'язання з комерційного кредитування ніколи не передбачається, а має випливати з волі сторін. Отже, умова про проценти за користування комерційним кредитом є істотною для встановлення наявності у договірних відносинах сторін зобов'язання з комерційного кредитування, а не простої домовленості з відстрочення оплати товарів робіт і послуг.

Відповідно до ст. 1048 ЦК України, позичальник має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом. За аналогією застосування цієї норми, за користування комерційним кредитом позичальник має окремо сплачувати проценти, якщо сторони не домовились про інше. Розмір та порядок виплати процентів визначається договором.

У випадку, якщо позичальник не повертає гроші у строк на цю суму нараховуються проценти відповідно до ст. 625 ЦК України від дня, коли вона мала бути повернута до дня її повернення позичальнику, і незалежно від виплати процентів за користування комерційним кредитом.

Слід звернути увагу на спеціальне правило, встановлене для договору роздрібної купівлі-продажу в кредит. Так, відповідно до ст. 706 ЦК України, до договору роздрібної купівлі-продажу товару в кредит, у тому числі з розстроченням платежу, не застосовуються положення абзацу першого частини п'ятої ст. 694 Цього кодексу. У всіх інших випадках надання комерційного кредитування у вигляді відстрочення або розстрочення платежу, якщо позичальник порушує обов'язок з оплати товару, роботи, послуги, що надані в кредит, кредитодавець має право вимагати від нього виплати додаткових процентів, що розглядаються як відповідальність за неналежне виконання зобов'язання. Оскільки зазначені проценти становлять собою міру відповідальності за порушення грошового зобов'язання, цілком обґрунтованим є відсилання ст. 1050 ЦК України до правила, передбаченого ст. 625 ЦК України. Умовно перший вид процентів, що нараховуються у відносинах комерційного кредитування з розстрочення чи відстрочення оплати товарів, робіт, послуг, можна назвати «процентами за відстрочення», а другий – «проценти за прострочення». Якщо розмір процентів не встановлений у договорі, перші з них визначаються за правилами ст. ст. 536 та 1048 ЦК України, а другі – відповідно до ст. 625 ЦК України.

На підставі викладеного можна зазначити, що договір, умовами якого передбачаються такі способи здійснення зустрічного виконання зобов'язання, як відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт, послуг є договором про надання комерційного кредиту. Він поєднує в собі договірні умови двох видів – умову про товар (роботу, послугу) і порядок його передачі однією стороною іншій та умову про надання комерційного кредиту і здійснення оплати товару (роботи, послуги) після його передачі з відстроченням, погодженим за домовленістю сторін. Відповідно, для того, щоб договір про надання комерційного кредиту у вигляді відстрочення або розстрочення платежу вважався укладеним, сторони мають обов'язково погодити умови про вид, кількість та якість товарів (робіт, послуг), що передаються в кредит, їхню ціну, строк та порядок оплати.

Договором також може бути передбачено нарахування процентів на суму наданого таким чином кредиту. Слід звернути увагу, що позичальник у цьому випадку буде зобов'язаний сплачувати одночасно два їх види – проценти, передбачені ст. 1048 і ст. 1050 ЦК України. Вони є різними мірами впливу на боржника, тому перші з них умовно можна назвати процентами за відстрочення, а другі – процентами за прострочення. Умова про нарахування процентів на суму, щодо якої відбувається відстрочення або розстрочення платежу має бути точно сформульована в договорі, оскільки саме вона є визначальною при кваліфікації відносин як комерційного кредитування. Особливістю договору з умовою про відстрочення або розстрочення платежу є також і те, що позичальник вправі достроково виконати свій обов'язок з оплати товарів робіт і послуг незалежно від того, чи передбачили сторони в договорі нарахування процентів на суму наданого кредиту чи ні. Єдиною умовою застосування цього правила є те, що у випадку надання комерційного кредиту під проценти позичальник може скористатися таким правом за умови виплати кредитодавцю відшкодування, що дорівнюватиме сумі процентів, які мали б бути сплачені від моменту фактичного припинення зобов'язання до моменту припинення строку, на який було надано відстрочення платежу.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Брагинский М. И.* Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 3-е изд., стер. – М. : Статут, 2008. – Кн. 1 : Общие положения. – 847 с.

2. *Витрянский В. В.* Договор займа. Общие положения и отдельные виды договора / В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2004. – 333 с.

3. *Грибанов В. П.* Правовое регулирование купли-продажи с рассрочкой платежа / В. П. Грибанов, А. Ю. Кабалкин // Советское государство и право. – 1960. – № 8. – С. 103-111.

4. *Дутов И. С.* Купля-продажа товаров в кредит / И. С. Дутов // Закон. – 2004. – № 10 – С. 83-86.

5. *Львович Ю.* Розничная купля-продажа в кредит и прокат товаров / Ю. Львович // Советская юстиция. – 1959. – № 12. – С. 20-25.

6. *Про затвердження* Правил торгівлі у розстрочку фізичним особам / Постанова Кабінету Міністрів України від 30.03.2011 № 383 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 28. – Ст. 1167.

7. *Про захист* прав споживачів / Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). – 1991. – № 30. – Ст. 379.

8. *Цивільний* кодекс України. – Офіц. вид. – К. : Атіка, 2004. – 416 с.

9. *Язев В. А.* Договор розничной купли-продажи товаров в кредит / В. А. Язев. – М.: Госюриздат, 1962. – 95 с.

УДК 347.4

# ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

**Коломієць А. С.,**
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено аналізу цивільно-правового договору сурогатного материнства, визначенню основних ознак та характерних рис цього договору, його правової класифікації.
***Ключові слова:*** договір сурогатного материнства, правова характеристика договору, класифікація договорів.

***Аннотация:*** Статья посвящена анализу гражданско-правового договора суррогатного материнства, определению основных признаков и характерных черт этого договора, его правовой классификации.
***Ключевые слова:*** договор суррогатного материнства, правовая характеристика договора, классификация договоров.

***Annotation:*** This article is devoted to the analysis of legal description and classification by surrogacy contract, definition of main features and characteristics of this kind of contracts.
***Key words:*** surrogacy contract, legal characteristic of contract, contract's classification.

---

Із розвитком технічного прогресу з'являються нові суспільні відносини, які потребують нормативного врегулювання. В Україні з середини 1990-х років існує медична процедура екстракорпорального запліднення. В наш час український законодавець враховує цей аспект життя країни, й певні аспекти сурогатного материнства вже врегульовані цивільним та сімейним кодексами, інструкцією про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій та іншими актами. Сурогатне материнство за своєю юридичною природою є цивільно-правовою послугою, тому основним документом, який регулює ці правовідносини, залишається цивільно-правовий договір. Для якісного врегулювання даних відносин необхідно надати визначення й характеристику договору сурогатного материнства. За даною темою опубліковано роботи А. О. Пєстрікової, Т. Е. Борисової, О. С. Мітрякової, Т. К. Крайнової, але вони грунтуються на російському законодавстві і висвітлюють дану проблематику в іншому ракурсі.

З медичної точки зору, сурогатне материнство – це запліднення яйцеклітини жінки штучним методом із наступним поміщенням ембріона, отриманого від генетичних батьків, в порожнину матки іншої жінки – сурогатної матері. З юридичної точки зору – це послуга з виношування і народження дитини з наступною реєстрацією немовля як дитини замовника послуги. Ми вважаємо, що найбільш повно та точно визначає правовідносини сурогатного материнства у юридичному аспекті таке визначення поняття: сурогатне материнство – це послуга, врегульована цивільним законодавством як процес зачаття, виношування і народження дитини з наступною реєстрацією немовля як дитини замовника послуги. Послуга в цивільному обороті оформлюється укладенням цивільно-правого договору з надання певних послуг. Ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) серед засад цивільного законодавства встановлює принцип свободи договорів. Даний принцип дозволяє суб'єктам цивільних правовідносин укладати як поіменовані, так і непоіменовані договори, які законодавством не передбачені, але не протирічать йому й інтересам суспільства. Тож при відсутності чітко зазначеного в законі договора сурогатного материнства, законодавець дозволяє укладати такий договір і основним підґрунтям для врегулювання даних відносин є глава 63 ЦК України щодо загальних положень про послуги.

Виходячи з наданого вище поняття сурогатного материнства ми можемо запропонувати таке визначення договору сурогатного материнства. За договором сурогатного материнства одна сторона (сурогатна мати) зобов'язується пройти процес зачаття, виносити і народити дитину, яка буде зареєстрована як дитина другої сторони (замовника послуги), а замовник послуги, в свою чергу, зобов'язується сплатити усі поточні витрати, пов'язані із зачаттям, вагітністю та народженням дитини, і винагороду сурогатній матері.

Договір сурогатного материнства є непоіменованим договором, бо він прямо не передбачений цивільним законодавством, тому особливо важливо дати йому правову характеристику, щоб більш повно зрозуміти його правову природу.

Договори класифікуються за загальними критеріями, тобто тими, що однакові для договорів та правочинів, оскільки договір є різновидом правочину.

*© Коломієць А.С., 2012*

Залежно від концентрації прав та обов'язків у сторін договору, як зобов'язання, вони поділяються на односторонні, двосторонні та багатосторонні. В договорі з надання послуги сурогатного материнства є дуже цікавим суб'єктний склад – медичний заклад, який здійснює екстракорпоральне запліднення, генетичні батьки – замовники послуги, сурогатна матір – виконавець послуги. Ці суб'єкти можуть бути пов'язані одним трьохстороннім договором, а можуть укладатися два окремі двосторонні договори: медичний заклад – сурогатна матір, медичний заклад – генетичні батьки. Зокрема, укладаючи цей договір, сурогатна мати приймає на себе обов'язок пройти процес зачаття, виносити, народити і передати замовникам немовля та водночас набуває права вимагати компенсації та оплати (залежно від договору) послуги, а замовник, у свою чергу, зобов'язаний здійснити компенсацію та оплату наданої послуги і водночас набуває права вимагати від виконавця належного виконання усіх умов послуги. Існує позиція, що договір сурогатного материнства складається з двох договорів і основного – між сурогатною матір'ю і замовниками та додаткового – між закладом охорони здоров'я, який уповноважений проводити процедуру екстракорпорального запліднення, та замовниками. Практика не може однозначно відповісти на це питання. Деякі фірми використовують договір, який включає до себе правовідносини між трьома сторонами: сурогатною матір'ю, замовниками послуги та відповідним медичним закладом. Деякі укладають основний і додатковий договори як згадувалося вище, а деякі вважають сурогатним договором тільки договір між сурогатною матір'ю та замовниками послуги.

Залежно від послідовності досягнення правової мети договору сурогатного материнства він може укладатися як попередній договір і як основний договір. Попередній договір характеризується тим, що сторони беруть на себе обов'язок у певний строк укласти основний договір. В попередньому договорі, крім строку укладення, зазначаються істотні умови майбутнього договору або порядок їх погодження. В попередньому договорі є умови, що належать до його змісту, і є умови, що належать до змісту основного договору, що буде укладений в майбутньому.

Залежно від наявності зустрічного задоволення сторін договори поділяються на оплатні та безоплатні. Безоплатні договори для цивільного обороту – це скоріше винятки, ніж правило. Розмежування договорів на оплатні та безоплатні носить легальний характер. Так, ч. 5 ст. 626 ЦК України містить презумпцію відплатності договору, якщо інше не встановлено договором, законом або не випливає із суті договору. Це положення обумовлено існуванням еквівалентно-оплатних засад, на яких будується сучасна ринкова економіка країни [1, с. 428]. З суті договору сурогатного материнства не випливає безоплатності. Договір сурогатного материнства може бути оплатним (на загальних засадах), а може бути і безоплатним, коли, напр., сурогатною матір'ю виступає родичка подружжя і робить це в інтересах сім'ї. При цьому, оплатність договору не означає рівнозначного надання задоволення від обох сторін. Величина винагороди не має значення з юридичної точки зору, важлива лише її наявнсіть або відсутність. Від цього будуть змінюватися можливі наслідки розвитку і припинення правовідносин. У цивілістичній науці пролунала думка, що «віднесення договору про сурогатне материнство до договору відплатного надання послуг у силу його відплатності є помилковим, оскільки оплата витрат за договором про сурогатне материнство не робить договір оплатним» [2, с. 27-28]. Але йдеться не лише про витрати сурогатної матері, пов'язані із процесом зачаття і виношування дитини, а і про грошову винагороду жінці за цю послугу як компенсацію за ризикі і обмеження в стилі життя. Тож за загальним правилом, договір сурогатного материнства є оплатним договором, якщо сторони не передбачили інше.

Ще у стародавні часи у римському приватному праві зародився поділ відплатних договорів залежно від еквівалентності зустрічної відплати на алеаторні (ризикові) та мінові (еквівалентні) договори. Ризикові, або алеаторні договори, – це договори, при яких наперед невідомо, яка з сторін одержить винагороду, а яка – збитки. Кожна сторона несе певний ризик, все залежить від випадку [3, с. 66]. Договір сурогатного материнства включає в себе певний ризик. Реакції організму людини доволі важко передбачити, а у такому складному процесі як екстракорпоральне запліднення існує ризик виникнення різноманітних ускладнень, що можуть збільшити витрати на медичне обслуговування, чи дати безплідні спроби. Поміж цього ще є фактор народження хворої дитини або можливість отримати до трьох здорових немовлят, тому певний ризик при укладенні договору сурогатного материнства присутній. Отже, неможливо детально описати результат, якого досягнуть сторони в процесі виконання договору. Тож, вважаємо, що його можна відносити до алеаторних договорів.

Договір сурогатного материнства є достатньо специфічним договором, що дозволяє ставити питання про його фідуціарність. Аналіз фідуціарності (наявності довірчого характеру) викликає значний інтерес у сучасних науковців. Так, І.В. Венедіктова визначає такі ознаки фідуціарних угод: «наявність високої взаємодовіри контрагентів; відсутність чітко визначеного змісту повноважень одного з контрагентів – боржника (довірчого управителя в конструкції довірчого управління майном), оскільки сторони взаємовідкриті і прагнуть досягти максимально кращого результату, який неможливо конкретизувати заздалегідь; можливість для кожної із сторін в односторонньому порядку розірвати договірні відносини з причини втрати довіри до свого контрагента; розірвання договірних відносин без пояснення мотивів такого акту стороною-ініціатором; передбачення поряд з укладанням звичайної угоди ще однієї, яка має неформальний характер і ніби неписано існує між контрагентами. Як тільки умови цієї неписаної угоди не виконуються, розривається й реальний договір; за фідуціарною угодою одна особа юридично є утримувачем права, яке в соціальному плані належить іншій особі і за рахунок цього може незаконно набути вигоди для себе» [4, с. 30]. Фідуціарні договори в сучасному обороті є універсальними, гнучкими регуляторами, довірчий

характер яких підкріплено юридичним захистом сторін. При цьому З.Е. Беневоленська підкреслює, що «довіра – це морально-етичне й соціально-психологічне поняття, яке зазвичай не має юридичного значення, поки не буде порушене. Проте відносини довіри можуть набувати юридичного значення як на стадії свого формування, так і на стадії завершення» [5, с. 40].

Залежно від моменту, з якого правочин вважається укладеним, договори сурогатного материнства можливо віднести до консенсуальних, тобто до тих, які вважаються укладеними з моменту досягнення сторонами згоди щодо істотних умов договору. Сторони договору сурогатного материнства досягають згоди за істотними умовами, підписують договір, і він вважається чинним, навіть, якщо початок надання послуги переноситься.

Залежно від значення підстави правочину для його здійснення можливо виділити каузальні та абстрактні договори. Більшість договорів належить до каузальних, а саме тих, що мають певні підстави, від яких залежить дійсність правочину, а отже й договору. Каузальні правочини мають певну правову мету і, оскільки метою договору сурогатного материнства є надання замовникам змоги стати батьками, через народження генетично спорідненої з ними (або з одним із них) дитини за допомогою іншої жінки. Без даної вагомої підстави такий договір буде недійсним.

У цивілістичній доктрині існує виділ умовних і безумовних (звичайних) договорів залежно від моменту виникнення, зміни або припинення прав та обов'язків сторін. В умовних договорах настання певних правових наслідків залежить від конкретно визначеної умови. Така умова має бути: ймовірною, тобто вона може виникнути чи не виникнути у майбутньому, та на момент укладення договору ця умова не повинна існувати [6, с. 221]. Такою умовою може стати можливість завагітніти або факт вагітності. Крім того, можливо говорити і про звичайний договір (безумовний), коли права і обов'язки у сторін виникають не з моменту настання умови (в даному випадку – вагітності), а з моменту підписання договору.

Таким чином, договір сурогатного материнства – це послуга, за якою одна сторона (сурогатна мати) зобов'язується пройти процес зачаття, виносити і народити дитину, що буде зареєстрована як дитина другої сторони (замовника послуги), а замовник послуги, в свою чергу, зобов'язується сплатити усі поточні витрати, пов'язані із зачаттям, вагітністю та народженням дитини, і винагороду сурогатній матері. За правовою класифікацією договір сурогатного материнства може бути двостороннім і трьохстороннім, оплатним і безоплатним, консенсуальним, фідуціарним, алеаторним, каузальним, може укладатися як умовний або безумовний договір.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Бірюков І.А.*, Заїка Ю.О. Цивільне право України. Загальна частина: навч. посіб. / І.А. Бірюков, Ю.О. Заїка. – К.: КНТ, 2006.- 480 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.info-library.com.ua/books-text-8778.html

2. *Журавлёва С.П.* Правовое регулирование договора о суррогатном материнстве в Российской Федерации: дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук / С.П. Журавлёва. – Москва, 2011. – 176 с.

3. *Калюжний Р. А.* Римське приватне право: курс лекцій / Р.А. Калюжний. – К.: Істина, 2005. – 144 с.

4. *Венедіктова І.В.* Договір довірчого управління майном в Україні / І.В. Венедіктова. – Х.: Консум, 2004. – 216 с.

5. *Беневоленская З.Э.* Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства / З.Э. Беневоленская. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 282 с.

6. *Цивільне право* України: підручник: у 2 т. / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, І.В. Жилінкова [та ін.]; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.

## ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

УДК 35.08(477)

# ФОРМУВАННЯ РЕЗЕРВУ КАДРІВ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ – ГАРАНТ СТАБІЛЬНОСТІ І ПРОФЕСІОНАЛІЗМУ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

**Кагановська Т. Є.,**
доктор юридичних наук, професор
кафедри державно-правових дисциплін,
декан юридичного факультету
Харківського національного
університету імені В.Н. Каразіна,
Заслужений юрист України

***Анотація:*** У статті відзначено існуючі недоліки у сучасній практиці формування кадрового резерву у межах державної служби; наголошено на необхідності застосуванням наукових підходів і сучасних кадрових технологій; удосконаленні нормативної бази з питань кадрової роботи; підвищенні професіоналізму персоналу, мотивації його ефективної роботи; плануванні кар'єрного зростання; пошуку механізмів поповнення складу резерву кадрів тощо.
***Ключові слова:*** кадровий резерв, державна служба, державний службовець, формування кадрового резерву, кадрова служба, кар'єра.

***Аннотация:*** В статье отмечены существующие недостатки современной практики формирования кадрового резерва в рамках государственной службы; подчеркнута необходимость применения научных подходов и современных кадровых технологий; совершенствования нормативной базы по вопросам кадровой работы; повышения профессионализма персонала, мотивации его эффективной работы; планирования карьерного роста; поиска механизмов пополнения состава резерва кадров.
***Ключевые слова:*** кадровый резерв, государственная служба, государственный служащий, формирование кадрового резерва, кадровая служба, карьера.

***Annotation:*** Noting the shortcomings of current practice of formation of personnel reserve for the public service, stressed the need for a scientific approach and modern human technologies improve the regulatory framework for human resource management, to improve the professionalism of staff, motivation of its effective work; career planning, exploration of mechanisms replenishment of reserve personnel.
***Key words:*** the reserve, civil service, civil servant, the formation of personnel reserve, personnel service and career.

---

Нормативно-правове забезпечення функціонування та удосконалення системи державної служби в Україні включає: Конституцію України; Положення про формування кадрового резерву для державної служби: Постанова Кабінету Міністрів від 28 лютого 2001 року № 199; Положення про роботу з кадрами в центральних і місцевих органах державної виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів від 20 вересня 1995 року № 747; Наказ про затвердження Порядку інформування центральними і місцевими органами виконавчої влади, іншими державними органами про зміни облікових даних керівників, спеціалістів та осіб, зарахованих до кадрового резерву на ці посади від 16 грудня 1996 року № 43 [1]; Закони України «Про державну службу» [2], «Про боротьбу з корупцією» [3], «Про місцеві державні адміністрації», «Про місцеве самоврядування в Україні»; укази і розпорядження Президента України; акти Кабінету Міністрів України тощо.

Однак однією з найбільш серйозних проблем функціонування кадрового резерву в сучасних умовах є непрозорість процесу його адміністрування і недолік інформованості осіб, що входять до резерву, про свої перспективи. Очевидно, що ситуація, що зберігається, не дозволяє використовувати у повному обсязі позитивний потенціал цієї кадрової технології. Крім того, нерозуміння суспільством механізмів вступу на державну службу або скептичне ставлення до їх об'єктивності створює нові ризики зниження довіри до влади.

Сьогодні кадровий резерв став тривіальним каналом вертикальної мобільності, що дозволяє обходити у значній більшості випадків конкурсні процедури при заміщенні більш високих посад чи вступ на державну службу. За такого стану речей питання якості і розвитку резервістів, на жаль, практично не звучать. І, як наслідок, – не затверджуються норми, що регламентують роботу з кадровим резервом.

Практика формування кадрового резерву у межах державної служби, що склався, має низку негативних наслідків:

1) у суспільній думці склалася низька оцінка значимості кадрового резерву і вимог, що до нього висуваються;

2) слабка зацікавленість у зарахуванні в резерв з боку осіб, які не є співробітниками органів державного управління;

3) порядок перебування в резерві прийому на держслужбу незрозумілий;

4) практика планування індивідуального професійного розвитку і реалізації відповідних програм розвитку осіб, що перебувають у резерві, гранично обмежена, а для осіб, які не є держслужбовцями, практично нульова;

5) відсутня реальна конкуренція серед осіб, що перебувають у кадровому резерві;

*© Кагановська Т.Є., 2012*

6) відсутність цілісної системи роботи з управлінськими кадрами;

7) призначення на посаду через знайомство, за принципом особистої відданості;

8) неефективність системи мотивації і стимулів для формування кваліфікаційного кадрового резерву на державній службі;

9) низький рівень кадрової ротації управлінських кадрів;

10) інформаційна некомпетентність управлінських кадрів;

11) відсутність єдиної системи кадрового моніторингу й інформації про вакантні посади;

12) неповороткість системи освіти;

13) відсутність спеціальної методики відбору спеціалістів у кадровий резерв та їх оцінки;

14) неефективність роботи кадрових служб державних органів.

Поза всяким сумнівом таке розуміння кадрового резерву не відображає букви і духу закону. На нашу думку, кадровий резерв, у першу чергу, це механізм підвищення якості державного управління, підвищення професіоналізму службовців на підставі постійного розвитку їх особистісно-ділових якостей, що дозволяють реалізовувати завдання державного управління.

У сучасних умовах важливого значення набуває такий напрям кадрового забезпечення державної служби як робота з кадровим резервом для висунення на управлінські посади в державних органах. Для розвитку країни необхідно гарно підготувати кадри (ефективне управління). Від правильної постановки роботи з резервом управління кадрами сьогодні залежить те, які кадри прийдуть у державне управління завтра.

Тому одним з пріоритетних напрямів у реформуванні державної служби та державного управління повинна стати кадрова робота з персоналом, поступове доведення штатної чисельності до науково обґрунтованих нормативів, якісне поліпшення системи добору і підготовки кадрів, удосконалення нормативно-правової бази кадрової роботи, створення оптимальної системи науково-методичного й інформаційного забезпечення кадрових процесів.

Основним нормативним актом, що регулює порядок формування та організацію роботи з резервом кадрового складу у сфері державної служби є «Положення про формування кадрового резерву для державної служби», затверджене Постановою Кабінету Міністрів від 28 лютого 2001 р. № 199 (далі – Положення) [4]. Згідно зі ст. 1 Положення кадровий резерв для державної служби створюється для заміщення посад державних службовців, а також для просування їх по службі. Формування кадрового резерву повинне забезпечити добір працівників, які: мають професійні навички, що ґрунтуються на сучасних спеціальних знаннях і аналітичних здібностях, для прийняття та успішної реалізації управлінських рішень [4] і у наш час здійснюється на підставі прямого конкурсу (ст. 2.1), а також у низці випадків на підставі рекомендацій атестаційної комісії органу державної влади і рекомендацій конкурсної комісії при конкурсному заміщенні посад державної служби [4]. Основною метою формування і використання кадрового резерву держслужби є створення підготовленого до управління в нових умовах складу держслужбовців, забезпечення неперервності і наступництва держуправління, його удосконалення на підставі відбору, підготовки і висунення кадрів, здатних професійно і ефективно реалізовувати завдання і функції органів держвлади.

На думку В. Черепанова, реалізація принципів формування кадрового резерву і роботи з ним є необхідною умовою формування кадрового резерву. До них належать такі:

- забезпечення законності, дотримання нормативно-правових вимог і процедур у розв'язанні питань кадрового резерву;
- конкурсність під час формування кадрового резерву;
- комплексна і об'єктивна оцінка професіоналізму, ділових і моральних якостей держслужбовців під час їх підбору в резерв і висунення;
- об'єктивність і рівний доступ під час просунення по службі відповідно до здібностей і професійної підготовки;
- створення необхідного і достатнього кадрового простору для підтримки необхідної укомплектованості кадрів державного апарату;
- демократичне, колегіальне розв'язання кадрових питань з урахуванням суспільної думки, гласності, на альтернативній підставі;
- систематичне і раціональне оновлення кадрового резерву зі збереженням наступництва, якісного збагачення за рахунок притоку свіжих, молодих сил, використання можливостей і здібностей у сіх вікових категорій;
- підконтрольність і прозорість процесу формування резерву управлінських кадрів;
- професійна цілеспрямована підготовка сформованого кадрового резерву;
- відносна деполітизація роботи з формування кадрового резерву;
- добровільність включення в кадровий резерв і висунення з нього [5].

Нормативно-правове закріплення кадрового резерву здійснюється у ст. 28 Закону «Про державну службу» [2]. У державних органах створюється кадровий резерв для зайняття посад державних службовців, а також для просування по службі. Кадровий резерв формується з:

- спеціалістів місцевого та регіонального самоврядування, виробничої, соціально-культурної, наукової та інших сфер, а також випускників навчального закладу відповідного профілю;
- державних службовців, які підвищили кваліфікацію або пройшли стажування та рекомендовані для просування на більш високі посади.

Організаційні основи формування і роботи з кадровим резервом передбачають вирішення низки таких проблем як визначення структури і організаційних принципів кадрового резерву, порядку, тобто умов, форм і методів його формування. Процедура відбору в кадровий резерв має бути одна, а критерії – єдині. Лише в цьому випадку можна забезпечити конкурентність під час зарахування у резерв, прозорість і публічність

процедури формування резерву. Принциповою є надмірність критеріїв, що використовуються, яка виключає суб'єктивізм оцінки претендента. Аналогічно і під час зарахування на посаду з резерву мають бути застосовані чіткі і зрозумілі критерії, що дозволяють здійснювати об'єктивний вибір з кількох претендентів. У протилежному випадку буде зберігатися ризик наростання суб'єктивізму і протекціонізму у кадровій роботі органів влади. Почасти перед представниками наймача постає питання: яким чином з кількох осіб, включених у кадровий резерв, обрати того, хто наділений необхідними знаннями, навичками, досвідом для заміщення конкретної посади? Фактично, кадровий резерв може бути представлений як неструктурована група людей, а вибір у такому випадку або суб'єктивний, або вимагає додаткових порівнянь (по суті – проведення конкурсу).

У науковій літературі найчастіше кадровий резерв поділяють на три категорії: внутрішній кадровий резерв, зовнішній кадровий резерв, кадровий резерв перспективного розвитку.

Внутрішній кадровий резерв органів державної/муніципальної влади – це співробітники органів влади, підготовлені для висунення на більш високу посаду всередині даного органу влади. На формування, підготовку і використання даної категорії кадрового резерву можуть бути виділені кошти з бюджету відповідного рівня. Внутрішній кадровий резерв має низку переваг: службовці працюють в організації і вже довели певну ефективність, їм не потрібна адаптація до організації.

Однак слід відмітити і недоліки внутрішнього резерву. Переважна більшість резервістів з числа діючих держслужбовців не мають індивідуальної програми професійного розвитку, їх додаткова підготовка здійснюється час від часу, без орієнтації на зміст майбутньої діяльності.

Зовнішній кадровий резерв складається зі співробітників комерційних і громадських організацій. Зовнішній кадровий резерв дає можливість найбільш адекватного заміщення вакантних посад у органах влади, дозволяє використовувати для підвищення ефективності діяльності найбільш сучасні управлінські технології, методи і рішення, дає приплив «нової енергії». Робота в органах влади з такою категорією кадрового резерву повинна здійснюватися так само. як і для діючих держслужбовців, що перебувають у резерві. Однак, на жаль, для їх підготовки не закріплене джерело фінансування і відповідні організаційні умови. Однак під час залучення на державну службу менеджерів від бізнесу без відповідної підготовки, засвоєння ідеології держслужби може спровокувати негативні тенденції у системі державної служби.

Кадровий резерв перспективного розвитку – це студенти і випускники вищих навчальних закладів за спеціальностями, затребуваними в органах державної влади. Дана категорія кадрового резерву сприяє здійсненню планомірної кадрової політики із залучення молодих спеціалістів для заміщення посад виконавчого рівня, а також відбору і практичній підготовці потенційних управлінців для державної і муніципальної служби.

Робота з кадровим резервом перспективного розвитку може проводитися на базі цільових програм. Суттєвою перешкодою до використання такого кадрового резерву є обмеження доступу молодих спеціалістів-випускників на державну службу, пов'язане з вимогами до стажу роботи. Така тенденція могла б бути дуже небезпечною і призвести до вікових диспропорцій у структурі кадрового складу органів державної влади і, як наслідок, до стримування інноваційних процесів. Для розширення можливості вступу на державну службу молодих спеціалістів система переваг або преференцій не є доцільною, оскільки «особливий статус» тієї чи іншої категорії претендентів на держслужбу не ґрунтується на професійному і особистісному потенціалі, завжди створює ризики протекціонізму. Більш перспективною є система накопичення бонусів, які б мали нормативне закріплення і стимулювали молодих спеціалістів до їх накопичення протягом навчання. До таких бонусів можна віднести участь у тематичних студентських конкурсах за фахом, робота в якості громадських помічників, виконання випускної кваліфікаційної роботи на замовлення державних органів, упровадження її результатів у практику роботи, участь у розробці нормативних документів, цільових програм. Ці досягнення мають бути розглянуті конкурсною комісією як переваги претендента на посаду.

Формування кадрового резерву починається з пошуку, попереднього відбору, вивчення і оцінки можливих кандидатур кадровими службами (ст. 3) [4]. «До кадрового резерву зараховуються професійно підготовлені працівники, які успішно справляються з виконанням службових обов'язків, виявляють ініціативу, володіють навичками роботи на комп'ютері, мають організаторські здібності, необхідні для виконання посадових обов'язків» (абз. 1 п. 3 в редакції Постанови КМУ № 1431/1431-2003 р від 10 вересня 2003 р.).

Під час формування кадрового резерву забезпечується пропорційно збалансовано представництво кандидатур кожної статі з урахуванням складу працюючих у відповідних сферах управління.

У статті 4 зазначеної Постанови «На кожну посаду державного службовця кадровий резерв формується з такого розрахунку: на посаду керівника – не менше 2-х осіб, на посади спеціалістів складаються списки осіб, зарахованих до кадрового резерву, з урахуванням фактичної потреби».

Одна з головних проблем постає під час вирішення питання щодо відповідності того чи іншого працівника посаді, яку він обіймає, або про його включення до кадрового резерву – це розробка критеріїв оцінки кадрів, про що зазначено у Довіднику типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців (далі – Довідник).

Вибір критеріїв оцінки повинен виходити з того:

1) для яких конкретних завдань будуть використані результати оцінки (включення в кадровий резерв, направлення на навчання для підвищення кваліфікації, переміщення по службі, звільнення);

2) для якої категорії і групи посад працівників установлюються критерії [6].

У процесі роботи з кадровим резервом важливим є визначення змісту кваліфікаційних вимог, що висуваються до резервістів. Кваліфікаційні вимоги представляють собою систему єдиних професійних вимог до кандидата на заміщення управлінської посади, що охоплюють вимоги до рівня професійної освіти, післядипломної освіти, стажу роботи за спеціальністю, професійним знанням і навичкам, необхідним для виконання посадових обов'язків, а також стажу наукової (науково-педагогічної) роботи [6].

У науковій літературі виділяють наступний перелік до кандидатів у кадровий резерв: а) до рівня професійної підготовки; б) до ділових якостей; в)до інтелектуальних здібностей; г) до організаційних здібностей; д) до уміння будувати відносини у колективі і працювати з людьми.

До загальних професійних вимог до кандидатів в кадровий резерв можна віднести знання Конституції і законів України, що регулюють розвиток відповідної галузі економіки і державного управління, знання законів і підзаконних актів, що регулюють державну службу, справочинство, знання законів адміністративного, цивільного, конституційного і трудового права, державних стандартів з оформлення службової документації; норм охорони праці, правил ділового етикету і ділового спілкування; уміння працювати з людьми, володіння навичками особистої і телефонної розмови; навички роботи з сучасною оргтехнікою і комп'ютером, знання іноземної мови. Однак, ми розуміємо, що на практиці перелік вимог, що закріплений у Довіднику, є менш вимогливим.

Однак після формування кадрового резерву робота кадрових служб не закінчується. Вони мають бути скеровані на неперервну освіту і самоосвіту. У систему підготовки і навчання кадрового резерву повинні входити – стажування в посаді у резерв, на яку зарахований держслужбовець чи громадянин:

- тимчасове заміщення відсутніх керівників на період відряджень, хвороби чи відпустки;
- участь у викладацькій роботі;
- участь у підготовці і проведенні науково-практичних конференцій, методичних семінарів;
- постійна робота кандидатів над підвищенням своїх професійних знань.

Згідно зі ст. 8 Положення з працівниками, зарахованими до кадрового резерву, проводиться робота згідно із затвердженими керівниками державних органів чи їхніх структурних підрозділів особистими річними планами, де передбачається:

- вивчення і аналіз виконання законів України, актів Президента України і Кабінету Міністрів України;
- систематичне навчання шляхом самоосвіти;
- періодичне навчання і підвищення кваліфікації у відповідних навчальних закладах (у тому числі зарубіжних);
- участь у роботі семінарів, нарад, конференцій з проблем та питань діяльності державних органів і структурних підрозділів;
- стажування терміном до двох місяців у державному органі, до кадрового резерву якого зараховано працівника;
- виконання обов'язків державного службовця, на посаду якого зараховано працівника до кадрового резерву;
- залучення до розгляду відповідних питань, проведення перевірок, службових розслідувань;
- участь у підготовці проектів актів законодавства, інших нормативних документів.

Кадровий резерв – це одне з основних джерел формування і поповнення кадрів – спеціалістів у тій чи іншій сфері професійної діяльності. Найважливішим завданням створення кадрового резерву є виявлення найбільш перспективних спеціалістів для даної професійної діяльності.

Під кадровим резервом державної служби, на думку В. Черепанова, розуміють спеціально сформовану на підставі індивідуального відбору і комплексної оцінки групу працівників, що пройшла спеціальну підготовку, наділена необхідними професійними, діловими, особистісними і морально-етичними якостями для висунення на більш високі державні посади.

На нашу думку, з точки зору адміністративного права, інститут кадрового резерву є сукупністю норм, що регламентують порядок і правила відбору і підготовки осіб, які за своїми професійними характеристиками та морально-діловими якостями можуть бути призначені на керівні посади у випадку їх вивільнення. Інститут кадрового резерву є складовою правового інституту державної служби.

Забезпечення професійного зростання, а саме формування кадрового резерву на посади державних службовців з числа професійно підготовлених, компетентних, ініціативних, висококваліфікованих працівників, які володіють сучасними методами адміністративного менеджменту та мають організаторські здібності, сприятиме оптимізації складу працюючих у категорії державних службовців та попередженню дефіциту професіоналів у цій сфері.

Професіоналізм державних службовців можна визначити як здатність знаходити, враховувати умови і реальні можливості, найбільш ефективні шляхи та способи реалізації поставлених завдань у межах наданих повноважень, використовуючи фахові технології, що застосовуються в демократичних суспільствах, мати постійну мотивацію до роботи та отримувати задоволення від неї, досягати високих результатів у процесі вдосконалення своїх функціональних обов'язків, дотримуватися відповідних етичних норм, мати й усвідомлювати перспективи свого майбутнього професіонального розвитку та прагнути до нього.

Для реалізації кар'єри у сфері державної служби велике значення має формування дієвого інституту резерву кадрів. Це є необхідною умовою послідовності й наступності в розвитку кадрового потенціалу, стабільності кадрового складу органів державного управління, передумовою кадрового забезпечення державної служби.

Отже, формування кадрового резерву здійснюється відповідно до Положення про формування кадрового резерву для державної служби, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2001 року № 199, і повинне забезпечити добір працівників, які: здатні запроваджувати демократичні цінності правової

держави та громадянського суспільства, неухильно відстоювати права людини і громадянина; мають професійні навички, що ґрунтуються на сучасних спеціальних знаннях і аналітичних здібностях, для прийняття та успішної реалізації управлінських рішень [7].

Сьогодення свідчить, що резерв кадрів складається і переглядається щорічно практично у всіх органах державної влади і місцевого самоврядування. Проте варто наголосити, що при нових призначеннях нерідко про нього просто не згадують.

Зміна підходів до ретельного відбору, формування і підготовки резерву кадрів підвищить його дієвість. Потрібно серйозно зайнятися і комплексною підготовкою до призначення на посаду із застосуванням наукових підходів і сучасних кадрових технологій; удосконалювати нормативну базу з питань кадрової роботи; підвищувати професіоналізм персоналу, мотивувати його ефективну роботу; планувати кар'єрне зростання; необхідно знайти механізми поповнення складу резерву кадрів на державні посади за рахунок висококопрофесійних керівників і фахівців, що працюють в комерційних структурах, але готових перейти в систему державної влади або місцевого самоврядування тощо [1].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Методичні* рекомендації щодо формування кадрового резерву для державної служби [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nads.gov.ua/sub/kiev/ua/publication/content/2920.htm?s398224032=061d29455fba27431438fff2ba5e771c
2. *Про державну* службу : Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.
3. *Про боротьбу* з корупцією : Закон України від 5 жовтня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 34. – Ст. 266.
4. *Положення* про формування кадрового резерву для державної служби: Постанова Кабінету Міністрів від 28 лютого 2001 року № 199 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=199-2001-%EF
5. *Черепанов В. В.* Основы государственной службы и кадровой политики : [учебник для студ.] / Черепанов В. В. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2010. – 679 с.
6. *Довідник* типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців, затверджений наказом Головного управління держслужби України від 1 вересня 1996 року № 65 (із доповненнями, внесеними наказом Головного управління держслужби України від 1 листопада 2006 року № 363, погодженими Міністерством [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1041.5372.0
7. *Оболенський О.Ю.* Державна служба [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://library.if.ua/book/112/7612.html

УДК 342.9: 34(477)

# ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ІНФОРМАЦІЙНІ АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

**Завальна Ж. В.,**
доцент, доктор юридичних наук,
завідувач кафедри юридичних дисциплін
Сумської філії Харківського національного
університету внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті аналізуються інформаційні відносини, розглядається зміст інформаційних адміністративних послуг органів державної влади, визначаються поняття та ознаки цих послуг. Характеризуються різні види інформації як предмета адміністративних послуг.
***Ключові слова:*** інформація; інформаційні відносини; органи державної влади; інформаційні адміністративні послуги; надання інформації; право доступу до інформації.

***Аннотация:*** В статье анализируются информационные отношения, рассматривается содержание информационных административных услуг органов государственной власти, определяется понятие и признаки данных услуг. Характеризуются разные виды информации как предмет административных услуг.
***Ключевые слова:*** информация; информационные отношения; органы государственной власти; информационные административные услуги; предоставление информации; право доступа к информации.

***Annotation:*** In this article informational relations are analyzed, the content of information administrative services of government authorities is investigated, the idea and characteristics of these services are given.
***Key words:*** information; informational relations; government authorities; informational administrative services; presenting information; right of access to information.

Аналізуючи закріплені конституційні права громадян, можна цілком об'єктивно стверджувати, що без реалізації права на інформацію здійснення всього комплексу конституційних прав, свобод і обов'язків було б принаймні обмеженим, а то і просто неможливим. При цьому неабиякого значення набуває проблематика реалізації права громадян на

*© Завальна Ж.В., 2012*

інформацію з огляду на формування в Україні громадянського суспільства, імплементацією концепції «відкритості влади» та інших процесів сучасності. Важливою і необхідною складовою механізму здійснення права на інформацію є гарантування доступу громадян до інформації, а також чітка правова регламентація виключних випадків його (доступу) обмеження.

Дослідники інформаційного права та інформаційних відносин В.М. Брижко, Р.А. Калюжний, В.А. Копилов, Б.А. Кормич, Т.А. Костецька, О.В. Логінов, А.І., Марущак, Є.В. Петров, С.Л. Хрипко, В.С. Цимбалюк та інші вивчають проблематику, яка перебуває на вістрі наукових досліджень української правової науки, але є зрозумілим, що розробки з даної тематики необхідно продовжувати та поглиблювати, оскільки багато питань ще недостатньо досліджені. Серед останніх проблемним вважається визначення поняття та змісту інформаційних адміністративних послуг органів державної влади. Враховуючи зазначене, стає цілком зрозумілою актуальність дослідження інформаційних адміністративних послуг, які надаються органами державною владою.

З огляду на це *метою* даної статті є надання дефініції інформаційних адміністративних послуг органів державної влади та визначення їх змісту. *Завданням*, відповідно, аналіз положень юридичної доктрини, а також норм діючого інформаційного законодавства.

Характеризуючи інформаційні адміністративні послуги органів державної влади, варто звернути увагу на загальнотеоретичні положення щодо інформаційних відносин взагалі та права доступу до інформації, оскільки вони є загальними по відношенню до інформаційних адміністративних послуг.

Аналіз літератури, що присвячена інформаційним відносинам, дає можливість говорити, що на сучасному етапі розвитку українського суспільства немає єдності сприйняття науковцями та практиками інформаційних відносин взагалі та інформаційних правовідносин зокрема. Це пояснюється тим, що інформаційне право сьогодні розглядається в основному як наука, котра динамічно розвивається і основні положення якої перебувають у стадії формування. Як галузь вітчизняної правової системи інформаційне право сьогодні перебуває на стадії динамічного формування, яке за думкою А.І. Марущак, піддається значному впливу сучасних тенденцій інформаційного суспільства [1]. Як зазначають дослідники інформаційного права В.К. Шкарупа і В.С. Цимбалюк, із розвитком можливостей використання нового електронно-інформаційного середовища обмін даними дедалі більше перетворюється із засобу виникнення правовідносин на засіб їх існування [2]. В аспекті нашого дослідження зупинимось на розгляді інформаційних правовідносин. Інформаційні правовідносини, як зазначає В.А. Копилов, виникають, змінюються та припиняються в інформаційній сфері та регулюються інформаційно-правовими нормами. Будучи різновидом правовідносин, вони, у свою чергу, мають всі основні риси останніх.

Відповідно до ст. 7 Закону «Про інформацію» суб'єктами інформаційних відносин є: а) фізичні особи; б) юридичні особи; в) об'єднання громадян; г) суб'єкти владних повноважень [3]. Крім того, суб'єктами інформаційних відносин згідно з цим Законом можуть бути також інші держави, їх громадяни та юридичні особи, міжнародні організації та особи без громадянства.

Слід зазначити, що Україна як правова та демократична держава, яка підтримує європейські стандарти функціонування органів державної влади, прийняла 13 січня 2011 року Закон України «Про доступ до публічної інформації» [4]. Саме він разом із Законом України «Про інформацію» є тією нормативно-правовою базою, на підставі якої органи державної влади надають інформаційні послуги зацікавленим особам. Безперечно, окремі аспекти стосовно конкретних інформаційних послуг урегульовані також в інших нормативно-правових актах, проте, враховуючи нашу мету надати загальну характеристику інформаційних адміністративних послуг, ми в подальшому будемо використовувати Закон України «Про інформацію» та Закон України «Про доступ до публічної інформації».

Не відкидаючи при дослідженні вказану в Законі України «Про інформацію» класифікацію суб'єктів інформаційних відносин, зазначимо, що Закон України «Про доступ до публічної інформації» більш детально врегульовує питання інформаційних відносин, пов'язаних із наданням інформаційних адміністративних послуг. Зокрема, він визначає порядок здійснення та забезпечення права кожного на доступ до інформації, що перебуває у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації та інформації, що становить суспільний інтерес.

Адміністративні послуги органів державної влади сприймаються нами як спрямована на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи публічно-владна діяльність органів державної влади, яка здійснюється за заявою особи і має своїм результатом прийняття індивідуального акта. Беручи за основу дане визначення та спираючись на аналіз нормативно-правових актів, що регулюють інформаційні правовідносини можна визначити інформаційні адміністративні послуги органів державної влади як спрямовану на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи публічно-владну діяльність органів державної влади, яка здійснюється за запитом особи і має своїм результатом надання публічної інформації. Така дефініція дає можливість виділити наступні ознаки інформаційних послуг органів державної влади: інформаційні адміністративні послуги надаються для забезпечення умов реалізації суб'єктивних прав зацікавлених суб'єктів; інформаційні адміністративні послуги надаються в процесі здійснення інформаційної діяльності органами державної влади; надання інформаційних адміністративних послуг здійснюється за запитом зацікавленої особи; результатом надання інформаційних адміністративних послуг є отримання публічної інформації.

Гарантоване Конституцією України право на

інформацію стає дедалі більш важливим елементом існування демократичного суспільства. Адже процес розбудови правової держави в Україні безпосередньо пов'язаний з додержанням та належною реалізацією гарантованих Конституцією України прав і свобод людини, громадянина, зокрема, права на інформацію.

Отримання документованих або публічно оголошених відомостей про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі, є засобом участі фізичних та юридичних осіб у суспільних і державних справах. При цьому особливу роль відіграють органи державної влади, оскільки саме вони володіють інформацією, що дає можливість задовольнити інформаційні потреби зацікавлених суб'єктів. Саме вони, надаючи інформаційні адміністративні послуги, створюють умови для реалізації суб'єктивних прав громадян, оскільки суб'єкти, маючи відповідну інформацію про ситуацію і на загально-державному рівні, і на місцях, мають можливість більш точно і відповідно до власних потреб планувати свою діяльність. Таким чином, надаючи інформаційні адміністративні послуги, органи державної влади сприяють ефективному використання ресурсів суб'єктів, оскільки громадяни, що мають необхідну їм інформацію, використовують свої ресурси більш раціонально.

Органи державної влади в рамках своєї компетенції також мають можливість здійснювати весь спектр інформаційної діяльності. Використовувати інформацію органи державної влади можуть лише на підставі та у рамках наданої їм компетенції. Поширення інформації органами державної влади може здійснюватись у різний спосіб. Зокрема, відповідно до ст. 5 Закону України «Про доступ до публічної інформації» доступ до інформації забезпечується: а) системним та оперативним оприлюдненням інформації в офіційних друкованих виданнях, на офіційних веб-сайтах у мережі Інтернет; б) розміщенням на інформаційних стендах; в) наданням інформації за запитами.

Аналіз положень чинного законодавства дає можливість виділити в даному виді інформаційної діяльності органів державної влади такі складові, як: а) обов'язкове поширення інформації та б) поширення інформації на запит. Ураховуючи ознаки адміністративних послуг органів державної влади та інформаційних адміністративних послуг, можна з впевненістю говорити, що інформаційні адміністративні послуги надаються органами державної влади в рамках своєї інформаційної діяльності, пов'язаної з поширенням інформації на запит зацікавленої особи.

Чинне законодавство України, зокрема, Закон України «Про доступ до публічної інформації», досить детально врегульовує умови та порядок подання запиту на отримання інформації. Так, відповідно до ст. 19 вказаного Закону запит на інформацію – це прохання особи до розпорядника інформації надати публічну інформацію, що знаходиться у його володінні. Відповідно до ст. 12 вказаного Закону запитувачами інформації є фізичні, юридичні особи, об'єднання громадян без статусу юридичної особи, крім суб'єктів владних повноважень. При цьому ст. 13 Закону чітко визначає, що органи державної влади є розпорядниками інформації.

Запит на інформацію може бути індивідуальним або колективним. Запити можуть подаватися в усній, письмовій чи іншій формі (поштою, факсом, телефоном, електронною поштою) на вибір запитувача. При цьому запитувач має право звернутися до розпорядника інформації із запитом на інформацію незалежно від того, стосується ця інформація його особисто чи ні, без пояснення причини подання запиту.

Письмовий запит подається в довільній формі, при цьому він має містити:

1) ім'я (найменування) запитувача, поштову адресу або адресу електронної пошти, а також номер засобу зв'язку, якщо такий є;

2) загальний опис інформації або вид, назву, реквізити чи зміст документа, щодо якого зроблено запит, якщо запитувачу це відомо;

3) підпис і дату за умови подання запиту в письмовій формі.

Із метою спрощення процедури оформлення письмових запитів на інформацію, відповідно до закону, особа може подавати запит шляхом заповнення відповідних форм запитів на інформацію, які можна отримати в розпорядника інформації та на офіційному веб-сайті відповідного розпорядника. Зазначені форми мають містити стислу інструкцію щодо процедури подання запиту на інформацію, її отримання тощо. Також чинне законодавство України передбачає можливість громадян скористатись допомогою відповідних фахівців розпорядника інформації. Так, у разі, якщо з поважних причин (інвалідність, обмежені фізичні можливості тощо) особа не може подати письмовий запит, його має оформити відповідальна особа з питань запитів на інформацію, обов'язково зазначивши в запиті своє ім'я, контактний телефон, та надати копію запиту особі, яка його подала. Результатом надання органами державної влади інформаційних адміністративних послуг є отримання публічної інформації зацікавленими особами в рамках чинного законодавства України.

Закон України «Про доступ до публічної інформації» публічною інформацією визнає відображену та задокументовану будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформацію, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка перебуває у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації. Публічна інформація є відкритою, крім випадків, передбачених законом.

Аналіз законодавчо зафіксованого переліку видів інформації дає можливість говорити, що не всі види інформації можуть бути об'єктами інформаційних адміністративних послуг органів державної влади, оскільки чинне законодавство встановлює певні обмеження. Зокрема, окрім інформації з відкритим доступом, чинне законодавство закріплює положення, відповідно до яких здійснюється інформаційна діяльність з інформацією з обмеженим доступом. Так, відповідно до ст. 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації» публічна

інформація поділяється на публічну інформацію з відкритим доступом та публічну інформацію з обмеженим доступом.

Інформація з обмеженим доступом має надаватися розпорядником інформації, якщо немає законних підстав для обмеження у доступі до такої інформації, які існували раніше. При цьому інформація з обмеженим доступом має надаватися розпорядником інформації, якщо він правомірно оприлюднив її раніше. Виходячи із цього випливає, що об'єктом інформаційних адміністративних послуг органів державної влади може бути лише та інформація, яка з'явилась у органів в процесі інформаційної діяльності та в рамках чинного законодавства України.

Досліджуючи повноваження органів державної влади, що закріплені чинним законодавством, можна зробити висновок, що об'єктом їх інформаційних послуг може бути інформація, яка стосується: а) інформації про фізичну особу – службовця розпорядника інформації; б) інформація про стан довкілля, тобто екологічна інформація; в) інформація, пов'язана із соціальною, економічною діяльність як самого розпорядника, так і в певному регіоні.

Зацікавленість суб'єктів в отриманні такого виду інформації пояснюється їх бажанням мати офіційні відомості стосовно соціально-економічного стану певного регіону. Її отримання надає можливість суб'єктам діяти більш виважено та максимально ефективно. Держава в особі уповноважених нею органів гарантує суб'єктам інформаційних відносин відкритий доступ до офіційної державної статистичної інформації, за винятком інформації, доступ до якої обмежений згідно із законом. При цьому офіційна державна статистична інформація підлягає систематичному оприлюдненню.

Досліджуючи інформаційні адміністративні послуги органів державної влади, варто звернути увагу на те, що відповідно до чинного законодавства України в компетенції розпорядників публічної інформації є не лише обов'язок надавати публічну інформацію шляхом здійснення інформаційних послуг, а й обов'язок з її створення, збереження та захисту від несанкціонованого використання. Зокрема, для забезпечення збереження та доступу до публічної інформації документи, що знаходяться у суб'єктів владних повноважень, підлягають обов'язковій реєстрації в системі обліку. Розпорядники інформації несуть відповідальність за забезпечення доступу до системи обліку відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації».

Підводячи підсумок викладеному вище, можна зробити такі висновки. Реалізація права громадян на інформацію забезпечується шляхом встановлення в законодавстві для органів державної влади повноважень на надання інформаційних адміністративних послуг. Дослідження фахової наукової літератури та чинного законодавства України дає можливість визначити *інформаційні адміністративні послуги органів державної влади як спрямовану на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи публічно-владну діяльність, яка здійснюється за запитом особи і має своїм результатом надання публічної інформації.*

Ознаками інформаційних адміністративних послуг є те, що: а) інформаційні адміністративні послуги надаються органами державної влади для забезпечення умов реалізації суб'єктивних прав зацікавлених суб'єктів; б) інформаційні адміністративні послуги надаються в процесі здійснення інформаційної діяльності; в) надання інформаційних адміністративних послуг здійснюється за запитом зацікавленої особи; г) результатом надання інформаційних адміністративних послуг є отримання публічної інформації.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Марущак А.І.* Інформаційне право: доступ до інформації [Текст] : навч. посіб. / А.І. Марущак. – К. : КНТ, 2007.

2. *Шкарупа В.* Застосування положень права щодо формування основ теорії інформаційного права [Текст] / В. Шкарупа, В. Цимбалюк // Правова інформатика. – 2006. – № 3 (11). – С. 44–51.

3. *Закон України* «Про інформацію» від 21.05.1997 р. №280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

4. *Закон України* «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. №2939-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 314.

УДК 340.131:355.1 (477)

# ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ ТА ПРАВОПОРЯДКУ У ВІЙСЬКОВИХ ФОРМУВАННЯХ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

**Поляков С. Ю.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри загальновійськових
та правових дисциплін
військово-юридичного факультету
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** Статтю присвячено засадам забезпечення законності та правопорядку у військових формуваннях іноземних держав. На підставі аналізу виявлено якими структурними елементами та через які повноваження здійснюється забезпечення законності та правопорядку у військових формуваннях Росії, Китаю, Німеччини, Франції та Польщі.

***Ключові слова:*** законність та правопорядок у військових формуваннях Росії, законність та правопорядок у військових формуваннях Китаю, законність та правопорядок у військових формуваннях Німеччини, законність та правопорядок у військових формуваннях Франції, законність та правопорядок у військових формуваннях Польщі, військові суди, військові прокуратури.

***Аннотация:*** Статья посвящена основам обеспечения законности и правопорядка в военных формированиях зарубежных государств. Обозначено какими структурными элементами и через какие полномочия осуществляется обеспечение законности и правопорядка в военных формированиях России, Китая, Германии, Франции, Польши.

***Ключевые слова:*** законность и правопорядок в военных формированиях иностранных государств, военные суды, военные прокуратуры.

***Annotation*:** Article is devoted to law enforcement and law and order bases in military formations of the foreign states. It is designated by what structural elements and through what powers law enforcement and a law and order in military formations of Russia, China, Germany, France, Poland is carried out.

***Key words:*** legality and a law and order in military formations of the foreign states, military courts, military prosecutor's offices.

---

Належна наукова розвідка зарубіжного досвіду з його подальшим використанням у площині функціонування Збройних Сил України є запорукою для створення відповідного нормативного та організаційного підґрунтя для реформування сфери забезпечення законності та правопорядку у військах, сприяє подоланню або мінімізації дії негативних факторів функціонування армійських структур, що мають місце на сьогоднішній день. Однак використання зарубіжного досвіду, що був набутий в інших реаліях повинно здійснюватися з урахуванням вітчизняних параметрів Воєнної організації, можливостей Державного бюджету, менталітету Українського народу, традицій, пов'язаних з проходженням військової служби, наявними корупційними практиками та інших чинників.

Не випадково, вчені досить обережно підходять до запровадження зарубіжного досвіду. Зокрема, В. Я. Тацій та Ю. М. Тодика застерігали, що «проблеми в конституційному реформуванні держави й суспільства пов'язані з некритичним використанням зарубіжного конституційно-правового досвіду, який був свого часу сформований в інших політико-правових, історичних і культурних реаліях» [1, с. 7]. У свою чергу, О. Ю. Тодика у цьому контексті зазначає: «Право та законодавство кожної держави мають свою специфіку, що визначається національними, історичними, природними та іншими факторами» [2, с. 40]. У той же час, слід погодитися з Є. І. Григоренком, що все це не свідчить на користь того, що зарубіжний досвід переймати неможна. Потрібно робити це обережно, з урахуванням багатьох факторів і обставин та необхідно враховувати історичні особливості становлення української державності та формування окремих її інститутів та конституційної регламентації останніх [3, с. 7].

Безперечно, для повного, всебічного та об'єктивного аналізу забезпечення законності та правопорядку у збройних силах зарубіжних держав слід якомога в більшій кількості країн проаналізувати реальний стан відповідної сфери законодавства та існуючої інституційної системи. Проте обсяг статті нам може дати можливість зупинитися лише на засадах забезпечення законності та правопорядку у військових формуваннях деяких держав. Саме тому, при їх виборі ми керуємося рівнем розвитку армії, її потужностями, можливостями виконувати складні завдання при будь-яких умовах та в будь-який час. Адже реальна боєздатність армії вказує у тому числі й на те, що в її підрозділах належним чином забезпечено законність та правопорядок, або державою вживаються заходи щодо такого забезпечення.

Перш за все хотілося б відмітити, що армія Російської Федерації (далі – РФ) є однією з потужних та крупних армій світу. Аналіз забезпечення законності та правопорядку у ній зумовлено тим, що дуже довгий час українська та російська армії існували як єдине ціле. З огляду на це, проблеми, які вони переживають, мають певні схожі риси. Тому звернемо увагу передусім на те, якими структурними елементами забезпечується законність та правопорядок у Збройних Силах РФ.

По-перше, законність та правопорядок у Збройних Силах РФ забезпечується Президентом РФ, Федеральними Зборами та Урядом. Президент РФ, як

*© Поляков С.Ю., 2012*

Верховний Головнокомандувач Збройними Силами РФ, передусім проводить передбачені військовим законодавством заходи по наданню опору збройній агресії або безпосередньої загрози агресії проти Росії, вживає заходи щодо протидії збройним конфліктам. Федеральні Збори РФ, будучі наділені повноваженням ухвалювати закони, повинні частину суспільних відносин у галузі воєнної діяльності обов'язково законодавчо врегулювати. До них належать відносини, що стосуються фінансування видатків на оборону, а також відносини щодо контролю за використанням коштів, які виділені на оборону та діяльність Збройних Сил, та інших військових формувань. На відміну від Федеральних Зборів, Уряд РФ, як вищий орган виконавчої влади, покликаний не ухвалювати закони, а організовувати їх виконання, управляти підлеглим державним апаратом та його різноманітними структурними підрозділами. Уряд, як суб'єкт законодавчої ініціативи, забезпечує підготовку значної частини законопроектів із питань оборони, функціонування військових формувань, проходження військової служби.

По-друге, законність та правопорядок у Збройних Силах РФ достатньо ефективно забезпечують військові прокуратури. Вони направляють свою діяльність на укріплення законності та правопорядку у Збройних Силах РФ та охорону від посягань на безпеку РФ, боєздатність та бойову готовність Збройних Сил, реалізацію прав та свобод військовослужбовців, призваних на збори військовозобов'язаних, членів їх сімей, працівників та службовців Збройних Сил РФ; прав та законних інтересів військових частин, установ, військово-навчальних закладів. Усією своєю діяльністю військова прокуратура сприяє вихованню посадових осіб Збройних Сил РФ, всіх військовослужбовців та призваних на збори військовозобов'язаних у дусі точного та неухильного виконання Конституції РФ, законів, військової присяги та військових статутів. Тому військова прокуратура здійснює нагляд за виконанням законів, військових статутів, інших актів військового законодавства всіма органами військового управління, військовими частинами, установами, військово-навчальними закладами, підприємствами, організаціями, командирами та іншими посадовими особами Збройних Сил. Військова прокуратура здійснює також нагляд за виконанням законів органами дізнання, що діють у Збройних Силах, слідчими військових прокуратур та ін.

По-третє, не менш значущу роль у забезпеченні законності та правопорядку у Збройних Силах РФ виконують військові суди. Вони є невід'ємною складовою та входять до судової системи РФ, є федеральними судами, здійснюють правосуддя у Збройних Силах РФ, інших військах, у федеральних органах виконавчої влади та формуваннях, у яких чинним законодавством передбачена військова служба. Військові суди здійснюють правосуддя від імені РФ, розглядають справи у порядку цивільного, адміністративного, кримінального судочинства. Основними завданнями військових судів при розгляді справ є забезпечення та захист порушених чи оскаржуваних прав, свобод, інтересів людини, громадянина, юридичних осіб, а також їх об'єднань та ін. [4].

По-четверте, Міністерство оборони РФ також займає не останнє місце у забезпеченні законності та правопорядку у Збройних Силах РФ. Адже вказаний орган влади розробляє пропозиції із формування державної політики у сфері оборони та щодо її проведення, пропозиції стосовно воєнної доктрини та інших документів, що визначають воєнну політику РФ; узагальнює практику застосування федеральних конституційних законів, інших нормативних правових актів у галузі оборони, організує роботу щодо створення та ведення баз даних правової інформації у галузі оборони, а також готує пропозиції з удосконалення федеральних конституційних законів, федеральних законів, актів Президента РФ та Уряду РФ у сфері оборони; удосконалює правову основу діяльності Збройних Сил, організує правову роботу у Збройних Силах та ін. [5].

У Міністерстві оборони РФ та в інших військових формуваннях створена та функціонує юридична служба, яка відіграє важливу роль в укріпленні законності та правопорядку у військах, у правовому забезпеченні будівництва та реформування Збройних Сил. Її організація та діяльність регулюються Положенням про юридичну службу Збройних Сил РФ [6]. Юридична служба призначена для правового забезпечення діяльності органів військового управління, з'єднань, військових частин, установ, військових навчальних закладів, підприємств та організацій Міністерства оборони, покращення їх діяльності за допомогою правових засобів.

По-п'яте, органи, що провадять попереднє розслідування з кримінальних справ, також беруть участь у забезпеченні законності та правопорядку у Збройних Силах РФ. Дізнання у Збройних Силах являє собою форму попереднього розслідування кримінальних справ про всі злочини, що вчинені військовослужбовцями чи військовозобов'язаними при проходженні ними навчальних зборів, а також злочини, що вчиненні працівниками та службовцями Збройних Сил у зв'язку з виконанням службових зобов'язань або у розпорядженні військової частини, установи, закладу, підприємства чи воєнної організації, що проводиться за постановою органу дізнання згідно з правилами кримінально-процесуального законодавства.

Певною мірою, забезпечуючи законність та правопорядок у Збройних Силах РФ, указані вище органи, виконують розгляд заяв про злочини, здійснюють дізнання, провадження слідчих та розшукових дій за дорученням слідчого, надають слідчим допомогу в провадженні окремих слідчих дій.

Слідчі військової прокуратури, будучі певним структурним сегментом у структурі елементів, що забезпечують законність та правопорядок у Збройних Силах РФ, згідно з законом установлюють подію злочину, встановлюють особу, що вчинила злочин, виявляють обставини, що сприяли вчиненню злочину. Зробивши висновок про винуватість особи у вчиненні злочину, слідчий викладає його в обвинувальному висновку, який затверджується прокурором, що здійснює нагляд, після чого всі

матеріали кримінальної справи направляються до суду.

Далі є доречним звернути увагу на Народно-визвольну армію Китаю (офіціальна назва Збройних сил КНР), яка є найкрупнішою у світі – 2 250 000 людей на службі.

Народно-визвольна армія Китаю є підлеглою не партії та уряду, а спеціальним Центральним військовим комісіям – державній та партійній. Однак ураховуючи те, що ці комісії є практично ідентичними за своїм складом, то термін «Центральна військова комісія» використовується в єдиному числі. Тому слід вважати, що керівництво та єдине командування усіма Збройними силами Китаю здійснює Центральна Військова Комісія КНР (стаття 93 Конституції КНР) [7].

Народна озброєна міліція Китаю є складовою частиною Збройних сил КНР та має підрозділи внутрішньої охорони, охорони золотих запасів, лісів, гідроелектростанцій, транспорту, прикордонних військ, військ громадської безпеки, пожежних частин та частин охорони. Згідно з концепцією армійського будівництва, основними цілями та принципами Народно-визвольної армії Китаю, військовими статутами, положеннями та профільними правилами війська Народної озброєної міліції здійснюють військове будівництво у поєднанні з власною специфікою, реалізують Закон КНР «Про військовий обов'язок», користуються рівними правами з Народно-визвольною армією Китаю.

Основне завдання військ Народної озброєної міліції Китаю – захист державної безпеки та громадської стабільності, охорона важливих об'єктів держави, охорона безпеки народного майна та життя громадян, сприяння Народно-визвольній армії Китаю у сумісній обороні та бойових діях у воєнний час. У мирний час Народна озброєна міліція охороняє різноманітні важливі об'єкти, виконує завдання щодо боротьби з терористичними актами. Війська Народної озброєної міліції несуть озброєну охорону та патрулювання навколо тюрем та домів попереднього ув'язнення, здійснюють озброєну охорону важливих аеропортів, радіостанцій, секретних та важливих органів держави, будівництво національної оборони та ін. У воєнний час Народна озброєна міліція Китаю призвана сприяти Народно-визвольній армії Китаю у сумісній обороні та бойових діях.

Народне ополчення являє собою масову озброєну організацію без відриву ополченців від виробництва, резерв Народно-визвольної армії Китаю та основу, за допомогою якої можуть вестися воєнні дії. У воєнний час під командуванням військових відомств загони ополчення сприяють регулярній армії у бойових операціях, самостійно воюють із противником, забезпечують бойову службу регулярної армії, а також поповнюють лави військ. У мирний час на загони ополчення покладені завдання несення служби оборонного значення, боротьби із стихійними лихами та наведення громадського порядку [8].

Для захисту оборонних інтересів та законних прав й інтересів військовослужбовців у ході реформ у Китаї здійснюється перетворення військового правосуддя. При наявності санкції Верховного Народного Суду КНР військові суди розглядають цивільні справи у Збройних силах. Військовий суд Китаю заснований на основі специфічності військової системи та військово-оперативних завдань армії. Головним його завданням є здійснення правосуддя над злочинними елементами, що спричиняють шкоду державі та її обороні, захисту державної безпеки, захисту державної законності та правопорядку в армії, підвищення боєздатності військ, захисту законних прав та інтересів військовослужбовців та інших громадян.

Система китайських військових судів уключає в себе: Військовий суд Народно-визвольної армії Китаю, Військові суди воєнних округів, родів та видів військ, Військові суди військових з'єднань та одиниць, що прирівнюються до армії. Крім цивільних справ, до компетенції Військових судів уходить певний перелік кримінальних справ: кримінальні справи щодо злочинів, які вчинили військовослужбовці, кримінальні справи, що вчинили штатні працівники армії, кримінальні справи, розгляд яких уповноважив Верховний народний суд [9].

Згідно зі статтею 130 Конституції КНР у Китаї діють військові прокуратури. Їх діяльність регулюється Законом КНР «Про організацію народної прокуратури». На систему цих органів покладаються завдання щодо забезпечення законності та правопорядку в армійських структурах, здійснення нагляду за точним виконанням законів при проходженні військової служби.

Таким чином, Китайська народно-визвольна армія має відповідну систему, на яку покладається забезпечення належного рівня законності та правопорядку в різноманітних армійських структурах.

Крім армій Росії та Китаю є доречним розглянути армію США, а особливо яким чином забезпечується законність та правопорядок у ній. Адже армія США є дуже потужною, сильною та має свою специфіку функціонування.

Перш за все законність та правопорядок забезпечує Президент США, будучи головнокомандувачем збройними силами. У свою чергу, він визначає основні напрями розвитку Збройних Сил та виконує оперативне (через міністра оборони та командуючих об'єднаних та спеціальних командувань збройних сил) та адміністративне керівництво ними (через міністра оборони та міністрів (секретарів) видів збройних сил). Крім того, Президент має широкі повноваження у формуванні системи військового судоустрою. Він затверджує Інструкцію (керівництво) для військових судів США, яка досить часто видається за його підписом.

Важливе місце в інституційному механізмі займає Рада національної безпеки, яка є дорадчим органом при Президентові США та здійснює свою діяльність із обговорення питань з приводу важливих аспектів національної безпеки та зовнішньої політики та координацію дій основних відомств щодо указаних питань.

Крім того, слід виділити об'єднаний комітет начальників штабів, який є органом планування та управління Збройних сил США, діяльність якого регулюється Законом США «Про національну безпеку» від 1947 року. Цей комітет є консультативним органом і не має повноважень стосовно управління військами. Він здійснює

розробку стратегічних та мобілізаційних планів, програм будівництва збройних сил, створення озброєнь та воєнно-політичного співробітництва.

Також до складу Міністерства оборони США (крім Національної гвардії) входять корпус військової поліції. У ньому проходять службу більше 50 000 військових поліцейських, які забезпечують правопорядок у Збройних силах США та охорону воєнних об'єктів. У кожній частині американської армії і флоту функціонують органи військової поліції, а в організаційній структурі будь-якого з'єднання (девізії, ескадри) – штатна рота військової поліції чисельністю до 150 людей [10]. Крім цього, слід ураховувати те, що в США конкретного виду централізованої моделі забезпечення внутрішньої безпеки держави не існує.

Особливої уваги заслуговує функціонування судових установ у напрямі забезпечення законності та правопорядку у військах. Військовий судоустрій США максимально наближений до умов діяльності Збройних Сил. Його основна мета – сприяти воєнному командуванню ефективно виконувати поставлені перед військами завдання та забезпечувати охорону військово-службових відносин від протиправних діянь [11]. Залежно від виду правопорушення у США можуть бути створені загальні, спеціальні та дисциплінарні військові суди.

Загальний військовий суд призначається письмовим наказом уповноваженої на те посадовою особою (від командира окремої бригади до Президента США), спеціальний суд – наказом командира окремого підрозділу (як правило, батальйону) та дисциплінарний суд – письмовим наказом будь-якого начальника, що уповноважений на скликання суду.

Вища військово-судова інстанція для усіх військових судів представлена Військово-апеляційним судом, який діє з 1968 року. Цей суд є цивільною установою. За словами конгресмена Філбіна з Комітету з військових питань Палати представників Конгресу США, «метою створення такого суду було прагнення підкреслити принцип цивільного контролю над збройними силами... Суд може діяти як великий, дійовий, безсторонній орган, що посідає вищу позицію у структурі військової юстиції і забезпечує... справедливий та безсторонній розгляд справи кожного обвинуваченого». Крім того, необхідно додати, що це єдиний суд, який перебуває під наглядовою юрисдикцією Конгресу США, зокрема Комітету з військових питань. Цей суд формується лише з «цивільних» осіб (з 1990 року п'ять суддів). Суддя, як зазначено у статуті суду, має на час призначення бути особою «з цивільного життя». Існує ще додаткова умова, за якою особа, яка звільнена зі збройних сил після 20 років проходження військової служби, взагалі не розглядається як така, що є «цивільною» у сенсі набуття права кандидувати на посаду судді у цьому суді. Після 1 серпня 1984 року вказаний суд перестав бути останньою інстанцією щодо перегляду скарг на судові рішення попередніх інстанцій і його рішення можуть бути оскаржені до Верховного суду США [12, с. 131]. Це було правильне рішення, яке надало військовослужбовцям одну додаткову інстанцію, в якій можна було добитися справедливості.

Окремим структурним підрозділом, що покликаний оперативно реагувати на порушення законів у військах є військова поліція. Слід звернути увагу на те, що корпус військової поліції, який був сформований ще у 1942 році, вже тоді розглядав злочини у Збройних силах, контролював дотримання законності, здійснював профілактику дисциплінарних правопорушень, забезпечував безпеку військовослужбовців, надавав допомогу бойовим підрозділам. Однак функції цього органу постійно удосконалювалися та уточнювалися з урахуванням досвіду, що набувався завдяки збройним конфліктам. На сьогодні чисельність військової поліції США становить 30 тисяч осіб, при цьому значну кількість особового складу займають особи жіночої статі [13].

В умовах мирного часу військова поліція виконує правоохоронні функції, а саме: підтримання дисципліни в гарнізонах і на базах, охорона об'єктів, розслідування військових злочинів, регулювання дорожнього руху, проведення антитерористичних заходів. Крім того, згідно із статутом, до завдань військової поліції належать: ліквідація або сприяння ліквідації громадських хвилювань. У рекламі, яка призиває вступати до лав військової поліції, роль останньої зводиться до такого: «підтримання порядку там, де він існує, встановлення там, де він відсутній та відновлення там, де його ліквідували силою».

У межах дослідження, що проводиться з метою отримати інформацію із зарубіжного досвіду забезпечення законності та правопорядку у збройних формуваннях різних держав, не можна обійти увагою армію Франції. Адже Франція є однією з не багатьох держав, у складі Збройних сил якої є майже повний спектр сучасних озброєнь та військової техніки власного виробництва – від стрілової зброї до ударних атомних авіаносців (які крім Франції є тільки у США).

Перш за все необхідно вказати, що у Франції, як і в багатьох державах, Президент є головнокомандувач збройних сил. Він, згідно із статтею 15 Конституції Франції, головує у вищих радах та комітетах національної оборони [14]. Більш того, Розділ 3 Конституції Франції, який регулює діяльність її уряду, зазначає, що у розпорядженні останнього знаходяться збройні сили, а Прем'єр-міністр, який керує діяльністю уряду, безпосередньо несе відповідальність за національну оборону держави.

У Франції оголошення війни здійснює парламент. Уряд інформує парламент про своє рішення задіяти збройні сили за кордоном не пізніш ніж за 3 дня після початку дій. Якщо тривалість військового втручання перевищує чотири місяці, Уряд відправляє запит у Парламент про дозвіл на його продовження.

Законність та правопорядок армії Франції забезпечують різноманітні структурні підрозділи, одними з яких є військові суди. Французьке військове правосуддя функціонує відповідно до Кодексу військової юстиції. У Франції тривалий час функціонувала значна кількість спеціальних судових органів, що розглядали кримінальні справи стосовно військовослужбовців. Проте військові трибунали на період мирного часу були ліквідовані Законом 1982 року. Це було викликано тим, що існування військових судових органів розцінювалося як явище,

що йде всупереч основним принципам кримінальної юстиції.

Згідно з такими принципами, всі громадяни мають право на розгляд їх кримінальних справ одними судовими органами та на основі одних принципів судоустрою. Жоден демократичний уряд не може допустити існування спеціальних судових органів, що розглядають кримінальні справи.

Однак було виявлено, що ліквідація військових судів негативним чином впливає на забезпечення законності та правопорядку у військах. Законом про реформу 1999 року був створений трибунал Збройних сил міста Париж. Злочини, що вчинені французькими військовослужбовцями за кордоном стали підсудними такому трибуналу. Крім того, була впроваджена спеціальна процедура розгляду таких справ, відкрите слухання яких могло привести до розголошення державної та воєнної таємниць. Створений трибунал Збройних сил міста Парижу, як постійно діючий судовий орган, став спеціалізованим органом, що відрізняє його від попередніх судів, що діяли до прийняття Закону 1999 року.

Сучасне французьке законодавство передбачає можливість створення тимчасових військових колегій Збройних сил за межами території Франції для розгляду справ про найменш тяжкі злочини та злочини середньої тяжкості.

Слід зазначити, що особливістю системи військово-кримінального законодавства Франції є наявність у неї як норм військово-кримінального, так і кримінально-процесуального права. Цим пояснюється існування не військово-кримінального кодексу, а кодексу військової юстиції, в якому кількість військово-процесуальних норм уступає нормам військово-кримінального права.

Військова поліція є однією із ланок підтримання законності та правопорядку у збройних силах багатьох держав, і Франція не є виключенням. У цій державі функції військової поліції виконує Національна жандармерія. Вона є складовою частиною збройних сил та підзвітна Міністру оборони. Жандармерія вирішує завдання в інтересах збройних сил, а також виконує значну кількість поліцейських та адміністративних функцій в інтересах всієї держави. Тому її діяльність має міжміністерський характер та координується також Міністерством внутрішніх справ та юстиції. Військова поліція відіграє значну роль у підтриманні правопорядку у Збройних силах, сумісно з іншими правоохоронними органами бере участь у боротьбі зі злочинністю та профілактики злочинів. Це сприяє більш ефективному виконанню завдань Збройних сил як у мирний час, так і в воєнний.

Здійснюючи аналіз зарубіжного досвіду забезпечення законності та правопорядку у військових формуваннях різних держав світу не можна оминути увагою Федеративну Республіку Німеччини, як флагмана та локомотива організації та функціонування Європейського Союзу. Збройні Сили Німеччини представлені Бундесвером, який вважається найбільш боєздатною армією в Європі. Головою Бундесверу є федеральний міністр оборони, який є головнокомандувачем у мирний час. Згідно зі статтею 115b Конституції Німеччини у разі настання необхідності оборонних дій, командування переходить канцлеру Німеччини. Певні повноваження надані Бундестагу і Бундесрату.

Відповідно до статті 115a Основного закону Німеччини від 23 травня 1949 року, Бундестаг з дозволу Бундесрату встановлює, що територія Федерації піддається озброєному нападу або знаходиться під загрозою такого нападу. Така констатація приймається за клопотанням Федерального уряду і потребує більшості у дві третини поданих голосів, але не менш більшості голосів членів Бундестагу [15].

Вважається, що військові суди у ФРН ліквідовані. Однак це ствердження не зовсім відповідає дійсності. Адже пункт 2 статті 96 Конституції ФРН установлює, що «Федерація може створювати федеральні суди – військово-кримінальні суди для Збройних сил. Вони можуть здійснювати кримінальну юрисдикцію тільки у разі війни, а також стосовно осіб, що задіяні у Збройних силах, які знаходяться на території іншої держави або на борту військового судна за межами Федерації.

У ФРН у мирний час, за двома конституційними підставами (для кораблів військово-морського флоту та для військ, що знаходяться за кордоном), можуть утворюватись суди військово-кримінальної юстиції (частина 2 статті 96 Конституції ФРН), але урядові структури, у тому числі Міністерство оборони ФРН, досі утримуються від ініціатив щодо реалізації вказаної норми. Проте навіть у випадку її реалізації такі суди діяли б лише у першій інстанції, і лише стосовно військових злочинів, а вищою інстанцією (касаційною) щодо їх рішень була б Федеральна судова палата (загально судова установа, яка за статусом наближена до Верховного Суду України) [12, с. 107].

Сьогодні німецьку систему військово-судових органів складають військові суди двох округів та Федеральний Адміністративний суд, у складі якого створені дві військові палати, що мають назву – вищі військові суди. До компетенції військових судів належить розгляд скарг військовослужбовців стосовно законності розпоряджень з питань їх відряджень, пересування по службі та ін. Військові суди вирішують також питання щодо дисциплінарних стягнень, що застосовуються до військовослужбовців.

Крім цього, правова система ФРН має досить розвинене військово-кримінальне право. Основним джерелом цього права є спеціальний Воєнно-кримінальний закон 1974 року. У ньому зосереджені всі кримінально-карні діяння, що пов'язані з порушенням військово-службових обов'язків.

Слід звернути увагу на те, що у Федеративній Республіці Німеччини є своя специфіка організації забезпечення законності та правопорядку у військах, яка має досить усталений характер та що особливо – детальну регламентацію, у тому числі й на конституційному рівні. Хоча певні спільні риси з передовими країнами Європейського Союзу все ж таки проглядаються.

Ми не можемо обійтися без аналізу практики забезпечення законності та правопорядку у Республіці Польща. Такий вибір зумовлений об'єктивними досягненнями цієї держави в організації функціонування армійських структур, а також тим, що Польща межує з Україною, і вийшла з

того ж соціалістичного табору, що і Українська держава.

Збройні сили Республіки Польща (польськ. Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej), неофіційна назва – Військо Польське (польськ. Wojsko Polskie), — сукупність військ Республіки Польща, що призначені для захисту свободи, незалежності та територіальної цілісності держави. Проходження військової служби регулюється Законом Республіки Польща «Про професіональну військову службу» від 11 вересня 2003 року та розпорядженням міністра оборони «Про порядок призову на професійну військову службу» від 1 березня 2004 року.

Президент Республіки Польща є верховним головнокомандувачем Збройних сил. У мирний час він здійснює головнокомандування через Міністра Національної Оборони. Президент призначає Начальника Генерального Штабу і командуючих видами збройних сил на час, що встановлюється законом. На час війни Президент за пропозицією Голови Ради Міністрів призначає Вищого Командувача Збройними Силами, компетенція якого та принципи підлеглості конституційним органам влади, встановлюється законом.

Згідно зі статтею 175 Конституції Республіки Польща, діють військові суди. Виключний суд або прискорена процедура розгляду справ можуть установлюватися тільки на час війни. Відповідно до статті 183 Конституції Республіки Польща Верховний Суд здійснює нагляд за діяльністю військовий судів стосовно постанов, що ними ухвалені.

Пріоритетним напрямом діяльності Міністерства національної оборони Польщі є реформування системи управління збройними силами шляхом скорочення та спрощення структури військового відомства, перетворення Генерального штабу Збройних Сил Польщі в орган стратегічного планування, консультування та контролю, а також інтеграції інших органів військового управління у два стратегічних командування, що будуть відповідальними за оперативне управління військами.

У Республіці Польща також створений відвідний інституційний механізм щодо забезпечення законності та правопорядку в армійський структурах.

Виходячи з вищевикладеного можна зазначити, що зарубіжний досвід забезпечення законності та правопорядку у збройних силах є різноманітним та багатогранним. Кожна держава у цій сфері є особливою. Різною компетенцією наділені органи, що забезпечують законність та правопорядок в армійських структурах. Однак, не зважаючи на таку різницю, варто констатувати, що в сучасних державах великий потенціал окремих органів спрямований на здійснення діяльності, яка не тільки забезпечує, а й сприяє законності та правопорядку у збройних силах.

У державах, де функціонує пост президента, останній, як головнокомандувач збройними силами, виконує повноваження стосовно забезпечення законності та правопорядку у них. Суміжну діяльність виконують уряди та парламенти, відповідні міністерства, органи міліції або військової поліції.

Значну роль у цьому контексті виконує військове правосуддя. Маючи взагалі єдину спрямованість діяльності військових судів, іноземні держави по-різному організували їх функціонування та існування. Про це свідчить той факт, що у деяких іноземних державах військові суди запроваджуються тільки при умові настання війни (ФРН). У мирний час вони не існують. В окремих державах військові суди функціонують повсякденно (Китай, США). Є випадки, коли військові суди функціонують у системі загальних судів, а можуть бути представлені спеціалізованими судами (Франція, Трибунал Збройних сил м. Париж).

На останок слід зазначити, що виходячи з того, що у багатьох державах існують військові прокуратури та військові суди, на нашу думку, ліквідація в Україні військових судів та військових прокуратур є поспішною. Адже військові судді та військові прокурори і слідчі, які перебували на військовій службі, набагато краще розуміли специфіку Збройних Сил та інших військових формувань, бачили ті особливості, що притаманні саме проходженню військової служби. У зв'язку з цим, їх вплив на забезпечення законності та правопорядку у Збройних Силах України був би багатократно більше.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Тацій В. Я.* Проблеми становлення сучасного конституціоналізму в Україні / В. Я. Тацій, Ю. М. Тодика // Право України. – 2001. – № 6. – С. 7.

2. *Тодыка О. Ю.* Народовластие в условиях глобализации: монография / О. Ю. Тодыка – Х. : Право, 2005. – С. 40.

3. *Григоренко Є. І.* Конституційні засади проходження військової служби громадянами України: проблеми теорії та практики : монографія / Є. І. Григоренко. – Х. : Право, 2010. – 280 с.

4. *О военных* судах в Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 23 июня 1999 года № 1-ФКЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://docs.kodeks.ru/document/901737060

5. *Вопросы* Министерства обороны Российской Федерации: Указ Президента Российской Федерации от 16 августа 2004 года № 1082 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://structure.mil.ru/mission/credentials.htm

6. *Положение* о юридической службе Вооруженных сил Российской Федерации : Приказ Министерства оборони РФ от 21 марта 1998 года № 100.

7. *Конституція* КНР від 4 грудня 1982 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://andronpsiharulidze.narod.ru/KonstituciyaKNR.html

8. *Национальная* оборона Китая в 2002 году (Белая книга) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://russian.china.org.cn/government/archive/baipishu/txt/2003-02/10/content_2059111.htm

9. *Организационная* структура народних судов Китая [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://russian.china.org.cn/russian/65630.htm

10. *Кто* в США отвечает за обеспечение внутренней безопасности в стране? [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.psj.ru/saver_magazins/detail.php?ID=11481

11. *Военные* суды в современном мире / Под ред. А. Я. Петроченкова. – М.: Норма, 2006. – С. 19.

12. *Шишкін В.І.* Судові системи країн світу: навч. посіб / В.І. Шишкін. – У 3-х кн. – Кн. 2. — К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 131.

13. *Особый* род войск с широкими полномочиями [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://nvo.ng.ru/forces/2004-09-17/3_police.html

14. *Конституция* Франции от 1958 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_russe_version_aout2009.pdf

15. *Основной* Закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://vivovoco.rsl.ru/VV/LAW/BRD.HTM#10a

УДК 342.9(477)

# ЩОДО РОЗУМІННЯ ПРИНЦИПУ ДОСТУПНОСТІ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

**Гришина Н. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових
дисциплін юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено тлумаченню принципу доступності адміністративного судочинства. Наголошено на значенні даного принципу, виділено елементи, види та способи підвищення доступності адміністративного судочинства.
***Ключові слова:*** адміністративне судочинство, доступність, правосуддя, судова влада, судоустрій, адміністративна юстиція, адміністративно-правові відносини, суд.

***Аннотация:*** Статья посвящена толкованию принципа доступности административного судопроизводства. Обращается внимание на значение данного принципа, элементы, виды, а также способы повышения доступности административного судопроизводства.
***Ключевые слова:*** административное судопроизводство, правосудие, судебная власть, судоустройство, административная юстиция, административно-правовые отношения, суд.

***Annotation:*** This article interpretation of the principle of availability of the administrative proceedings. Draws attention to the importance of this principle, the elements, types, and how to increase the availability of administrative proceedings.
***Key words:*** administrative proceedings, justice, the judiciary, the judicial system, administrative justice, administrative and legal relations court.

Доступність правосуддя – це нормативно закріплена і реально забезпечена можливість безперешкодного звернення до суду за захистом своїх прав. Нині в Україні за умов перевантаженості судів цивільними і кримінальними справами повноцінний розгляд адміністративно-правових спорів загальними судами є проблематичним, оскільки призводить до порушення термінів розгляду справ, тяганини тощо.

Принципи адміністративного судочинства, а саме – доступність правосуддя прямо не передбачений Конституцією України, однак він випливає з низки її положень: згідно з ч. 3 ст. 8 звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується; ст. 55 Конституції України визначає, що права та свободи людини і громадянина захищаються судом; кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [1].

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» закріплено, що судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, передбаченому Конституцією України та законами України (п. 3 ст. 3). Одночасно п. 1 ст. 7 встановлюється, що кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону [2].

Відповідно до ст. 6 Кодексу адміністративного судочинства кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або інтереси. Ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи в адміністративному суді, до підсудності якого вона віднесена цим Кодексом. Відмова від права на звернення до суду є недійсною [3].

Ще на початкових етапах судово-правової реформи проголошено ідеї, реалізація яких у чинному законодавстві була спрямована на максимальний доступ до суду [4]. Посилання на необхідність забезпечення доступного і справедливого правосуддя, прозорості діяльності судів зроблено у підсумкових документах парламентських слухань «Про здійснення судово-правової реформи в Україні» (березень 2005 р.) і «Про стан правосуддя в Україні» (травень 2007 р.) [5]. Аналогічні приписи зустрічаються й у Концепції розвитку системи правосуддя на 2004 – 2014 рр. [6].

Досить суттєвим у забезпеченні принципу доступності правосуддя виступають положення ст. 248 КпАП України [7], згідно з якими, розгляд справ про адміністративне правопорушення здійснюється на засадах рівності перед законом і органом (посадовою особою), який розглядає справу, всіх громадян незалежно від раси, кольору шкіри,

*© Гришина Н.В., 2012*

політичних, релігійних та інших переконань, статті, етнічного та соціального положення, майнового стану, місця проживання, мови та інших обставин. Окрім того передбачено, що справи про адміністративне правопорушення розглядаються відкрито. Власне, принцип гласності є безперечною запорукою забезпечення доступності до правосуддя. Крім цього, адміністративне провадження передбачає право вільного вибору представника та наділяється необхідними процесуальними правами, серед яких право користуватися юридичною допомогою адвоката чи іншого фахівця у галузі права, виступати рідною мовою і користуватися послугами перекладача, якщо він не володіє мовою, якою ведеться провадження. Реалізація всіх цих принципів направлена на забезпечення доступності правосуддя в адміністративних справах.

Принцип доступності правосуддя, крім національного законодавства, відбивається у міжнародно-правових актах про права людини. Так, Загальна декларація прав людини встановлює, що кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення їх основних прав, наданих їй Конституцією або законом (ст. 8). За ст. 10 цього документа, кожна людина для її прав та обов'язків і для встановлення обгрунтованості пред'явленого їй обвинувачення має право на основі повної рівності на те, щоб її справа була розглянута прилюдно із додержанням усіх вимог справедливості незалежним і безстороннім судом [8, с. 6 - 12]. За пунктом 1 ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини, кожна людина при визначенні її громадянських прав та обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону [9, с. 270-302].

Аналіз концепції доступності правосуддя потребує передусім з'ясування змісту слів «доступ» і «доступність», які є спільнокореневими й часто вживають як синоніми. Зважаючи на схожість звучання й написання цих слів російською й українськими мовами, звернімося до тлумачних словників. Словник С. І. Ожегова трактує слово «доступ» як «прохід, можливість проникнення куди-небудь», а також як «доступ, відвідання з певною метою кого (чого)-небудь». Термін «доступний» має декілька значень: а) до якого або яким можна пройти; б) що придатний для багатьох, для всіх за можливістю використання або оптимальністю ціни; в) який є легким для розуміння; г) який є уважним і чемним з людьми, з яким легко і просто спілкуватися [10, с. 180]. Словник В. Даля містить такі тлумачення: «доступ – вільний вхід, дозвіл на вхід; доступний – неприхований, відкритий, такий, що дає кожному вільний доступ» [11, с. 480].

Доступність передбачає наявність двох аспектів:

- по-перше, модель судового адміністративного процессу з точки зору її пізнання повинна бути зрозумілою та доступною;

- по-друге, це забезпечення можливості реальних дій у межах судового адміністративного процесу (відкритість діяльності судових органів) [12, с. 373-374].

І. Є. Марочкін визначає доступність правосуддя як нормативно закріплену та реально забезпечену можливість безперешкодного звернення до суду за захистом своїх прав. Серед основних елементів доступності він виділяє:

1. Організаційно-правові:

а) судоустрій – територіальне наближення судів до населення; створення умов, що сприятимуть зайняттю суддівських посад висококваліфікованими спеціалістами; належне матеріальне забезпечення судів; раціональна організація роботи апарату суду тощо;

б) судочинний – порядок порушення справ у суді; порядок розгляду справ, що забезпечує безперешкодну можливість використовувати процесуальні права; розумні строки судового розгляду; можливість оскарження судових рішень та їх реальне виконання тощо.

2. Матеріальні – розумність судових витрат, часткове чи повне звільнення від їх сплати; фінансування судової діяльності, що забезпечує можливість незалежного правосуддя; надання кваліфікованої юридичної допомоги на пільгових умовах вразливим верствам населення [13, с. 33].

На окрему увагу заслуговують також види доступності правосуддя. Відповідно до співвідношення нормативного закріплення цього принципу та практики його реалізації доступність правосуддя може бути формальною і реальною.

Формальна має місце, якщо право громадян на звернення до суду закріплено на законодавчому рівні, але виникають перешкоди для цього: правові (обмеження юрисдикції суду) і фактичні (коли внаслідок недосконалої організації роботи суддів звернення громадян розглядаються повільно або створюються різні перепони бюрократичного характеру). Класичним прикладом цього є законодавство СРСР, коли на конституційному рівні проголошувався захист прав і свобод громадян, а на законодавчому рівні суттєві обмеження компетенції суддів.

Реальна доступність має місце в разі збігу нормативного змісту цього принципу і практичного стану його реалізації. Певною мірою таке становище розвитку правозастосовної практики є ідеальним віддзеркаленням зрілості демократичних інститутів. Забезпечення реальної доступності правосуддя на сьогодні є вкрай актуальним. Цінність доступності судової влади неприпустимо зводити лише до того, що вона інституційно оформлена в систему відповідних органів, наділена необмеженою компетенцією у вирішенні правових конфліктів, а кожна особа має реальну (а не абстрактну) можливість подати заяву до суду у випадку порушення її прав. Доступність полягає як у наявності процедури судового розгляду, так і в можливості скористатися її перевагами, практична реалізація яких не обтяжена різноманітними правовими та фактичними перешкодами на момент звернення до суду чи в процесі судового розгляду. На забезпечення реальної доступності спрямовані засоби забезпечення (гарантії), які мають бути реалізовані в законодавстві про судоустрій і в процесуальному законодавстві.

Серед проблем, з якими стискається правосуддя, Г. Жилін виділяє такий фактор, що негативно впливає на його доступність, – те, що з кожним роком надходження справ у суди збільшується, зростає їхня складність. Причому це відбувається на тлі масової свідомості, в якій переважають негативні оцінки можливості судового захисту, а саме – звернення до суду не схвалюється. У такій ситуації зміцнення авторитету суду, підвищення ефективності його роботи може спричинити лише ще більше навантаження на суд [14, с. 5-7].

Надмірне навантаження негативно впливає на строки розгляду справ та якість судочинства, оскільки відбувається невиправдане спрощення, недотримання процедури. Численні скарги на порушення прав людини часто вчасно не розглядаються у зв'язку з перевантаженістю судів. Значна кількість звернень громадян свідчить, з одного боку, про їх соціальну активність, а з іншого – віддзеркалює негативні явища у суспільстві, недоліки в роботі владних структур [15, с. 141-143].

Доступність правосуддя в судочинстві адміністративних судів може бути підвищена, за допомогою дотримання таких умов:

- відповідність національного правосуддя певним міжнародно-правовим стандартам доступу до правосуддя;
- забезпечення будь-якій особі, права та свободи якої порушені, ефективних засобів правового захисту від органів публічної влади незалежно від їх рівня;
- забезпечення державою зацікавленій особі, яка не має коштів на оплату послуг представника, безкоштовної юридичної допомоги;
- створення такої системи адміністративної юстиції, яка б не вела до перевантаження судів справами;
- встановлення чіткої (в певних випадках спрощеної) процедури розгляду адміністративних спорів;
- визначення і встановлення достатніх, але нетривалих термінів розгляду справ;
- територіальна наближеність адміністративних судів до населення;
- організація підготовки кадрів для адміністративних судів із метою забезпечення їх висококваліфікованими спеціалістами;
- встановлення чіткого порядку порушення адміністративних справ у суді, порядку їх розгляду та оскарження судових рішень;
- забезпечення реального виконання судових рішень;
- виконання рекомендацій Ради Європи «Про ефективний доступ до права та правосуддя малозабезпечених» щодо: заходів підготовки юристів відповідної спеціалізації, відкриття спеціалізованих юридичних консультацій; можливості повної або часткової оплати юридичних послуг; розширення участі неурядових і громадських організацій під час надання ними правової допомоги; спрощення правових процесів;
- забезпечення достатнього фінансування адміністративних судів із метою забезпечення їх незалежності від виконання та інших органів публічної влади.

Отже, аналіз законодавства про судоустрій в Україні дає змогу окреслити засади доступності правосуддя в адміністративному судочинстві. Насамперед, усім суб'єктам адміністративно-правових відносин гарантується захист їх прав, свобод і законних інтересів незалежним і неупередженим судом. Ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи у суді й на участь у розгляді своєї справи у суді будь-якого рівня.

Суди здійснюють правосуддя самостійно. Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб із метою завдати шкоди їх авторитету чи вплинути на неупередженість суду забороняються і тягнуть передбачену законом відповідальність.

Правосуддя здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від статті, раси, кольору шкіри, мови, політичних, релігійних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин.

Кожен має право користуватися правовою допомогою при вирішенні його справи у суді. Причому надавати правову допомогу може не тільки адвокат, а й інша особа, яка є фахівцем у галузі права та за законом чи дорученням має право на надання такої допомоги. У випадках, передбачених законом, правова допомога надається безоплатно. Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації щодо результатів розгляду його справи. Розгляд справ у судах відбувається відкрито, крім випадків, передбачених процесуальним законом.

Судочинство в Україні провадиться державною мовою. Особи, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, мають право користуватися рідною мовою та послугами перекладача у судовому процесі.

Судове рішення, що набрало законної сили, є обов'язковим до виконання усіма органами державної влади, місцевого самоврядування, їх посадовими особами, об'єднаннями громадян та іншими організаціями, громадянами та юридичними особами на всій території нашої держави.

Учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку передбачених процесуальним законом мають право на апеляційне та касаційне оскарження рішення суду. Формування системи адміністративних судів та їх діяльності неможливі без необхідних для цього матеріальних коштів.

В адміністративних судах розглядати і вирішувати справи повинні спеціально підготовлені фахівці. Громадяни мають знати про цілі утворення адміністративних судів, усвідомлювати необхідність їх формування, бути впевненим, що їх права надійно гарантуються зверненням до суду, забезпеченням вільного доступу до будь-якої судової інстанції.

До факторів, що впливають на доступність правосуддя, виділені суддями, можна віднести: рівень навантаження на одного суддю; матеріально-технічне забезпечення судів і суддів; виконання

постановлених рішень судів, неявка сторін у судове засідання без поважних причин; механізм надання правової допомоги малозабезпеченим громадянам; строки судового розгляду; відкритість інформації про суд, порядок його роботи, процедура звернення; територіальна наближеність суду; розмір судових витрат; години роботи суду, які збігаються з робочим часом більшості підприємств, установ, організацій.

Таким чином, з точки зору суддів, належна організація роботи суду є визначальною для нормального функціонування судової влади. Механізм надання правової допомоги, строки судового розгляду належить до сфери процедури розгляду справ у судах і мають вирішуватися на рівні законодавчого адміністративного процесу [16, с. 17].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Конституція* України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141.
2. *Про судоустрій* і статус судів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453 – 6 // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №№ 41-42, 43, 44-45. – Ст. 529.
3. *Кодекс* адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №№ 35-36, 37. – Ст. 446.
4. *Про концепцію* судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28.04.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №30. – Ст. 426.
5. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua
6. *Концепція* розвитку системи правосуддя на 2004 – 2014 рр. // Юридичний Вісник України. – 2004. – №10. – С. 5–10.
7. *Кодекс* України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – Дод. №51. – Ст. 1122.
8. *Всеобщая декларация* прав человека 1948 г. // Международные документы по правам человека. – Х.: РИФ «АРСИИ, ЛТД», 2000. – С. 6–12.
9. *Конвенція* про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року // Офіційний Вісник України. – 1998. - № 13. – С. 270–302.
10. *Ожегов С. И.* Словарь русского языка; под ред. Н. Ю. Шведовой. – 23-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1991. – 917 с.
11. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. / В. Даль. – М.: Рус. яз., 1981. – Т. 1. – 699 с.
12. *Стефанюк В.С.* Судовий адміністративний процесс: моногр. / Акад. прав. наук України, Ін-т приват. права і підприємництва / В.С. Стефанюк. – Х.: Консум, 2003. – 473 с.
13. *Марочкін І. Є.* Доступність правосуддя та гарантії його реалізації // Судова реформа в Україні: проблеми і перпективи / І.Є. Марочкін. – К.; Х., 2002. – С. 31–34.
14. *Жилин Г.* Защита прав человека в гражданском судопроизводстве / Г. Жилин // Рос. Юстиция. – 1998. – №1. – С. 5–7.
15. *Тараненко С.* Механізм захисту громадянами прав і свобод під час здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення // Право України. – 1998. – №11. – С. 141–143.
16. *Овчаренко О. М.* Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: моногр./ О.М. Овчаренко – Х.: Право, 2008. – 304 с.

УДК 347.73

# ФІНАНСОВО-ПРАВОВА САНКЦІЯ ЯК ОДИН З СТРУКТУРНИХ ЕЛЕМЕНТІВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОЇ НОРМИ

**Россіхіна Г. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** Проаналізовані норми чинного фінансового і податкового законодавства, поняття фінансово-правової санкції та її особливості, державного примусу.
***Ключові слова:*** фінансово-правові санкції, норми фінансового права, державний примус.

***Аннотация:*** Проанализированы нормы действующего финансового и налогового законодательства, понятие финансово-правовой санкции и ее особенности, государственного принуждения.
***Ключевые слова:*** финансово-правовые санкции, нормы финансового права, государственное принуждение.

***Annotation:*** The norms of the financial and tax legislation, the concept of financial and legal sanctions and especially state coercion.
***Key words:*** financial penalties, the rules of financial law, government coercion.

Загальновідомо, що фінансово-правова норма являє собою формально визначене, загальнообов'язкове правило поведінки, яке походить від держави та забезпечується її примусовою силою, надає учасникам фінансових відносин суб'єктивні права та покладає на них юридичні обов'язки, пов'язані з фінансовою діяльністю держави. Таким чином, фінансово-правові норми упорядковують (регулюють) фінансові відносини, пов'язані саме з фінансовою діяльністю держави, а саме: закріплюють форми і принципи фінансової діяльності держави, методи акумуляції коштів до публічних грошових фондів, порядок отримання і використання цих коштів, джерела утворення фінансових ресурсів державних коштів. Загальновідомо, що фінансове

*© Россіхіна Г.В., 2012*

право відноситься до публічних галузей права. Виходячи з цього, однією з особливостей фінансово-правової норми є те, що вона є засобом реалізації суспільних, тобто публічних, а не приватних інтересів. Головною відзнакою зазначених норм є те, що вони носять державно-владний, імперативний характер. Вимоги до учасників фінансових правовідносин виражаються саме в категоричній формі, і вони не в змозі змінити приписи норми та умови її застосування.

Необхідно відзначити, що точне дотримання й виконання фінансово-правових норм забезпечується з боку держави як методами переконання, так і методами примусу. Як відомо, метод переконання є досить ефективним методом, який забезпечує добровільне, своєчасне і повне виконання більшістю учасників фінансових правовідносин їх фінансових зобов'язань перед державою. Вчений В. С. Основин справедливо зауважує, що норма права відрізняється від норм моралі тим, що вона встановлена державою і виконання її забезпечується різними методами переконання, а у випадку необхідності і заходами примусу, які застосовуються державними і суспільними органами [6, с. 44]. У випадку невиконання або порушення тих або інших фінансово-правових норм окремими суб'єктами фінансової діяльності, яке наносить матеріальний збиток безпосередньо державі, припустиме застосування державного примусу в адміністративному або судовому порядку. Виходячи з правової природи зазначених норм, їх специфіки одним з обов'язкових її ознак буде забезпеченість виконання саме державним примусом.

Тобто, виконання фінансово-правових норм завжди забезпечується примусовою силою держави. Як зазначає П. О. Недбайло державний примус є важливішою ознакою права [5, с. 27]. Порушення або невиконання відповідних фінансово-правових норм окремими суб'єктами фінансового права може нанести матеріальний збиток безпосередньо державі, порушити порядок дотримання фінансової дисципліни в процесі мобілізації, розподілу і використання державних грошових коштів. С. С. Алексєєв уточнює, що державний примус, заломлений через право, правом «насичений», виконуючи в ньому специфічні завдання, виступає в якості правового примусу. При цьому рівень правового змісту державного примусу обумовлений частково, тим, в якій мірі він підпорядкований загальним принципам даної правової системи; є за своїми підставами єдиним, загальним на всій території держави; нормативно регламентований за змістом, межі і умовам застосування; діє через механізм прав і обов'язків; оснащений розвиненими процесуальними формами [1, с. 192]. На думку вченого Д. Н. Бахраха примус можна розуміти як заперечення волі підвладного і зовнішній вплив на його поведінку. Оскільки команда не виконана, порушена воля владного суб'єкта, останній впливає на моральну, майнову, організаційну, фізичну сферу підвладного, для того щоб преобразити його волю, добитися підпорядкування [2, с. 56]. На думку автора, правовий примус має такої ознаки: по-перше, примус здійснюється у зв'язку з неправомірною шкідливою для суспільства дією, як реакція на шкідливу поведінку, його використання обумовлено конфліктом між державною волею, вираженою в нормі, і індивідуальною волею осіб, які порушили її. По-друге, правовий примус застосовується тільки до конкретних суб'єктів права, які порушили юридичні норми, він персоніфікований. По-третє, правовий примус здійснюється за допомогою юрисдикційних правозастосовних актів на підставі норм права. І наприкінці, автор підкреслює державну монополію на правовий примус, тобто тільки держава може видавати юридичні норми і застосовувати встановлені нею санкції. На думку Д. Н. Бахраха, можна виділити види правового примусу залежно від галузей права. Так, одним з видів правового примусу є примус в області фінансового права.

Заходи правового примусу С. С. Алексєєв підрозділяє на дві групи: 1) юридичні санкції (основна група), тобто державно-примусові заходи, які є реакцією держави у відношенні до конкретної особи на факт протиправної поведінки; 2) державно необхідні, профілактичні і превентивні заходи правового примусу [1, с. 193]. Автор виділяє особливості юридичних санкцій, які виражаються в їх розподілі на правовідновлювальні (складаються в усуненні шкоди, яка виникла в результаті неправомірної поведінки, у відновленні порушених прав, забезпеченні виконання обов'язку) і штрафних (складаються в такій правовій утраті для правопорушника, яка складається в нових для нього обтяженнях – правообмеженнях, спеціальних обов'язках) [1, с. 196].

В основі механізму застосування заходів фінансового примусу знаходиться примусове списання коштів з банківського рахунку платника, який порушив фінансове законодавство. При списанні коштів з банківського рахунку підставою для здійснення даної операції є інкасове доручення. Так, згідно Інструкції про безготівкові розрахунки в національній валюті, яка затверджена Постановою Національного банку України від 21 січня 2004 року інкасове доручення (розпорядження) є розрахунковим документом, що містить вимогу стягувача (органу державної податкової служби) до банку, що обслуговує платника, здійснити без погодження з платником переказ визначеної суми коштів з рахунку платника на рахунок отримувача. Примусове списання коштів з рахунків, на яких обліковуються кошти Державного бюджету України та місцевих бюджетів або бюджетних установ, здійснюється органами Державної казначейської служби України в порядку, установленому Кабінетом Міністрів України. У разі надходження до банку платіжних вимог на примусове списання коштів з цих рахунків вони передаються для виконання відповідному органу Державної казначейської служби України, якщо це передбачено договором між банком та органом Державної казначейської служби України, або повертаються стягувачу без виконання відповідно до норм цієї Інструкції. Примусове списання коштів з рахунків платників ініціюють стягувачі (орган державної виконавчої служби) на підставі виконавчих документів, установлених законами України.

Окреслимо, що примус в фінансовому праві передбачає велику кількість засобів припинення

неправомірної поведінки, як то: зупинення операцій з бюджетними коштами, зменшення та зупинення бюджетних асигнувань, безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів тощо. Фінансові санкції із всіх заходів примусу в фінансовому праві виграють провідну роль, тому що їх застосування передбачає заключну оцінку здійсненного діяння як протиправного.

Порушення суб'єктивних прав і невиконання правових обов'язків суб'єктами фінансових правовідносин породжує негативну реакцію з боку держави, суспільства. Будь-якій державі потрібні дієві способи, прийоми, за допомогою яких могло б забезпечуватися виконання тієї або іншої норми. Саме тому однією із складових правової норми є санкція, яка вказує на примусовий захід, що може бути застосований державними органами по відношенню до осіб, які не виконують вимог тієї або іншої правової норми. А. В. Поляков справедливо вказує на те, що негативна реакція з боку окремих індивідуумів, соціальних груп або суспільства в цілому на дії, що порушують будь-які права, не можна ототожнювати з поняттям санкції як структурного елемента правової норми. В останньому випадку санкція повинна бути об'єктивована в правовому тексті, тобто мати заздалегідь певну мету і значення. Крім цього, автор логічно стверджує, що будь-яка санкція, яка має правовий сенс, повинна бути відома всім можливим суб'єктам її застосування [4, с. 716].

Введення санкцій необхідно для виконання принципу справедливого покарання. Вони виступають у якості одного з елементів правової культури в цілому. М. М. Коркунов слушно зауважує що, по відношенню до кожного права повинна б існувати можливість примусового його здійснення. Примусово здійснювані можуть бути, власне кажучи, тільки такі юридичні вимоги, які складаються у вимозі не робити будь-що або у вимозі надання будь-якої речі або користування нею. Але вимоги, що відносяться до вчинення не можуть бути здійснені за допомогою примуса. Не можна людину силою змусити виконувати будь-яку працю. Її можна покарати, але покарати – не значить змусити. При цьому автор виділяє і психічний примус, вказуючи на те, що такий вид примусу перебуває поза не тільки правовими нормами, але і принципами моралі, а за догматами релігії – навіть поза логічними і естетичними законами. Фактично психічний примус причетний до всього, що як-небудь співвідноситься з людською свідомістю. Виходить, право опирається на психічний примус, веління ж юридичних норм звернено до людської свідомості і не більше. На думку М. М. Коркунова, примус є винятково прерогативою права [4, с. 98-102].

Окреме місце серед різноманітних заходів фінансово-правового примусу займають фінансові санкції, застосування яких означає рішення того або іншого питання про наявність або відсутність фінансового правопорушення. Вони можуть застосовуватися як реакція держави або місцевого самоврядування на здійснене правопорушення, містять в собі оцінку здійсненного діяння як протиправного. Взагалі фінансову санкцію можна визначити як один з основних заходів фінансово-правового примусу, який передбачений в фінансово-правових нормах, та передбачає певні юридичні наслідки, що наступають при порушенні або недотриманні диспозиції даної норми.

Окреслимо, що однією з особливостей будь-яких правових норм є закріплення мір відповідальності (санкції) за порушення правил поведінки, що містяться в диспозиції відповідної норми. Відомий вчений в області фінансового права Ю. А. Ровинський стверджує, що санкція передбачає, окрім певних дій для осіб, що здійснили правопорушення, також визнання в повній мірі або частково недійсними операції, що були здійснені. Специфіка санкції, на думку автора, складається перш за все в тім, що вона містить заходи фінансового впливу для забезпечення дотримання встановлених правил поведінки суб'єктів даних правовідносин. Фінансові санкції зводяться, на думку вченого, до наступних видів: пеня і штрафи; закриття бюджетних кредитів; припинення фінансування капітального будівництва; примусове стягнення не внесених в строк податків і неподаткових платежів тощо [8, с. 126]. На думку Ю. А. Ровинського пеня в фінансових правовідносинах є засобом примусу до виконання в строк фінансового зобов'зання. На відміну від пені штраф переслідує цілі гарантувати здійснення посадовими особами і громадянами встановленого порядку і чинних правил в області державних фінансів. Підставою для нарахування пені є порушення строку платежу. Ця санкція діє автоматично і пов'язана тільки з фактом порушення строку платежу [8, с. 127].

Вперше на законодавчому рівні термін «фінансові санкції» був використаний в Законі УРСР «Про державну податкову службу в УРСР», який містив норму, відповідно до якої державні податкові інспекції мають право застосовувати до підприємств, установ, організацій громадян фінансові санкції у вигляді стягнення:

- всієї суми прихованого (заниженого) прибутку (доходу) або суми податку за інший прихований (необчислений) об'єкт оподаткування і штрафу у двократному розмірі тієї ж суми, а при повторному порушенні протягом року – штрафу в п'ятикратному розмірі;

- 50 відсотків належних сум податків або інших обов'язкових платежів за відсутність обліку прибутку (доходу) або ведення цього обліку з порушенням установленого порядку, а також за неподання або несвоєчасне подання податкових декларацій, звітів, розрахунків та інших документів, необхідних для обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів у бюджет [3, Ст. 37].

На сучасному етапі в Податковому кодексі України існує визначення поняття штрафної санкції (фінансової санкції, штрафу), як плати у вигляді фіксованої суми або відсотків, що справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням яких покладено на контролюючі органи, а також штрафні санкції за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Санкція фінансово-правової норми закріплює різний характер наслідків, які виражають міри державного примусу. Особливістю зазначених норм є

встановлення мір відповідальності за порушення правил поведінки, які містяться в їх диспозиції. Варто звернути увагу на те, що останнім часом держава вносить корективи щодо посилення фінансової відповідальності за правопорушення в області фінансів. Це відноситься також і до відповідальності державних органів, які здійснюють фінансову діяльність. Наприклад, норми Бюджетного кодексу України передбачають відповідальність органів Державної казначейської служби України за невиконання вимог щодо ведення бухгалтерського обліку та складання звітності про виконання бюджетів тощо [3, Ст. 123].

Варто визнати, що санкції фінансово-правової норми мають переважно грошовий характер. Фінансово-правові санкції поєднують у собі як штрафне, так і правовідновлювальне призначення та застосовуються за самим фактом правопорушення. З одного боку, відбувається відновлення майнового стану власника бюджетних коштів, а з іншого боку - наступають несприятливі наслідки для особи, яка здійснила правопорушення, що передбачає використання фінансових санкцій. Відомий вчений в області фінансового права М. В. Карасева зауважує, що фінансово-правові санкції мають право відновлювальний характер і каральний (штрафний) характер. До правовідновлювальної санкції відносяться пеня, а до каральних санкцій – штраф.

Важливо відзначити, що санкцію правової норми можна розглядати у вузькому і широкому змісті слова. Так, А. В. Поляков слушно зауважує, що закріплення у нормі негативного наслідку порушення її диспозиції (певні правила поведінки), яке виступає у формі примусового заходу впливу на правопорушника з боку держави і наносить йому правовий збиток у вигляді особистих і майнових позбавлень, іменується санкцією у вузькому змісті слова [7, с. 719-720]. Такі санкції, як правило, мають каральну (штрафну) природу. Наприклад, одним із засобів забезпечення можливості погашення податкового боргу платником податків може бути адміністративний арешт його активів. Він складається в забороні вчинення платником податків будь-яких дій щодо своїх активів, які підлягають такому арешту, крім дій з їх охорони, зберігання та підтримання у належному функціональному та якісному стані. Арешт активів може здійснюватися в повній і умовній формах. Застосування санкції є одним із засобів забезпечення загальнообов'язковості правової норми. Крім того, автор виділяє санкції у широкому змісті, які включають до себе і державні міри захисту прав. Причому останні спрямовані не на особистість правопорушника з метою нанесення йому правових втрат, а носять правовідновлювальний характер. Виходить, при широкому трактуванні санкцій до них відносять не тільки каральні, але й правовідновлювальні заходи держави.

Окреслимо, що термін «фінансова санкція» як правило застосовується до відношенню до штрафів та пені, будь-яких грошових стягнень, що мають переважно публічно-правову підставу. Фінансові санкції є засобом примусового впливу, які містять обмеження, позбавлення суб'єктивних прав (певних благ) особи, до якої вони застосовуються. Наприклад, безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів передбачає стягнення органами Державної казначейської служби України коштів з місцевих бюджетів до державного бюджету, в тому числі і за рахунок зменшення обсягу трансфертів (дотації вирівнювання) місцевим бюджетам на відповідну суму, у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. В застосуванні даних фінансово-правових санкцій реалізуються владні повноваження компетентних державних органів (інших компетентних організацій) щодо обмеження майнових прав правопорушника незалежно від його бажання. Фінансові санкції, як і санкції інших галузей права, передбачають примусовий вплив на правопорушників з боку компетентних органів держави, при цьому даний вплив містить в собі кінцеву оцінку здійсненного діяння такими особами як протиправного. Сплата пені, передбачена гл. 12 Податкового кодексу України, також не змінює примусового характеру цього заходу, хоча передбачає можливість її добровільного виконання.

Виходячи з загальних положень теорії права санкції правових норм являють собою основну групу державно-примусових заходів, які відрізняються від всіх інших тим, що виступають в якості державно-владної реакції на факт протиправної поведінки, спрямовані на попередження правопорушень та іншої протиправної поведінки, на ліквідацію їх наслідків, пов'язані з впливом на правопорушника і всім цим виражають особливу правову оцінку протиправної поведінки, протиправної ситуації. Тобто підставою застосування фінансових санкцій є здійснення правопорушень в області бюджетної і валютної діяльності, податкових правопорушень. Так, глава 11 Податкового кодексу України визначає в якості застосування заходів примусу, тобто фінансових (штрафних) санкцій, цілий ряд порушень норм податкового законодавства. Податкові правопорушення, порушення норм бюджетного і валютного законодавства представляє небезпеку для суспільних відносин, а саме для публічних фінансів. Ступінь суспільної небезпеки є одним з критеріїв, який покладається за основу, більшістю вчених, при відмежуванні злочинів від інших правопорушників. Стосовно податкових правопорушень, порушень бюджетного і валютного законодавства ступень їх суспільної небезпеки не має того принципового значення для визначення характеру і об'єму невигідних наслідків для правопорушника, яке вона має для рішення даних питань при здійсненні адміністративних правопорушень або злочинів. Санкціям притаманний право відновлювальний характер, який реалізується при усуненні негативних наслідків для публічних фінансів, що спричинили правопорушення, як правило, шляхом поповнення державного і місцевих бюджетів за рахунок стягнення грошових коштів з правопорушника. Юридичним вираженням ознаки суспільної небезпеки є протиправність відповідного правопорушення. А протиправність податкового правопорушення, порушення норм бюджетного і валютного законодавства є однією з найважливіших умов застосування фінансових санкцій.

Фінансові санкції визначають характер і об'єм фінансової відповідальності, відповідні ступені суспільної небезпеки здійсненного правопорушення і

шкоди, який був заподіяний публічним фінансам. Треба відзначити, що застосування фінансових санкцій можливе тільки в процесі спеціальної діяльності відповідних органів щодо розгляду і вирішення справи про порушення фінансового законодавства. Проаналізувавши всі обставини справи, компетентний орган (його посадова особа) виносить постанову про застосування фінансової санкції по відношенню до правопорушника, яка відповідає тягарю здійсненного правопорушення та її суб'єкта. Право застосовувати фінансові санкції мають ряд органів держави і місцевого самоврядування (податкові органи, органи державної казначейської служби України тощо), а також судові органи. Тобто фінансова санкція є мірою фінансової відповідальності, а її застосування передбачає оцінку діяння, як фінансового правопорушення та її осудження з боку держави. Вона може застосовуватися як до фізичних, так і юридичних осіб. Грошові кошти, які вилучені у правопорушника при застосуванні фінансової санкції, підлягають зарахуванню до бюджету відповідного рівня (централізованого фонду), тобто фінансові санкції є джерелом їх формування. Так, відповідно до статті 9 Бюджетного кодексу України в якості доходів бюджету виступають наряду з іншими неподаткові надходження (доходи від власності і підприємницької діяльності, штрафи тощо).

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права: учеб. – 2-е изд. – М.: Проспект, 2009. – 576 с.
2. *Бахрах Д. Н.* Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика. – М.: НОРМА, 2004. – 224 с.
3. Відомості Верховної Ради України.
4. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. – 8-е изд. – СПб.: Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1909. – 417 с.
5. *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – 510 с.
6. *Основин В. С.* Нормы советского государственного права. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1963. – 108 с.
7. *Поляков А. В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного похода: Курс лекций. – СПб.: Изд. дом С.-Пб.ун-та, 2004. – 864 с.
8. *Ровинский Е. А.* Основные вопросы теории советского финансового права.- М.: Госюридлитиздат, 1960. – 191 с.
9. Финансовое право Российской Федерации: Ученик / Отв. ред. М. В. Карасева. – М.: Юристъ, 2002. – 576 с.

УДК 342.95

# ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ВІДПОВІДНИХ ОРГАНІВ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕЖИМУ РЕЄСТРАЦІЇ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ (ПЕРЕБУВАННЯ) ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

**Ростовська К. В.,**
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри
державно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного
університету імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено удосконаленню функціонування адміністративно-правового режиму реєстрації місця проживання (перебування) громадян України. Сформульовано поняття режиму реєстрації, досліджено його зміст. Проаналізовано історико-правові основи становлення та розвитку інституту прописки та його трансформації в інститут реєстрації. Запропоновано конкретні шляхи удосконалення правового регулювання суспільних відносин у сфері свободи пересування та вільного вибору місця проживання.

***Ключові слова:*** режим, адміністративно-правовий режим, реєстрація, прописка, житло, свобода пересування, вільний вибір місця проживання.

***Аннотация:*** Статья посвящена усовершенствованию функционирования административно-правового режима регистрации места проживания (нахождения) граждан Украины. Сформулировано понятие режима регистрации, исследовано его содержание. Проанализированы историко-правовые основы становления и развития института прописки и его трансформации в институт регистрации. Предложены конкретные пути усовершенствования правового регулирования общественных отношений в сфере свободы передвижения и свободного выбора места проживания.

***Ключевые слова:*** режим, административно-правовой режим, регистрация, прописка, жилье, свобода передвижения, свободный выбор места проживания.

***Annotation:*** This paper is devoted to the improvement of the administrative-legal regime of residency (location) of the citizens of Ukraine. The notion of a registration regime, studied its contents. Analyzed the historical and legal basis of the formation and development of the institution and the residence of its transformation in the institution of registration. Proposed concrete ways to improve the legal regulation of social relations in the field of freedom of movement and free choice of residence.

***Key words:*** mode, administrative and legal status, registration, registration, housing, freedom of movement, free choice of place of residence.

Своєчасний та повний облік фізичних осіб на території України є важливою умовою можливості реалізувати громадянами право на свободу пересування та вільний вибір місця проживання, ефективного виконання компетентними органами завдань, пов'язаних із охороною громадського порядку, забезпеченням громадської безпеки.

Основним засобом повсякденного оперативного обліку населення є система реєстрації громадян, яка відповідно до п. 1 Настанови з питань оформлення документів і контролю щодо реєстрації місця проживання та перебування фізичних осіб в Україні [1, с. 305-306] включає внесення відомостей до паспортного документа чи видачу вкладного талона до паспортного документа про місце проживання та перебування із зазначенням адреси житла особи та адресно-довідкової картотеки.

Для організації обліку фізичних осіб за місцем проживання та перебування підрозділи міліції: 1) проводять реєстрацію фізичних осіб, які проживають та перебувають на відповідній території, яка перебуває у сфері їх обслуговування; 2) підтримують (обслуговують) інформаційні бази реєстраційного обліку населення; 3) надають відомості про місце проживання та перебування фізичної особи та персональні дані у випадках, передбачених законами України чи іншими нормативно-правовими актами, або за згодою самої особи; 4) за зверненням фізичної особи видають довідки встановленої форми про реєстрацію місця проживання та перебування фізичної особи.

Органи державної статистики використовують інформацію про кількість прибулих на проживання і які вибули в інші місцевості як вихідний матеріал для наступного узагальнення і обробки. Крім статистичного обліку на основі реєстрації ведеться персональний облік населення, який необхідний для адресно-довідкової роботи. Персональний облік сприяє обліку військовозобов'язаних, трудових ресурсів та прийняттю управлінських рішень органами законодавчої та виконавчої влади щодо здійснення заходів соціально-економічної політики [2, с. 306].

Однією з перших спроб установити контроль за пересуванням корінного населення та іноземців за допомогою їх обліку було запроваджено шляхом видачі паспортів у 13 ст., як зазначають Новгородські літописи. Так, у Новгородських літописах вперше упоминалися про так звані «проїзні грамоти», видача яких обумовлена необхідністю сбіру державного податку – «полюддя»[3].

Формальне закріплення положення населення в Російській імперії почалося в епоху Петра I шляхом видачі документів, які називалися «проїжджими», або «прохожими письмами». Метою введення було здійснення контролю за сплатою подушного податку,

© *Ростовська К.В., 2012*

попередження від ухилення рекрутської повинності, а також боротьби з епідеміями.

Поступово в Російській імперії склався визначений порядок жорсткого поліцейського контролю за проживанням та пересуванням населення. Одночасно виникла достатньо ефективна система видачі дозволів на в'їзд та виїзд із держави. Так, у 1894 р. було затверджено «Положення про види на проживання», в якому передбачалося, що громадянам Російської імперії за місцем проживання мати паспорти було не обов'язково.

На межі XX ст. уже існувала система правових актів, що визначали облік населення та його документування. Так, у 1903 р. було прийнято «Устав про паспорти», який визначав опис документів, що посвідчують особу, порядок їх отримання, відповідальність за порушення встановлених правил, регламентував випадки їх обов'язкової видачі. Так, у ст. 1 цього Уставу зазначалося, що «ніхто не може відлучатися з місця постійного проживання без узаконеного виду або паспорту»[4].

Підводячи підсумок вищевикладеному, можна зазначити, що, уводячи документи, що посвідчують особу, держава намагалася вирішити низку соціально-економічних завдань: облік та контроль податного населення (при відсутності системи перепису населення); прикріплення податного населення до визначеного місця проживання та роду занять; установлення міграційного контролю та упорядкування міграційних потоків. Саме із зміцненням паспортної системи виникло поняття «поліцейська держава». Паспортна система для поліції була і є найбільш легким засобом знаходження осіб, небезпечних для держави, контролю за рухом громадян, нагляду за «неблагонадійними особами».

Із 1 січня 1924 р. Декретом ВЦВК та РНК СРСР «Про посвідчення особи» від 20 червня 1923 р. було введено на всій території держави новий документ – посвідчення особи, яким було відмінено старі паспорти та види на проживання, а Постановою РНК РСФСР «Про прописку громадян у міських поселеннях» від 25 квітня 1925 р. було введено інститут прописки. З прийняттям цих нормативно-правових актів була започаткована організація обліку пересування громадян у містах шляхом введення обов'язку кожній особі, що прибуває у місто на термін більше ніж три доби, сповістити про це у готелі, домоуправління та ін. Проживання без прописки тягло за собою кримінальну відповідальність та неможливість влаштуватися на роботу [5].

Отже, введення прописки на території РСФСР стало для держави ефективним способом контролю за процесами пересування людей.

Щодо прописки, то як пише Г.С. Кусков, – вона посвідчує факт законного проживання особи у визначеній місцевості за встановленою адресою. Проживання без прописки є ухиленням від установленого порядку обліку населення та тягне за собою адміністративну та кримінальну відповідальність [6]. Прописка – це встановлений порядок реєстрації в органах міліції документів, що надає його володільцю право проживання у даній місцевості протягом часу, визначеного у прописці, – зазначає В.Д. Купріянов [7].

Скасування інституту прописки передбачає зміну механізму та способу реєстрації людини і громадянина, що забезпечує повну реалізацію прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією України на свободу пересування та вільний вибір місця проживання.

16 грудня 2003 року був прийнятий довгоочікуваний Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» [8].

Не можна не звернути увагу на те, що, незважаючи на певні недоліки даного Закону, зокрема, через недостатність чи обмеженість процедурних норм, його прийняття безумовно стало кроком уперед на шляху вдосконалення національного законодавства, зокрема, у сфері реєстрації фізичних осіб.

Закон закріпив деякі положення, які мають значення для регулювання суспільних відносин у сфері забезпечення прав громадян на вільний вибір місця проживання. Законодавцем із цією метою визначено такі дефініції:

- свобода пересування – право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, вільно та безперешкодно за своїм бажанням переміщатися по території України у будь-якому напрямку, у будь-який спосіб, у будь-який час, за винятком обмежень, які встановлюються законом;

- вільний вибір місця проживання чи перебування – право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, на вибір адміністративно-територіальної одиниці, на території якої вони хочуть проживати чи перебувати;

- місце перебування – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік;

- місце проживання – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік;

- реєстрація – внесення відомостей до паспортного документа про місце проживання або місце перебування із зазначенням адреси житла особи та внесення цих даних до реєстраційного обліку відповідного органу спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації;

- довідка про реєстрацію місця проживання або місця перебування – документ, який видається органом реєстрації особі за її вимогою та підтверджує реєстрацію місця проживання або місця перебування особи.

Законними підставами перебування на території України є: для громадян України – належність до громадянства України; для іноземців та осіб без громадянства – реєстрація на території України паспортного документа або наявність посвідки на постійне або тимчасове проживання в Україні, або документів, які посвідчують отримання статусу біженця чи притулку в Україні.

Громадянин України, а також іноземець чи особа без громадянства, які перебувають в Україні на

законних підставах, зобов'язані протягом десяти днів після прибуття до нового місця проживання зареєструвати місце проживання.

Зняття з реєстрації місця проживання здійснюється протягом семи днів на підставі заяви особи, запиту органу реєстрації за новим місцем проживання особи, остаточного рішення суду (про позбавлення права власності на житлове приміщення або права користування житловим приміщенням, визнання особи безвісно відсутньою або померлою), свідоцтва про смерть.

Реєстрація громадян може здійснюватися тимчасово строком менше шести місяців за місцем перебування. Місце перебування – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік; місце проживання – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік.

Реєстрація місця перебування здійснюється за заявою особи, яка зобов'язана подати її протягом семи днів після прибуття в місце перебування. При реєстрації місця перебування особи інформація про неї повідомляється до органу реєстрації за місцем проживання особи. Зняття з реєстрації місця перебування особи здійснюється за її повідомленням. Відповідальність за правдивість зробленого повідомлення покладається на таку особу.

Орган реєстрації, отримавши повідомлення особи, знімає з реєстрації її місце перебування та повідомляє про це орган реєстрації, в якому зареєстроване її місце проживання.

Отже, під реєстрацією місця проживання (перебування) громадян України необхідно розуміти здійснюване у встановленому законом порядку уповноваженими на те державними органами посвідчення факту вибору фізичною особою місця проживання чи перебування. Реєстрація місця проживання (перебування) здійснюється шляхом внесення відомостей до паспортного документу про місце проживання або місце перебування із зазначенням адреси житла та внесення цих даних до реєстраційного обліку відповідного спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації.

Хоча в Україні свобода пересування та вільний вибір місця проживання проголошені, адміністративно-правовий механізм їх реалізації є недосконалим. Процедура реєстрації місця проживання (перебування) є складною, застарілою, має дозвільний характер, відсутнє автоматизоване оброблення та зберігання інформації про реєстрацію фізичних осіб. Проведене автором дослідження законодавства, яке регулює порядок реєстрації місця проживання (перебування) громадян, щодо відмінностей між процедурою прописки та реєстрації, свідчить, що процедура прописки нічим не відрізняється від процедури реєстрації. Складне та неоднозначне трактування поняття «житло» у конституційному, цивільному, житловому праві, відсутність переліку об'єктів нерухомого майна, де може зареєструвати місце проживання (перебування), призводить до ускладнення реалізації громадянами права на свободу пересування та вільний вибір місця проживання, реалізацію інших прав (на соціальну допомогу, охорону здоров'я тощо). Це стосується тих випадків, коли при певних життєвих обставинах особа використовує для постійного проживання (перебування) стаціонарні об'єкти, які не призначені для цього (дачні та садові будинки, офісні приміщення тощо).

Із наведеного вище можна зробити такі висновки:

1. Інститут прописки замінений реєстрацією фізичних осіб, проте загалом сутність даного явища не змінилася. Фактично процедура здійснення реєстрації залишилася аналогічній процедурі прописки, а у випадку реєстрації за місцем перебування стала ще жорсткішою на відміну від тимчасової прописки.

2. Інститут прописки, як й інститут реєстрації передбачає ведення спеціальних обліків, що включають у себе відомості про осіб, які проживають у певній адміністративно-територіальній одиниці, які змінили місце проживання чи перебування, про осіб, які звільнилися з місць позбавлення волі, що мають судимість та інші відомості. Однак, на мою думку, існує відмінність щодо мети функціонування інституту прописки, який слугував здійсненню контролю за пересуванням громадян та отриманням статистичних даних про міграцію населення з метою забезпечення належного функціонування планової економіки. Метою функціонування адміністративно-правового режиму реєстрації фізичних осіб є здійснення спостереження за міграцією населення. Саме спостереження, а не контролю. Такий підхід до сутності реєстрації громадян передбачає повідомний характер для здійснення такої процедури.

3. Слід докорінно змінити існуючу в країні процедуру реєстрації місця проживання та перебування фізичних осіб у напрямку створення повідомного порядку реєстрації місця проживання та перебування громадян, який повинен включати в себе:

3.1. введення максимально спрощеного порядку реєстрації місця проживання та перебування. Процедура реєстрації не має перевищувати 30 хвилин;

3.2. реєстрація повинна здійснюватися за документами, що посвідчують фізичну особу. Витребування інших документів повинно бути заборонено;

3.3. реєстрація повинна відбуватися без жорсткої прив'язки до жилого приміщення;

3.4. реєстрація повинна здійснюватися реєстраційними органами без посередників, відповідних за реєстрацію (ЖЄКів, домоуправлінь та ін.);

3.5. термін реєстрації за місцем перебування не повинен обмежуватися.

Аналіз законодавства у сфері регулювання свободи вибору місця проживання, що існує у Казахстані, Латвії, Німеччині, Росії, Фінляндії, міжнародних правових актів та практики Європейського суду з прав людини [9] стосовно тлумачення поняття «житло» дозволив запропонувати конкретні шляхи удосконалення правового регулювання суспільних відносин у сфері свободи пересування та вільного вибору місця проживання, а саме: 1) у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця

проживання» (ст. 3) надати тлумачення поняттю «житло» як об'єкта реєстрації місця проживання (перебування) фізичної особи з врахуванням положень ст. 8 Конвенції про захист прав людини [10] та основоположних свобод та практики Європейського суду щодо тлумачення такого поняття; 2) необхідно прийняти Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку реєстрації та зняття з реєстраційного обліку місця проживання (перебування) громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які постійно перебувають на території України».

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Про організацію* реєстрації і зняття з реєстрації місця проживання та перебування фізичних осіб в Україні: Наказ МВС України від 26 травня 2004 р.
2. *Ярмакі Х.П.* Адміністративно-наглядова діяльність міліції в Україні: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. – Київ, 2006. – 437 с.
3. *Соловьев С.М.* Об истории древней России / С.М. Соловьев. – М., 1993. – С.53.
4. *Полное* собрание законов Российской Империи. – Собр. II, отд. 2. Т. 36. – СПб., 1883. – № 37760.
5. *Собрание* указов РСФСР. – 1925. – №28. – Ст. 197.
6. *Кусков Г.С.* Паспортная система в СРСР / Г.С. Кусков. – М., 1979. – С. 32.
7. *Куприянов В.Д.* Советская паспортная система и ее роль в борьбе с преступностью / В.Д. Куприянов. – Киев, 1958. – С.33.
8. *Про* свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні: Закон України від 11 грудня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 232.
9. *Про виконання* рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №30. – ст. 260.
10. *Конвенція* про захист прав людини і основоположних свобод: Рада Європи; Конвенція; Міжнародний документ від 04.11.1950р. // Офіційний вісник України від 16.04.1998. – 1998. – №13 /№32 від 23.08.2006 р. – С. 270.

УДК 342.6

# ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ЗАСАД ОПТИМІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

**Кисіль Л. Є.,**
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
Інституту держави і права
імені В.М. Корецького НАН України

***Анотація:*** У статті аналізуються проблеми правового регулювання організації та діяльності органів виконавчої влади України, зокрема системи центральних органів виконавчої влади. Зосереджено увагу на питаннях адміністративної правосуб'єктності органів виконавчої влади, як юридичних осіб публічного права, що виявляється у нормативно закріпленій за ними компетенції. Розмежовуються термінологічно не виважені у діючому законодавстві поняття «завдання», «функції», «повноваження» і «компетенція» органів виконавчої влади. Аналізуються принципи діяльності центральних органів виконавчої влади та критерії віднесення органів виконавчої влади до центральних.
***Ключові слова:*** оптимізація державного управління, адміністративна правосуб'єктність органів виконавчої влади як юридичних осіб публічного права, функції, завдання і компетенція органів виконавчої влади.

***Аннотация:*** В статье анализируются проблемы правового регулирования организации и деятельности органов исполнительной власти Украины, в частности системы центральных органов исполнительной власти. Сконцентрировано внимание на вопросах административной правосубъектности органов исполнительной власти как юридических лиц публичного права, которая проявляется в нормативно закрепленной за ними компетенции. Разграничиваются не четко определенные в действующем законодательстве понятия «задачи», «функции», «полномочия» и «компетенция» органов исполнительной власти. Анализируются принципы деятельности центральных органов исполнительной власти и критерии отнесения органов исполнительной власти к центральным органам исполнительной власти.
***Ключевые слова:*** оптимизация государственного управления, административная правосубъектность органов исполнительной власти как юридических лиц публичного права, функции, задачи и компетенция органов исполнительной власти.

***Summary:*** The subject of this article is issues of legal regulation of the organization and activity of state executive bodies of Ukraine, including system of the central state executive bodies. The author: concentrates attention on issues of administrative legal personality of state executive bodies as legal entities of public law; differentiates such notions as «tasks», «function», «power» and «competence» of executive authorities which are not accurately defined in the current legislation; investigates a question of differentiation of political and administrative positions in the ministries; and analyses of principles of activity of the central executive authorities and main criteria of the central state executive bodies.
***Key words:*** optimization of state administration,administrative legal personality of state executive bodies as legal entities of public law, functions, tasks and competence of state executive bodies.

Розвиток України як демократичної, правової держави, враховуючи процеси оновлення Конституції, політичної та адміністративної реформ, обумовлює необхідність удосконалення форм і методів державного управління, компетенційного законодавства, розмежування функцій в апараті державного управління, систематизації законодавства, що регулює порядок надання адміністративних послуг органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування з урахуванням

*© Кисіль Л.Є., 2012*

сучасного європейського досвіду функціонування публічної адміністрації. Мова йде про пошук оптимального поєднання публічного і приватного інтересів та їх закріплення у праві, зокрема, шляхом чіткого й однозначного визначення понять «правосуб'єктність», «правовий статус», «компетенція», «юридичні особи публічного права» та ін.

Насамперед нагадаємо, що у статті 19 Конституції України зазначається, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України. На практиці правова основа діяльності місцевих державних адміністрацій була закладена лише через 3 роки після прийняття Конституції України, Кабінету Міністрів України – через 12 років. Діяльність центральних органів виконавчої влади впродовж багатьох років регулювалась, окрім загальних норм Конституції України, підзаконними актами. Одним із таких нормативних актів, яким започатковано черговий етап адміністративної реформи, був Указ Президента України від 10 грудня 2012р. «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади України», який передбачав:

- скорочення кількості міністерств (з 20 до 16);
- поєднання посад віце-прем'єр-міністрів із посадами міністрів, що мало покращити організацію роботи Кабінету Міністрів України;
- реорганізацію інших центральних органів виконавчої влади і визначення таких їх типів: служби, агентства, інспекції, центральні органи виконавчої влади із спеціальним статусом;
- ліквідацію усіх урядових органів (на момент прийняття Указу їх було понад 45). Такий підхід означав відмову від раніше впроваджуваної, але так і не втіленої моделі, яка домінує у розвинених демократичних країнах і розмежовує на інституційному рівні розробку політики та адміністрування, закріплює високу відповідальність міністра за функціонування його сектору політики і наділяє його належними установчими і кадровими важелями впливу на урядові органи, які йому підконтрольні: «міністерство (орган, що розробляє політику) – урядові органи у системі міністерств (органи, що впроваджують політику/законодавство)»;
- скорочення чисельності державних службовців не менш як на 30 відсотків, – хоча і без визначення чітких критеріїв та підстав такого скорочення [1, с. 6].

Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» був прийнятий лише у 2011р., через 15 років після прийняття Конституції. Попри довгоочікуваність, даний закон спричинив немало проблем у правозастосовній практиці.

1. Вперше на законодавчому рівні центральні органи виконавчої влади віднесені до юридичних осіб публічного права, категорія яких ще з радянського періоду науки адміністративного права традиційно заперечувалась. Перше питання, яке виникає з цього приводу – чому на законодавчому рівні юридичними особами публічного права визнані лише центральні органи виконавчої влади? Адже до системи органів виконавчої влади України, поряд з центральними органами виконавчої влади, входять також і Кабінет Міністрів України, і місцеві державні адміністрації. По-друге, в чому полягає специфіка таких юридичних осіб публічного права, як органи виконавчої влади? Якщо звернутись до цивільного законодавства, то згідно із ч. 2 ст. 81 ЦК України особливість юридичних осіб публічного права проявляється в тому, що вони створюються розпорядчими актами Президента, органів державної влади, органів влади АРК або органів місцевого самоврядування. Аналіз так званих компетенційних законів («Про Кабінет Міністрів України», «Про центральні органи виконавчої влади», «Про місцеві державні адміністрації») дає можливість зробити висновок про те, що створення органів виконавчої влади пов'язується з розпорядчими актами переважно Президента України: Прем'єр-міністр призначається указом Президента за згодою Верховної Ради, інші члени Кабінету Міністрів – призначаються і звільняються указом Президента України; центральні органи виконавчої влади – створюються, реорганізуються і ліквідуються Президентом України за поданням Прем'єр-міністра України; голови місцевих державних адміністрацій – призначаються і звільняються указом Президента України, що не вписується в рамки цивільного законодавства.

У науковій літературі серед ознак юридичних осіб публічного права виокремлюють: а) те, що це не цивільно-правове, а публічно-правове утворення, призначенням якого є не участь у цивільному обороті, не здійснення підприємницької та господарської діяльності у сфері виробництва, обслуговування і т. д. (такі види діяльності можуть бути тільки супутніми), а вирішення завдань суспільного характеру; б) їх особливе цільове призначення – реалізація не загальних інтересів приватних осіб, а суспільних інтересів; в) те, що вони створюється не шляхом добровільного об'єднання, а «зверху», у розпорядчому порядку; г) те, що вони мають публічну владу у різних об'ємах та формах та дискреційні повноваження стосовно третіх осіб; д) те, що їх майно використовується не для господарської діяльності, а для здійснення компетенції. При цьому питання про майно має вторинний характер стосовно владних повноважень, компетенції; е) те, що автономія у діяльності юридичної особи публічного права обмежена, вона визначена її компетенцією згідно закону; є) те, що їх відповідальність у своїй основі має не приватно-правовий, а публічно-правовий характер [2, с. 22-26].

На нашу думку, ці ознаки притаманні як центральним органам виконавчої влади, так і Кабінету Міністрів України, і місцевим державним адміністраціям, що потребує внесення відповідних змін і доповнень до Законів України «Про Кабінет Міністрів України» та «Про місцеві державні адміністрації».

2. Вперше законодавчо закріплені принципи діяльності міністерств та інших центральних органів виконавчої влади – верховенства права, забезпечення дотримання прав і свобод людини і громадянина, безперервності, законності, забезпечення єдності державної політики, відкритості та прозорості, відповідальності, єдиноначальності. Проте зміст цих принципів, на жаль, законодавцем не розкритий.

3. У статті 1 закону визначено систему центральних органів виконавчої влади, до якої входять міністерства, які забезпечують формування та реалізують державну політику в одній чи декількох сферах, та інші центральні органи виконавчої влади (державні служби, державні інспекції, державні агентства, центральні органи зі спеціальним статусом), які виконують окремі функції з реалізації державної політики.

Очевидно, що критерій, обраний законодавцем для такої класифікації, є настільки нечітким, що можна взагалі говорити про його відсутність. Більше того, законодавчо не визначено термін «державна політика», а діяльність центральних органів центральної влади не обмежується лише наданням адміністративних послуг, здійсненням контрольно-наглядової діяльності, управлінням об'єктами державної власності, внесенням пропозицій щодо забезпечення формування державної політики на розгляд міністрів. На практиці це призвело до багатьох непорозумінь, адже більшість існуючих сьогодні інших центральних органів виконавчої влади необхідно терміново перетворити у міністерства, оскільки вони здійснюють реалізацію політики у визначених сферах. Прикладом можуть слугувати Положення про Державну службу статистики України, Положення про Державну фінансову інспекцію України, Положення про Державну службу фінансового моніторингу України, Положення про Державне агентство резерву України, Положення про Державну пробірну службу України та ін., затверджені указами Президента України у 2011р. З іншого боку, виникає запитання – адміністративні послуги якого роду надає Державна пенітенціарна служба України, Положення про яку затверджено Указом Президента України від 06 квітня 2011р.?

4. Про відсутність термінологічної виваженості у цьому нормативному акті свідчить і застосування законодавцем таких термінів, як «завдання», «функції», «повноваження», «компетенція». Так, наприклад, стаття 7 Закону «Про центральні органи виконавчої влади» закріплює завдання міністерств, стаття 17 – завдань центральних органів виконавчої влади. Але ж міністерство, з огляду на статтю 1 вищезгаданого закону, входить до системи центральних органів виконавчої влади. Тому, виходячи із змісту статей 1-5 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» та назви розділу ІІІ цього закону, до змісту і назви статей розділу ІІІ слід внести такі зміни, які б дали можливість вести мову не про завдання взагалі центральних органів виконавчої влади, а про завдання інших центральних органів виконавчої влади – державних служб, державних інспекцій, державних агентств, центральних органів із спеціальним статусом. З іншого боку, закріплені у статтях 7, 17 закону завдання міністерств, центральних органів виконавчої влади є, по суті, функціями міністерств (центральних органів виконавчої влади). Адже, як зазначається в науковій літературі, адміністративна правосуб'єктність органів виконавчої влади виявляється у нормативно закріпленій за ними компетенції. Компетенція органів виконавчої влади – це юридичне відображення покладених на них функцій у спеціальних, так званих компетенційних, нормативно-правових актах шляхом закріплення цілей, завдань і необхідного для їх реалізації комплексу прав і обов'язків, тобто державно-владних повноважень. При цьому, завдання розглядаються як уявлення про напрями та очікувані наслідки управлінської діяльності – тобто, це те, що необхідно зробити. Тоді як функції органів виконавчої влади – це відносно самостійні та якісно однорідні складові діяльності цих органів, які характеризуються цільовою спрямованістю. Оскільки фактична діяльність органів виконавчої влади неможлива без використання певних прав і виконання певних обов'язків, то функції органів виконавчої влади органічно пов'язані з державно-владними повноваженнями (правами і обов'язками). Адміністративно-правовою формою цих прав і обов'язків і виступає компетенція органів виконавчої влади [3, с. 186, 256-261].

5. Однією з проблем правосуб'єктності органів виконавчої влади є розмежування політичних та адміністративних посад в міністерствах. У науковій юридичній літературі до політичних посад відносять посади Президента України, народних депутатів, членів Кабінету Міністрів України.

Законодавець (стаття 6 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», п. 5 статті 9 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади») відносить до політичних посад посади членів Кабінету Міністрів України, посади першого заступника та заступника міністра, на які не поширюється трудове законодавство і законодавство про державну службу. Щодо посади заступника міністра-керівника апарату міністерства, то статтею 10 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» вона віднесена до посад державних службовців. Водночас, у статті 9 чинного нині Закону України «Про державну службу» підкреслюється, що члени Кабінету Міністрів України є державними службовцями, правовий статус яких регулюється Конституцією та спеціальними законами. Натомість, у статті 25 цього Закону прямо зазначено, що перші заступники міністра та заступники міністра є державними службовцями. Отже, склалась парадоксальна ситуація, коли в діючих законодавчих актах закріплено кардинально протилежні підходи до правового статусу одних і тих же категорій осіб. З іншого боку, в законодавстві відсутні чіткі критерії, за якими ті чи інші посади слід відносити до політичних, що, на нашу думку, суперечить вимогам статті частини другої 19 Конституції України і потребує прийняття відповідного закону «Про політичні посади».

Першим кроком до розв'язання проблеми розмежування адміністративних та політичних посад в міністерствах стало прийняття Типового положення про міністерство України, затвердженого Указом Президента України від 24 грудня 2010р. «Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» та Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», які реанімували ідею концепції адміністративної реформи щодо запровадження посади керівника апарату міністерства. Характерною особливістю цих нормативних актів є й те, що у них були враховані

пропозиції, висловлені ще у 2001-2002рр. щодо забезпечення балансу розмежування повноважень між міністрами та керівниками апарату міністерств: міністр – центральна, головна постать у міністерстві; керівник апарату міністерства, як і весь апарат міністерства, – виконує забезпечувальну роль щодо міністра; все, що суттєво впливає на підготовку та реалізацію політики міністра, має бути під його контролем і може вирішуватись тільки міністром за допомогою керівника апарату міністерства. Тому у пункті 11 Типового положення визначено, що міністр затверджує плани роботи міністерства, звіти про їх виконання, структуру апарату міністерства; призначає на посади і звільняє з посад керівників та заступників керівників територіальних органів міністерств, керівників та заступників керівників структурних підрозділів апарату міністерств, працівників патронатної служби міністра. Серед повноважень керівника апарату міністерства, окреслених згаданим Типовим положенням – керівництво діяльністю апарату міністерства, призначення на посади та звільнення з посад державних службовців та працівників апарату міністерства (окрім тих, що призначаються і звільняються міністром), затвердження штатного розпису, кошторису міністерства за погодженням з Міністерством фінансів України.

В Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» поглиблено ідею розмежування адміністративних і політичних посад в міністерствах шляхом значного збільшення обсягу повноважень міністра (пп. 7-9, 14-17, 22, 24, 27, 28 та ін.). Аналіз цих повноважень міністра дає можливість зробити висновок про те, що у законодавчому порядку потребують розв'язання наступні проблеми:

- яким чином міністр має реалізувати у своїй діяльності такий принцип діяльності міністерства як забезпечення дотримання прав і свобод людини і громадянина, викладений у статті 2 вищезгаданого закону, і який взагалі не згадується серед повноважень міністра у статті 8 цього ж закону;

- юридичної сили доручень Президента, організацію виконання яких та контроль за їх виконанням має забезпечувати міністр. Адже у статті 106 Конституції України зазначається, що Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов'язковими для виконання на території України. Отже, норма вищезгаданого закону щодо права глави держави давати доручення міністру як акту, обов'язкового для виконання, не узгоджується з конституційними нормами і має бути приведена у відповідність до Конституції;

- якщо посади першого заступника і заступників міністра є політичними, на які не поширюється трудове законодавство і законодавство про державну службу, то наскільки правомірною є постановка питання міністром про притягнення їх до дисциплінарної відповідальності, можливої тільки для державних службовців, а не для політичних діячів?;

- юридичної сили доручень міністра, котрі (як і доручення Президента) не визначені у Конституції, але є обов'язковими для виконання державними службовцями;

- відсутності персональної відповідальності міністра за забезпечення проведення державної політики у відповідних сферах суспільного і державного життя як прояву принципу єдиноначальності в діяльності центральних органів виконавчої влади.

До новацій Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» в аспекті проблеми розмежування адміністративних та політичних посад у міністерстві слід віднести законодавче закріплення вимог до посади заступника міністра – керівника апарату міністерства, більш детальний виклад його повноважень по забезпеченню діяльності апарату міністерства, стабільності і наступності у його роботі, організація поточної роботи, пов'язаної із здійсненням повноважень міністерства. Як засвідчив аналіз цих повноважень, потребують вирішення наступні проблеми:

- конкретизація вимог до посади керівника апарату (яка має бути вища освіта – повна чи базова; п'ятирічний термін перебування на керівних посадах якого рівня мається на увазі);

- призначення керівника апарату міністерства має здійснюватися не за поданням Прем'єр-міністра України, внесеним на підставі пропозиції міністра, що зберігатиме залежність цих категорій вищих державних службовців від політика і не дозволить здійснити повноцінне розмежування політичних та адміністративних функцій керівництва, а з урахуванням вимог Закону України «Про державну службу», тобто на конкурсній основі. Такий підхід відповідає і європейській практиці підбору кадрів вищих державних службовців;

- юридичної сили доручень першого заступника та заступників міністра, заступника міністра-керівника апарату міністерства, які є обов'язковими для виконання державними службовцями, хоча і не визначаються в Конституції України;

- відповідності повноважень глави держави щодо призначень на посади першого заступника та заступника міністра, заступника міністра – керівника апарату та їх звільнення, передбачених статтями 9, 10 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», Конституції України. Адже повноваження Президента України визначаються виключно Конституцією України, а тому їх обсяг не може розширюватися шляхом прийняття звичайних законів. Такий висновок випливає із п. 31 ч.1 статті 106 Конституції України, де зазначається, що Президент України здійснює також інші (крім повноважень, визначених частиною першою цієї статті) повноваження, визначені Конституцією України. Крім того, як зазначається у Рішенні Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 р. №16-рп/2002, посади заступників міністра не належать до посад керівників центральних органів виконавчої влади.

6. Не менш проблематичною виглядає і характеристика центральних органів виконавчої влади із спеціальним статусом. Адже у статті 24 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», по-перше, не визначені ні сутність вищезгаданих органів, ні чіткі критерії, за якими той чи інший центральний орган виконавчої влади можна віднести до категорії із спеціальним статусом;

по-друге, утворення центральних органів із спеціальним статусом віднесено до компетенції Президента України, що означатиме підзаконний рівень їх правового регулювання і суперечитиме вимогам статті 19 Конституції України.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Коліушко І.* Головна вада реформи – гіперцентралізація влади / І. Коліушко // Дзеркало тижня. – №46, 11-17 грудня 2010р.

2. *Чиркин В.Е.* Необходимо ли понятие юридического лица публичного права / В.Е. Чиркин // Государство и право. – 2006. –№5. – С. 22-26.

3. *Адміністративне* право України. Академічний курс. Загальна частина. – К., 2007. – Т.1. – С. 186, 256-261.

## ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НАУК

УДК 343.98:17

# ЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛІСТИКИ

**Даньшин М. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету,
заступник декана юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті проаналізовано сферу зв'язку криміналістики та етики, висвітлено різні погляди вчених на зміст судової етики, досліджено моральні норми, яким повинні відповідати сучасні криміналістичні прийоми і засоби.
***Ключові слова:*** наука, етика, криміналістика, зв'язок, прийоми, засоби, рекомендації.

***Аннотация:*** В статье проанализирована область связи криминалистики и этики, освещены различные взгляды ученых на содержание судебной этики, исследованы моральные нормы, которым должны соответствовать современные криминалистические приемы и средства.
***Ключевые слова:*** наука, этика, криминалистика, связь, приемы, средства, рекомендации.

***Annotation***: This article analyzes the communication area of criminology and ethics, covering various scientific views on the content of judicial ethics, studied moral standards to be met by modern forensic techniques and tools.
***Key words:*** science, ethics, crime, communication, techniques, tools, and recommendations.

---

Сучасний світ – це технологізований простір, в якому людина оточила себе предметами техніки. Вони становлять її дозвілля і спосіб життя, радість від придбання і засмучення від втрати, навіть прояв творчих здібностей сучасної людини відбувається з урахуванням законів і змін навколишнього техносередовища. Сама сутність людини трансформується в напрямку тяжіння не до природи, гармонії і любові, а до технізації. Виникає протиріччя між споконвічними нормами етики і необхідністю технічного буття людини, яке тягне за собою великий перелік етичних проблем світу штучного.

Значне розширення технічних можливостей суспільства супроводжується тим, що в низці досліджень об'єктом впливу стає сама людина, що створює певну загрозу її здоров'ю та існуванню. Фізики-ядерники були першими, хто зіткнувся з проблемами подібного характеру. Зараз ці ризики і загрози зачіпають і сферу молекулярної біології, генетики, медицини, психології, юриспруденції тощо. Різноманітні етичні проблеми в найбільш загальному вигляді можна розділити на етичні проблеми фізики, біології, генетики, техніки, права, з-поміж яких особливе місце займають проблеми етики правових наук кримінально-правового циклу. Саме ці галузі права «зазіхають» (і переважно покликані) на обмеження реалізації прав і свобод людини і громадянина. У зв'язку з цим особливий інтерес становить взаємозв'язок криміналістики як науки, що посідає гідне місце на передовому краї протидії злочинності, і етики.

Етичні проблеми сучасної криміналістики настільки актуальні й значимі, що не можуть далі лишатися на периферії самостійних наукових досліджень. На нашу думку, етика криміналістики є моральною основою специфічної діяльності, сукупністю ціннісних принципів, прийнятих у цьому професійному середовищі, і концентрує в собі соціальний аспект призначення криміналістики.

Проблематикою цього питання в різний час займалися такі вчені, як Л. Ароцкер, Р. Бєлкін, І. Биховський, О. Васильєв, Г. Горський, Ю. Зархін, Н. Захарченко, О. Кобликов, Л. Кокорєв, Ю. Кореневський, Д. Котов, О. Ларін, С. Любич, І. Пантелєєв, І. Петрухін, О. Ратинов, М. Строгович та ін. Однак сьогодні питання професійної моралі криміналістів досліджується здебільшого під час розгляду допустимості тактичних прийомів, а проблематика загальних тенденцій співвідношення криміналістики та етики є лише частиною аналізу професіограми слідчого, судді, прокурора і т.д., при цьому на перший план виходять можливості інших наук, таких як юридична психологія або науки керування (НОП). Також, аналіз сучасної криміналістичної літератури дозволяє нам констатувати той факт, що намітилася певна однобока тенденція щодо розгляду співвідношення криміналістики та етики лише через призму використання того чи іншого нового можливого методу пізнання в кримінальному судочинстві (детектора брехні, гіпнозу, астрології тощо) з відривом від комплексного дослідження моральних засад криміналістики, її функцій у суспільстві й призначення як юридичної науки. Таким чином, об'єктом нашого дослідження, з урахуванням вимог до його обсягу, є характеристика зв'язків криміналістики та етики, а метою – спроба дослідити регулятивний вплив моралі на криміналістичну науку.

Узагалі термін «етика» походить від давньогрецького слова «етос» – місцеперебування, спільне житло. У IV ст. до н. е. Аристотель позначив

*© Даньшин М.В., 2012*

прикметником «етичний» клас людських чеснот – чеснот характеру на відміну від чеснот розуму – діаноетичних. Аристотель утворив новий іменник *ethica* (етика) для позначення науки, що вивчає чесноти. Таким чином, етика як наука існує понад 20 століть. У сучасному розумінні етика – філософська наука, що вивчає мораль як одну з найважливіших сторін життєдіяльності людини, суспільства. Якщо мораль є об'єктивно існуючим специфічним явищем суспільного життя, то етика як наука вивчає мораль, її сутність, природу і структуру, закономірності виникнення та розвитку, місце в системі інших суспільних відносин, теоретично обґрунтовує певну моральну систему. Історично предмет етики істотно змінювався. Вона починала складатися як школа виховання людини, навчання її чеснотам, розглядалася і розглядається (релігійними ідеологами) як заклик людини до виконання божественних заповітів, що забезпечують безсмертя особистості; характеризується як вчення про незаперечний обов'язок і спосіб його реалізації, як наука про формування «нової людини» – безкорисливого будівельника абсолютно справедливого громадського порядку і т. д.

У вітчизняних публікаціях сучасного періоду переважає визначення етики як науки про сутність, закони виникнення та історичний розвиток моралі, функції моралі, моральні цінності суспільного життя. В етиці прийнято розділяти два роди проблем: власне теоретичні проблеми про природу і сутність моралі і моральну етику – вчення про те, як повинна вчиняти людина, якими принципами і нормами зобов'язана керуватися. У системі науки виділяють, зокрема, етичну аксіологію, що вивчає проблеми добра і зла; деонтологію, що досліджує проблеми обов'язку і обов'язкового; деспективную етику, що вивчає мораль того чи іншого суспільства в соціологічному та історичному аспектах; генеалогію моралі, історичну етику, соціологію моралі , професійну етику.

Етика як наука не лише вивчає, узагальнює і систематизує принципи і норми моралі, що діють у суспільстві, але і сприяє виробленню таких моральних уявлень, що максимально відповідають історичним потребам, сприяючи тим самим вдосконаленню суспільства і людини. Етика як наука служить соціальному та економічному прогресу суспільства, утвердженню в ньому принципів гуманізму і справедливості.

Ми повністю поділяємо думку Р. Бєлкіна про те, що сфера зв'язку криміналістики та етики – це розробка засобів, прийомів і методик судового дослідження й запобігання злочинів та рекомендацій щодо їх застосування в практиці боротьби зі злочинністю [1, с. 3]. Саме у сфері протидії злочинності виникають проблеми, які можна досить умовно назвати етичними проблемами криміналістики, хоча у низці випадків вони є етичними проблемами не тільки і, можливо, не стільки криміналістичної науки, скільки кримінального судочинства – особливого різновиду суспільної людської діяльності.

Взагалі криміналістика виникла і розвивається як наука, що здатна запропонувати ефективні методи і способи протидії злочинності. На відміну від інших самостійних комплексів існуючого нині наукового уявлення про злочин криміналістика – комплексна юридична наука прикладного специфічного знання, яка відповідає сучасним завданням протидії злочинності і покликана відображати в повній мірі державну політику її втілення в життя.

Сфера зв'язку криміналістики і етики – розробка засобів, прийомів і методик судового дослідження й запобігання злочинів та вироблення рекомендацій щодо їх застосування на практиці. Етика як одна з філософських наук, наука про мораль, моральність, виражає і опосередковує певні суспільні відносини, зв'язки людей. Будучи суспільним інститутом, який виконує функцію регулювання поведінки людини [2, с. 226], формою суспільної свідомості, сукупністю принципів, правил, норм, якими люди керуються у своїй поведінці [3, с. 449], мораль як предмет етичної науки слугує необхідним критерієм оцінки криміналістичних рекомендацій.

Моральні норми, яким повинні відповідати криміналістичні прийоми і засоби, а криміналістичні рекомендації – практиці, мають не лише загальний, а й спеціальний характер, що відображає зміст і умови такої специфічної форми суспільної практики, як кримінальне судочинство [4, с. 208–209].

Питання щодо існування судової етики як спеціальної галузі цієї науки, що вивчає норми поведінки учасників кримінального судочинства, в юридичній літературі, в цілому, вирішується позитивно. Однак сам зміст судової етики розуміють неоднаково. На думку однієї групи вчених, судова етика є частковим проявом загальної моралі, здійсненням загальнообов'язкових принципів і норм у специфічних умовах судового дослідження. Так, М. Строгович вважав, що «судова етика вивчає застосування загальних норм моралі у специфічних умовах судової та слідчої діяльності, а зовсім не створює будь-яких особливих етичних норм для суддів, прокурорів, слідчих, адвокатів» [5, с. 91], що немає таких норм для юристів, як немає їх і для представників будь-якої іншої професії [6, с. 15]. Дещо відмінні від цієї позиції погляди Г. Горського, Л. Кокорева, Д. Котова, які стверджували, що існують специфічні норми професійної моралі, але бачили в них лише результат застосування загальних моральних принципів з урахуванням специфіки професійної діяльності: «…у будь-якій професійній моралі не може бути якихось своїх особливих моральних норм, які не витікали б із загальних моральних принципів» [7, с. 13–14].

Нарешті ще одна група вчених вважає, що судова етика включає в себе не лише загальні етичні норми, але, крім того, також і специфічні моральні засади, притаманні діяльності слідчого, судді, адвоката [8, с. 31; 9, с. 12], що доповнюють загальні моральні принципи, а в деяких випадках і обмежують їх [10, с. 35].

Позиція Л. Ароцкера, А. Ратінова та інших учених, які поділяють ці погляди, нам видається найбільш правильною. Л. Ароцкер обґрунтовано вказав на поєднання загального та особливого у змісті судової етики, на зростаючу роль морального чинника у кримінальному та цивільному судочинстві. Саме в судовій етиці як у різновиді етики професійної знаходять свою реалізацію складні норми моралі, які,

на відміну від простих правил моральності, моделюють «вже не окремі дії, а образ поведінки, тип вчинку, життєвий принцип» [11, с. 79].

Значення судової етики полягає і в тому, що вона показує, як регулятивний вплив моралі підвищується у межах професійної діяльності, як «морально-професійні правила, виробляючись у колективному досвіді, допомагають людині через її працю, конкретну діяльність більш послідовно і глибоко втілювати в поведінці загальні приписи моралі» [11, с. 90].

У зв'язку з цим ми поділяємо точку зору Р. Бєлкіна, який вважає, що професійна мораль, включаючи в себе всі загальні моральні принципи суспільства, збагачує ці принципи специфічними моральними нормами. Загальні моральні принципи не лише не обмежуються ними, не урізуються цими нормами, але доповнюються такими етичними вимогами, які висуваться лише до представників цієї професії. Професійна мораль виступає як комплекс більш зобов'язуючих, «більш суворих» моральних правил, ніж комплекс загальних моральних принципів. Саме тому криміналістика, розробляючи свої рекомендації для практики боротьби зі злочинністю, повинна забезпечити їх відповідність не лише загальним етичним принципам, але й вимогам судово-етичних норм, що відображає етичний аспект судочинства. Це зобов'язує криміналістичну науку враховувати умови діяльності конкретного адресата її рекомендацій. Так виникає ще одна підстава для розробки, наприклад, спеціальних тактичних рекомендацій, що належать до сфери судового слідства, на відміну від рекомендацій, призначених для слідчого [4, с. 210]. Це також було відзначено у працях Л. Ароцкера, І. Биховського та Н. Захарченко, які розрізняють в межах судової етики слідчу етику й етику проведення судових дій [8, с. 30; 12, с. 33; 24].

Взагалі вивчення моральних аспектів криміналістики особливо необхідне в сучасних умовах, коли стоїть завдання гуманізації суспільного і державного життя, коли людина проголошена Конституцією України найвищою цінністю і на перший план висуваються гарантії її прав і свобод. А криміналістика – як юридична наука має своїм «об'єктом» саме людину. Діяльність криміналіста стосується найважливіших благ, інтересів людей, нерідко пов'язана з вторгненням в їх особисте життя, а іноді й з обмеженням прав, прийняттям рішень, що впливають на долю людини. Розслідування злочинів є специфічним видом державної діяльності, що вимагає від слідчого відповідних вольових, психологічних і моральних якостей, що обумовлено особливостями його завдань та умов їх досягнення.

Специфіка умов діяльності слідчого накладає свій відбиток на її моральний зміст, виражена у низці положень. Слідчий наділений великими владними повноваженнями, в тому числі й щодо обмеження основних прав і свобод людини і громадянина. Він – представник влади, правомочний застосовувати заходи державного примусу. Слідчий за законом самостійний у веденні слідства, при прийнятті найважливіших рішень. Він веде слідство в умовах неприпустимості розголошення даних попереднього розслідування і, за деякими винятками, одноосібно. Він самостійно приймає рішення і несе за них особисту відповідальність. Уся професійна діяльність слідчого протікає в спілкуванні з людьми, так чи інакше причетними до злочинів або такими, що відчувають горе, стреси у зв'язку зі злочином, нерідко в умовах протидії розслідуванню, боротьби протилежних інтересів. Перед слідчим стоять жорсткі терміни розслідування і в цей період він працює почасти з перенапруженням фізичних і духовних сил через надмірні навантаження.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що слідчий повинен володіти високими моральними та психологічними якостями, а моральні вади особистості і поведінки слідчого можуть призвести до небезпечних наслідків. У своїй діяльності слідчий керується трьома видами правил: процесуальними, криміналістичними і моральними. Процесуальні норми вказують, що саме, в яких формах, в якому порядку повинен робити слідчий, проводячи слідство. Рекомендації, розроблені криміналістикою, допомагають слідчому намітити тактичну лінію, відшукати прийоми і методи, що дозволяють найбільш ефективно виконувати поставлені перед попереднім слідством завдання: швидко і повно розкрити злочин і викрити винних. Моральні норми дають можливість оцінити припустимість тих чи інших прийомів розслідування з точки зору моралі [6, с. 153]. Зрозуміло, всі види правил перебувають між собою у тісному зв'язку і не повинні суперечити одне одному, хоча серед них головує закон, який презюмується як високоморальний і доцільний.

Слідчий, як правильно зауважував А.С. Кобликов у своєму дослідженні питань юридичної етики, несе особисту моральну відповідальність за виконання завдань попереднього слідства, свого професійного обов'язку. Він повинен бути об'єктивним, неупередженим, справедливим, гуманним, пильним. У своєму службовому спілкуванні слідчий повинен дотримуватися витримки, врівноваженості, коректності. У процесі розслідування злочину слідчий вступає в систему моральних відносин з великим колом громадян, у тій чи іншій формі має відношення до вчиненого злочину або провадження по кримінальній справі. Це громадяни, зацікавлені в результаті справи, що захищають свої права та інтереси, тобто учасники процесу. До числа цієї категорії учасників закон відносить обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого, їх представників, захисника обвинуваченого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників. Саме у відносинах з цими особами у слідчого в першу чергу виникають моральні права і моральні обов'язки при виконанні ним своїх функцій. Інша група – інші учасники кримінального судочинства: свідки, експерти, перекладачі, поняті, спеціалісти, інші особи, які залучаються до участі у справі зазвичай з метою сприяння розслідуванню або у зв'язку з організацією слідчих дій (особи, сторонні по відношенню до злочину, у яких проводиться обшук або виїмка, особи**,** що пред'являються в складі групи нарівні з підозрюваним тому, хто упізнає, хто бере участь у проведенні слідчого експерименту та ін.) Відносини слідчого з учасниками процесу та іншими особами, повноваження слідчого, правове становище громадян, яких торкається діяльність слідчого, регулюються кримінально-процесуальним

законодавством і нормами низки інших галузей права. При цьому ступінь їх врегулювання законом різна. Уся діяльність слідчого, що виконує свої функції в середовищі громадян у процесі безперервного з ними спілкування, підпорядкована єдиним моральним принципам і нормам. Моральні засади попереднього слідства, відображені безпосередньо у кримінально-процесуальному законодавстві або ж обумовлені загальними принципами і нормами моралі, безвідносно до якогось виду діяльності визначають і моральний зміст взаємовідносин слідчого і всіх, задіяних у справі осіб. Співвідношення моральних норм і тактичних прийомів у діяльності слідчого визначає значною мірою характер його взаємин з особами, що беруть участь у справі. Процесуальні норми, вся їхня система не лише регулюють порядок провадження слідства, його форми, але й лежать в основі визначення найбільш ефективних методів слідства, впливають на дотримання його моральних засад. Інакше кажучи, кримінально-процесуальний закон утворює основу як розробки тактичних рекомендацій, так і дотримання етичних вимог в діяльності з розслідування злочинів [13, с. 80–81].

Співвідношення рекомендацій слідчої тактики з правовими і моральними нормами – одне з актуальних теоретичних і практичних питань. Тактичні рекомендації і загальні положення слідчої тактики, що лежать в їх основі, теоретичні концепції не можуть перебувати в суперечності з нормами права і вимогами моралі. Слідча діяльність при всій її специфіці не може не підкорятися єдиним для всього суспільства моральним нормам.

Аналізуючи проблематику взаємозв'язку криміналістики і етики, можна зіткнутися в деяких літературних джерелах зі спробами заперечення окремих криміналістичних рекомендацій під приводом того, що вони нібито суперечать поняттям моральності та моралі. Використовуючи той чи інший неточний або невдалий термін і, не заглиблюючись при цьому в суть питання, автори подібних робіт виголошують, наприклад, правомірний вплив на моральну та емоційну сторони особистості того, хто перебуває під слідством, неприпустимим саме з точки зору моралі, штучно знаходячи, таким чином, протиріччя між законністю і правомірною тактикою – з одного боку, і моральними принципами – з іншого. До подібних неправильних міркувань можна повністю застосувати те, що йдеться з приводу розриву теоретичного і практичного відношення до об'єкта дослідження – моралі – в етичній науці, де такий розрив призводить «до двох традиційних хвороб: до старечого безсилля формалізму, що намагається за допомогою спекулятивного виведення категорій, ігноруючи дані про реальну моральну поведінку людей, вирішити всі етичні проблеми, і до сентиментального, проповідницького моралізування, яке, звертаючись до моральних норм, не може запропонувати нічого, крім їх проповіді, без хоч трохи серйозного, наукового їх обґрунтування, без розуміння моральних процесів, що об'єктивно відбуваються, їх внутрішніх протиріч». Так, Р. Бєлкін правильно зауважує, що «таке проповідницьке моралізування», зрозуміло, лише гальмує розробку і впровадження в практику обґрунтованих і законних криміналістичних рекомендацій і об'єктивно завдає істотної шкоди справі боротьби зі злочинністю, роззброюючи слідчих і суддів. Зрозуміло, що справжня взаємодія криміналістики і етики не може мати нічого спільного з подібним явищем, не сприяє, до речі, й зміцненню моральних засад судочинства» [4, с. 211–212]. Іноді неприпустимі прийоми отримання доказів пропагуються в пресі під виглядом боротьби з «відсталими, консервативними» поглядами і популяризації «нестандартних» (у сенсі прогресивних) методів і прийомів слідства. Так, описується практика використання ефекту біоритмів під час допитів підозрюваних, обвинувачених, коли слідчий за допомогою спортивного психолога визначив дні психофізіологічної вразливості обвинуваченого і саме в ці дні домігся зізнання обвинуваченого. Робляться спроби залучення до розкриття злочинів екстрасенсів. Описується досвід використання чаклунів і чаклунок (їх більш м'яко іменують віщунами і віщунками) для розкриття тяжких злочинів. З'являються натяки на бажаність застосування під час допитів гіпнозу. Якщо тверезо оцінити сутність цих «нестандартних методів», що спираються нібито на сучасну науку, то в кінцевому підсумку вони зводяться до добування вигідних для слідчого показань, і головним чином – визнання обвинуваченого «будь що». Ці методи давно вже є «стандартними», по суті це методи інквізиційного процесу. Ніхто не зобов'язаний свідчити проти самого себе. Вимагання визнати обвинуваченого перебуває в «кричущому» протиріччі з цією принциповою правовою та моральною нормою. Є неприпустимою й суперечить закону практика одержання показань будь-якої особи всупереч її волі і бажанням, будь то обвинувачений, потерпілий чи свідок, шляхом насильства, погроз, обману [13, с. 79–89].

Так, оцінюючи спробу опиратися на ясновидіння і парадіагностику в розслідуванні, А. Ратінов і В. Волков не без підстав приходять до висновку, що використання допомоги сумнівних «консультантів» і помічників-провісників швидше за все вказує на професійну неспроможність тих, хто веде слідство [14, с. 31].

Моральний зміст відносин слідчого з обвинуваченим, підозрюваним, захисником обвинуваченого й іншими учасниками процесу визначається насамперед бездоганним дотриманням слідчим норм моралі. Моральний клімат слідства залежить від того, наскільки послідовно дотримується особа, яка веде розслідування, правових та моральних норм. Активність, об'єктивність і неупередженість, гуманність, справедливість, бездоганна чесність, висока культура спілкування за умови найсуворішого дотримання законності, прав та інтересів осіб, що беруть участь у справі – найважливіші моральні вимоги до слідчого [13, с. 85].

Нарешті варто звернути увагу на необхідність суворого дотримання слідчим у спілкуванні з особами, що беруть участь у справі, коректності, витримки, тактовності, незалежно від того, яке положення в ділі вони займають, які емоції викликає у слідчого їх особистість і поведінка. Слушно

зауважує про це Д.П. Котов: «Відносно будь-якої людини – небезпечного злочинця і звичайного скандаліста, рецидивіста; та побутового склочника, потерпілого і просто скривдженого – особи, які здійснюють провадження у кримінальній справі, зобов'язані бути максимально витриманими, тактовними, холоднокровними, зібраними, спокійними, коректними і цілеспрямованими під час здійснення завдань судочинства. І якою б при цьому великою не була емоційна і розумова напруга, як би не важко було стримувати гнів по відношенню до вбивці, ґвалтівника, грабіжника, зрив неприпустимий так само, як неприпустимі й загрози, грубість, обман, якими би міркуваннями і причинами вони не були пояснені »[15, с. 46]. На жаль, зараз ця тематика не є особливо популярною серед проблем протидії злочинності з використанням можливостей криміналістичної науки, що аналізуються, незважаючи на її досить гостру актуальність у сучасній Україні. Однак вже виникла необхідність переглянути деякі укорінені погляди, які безумовно заохочують застосування слідчим будь-якого тактичного засобу протидії злочинності, незважаючи на сумніви щодо його моральної чистоти, під приводом нібито безнадійного відриву наукових догматів від життя, від реальної слідчої практики (Р.С. Бєлкін). На нашу думку, необхідно сформулювати певний теоретичний оцінний механізм, який дозволить сконструювати чітку всебічну модель розуміння, з одного боку, сучасних умов роботи правоохоронних органів (не заперечуючи її реальних екстремальних умов: оснащеність і професіоналізм злочинців, гострий дефіцит часу слідчого, відсутність необхідних сил і засобів у правоохоронних органів, наймогутніший тиск з боку криміналу і його «лобі» на співробітників і т.д.) а, з іншого, формулювання Законодавцем чіткої багаторівневої державної концептуальної політики (вираженої в сучасній комплексній програмі), спрямованої на протидію злочинності в країні на найближчу і далеку перспективу побудови правової держави в Україні. Без розв'язання цих завдань неможливо вирішити питання щодо допустимості чи недопустимості певного криміналістичного прийому або засобу з позицій суспільної моралі.

Підводячи певний підсумок, вважаємо за можливе констатувати, що етика як одна з філософських наук – наука про мораль, моральність – виражає і опосередковує певні суспільні відносини, зв'язки людей. Будучи соціальним інститутом, який виконує функцію регулювання поведінки людини, формою суспільної свідомості, сукупністю принципів, правил, норм, якими люди керуються у своїй поведінці [3, с. 499], мораль як предмет етичної науки служить необхідним критерієм припустимості застосування криміналістичних рекомендацій в практиці. Вимога щодо законності засобів і прийомів судового дослідження й запобігання криміналу доповнюється вимогою їх етичності, відповідності принципам суспільної моралі. Ці вимоги не можуть суперечити одна одній, як не можуть суперечити принципи законності і доцільності. Як правильно відзначив Р. Бєлкін, «... доцільним у криміналістиці визнається лише те, що законно, а законне завжди має бути моральним. Можливість різних (у межах закону) варіантів дій, поведінки слідчого, оперативного працівника, судді обґрунтовується криміналістикою як вибір морально припустимого варіанта» [16, с. 92].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Белкин Р.С.* Этические проблемы криминалистики [Текст] / Р.С. Белкин // Повышение эффективности использования криминалистических методов и средств расследования преступлений: Труды Академии МВД СССР. – М., 1985. – С. 3–14.
2. *Краткий словарь* по этике [Текст]. – М., 1965. – 312 с.
3. *Философская* энциклопедия [Текст]. – М., 1964. – Т. 3. – 765 с.
4. *Белкин Р.С.* Курс криминалистики: в 3 т. [Текст] / Р.С. Белкин. – Т. 1: Общая теория криминалистики. – М.: Юристъ, 1997. – 408 с.
5. *Строгович М. С.* Судебная этика, ее предмет и сущность [Текст] / М.С. Строгович // Сов. государство и право. – 1971. – № 12. – С. 89–99.
6. *Строгович М. С.* Проблемы судебной этики [Текст] / М.С. Строгович. –М., 1974. – С. 217.
7. *Горский Г.Ф.* Судебная этика [Текст] / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, Д.П. Котов. – Воронеж, 1973. – 164 с.
8. *Ароцкер Л. Е.* Судебная этика [Текст] / Л.Е. Ароцкер // Соц. законность. – 1969. – № 9. – С. 24–36.
9. *Ароцкер Л. Е.* Тактика и этика судебного допроса [Текст] / Л.Е. Ароцкер. – М., 1968. – С.9–18.
10. *Ратинов А.*, Зархин Ю. Следственная этика [Текст] / А.Ратинов, Ю. Зархин // Соц. законность. – 1970. – № 10. – С. 29–41.
11. *Мораль* и этическая теория [Текст]. – М., 1974. – 221 с.
12. *Быховский И.*, Захарченко Н. Этика проведения следственных действий [Текст] / И. Быховский, Н. Захарченко // Соц. законность. – 1973. – № 11–12.
13. *Кобликов А. С.* Юридическая этика [Текст]: учеб. для вузов / А.С. Кобликов. – 2-е изд., изм. – М. : Норма, 2004. – 176 с.
14. *Социалистическая* законность [Текст]. – 1991. – № 8. – С. 31.
15. *Кокорев Л. Д.*, Котов Д. П. Этика уголовного процесса [Текст] : учеб. пособ. / Л.Д. Кокорев, Д.П. Котов. – Воронеж, 1993. – 316.
16. *Белкин Р. С.* Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики [Текст] / Р.С. Белкин. – М. : Издательство НОРМА, 2001. – 240 с.

УДК 348.98

# ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ТАКТИЧНИХ ОПЕРАЦІЙ: СИСТЕМНО-СТРУКТУРНИЙ АНАЛІЗ

**Шевчук В. М.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри криміналістики,
декан військово-юридичного факультету
Національного університету «Юридична академія
України імені Ярослава Мудрого»,
Заслужений юрист України

***Анотація:*** У статті досліджуються проблеми застосування системно-структурного аналізу при формуванні тактичних операцій. Проаналізовано точки зору вчених-криміналістів стосовно розглядуваної проблеми. Обгрунтовується, що включення цього виду аналізу в методологію дослідження в подальшому сприятиме збагаченню криміналістичної теорії тактичних операцій.
***Ключові слова:*** тактична операція як система, формування тактичних операцій, системно-структурний аналіз, системна характеристика.

***Аннотация:*** В статье исследуются проблемы применения системно-структурного анализа при формировании тактических операций. Анализируются точки зрения ученых-криминалистов относительно рассматриваемой проблемы. Обосновывается, что включение этого вида анализа в методологию исследования в дальнейшем будет содействовать обагащению криминалистической теории тактических операций.
***Ключевые слова:*** тактическая операция как система, формирование тактических операций, системно-структурный анализ, системная характеристика.

***Annotation:*** The problems of application a systematic structural analysis during the formation of tactical operations have been researched. The author has analyzed the point of view of scientists-criminalists on the considered problem. It has been proved that the development of a particular criminological theory of tactical operations is a promising area, which in the future will contribute to the enrichment of the general theory of criminology.
***Key words:*** tactical operation as a system, formation of tactical operations, systematic structural analysis, system characteristic.

---

Розвиток сучасної криміналістики тісно пов'язаний з удосконаленням системних засобів і методів пізнання об'єктів, активним запозиченням і пристосуванням для вирішення завдань системних технологій, що стоять перед слідчим, з інших галузей наукового знання – з теорій систем, інформації, управління, організації, дослідження операцій та ін. [18, с. 140-141]. У той же час широке впровадження у криміналістику системних засобів і методів поєднано із появою низки методологічних труднощів, зумовлених відсутністю узагальнюючих концепцій системних досліджень у певній сфері наукових знань. Становище ускладнюється тим, що й у загальнонауковій літературі бракує одностайного, сталого розуміння як принципів системного підходу і значення теорії систем, так і таких вихідних понять, як «система», «структура», «системні зв'язки» та ін. Відсутність у криміналістиці єдиних науково-методологічних засад системного підходу породжує високий суб'єктивізм результатів системних досліджень, розбіжності у визначенні криміналістичних понять і категорій, дискусію про систему криміналістичного знання та його окремих частин [6, с. 9].

Основоположною сучасною методологічною вимогою розслідування злочинів шляхом тактичних операцій з позицій системного підходу є розгляд об'єкта (системи) у поєднанні її системно-структурного й функціонального аспектів, оскільки «всіляка система становить собою деяку кількість елементів, об'єднаних зв'язками в такий спосіб, що забезпечується цілісна функція» [1, с. 4]. У зв'язку із цим правильно відмічається у літературі, що системний підхід охоплює також вивчення об'єкта і явища (системи) у їх розвитку. Системно досліджувати – це значить аналізувати причини й умови, що породжують дане явище, пізнавати шляхи його подальшої еволюції. Основний акцент у такому системному вивченні зміщується на виявлення розмаїття зв'язків і відносин, що мають місце як всередині розглядуваного об'єкта, так і в його взаємовідносинах із зовнішнім оточенням, середовищем, іншими системами [14, с. 35-39].

Тактичним операціям, як системним утворенням, теж властива багатоаспектність системних досліджень. При їх аналізі й формуванні вагоме значення можуть набувати різні сторони системних характеристик розглядуваних організаційно-тактичних засобів − від внутрішньої побудови і зв'язків системи «тактична операція» до організації й управління в ній. З нашого погляду, тактичні операції треба вивчати і всебічно розглядати з урахуванням усіх вищеназваних видів системного аналізу. Разом із тим стосовно об'єкта нашого дослідження особливе теоретико-методологічного значення відіграє системно-структурний аналіз. Оперуванню цим методом, як указує А. В. Дулов, має передувати певна дослідницька робота, спрямована на повне з'ясування всіх його особливостей стосовно такої специфічної діяльності, як розслідування злочинів [7, с. 17-18], у тому числі при формуванні тактичних операцій. Такий підхід забезпечує розкриття сутності і природи тактичної операції, виявлення її змісту, віддзеркалює внутрішньо-системне функціонування елементів системи. Він дозволяє визначити обов'язкову структуру (сукупність елементів, з яких вона повинна складатися), виявити особливості функціонування

*© Шевчук В. М., 2012*

цього системного утворення (явища), зокрема, етапи його розвитку, пізнати особливості взаємодії з іншими системами, засобами й елементами.

Системне вивчення тактичної операції передбачає з'ясування й розкриття найзагальніших характеристик системи як об'єкта дослідження, оскільки таке специфічне явище володіє всіма необхідними атрибутами системного утворення, воно може розглядатися й аналізуватися як система. У спеціальній літературі правильно стверджується, що тактичні операції є системами, а їх основна властивість – властивість системності [13, с. 97]. Перш за все це виявляється в тому, що така операція має чітко виражені системоутворюючі чинники, під якими, за визначенням П. К. Анохіна, слід розуміти всі явища, сили, речі, зв'язки й відносини, що ведуть до утворення системи [2, с. 59]. Визначаючи системоутворюючий компонент тактичних операцій, треба указати на передусім поставлену мету, досягнення якої й вирішення відповідних тактичних завдань обумовлюють вибір потрібних криміналістичних прийомів і засобів та їх систематизацію.

Останнім часом з'являється все більше праць, у яких тактичні операції вчені-криміналісти розглядають як системи. Так, В. О. Образцов указував, що наукове дослідження проблеми тактичної операції здійснюється на загальному, груповому й видовому рівнях, метою якого на рівні загального підходу є «розроблення *загальної моделі тактичної операції з точки зору її системної характеристики»* (курсив автора − В. Ш.) [15, с. 75-86]. І. М. Комаров зазначає, що той факт, що тактичні операції становлять собою системні об'єкти, криміналістами не заперечується. Однак переконливого обґрунтування цього твердження у спеціальних літературних джерелах не зустрічалося. Потреба в цьому існує, оскільки найважливішою властивістю будь-якої тактичної операції є системність. Суттєвим і необхідним напрямком досліджуваних операцій є певна система дій, спосіб поведінки, практична діяльність суб'єкта доказування в системі досудового провадження [10, с. 45-51]. Викладене показує, що є всі підстави розглядати тактичну операцію як систему, що відкриває додаткові можливості в процесі дослідження [8, с. 87-88].

З огляду на викладене можемо підсумувати, що тактична операція як реальне багатоаспектне системне утворення має свої специфічні властивості і ознаки, що виявляються в ході реалізації системно-структурного підходу дослідження і які необхідно враховувати при формуванні та реалізації цього організаційно-тактичного засобу. До специфічних системоутворюючих ознак тактичної операції, які розкривають її сутність і обумовлюють процес дослідження можна віднести такі:

1. Тактична операція – це *програмно-цільова система*, сформована для досягнення певної мети (системи цілей) шляхом проведення відповідної системи слідчих дій, оперативно-розшукових та інших заходів за раніше заданою, попередньо розробленою програмою. Заслуговують на увагу рекомендації науковців ураховувати програмно-цільове спрямування тактичної операції як системного утворення. Так, В. О. Князєв серед ознак тактичної операції називає програмно-цільовий характер дій та заходів, що входять до структури цього тактичного засобу [9, с. 6-7]. Л. В. Пономарьова пропонує під тактичною операцією розуміти не що інше, як певну програму дій (метод) з розслідування, підпорядковану конкретним цілям, що досягаються в типових ситуаціях установлення істини по кримінальній справі, або як програмно-цільовий метод організації діяльності слідчого [16, с. 79]. На думку І. Ф. Герасимова, тактична операція – це завжди програмно-цільова система, яка створюється за для досягнення певної мети (комплексу цілей) і реалізується за раніше заданою, попередньо спрогнозованою і спланованою програмою [5, с. 33]. Зазначимо, що така програмно-цільова система спеціально розробляється для вирішення окремих тактичних завдань, що виникають у слідчій ситуації певного етапу розслідування. Тому всі структурні елементи тактичної операції, взаємозв'язки між собою і зумовлені відповідними чинниками-детермінантами.

Слід зазначити, що в тактичній операції як програмно-цільовій системі визначальним системоутворюючим компонентом виступає мета, досягнення якої й вирішення відповідних тактичних завдань обумовлюють вибір потрібних криміналістичних прийомів і засобів. Із приводу цього І. М. Комаров слушно зауважує, що в процесі аналізу визначальним системоутворюючим чинником у тактичних операціях виступають їх інтегруючі цілі, навколо яких об'єднуються різні компоненти (слідчі дії, оперативно-розшукові й організаційно-технічні заходи та ін.), різні види відносин (тактичних операцій з кримінально-процесуальним законодавством) і порядок компонентів за цими відносинами, що в сукупності й утворює поняття «структура». Виходячи із цього структури тактичних операцій, як головні характеристики будь-яких систем, визначають їх інтегруючі цілі, що діють як закон композиції й визначають функціонування й розвиток системи. Тут слід відмітити особливу роль структур, де вони є не лише системоутворюючими, але й системозберігаючими чинниками [12, с. 44].

2. Тактична операція – це *функціональна система*, яка орієнтована на досягнення певної цілі (мети), призначена для виконання певних функцій. До базових функцій діяльнісної спрямованості можна віднести пізнавальну, прогностичну, регулятивну, організаційну, конструктивну, пошукову і профілактичну [19, с. 240-249]. На підставі цього тактичні операції слід розглядати як багатофункціональні організаційно-тактичні засоби здійснення досудового розслідування, що виявляються в системі функцій, і якій притаманні єдність і цілісність. Останні ж відбиваються у внутрішніх проявах структурних компонентів, зв'язків, відносин і в зовнішніх напрямках проведення тактичних операцій. Головний сенс існування системи функцій тактичних операцій, ролі і призначення їх у слідчій діяльності з вирішення окремих проміжних завдань виявляється в єдності із системою функцій розслідування в цілому. У такому разі йдеться про співвідношення системи функцій розслідування з системою функцій тактичних

операцій як категорій «загальне» й «окреме». Дослідження функціональної системи треба провадити не тільки у статиці, а й у динаміці, у цьому випадку раціонально використовувати системно-функціональний підхід, що дозволяє зрозуміти цілі системи за допомогою пізнання законів її функціонування. Із приводу цього слід висловити солідарність з точкою зору І. М. Комарова, що функціонування тактичних операцій як поліфункціонального організаційно-тактичного засобу має постійну тенденцію до вдосконалення функцій, що закономірно веде до вдосконалення й перебудови структур. Тому тактичні операції характеризуються одночасно і стійкістю, й певною мінливістю, що виражається в єдності їх компонентів та структур і взаємозв'язку їх функцій [11, с. 100].

3. Тактична операція – це *динамічна система*, що формується для вирішення окремих тактичних завдань, які постають перед слідчим. Оскільки її розвиток зумовлено певними чинниками, ця система й діє відповідно до них. У зв'язку з чим тактична операція є підвищено мінливою. Зміни, що відбуваються залежать як від умов зовнішніх, так і внутрішніх [8, с. 87-88]. При цьому треба враховувати, що розслідування злочинів надзвичайно рухливе, багатофакторне й суперечливе, а слідчі ситуації увесь час змінюються, бо на них постійно впливають певні чинники безперервного характеру, тому й виникають проміжні завдання, вирішення яких можливе за рахунок провадження тактичних операцій. Отже, як і будь-яка система тактична операція не є незмінною, раз і назавжди заданою, вона не абсолютна, не вічна в основному тому, що їй притаманні внутрішні суперечності, процеси розвитку.

3. Тактична операція – це *організаційна система*, якій притаманна підвищена організованість з урахуванням усіх можливих змін. Цей підхід закладено в самій ідеї формування й реалізації тактичної операції. Створюваній системі належить мати й підвищену надійність, що виражається у специфіці організації тактичної операції, у постійній контрольованості всіх елементів системи, функціональній спрямованості дій і заходів, прогнозуванні і плануванні всієї системи майбутніх дій і т.д. За словами А. В. Дулова, всім елементам системи має бути притаманна і властивість підвищеної керованості. Лише за цієї умови можна забезпечити надійність кожної тактичної операції [8, с. 87-88].

4. Тактична операція – це *взаємодіюча система,* тобто система взаємодії слідчого, оперативно-розшукових та інших органів. Відомо, що ця система має тимчасовий характер, тому при її створенні повинні бути враховані ситуаційні чинники. В організаційно-структурних формах частка й роль взаємодії можуть бути різними. Наприклад, якщо розслідування ведеться слідчим індивідуально або декількома слідчими (бригадним методом), вона має разовий, епізодичний характер і пов'язана лише з виконанням доручень слідчого в окремих епізодах кримінальної справи. При такій формі, як слідчо-оперативно група, взаємодія може бути постійною і здійснюватися у рамках усього процесу провадження по справі. Крім того, при здійсненні збирання й вивчення доказів одні версії можуть відпадати, а інші виникати, а з ними змінюватися підцілі учасників взаємодії, тобто відбуватися якісні зміни структури такої взаємодії, у зв'язку з чим організаційна й управлінська діяльність слідчого змінюється. Взаємодія має розглядатися як єдине ціле, де всі дії слідчого й органу дізнання – це логічно узгоджена система. Наявність взаємозв'язку між органами слідства й дізнання дозволяє правильно поєднувати й координувати повноваження, методи й засоби, властиві кожному елементу системи взаємодії. З огляду на викладене, можна стверджувати, що в рамках реалізації тактичної операції взаємодія органів досудового слідства й дізнання дозволяє виділити: (а) види діяльності і зміст функцій учасників взаємодії; (б) суб'єктів управління підсистемами; (в) загальні цілі в діяльності органів; (г) цілі підсистем (підцілі), тобто конкретні завдання, які кожен з учасників ставить перед собою; (д) функції управління всією системою; (е) суб'єкта управління останньою. Даний підхід дає можливість розглянути досліджувану систему взаємодії: (1) як процес створення розумової моделі майбутньої взаємодії органів досудового слідства й дізнання при розслідуванні злочинів шляхом тактичних операцій і (2) як систему організаційних та управлінських заходів, спрямованих на створення оптимальних передумов, що забезпечують готовність до функціонування тактичних операцій. Розглядувана система спрямована на досягнення мети, а діє вона лише через взаємодію людей (суб'єктів) [4, с. 238-241].

5. Тактична операція – це *технологічна система*. Технологія тактичної операції передбачає системне уявлення про цю операцію з позицій технологічного підходу, розроблення програм її ефективного проведення, що забезпечує системну реалізацію в межах тактичної операції слідчих дій в поєднанні з оперативно-розшуковими й організаційними заходами діями та процедурами технологічного спрямування. Специфіка технології підготовки і проведення тактичних операцій полягає в комплексному й послідовному провадженні системи слідчих дій і оперативно-розшукових заходів. Усі слідчі дії мають різний ступінь технологічного змісту, що пояснюється природою їх походження та специфікою джерел доказової інформації. Найбільш складною системно-технологічною формою втілення технології слідчих дій є здійснення тактичних операцій, що забезпечує найбільш раціональну послідовність проведення слідчих дій оперативно-розшукових заходів та організаційних дій і процедур [3, с. 11]. Отже, тактична операція, як системне утворення технологічного характеру, може розглядатися як засіб організаційно-тактичного спрямування, пов'язаний з оптимізацією вирішення окремих тактичних завдань шляхом послідовної реалізації системи дій, заходів, процедур.

6. Тактична операція – це *впливаюча система,* тобто система, яка впливає на певні об'єкти, передусім на слідчу ситуацію з усією сукупністю компонентів, що входять до неї. Дійсно, в результаті застосування тактичних операцій змін найчастіше зазнає вся сукупність складників слідчої ситуації – інформаційно-логічних, тактико-психологічних,

тактико-управлінських та організаційних. При впливі на інформаційний блок, тобто при отриманні певної інформації, може суттєво змінитися психологічний складник і злочинець буде більше готовим до діалогу зі слідчим, а тому відпаде необхідність використання широкого набору організаційних засобів і т.д. Таке розуміння дозволяє розглядати тактичну операцію не ізольовано, а в сукупності з результатом – новою слідчою ситуацією, що склалася після реалізації впливу. Інакше кажучи, це дозволяє розглядати взаємозв'язок «тактична операція – слідча ситуація» як єдину систему, що визначає складний, комплексний характер тактичного впливу реалізації тактичної операції, системні зв'язки між цими впливами та результат останніх. У цьому аспекті розгляд тактичної операції, як системи впливу на слідчу ситуацію, переводить її з одного стану в інший, надаючи найбільші можливості для розроблення нових тактичних засобів розслідування злочинів. Ця процедура має відбуватися з урахуванням характеру слідчої ситуації, з урахуванням можливих шляхів її розвитку й нових ймовірних ситуацій. Для цього необхідно розробити варіанти різновидностей тактичних операцій, провести їх ретельне вивчення та оцінку, встановити можливість їх застосування до різних можливих ситуацій. У результаті цього слідчий отримує у своє розпорядження набір варіантів вирішення тактичних завдань, що в умовах рухомості слідчої ситуації має суттєве значення. Цей набір варіантів можливого розвитку тактичної операції дозволяє слідчому оптимально прогнозувати розвиток подій, ретельно відпрацьовувати не тільки їх кінцевий варіант, а й ті наслідки, які викличе нова слідча ситуація [17, с. 53-76].

7. Тактична операція – це *впливована система,* тобто система, яка знаходиться під впливом різноманітних чинників. У цьому контексті звертаємо увагу на вдале зауваження А.В. Дулова, стосовно того, що дослідження тактичної операції в методологічному плані невіддільно від аналізу умов її існування [8, с. 73]. Саме у зв'язку із цим вбачається необхідним при формуванні концепції тактичної операції поглиблено дослідити й ті чинники, які впливають на її побудову й реалізацію. Цим зумовлена потреба у дослідженні закономірностей злочинної діяльності і діяльності з розслідування злочинів. Розроблення тактичних операцій має враховувати існуючи форми протидії розслідуванню, способи готування, вчинення і приховування злочинів, механізми слідоутворення тощо. Доскональне теоретичне дослідження цих аспектів дозволить знайти оптимальні шляхи побудови моделі тактичних операцій.

Таким чином, тактичні операції розглядаються як системне багатоаспектне утворення, а звідси системно-структурний підхід виступає методологічною основою теорії тактичних операцій. Він надає можливості оптимізувати процес аналізу наявної інформації, виявлення системи цілей, організацію всіх дій із проведення тактичної операції, а також успішно вирішити низку інших важливих для теорії і практики з порушених питань [8, с. 73]. Як система тактична операція функціонує під впливом певних закономірностей, властивих причинно-наслідковим та іншим зв'язкам (відносинам) між її окремими структурними елементами у процесі її підготовки і проведення. Вид і зміст тактичної операції залежать від (а) наявної доказової й оперативної інформації при розслідувані певної групи, виду злочину, (б) слідчої ситуації, що склалася на тому чи іншому етапі розслідування, (в) окремих тактичних завдань, що виникли перед слідчим. Отже, специфічним предметом криміналістичного вивчення й необхідною умовою дослідження й розгляду тактичної операції, як єдиного цілого, є виявлення відповідних закономірних, внутрісистемних зв'язків і відносин між структурними елементами цього утворення. При цьому системно-структурний підхід виступає методологічним підґрунтям побудови тактичних операцій. Включення цього виду аналізу в методологію дослідження розглядуваних організаційно-тактичних засобів дозволяє повніше використовувати теоретичні знання, необхідні для розроблення криміналістичної теорії тактичних операцій.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Амосов Н. М.* Моделирование сложных систем [Текст] / Н. М. Амосов. – Киев: Наукова думка, 1968. – 87 с.
2. *Анохин П. К.* Философские аспекты теории функциональной системы. Избранные труды [Текст] / П. К. Анюхин. – М.: Изд-во «Наука», 1978. – 400 с.
3. *Барцицька А. А.* Криміналістичні технології: сутність та місце в системі криміналістичної науки [Текст]: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / А. А. Барцицька. – Одеса, 2011. – 20 с.
4. *Бородин В. С.* Системный подход к организации взаимодействия органов досудебного следствия и дознания [Текст] / В. С. Бородин // Ученые записки Таврического нац. ун-та им. В. И. Вернадского. – Серия «Юридические науки». – 2011. – № 2. – Т. 24 (63). – С. 238–241.
5. *Герасимов И. Ф.* Пути повышения эффективности методик раскрытия и расследования преступлений (к проблеме алгоритмизации деятельности следователя) [Текст] / И. Ф. Герасимов // Алгоритм и организация решений следственных задач. – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1986. – С. 33-38.
6. *Головин А. Ю.* Криминалистическая систематика [Текст]: монография / А. Ю. Головин; под ред проф. Н. П. Яблокова. –Москва: ЛексЭст, 2002. – 305 с.
7. *Дулов А. В.* Применение метода системно-структурного анализа при расследовании преступлений [Текст] / А. В. Дулов // Вопросы криминалистической методологии, тактики и методики расследования: материалы научн. конф. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 17-18.
8. *Дулов А. В.* Тактические операции при расследовании пре ступлений [Текст] / А. В. Дулов. – Мн.: Изд-во БГУ, 1979. – 128 с.
9. *Князев В. А.* Проблемы тактических операций в методике расследования хищений государственного или общественного имущества [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / В. А. Князев. – Харьков, 1986. – 23 с.
10. *Комаров И. М.* Криминалистические операции в досудебном производстве [Текст]: монографія / И. М. Комаров. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2002. – 346 с.
11. *Комаров И. М.* Криминалистические операции досудебного производства в системе методики расследования преступлений [Текст]: монография / И. М. Комаров. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 304 с.
12. *Комаров И. М.* Криминалистические операции – криминалистический метод познания в уголовном судопроизводстве [Текст] / И. М. Комаров // Известия Алтайского ун-та. – Барнаул, 2002. – № 2 (24). – С. 44–47.

13. *Комаров И. М.* Основы частной теории криминалистических операций досудебного производства [Текст] : монография / И. М. Комаров. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – 160 с.

14. *Криминалистика*: учеб. пособие [Текст] / А. В. Дулов, Г. И. Грамович, А. В. Лапин и др.; под ред. А. В. Дулова. – Мн.: НКФ «Экоперспектива», 1996. – 415 с.

15. Образцов В. А. Криминалистическое учение о тактической операции [Текст] / В. А. Образцов // Криминалистика; под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 1995. – С. 75-86.

16. *Пономарева Л. В.* Методика расследования изнасилований [Текст] / Л. В. Пономарева. – М.: Юрлитинформ, 2002. – 508 с.

17. *Святненко А. И.* Тактическая операция как способ разрешения следственных ситуаций с высокой степенью информационной неопределенности [Текст]: дис. … канд. юрид. наук / А. И. Святненко. – Ставрополь, 2008. – 178 с.

18. *Табаков А. В.* Методологические основы системних исследований в современной криминалистической науке [Текст] / А. В. Табаков // Ученые записки Санкт-Петербургского имени В. Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии: научн.-практ. журн. – СПб: РИО СПб филиала РТА, 2006. – №1 (25). – С. 140-141.

19. *Шевчук В. М.* Функціональна спрямованість тактичних операцій [Текст] / В. М. Шевчук // Вісник Акад. прав. наук України: зб. наук. пр./ ред. кол.: В. Я. Тацій. – Х.: Право, 2010. – №4 (63). – С. 240–249.

УДК 343.533

# ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО НЕЗАКОННОГО ОБІГУ ДИСКІВ ДЛЯ ЛАЗЕРНИХ СИСТЕМ ЗЧИТУВАННЯ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

**Харченко В. Б.,**
доцент, доктор юридичних наук,
завідувач кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права
та кримінології навчально-наукового
інституту права та масових комунікацій
Харківського національного
університету внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті розглянуті окремі питання про кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення щодо злочину, передбаченого ст. 203-1 Кримінального кодексу України. Встановлено низку положень, які слід врахувати, запозичуючи елементи зарубіжної системи кримінального провадження в законодавстві України. Пропонуються напрями удосконалення нового Кримінального процесуального кодексу України у наведеному питані.

***Ключеві слова:*** приватне обвинувачення; незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування; кримінальне законодавство.

***Аннотация:*** В статье рассматриваются отдельные вопросы уголовного расследования в форме частого обвинения касательно преступления, предусмотренного ст. 203-1 Уголовного кодекса Украины. Определяется ряд положений, которые необходимо учитывать, заимствуя элементы системы уголовного расследования других стран в законодательство Украины. Предлагаются направления совершенствования нового Уголовного процессуального кодекса Украины в рассматриваемых вопросах.

***Ключевые слова:*** частное обвинение; незаконный оборот дисков для лазерных систем считывания; уголовное законодательство.

***Summary:*** In the article the separate questions of criminal investigation are examined in form frequent prosecution concerning a crime, foreseen an article 203-1 Criminal code of Ukraine. Determined row of positions which must be taken into account adopting the elements of the system of criminal investigation of other countries in the legislation of Ukraine. Directions of perfection of the new Criminal judicial code of Ukraine are offered in the questions of form of private prosecution.

***Key words:*** private prosecution; illegal turn of disks for the laser systems of read-out; criminal statute.

---

Зміст та аналіз нового Кримінального процесуального кодексу України [1] (далі – КПК України 2012 року) свідчить про систематизацію та вдосконалення попереднього вітчизняного законодавства, запровадження зарубіжного досвіду, врахування існуючої практики та сучасних тенденцій кримінального провадження, реалізацію новаторства у національній правовій системі та наближення правового регулювання кримінальної процесуальної діяльності до міжнародних стандартів у цій сфері.

Дотепер в нашій державі вже історично склалися пріоритети чинного публічного та публічно-процесуального законодавства саме щодо захисту прав та інтересів не потерпілого від злочину та правопорушення, а безпосередньо підозрюваного, обвинуваченого і підсудного, яким може бути призначене покарання (стягнення) за вчинений злочин (проступок). Дійсно, з одного боку, Конституцією України [2] передбачений обов'язок держави щодо захисту людини, утвердження і забезпечення її прав та свобод. Але одночасно з цим Декларацією основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою [3] порушено проблему встановлення балансу між правами підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, з одного боку, та інтересами потерпілого, – з іншого. Саме дотриманню такого балансу послуговує й інститут приватного обвинувачення, що визначає можливість порушення кримінального провадження не інакше як

© *Харченко В.Б., 2012*

за скаргою потерпілого, якому і належить у такому разі право підтримувати обвинувачення. В цих справах дізнання і попереднє слідство не провадяться, а справи підлягають закриттю, якщо потерпілий до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку примириться з обвинуваченим.

Законодавець виходить з того, що кримінальні правопорушення, щодо яких передбачене кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, не являють великої суспільної небезпеки, а суперечності, що знаходяться в їх основі, можуть бути розв'язані без втручання слідчого, прокурора чи суду. Проте, кількість злочинів, що до останнього часу передбачалися ч. 1 ст. 27 Кримінально-процесуального кодексу України [4] (далі – КПК України 1960 року), була мізерною, а про існування інституту кримінального провадження у формі приватного обвинувачення можна було стверджувати виключно у теоретичному аспекті. Актуальності розв'язанню зазначеного питання додавала й судова практика щодо необхідності та обов'язковості проведення досудового слідства і у кримінальних справах, де потерпілого або не було встановлено взагалі, або потерпілий відмовлявся від давання показань стосовно вчиненого щодо нього злочину.

У сукупності наведене і створило підґрунтя подальшого удосконалення кримінального процесуального законодавства та включення Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» [5] до ч. 1 ст. 27 КПК України 1960 року цілої низки злочинів у сфері господарської діяльності. КПК України 2012 року натепер не тільки передбачає окрему главу 36 «Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення», а й у рази збільшив перелік злочинів, кримінальне провадження щодо яких може бути розпочато слідчим або прокурором лише на підставі заяви потерпілого. Цілком обґрунтовано до зазначеного переліку були віднесені злочини у сфері інтелектуальної власності, що натепер передбачені статтями 176, 177, 229, 231 та 232 Кримінального кодексу України [6] (далі – КК України). На необхідність кримінального провадження щодо зазначених складів злочинів саме у формі приватного обвинувачення раніше неодноразово наголошувалося в спеціальній літературі [7, с. 422; 8, с. 152].

Наведені підходи слід визнати такими, що склалися історично. Розділ 35 «Про злочинні діяння проти прав авторських і привілеїв на винаходи» Кримінального Уложення Російської Імперії, затвердженого 22 березня 1903 року [9] (далі – Кримінальне уложення), передбачав три склади злочинів у сфері інтелектуальної власності. Так, ч. 1 ст. 620 визначала, що особа, винна в самовільному користуванні (повному або частковому) чужим правом літературної, музичної чи художньої власності, повинна була нести покарання у вигляді арешту чи грошового штрафу до 500 карбованців. Частина 2 цієї статті передбачала більш суворе покарання якщо таке користування здійснювалось шляхом видання та розповсюдження творів з метою їх подальшого збуту. Частина 3 наведеної норми встановлювала відповідальність за плагіат. Згідно з нею, особа, яка самовільно видала чужий літературний, музичний чи художній твір під своїм ім'ям, мала бути ув'язнена на строк не менше трьох місяців. Таким чином, ця стаття встановлювала відповідальність за основні форми порушення авторського права – неправомірне використання твору, контрафакцію та плагіат.

Стаття 621 Кримінального уложення регламентувала відповідальність осіб, які самовільно користувалися чужим, виданим в установленому порядку, привілеєм на твір або чужим правом на відтворення заявлених в установленому порядку заводських, фабричних чи ремісничих моделей або малюнків. За своїм змістом ст. 621 була аналогічна ст. 1353 Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 року [10] в редакції 1866 року. Способи вчинення цього злочину залежали від властивостей винаходу, що охоронявся привілеєм. Якщо привілей був виданий на виготовлення яких-небудь предметів, то злочинним визнавалося їх виготовлення без дозволу володільця привілею; якщо привілей видавався на певний спосіб або технічний прийом, то порушенням визнавалося використання саме такого способу або прийому, а все інше вважалося дозволеним; якщо предметом привілею були які-небудь знаряддя – злочином вважалося виготовлення таких знарядь та їх використання.

Крім того, у ст. 621 Кримінального уложення передбачалася відповідальність за самовільне користування чужим правом на відтворення моделей або малюнків. Згідно зі ст. 199 Книги першої «Про промисловість фабричну і заводську» Статуту про Промисловість [11, с. 1221], винахідники малюнка або моделі, призначених для відтворення в заводських, фабричних або ремісничих виробах, могли закріпити за собою на певний строк право користування ними. Вказане право отримувалося не внаслідок створення малюнків або моделей, а через визнання права на них з боку органів влади [12, с. 443]. Для визнання цього права потрібно було сплатити митом заяву про малюнок або модель до Департаменту торгівлі та мануфактури чи до московського відділення ради торгівлі та мануфактури (статті 199-201 Статуту про Промисловість), де досліджувалося питання про новизну та приналежність малюнків або моделей. Таке виключне право надавалося на термін від одного до десяти років (ст. 207 Статуту про Промисловість). Аналогічне право надавалося і особам, які набували відповідно до закону право на фабричні малюнки або моделі. На всіх виробах, в яких використовувалися заявлений малюнок або модель, поміщався особливий знак, який засвідчував приналежність володільцеві виключного права на них. Таким чином, незаконне користування малюнком або моделлю, що полягало у відтворенні їх у фабричних, мануфактурних або ремісничих виробах з метою збуту на ринку, і утворювало склад злочину, передбаченого ст. 621 Кримінального уложення.

Одночасно з цим, ст. 622 Кримінального уложення передбачала відповідальність торговця, винного в зберіганні для продажу чи ввезенні з-за кордону для продажу або у продажі предмету,

свідомо виготовленого в порушенні... привілею на винахід. Як вказував Н. С. Таганцев, наведена норма розповсюджувалася на діяння, що примикають до контрафакції та злочинного користування привілеєм на винахід, які здійснювалися в корисливих цілях з метою отримання вигоди з чужого права [13, с. 1354]. Але найбільш прогресивним положенням у Кримінальному уложенні було те, що кримінальна відповідальність за наведеними статтями починалася лише за вимогою потерпілої особи, тобто особи права або привілеї стосовно літературної, музичної чи художньої власності, заводських, фабричних чи ремісничих моделей або малюнків, а також привілеї на винахід якої було порушено. За сучасною термінологією саме наведене можна віднести до кримінального провадження у формі приватного обвинувачення.

Але на сьогодні до переліку справ, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, КПК України 2012 року віднесений склад злочину, передбачений ст. 203-1 КК України (незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва). Безумовно, криміналізація наведеного діяння ставила на меті протидію порушенню прав на об'єкти інтелектуальної власності шляхом застосування технічних заходів та різного роду «ускладнень» при виготовленні безпосередньо матеріальних носіїв, на яких може бути відображений результат творчої діяльності чи інший об'єкт права інтелектуальної власності.

Вимога щодо встановлення підстав кримінальної відповідальності саме за порушення умов такого виду господарської діяльності неодноразово висувалася з боку світової спільноти та особливо уряду США. Після того, як Верховна Рада України у грудні 2001 року не прийняла закон про лазерні диски та доповнення до КК України щодо встановлення підстав кримінальної відповідальності за незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва, уряд США оголосив про введення з 23 січня 2002 року заборонних митних тарифів на імпорт металів, взуття та інших товарів з України на суму 75 млн дол. США. Було заявлено, що такі санкції компенсуватимуть збитки, яких щорічно зазнають американські корпорації від порушення прав інтелектуальної власності [14]. Саме на реалізацію такої вимоги, 17 січня 2002 року, тобто за п'ять днів до заявлених санкцій, був прийнятий Закон України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» [15] (далі – Закон України № 2953-III), яким КК України доповнено ст. 203-1 КК України.

Разом із тим, сам по собі незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва не може порушувати особистих немайнових та виключних майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, так як врегульовує виключно питання ліцензування певного виду господарської діяльності. На це вказують і положення Закону України № 2953-III, яким зазначається, що ліцензування виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць здійснюється відповідно до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [16], а їх експорт та імпорт – відповідно до Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [17]. Вказана діяльність регламентується безпосередньо центральним органом виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності та центральним органом виконавчої влади з питань економіки.

На порушення саме певного порядку здійснення господарської діяльності у разі незаконного виробництва, експорту, імпорту, зберігання, реалізації та переміщення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва вказує і місце складу наведеного злочину як в структурі Особливої частини КК України (розділ VII «Злочини у сфері господарської діяльності»), так і серед злочинів наведеної групи, найближчим з яких є зайняття забороненими видами господарської діяльності, передбачене свого часу ст. 203 КК України.

Вказана царина зазначеного протиправного діяння безпосередньо випливає і з характеру порушень, наведених у ч. 1 ст. 8 Закону України № 2953-III, а саме: а) здійснення господарської діяльності з виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць без ліцензії; б) виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць без нанесення спеціальних ідентифікаційних кодів; в) експорту, імпорту дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини без наявності ліцензії; г) невиконання вимог щодо технологічного забезпечення виробником нанесення на дисках для лазерних систем зчитування спеціальних ідентифікаційних кодів ліцензованим обладнанням.

Одночасно слід наголосити на тому, що диск для лазерних систем зчитування – це будь-який оптичний диск для лазерних систем зчитування із записом або з можливістю запису на ньому інформації, що відображає об'єкти авторського права чи суміжних прав, або без запису такої інформації. Тобто предмет цього злочину жодним чином не пов'язаний із наявністю на оптичному диску інформації, що відображає об'єкти авторського права чи суміжних прав, а виробництво дисків для лазерних систем зчитування, матриць без дозволу осіб, яким належить авторське право та (або) суміжні права щодо такої інформації, утворює ідеальну сукупність складів злочинів, передбачених ст. 203-1 та ст. 176 КК України (порушення авторського права і суміжних прав).

У разі ж протиправного використання під час виробництва дисків для лазерних систем зчитування або матриць чужого комерційного найменування (що дає можливість вирізняти одну особу з-поміж інших та не вводити в оману споживачів щодо справжньої діяльності такої особи) або торговельної марки (позначення чи комбінації позначень, які придатні для вирізнення товарів чи послуг, що виробляються або надаються однією особою, від товарів чи послуг, що виробляються або надаються іншими особами, вчинене утворює сукупність злочинів, передбачених ст. 203-1 та ст. 229 КК України (незаконне використання знака

для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару). Така сама сукупність злочинів має місце і у разі протиправного позначення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва географічним зазначенням, що визначається характеристиками такого товару і межами географічного місця його походження, зафіксованими державною реєстрацією права інтелектуальної власності на географічне зазначення.

Помилкове ототожнення незаконного виробництва диску для лазерних систем зчитування з порушенням прав на об'єкти авторського права, суміжних прав або правом інтелектуальної власності на комерційне найменування, торговельну марку чи географічне зазначення має місце і в судовій практиці. Так, розглядаючи кримінальну справу за фактом порушення авторського права у кримінальній справі № 1-85/2010 р. Ратнівський районний суд Волинської області у своєму вироку від 15 жовтня 2010 року [18] кваліфікував незаконний запис на вже виготовлений диск (так звану «болванку») інформації, що є об'єктом авторського права за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 176 та ч. 1 ст. 203-1 КК України. Положення чинного законодавства, що виробництво дисків – це діяльність, безпосередньо пов'язана із застосуванням технологічного процесу з переробки сировини в оптичні носії інформації, судом були повністю проігноровані. Зазначене засвідчує грубе порушення вимог ст. 61 Конституції України, повне ігнорування суддею ознак складу злочину, передбаченого ст. 203-1 КК України, та постановлення завідомо неправосудного вироку.

Таким чином, злочин, що на сьогодні передбачений ст. 203-1 КК України та полягає у незаконному виробництві, експорті, імпорті, зберіганні, реалізації та переміщенні дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва не передбачає жодної особи (як фізичної, так і юридичної), що може розглядатися в якості потерпілого від вчинення вищенаведеного злочину та виступати із заявою про порушення кримінального провадження у формі приватного обвинувачення. Діяльність щодо обігу дисків для лазерних систем зчитування регламентується виключно центральними органами виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності та з питань економіки. Наслідком такого помилкового сприйняття змісту і сутності наведеного складу злочину в чинній редакції п. 1 ч. 1 ст. 477 КПК України 2012 року є як фактична, так і юридична відсутність підстав для кримінального провадження у цих справах та вчинення будь-яких дій, спрямованих на розкриття, розслідування, судовий розгляд та протидії (попередження) такої протиправної поведінки.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Кримінальний* процесуальний кодекс України: від 13 квітня 2012 року № 4651-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.

2. *Конституція* України: від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

3. *Декларації* основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою: (резолюція 40/34 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада 1985 року) // Верховна Рада України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_114

4. *Кримінально*-процесуальний кодекс України: від 28 грудня 1960 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

5. *Про внесення* змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15 листопада 2011 року № 4025-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 25. – Ст. 263.

6. *Кримінальний* кодекс України: від 5 квітня 2001 року № 2341-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 920.

7. *Харченко В. Б.* Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: монограф. / В. Б. Харченко. – Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2011. – 480 с.

8. *Нерсесян А. С.* Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: монограф. – Хмельницьк: Хмельницький ун-т управління та права, 2010. – 192 с.

9. *Уголовное* Уложение, высочайше утвержденное 22 марта 1903 года: текст закона с очерками основных положений. – СПб. : Тип. С-Петерб. акц. общ. «Олово», 1903. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.knigafund.ru/books/27442

10. *Уложение* о наказаниях уголовных и исправительных издания 1857 г. // Свод законов Российской Империи. – СПб., 1876. – Т. 15. – 890 с.

11. *Устав* о Промышленности // Свод законов Российской империи / Н. П. Балканов, С. С. Войт, В. Э. Герценборг [состав.]; под общ. ред. И. Д. Мордухай-Болтовского. – Санкт-Петербург: Деятель, 1912. – 8679 с.

12. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – По изд. 1907 г. – М. : Спарк, 1995. – 556 с.

13. *Таганцев Н. С.* Уголовное Уложение Российской Империи 1903 г. : комментарий / Н. С. Таганцев. – Рига: Лета, 1922. – 1422 с.

14. *Кучма* підписав закон про лазерні диски // Курьер.ua : інтернет-газета : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://courier.com.ua/ukrainskaja_panorama/kuchma_pidpisav_zakon_pro_lazerni_diski/

15. *Про особливості* державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України від 17 січня 2002 року № 2953-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 17. – Ст. 121.

16. *Про ліцензування* певних видів господарської діяльності : Закон України від 01 червня 2000 року № 1775-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

17. *Про зовнішньоекономічну* діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 року № 959-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

18. *Вирок* Ратнівського районного суду Волинської області від 15 жовтня 2010 року у справі № 1-85/2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11670333

УДК 343.2/.7

# ЯКИМ БУТИ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ?

**Митрофанов І. І.,**
кандидат юридичних наук, доцент
завідувач кафедри кримінального
та цивільного права і процесу
Кременчуцького національного університету
імені Михайла Остроградського

***Анотація:*** У статті досліджується питання доцільності залишення у Кримінальному кодексі України словосполучення «кримінальна відповідальність». З'ясовується зміст поняття «кримінальна відповідальність». Доводиться, що його слід розглядати з точки зору правореалізації. Встановлюється зв'язок цього поняття з кримінально-правовими відносинами. Аналізується робота над новим законом про кримінальні проступки. При розробці нормативно-правового акта, яким будуть передбачені кримінальні правопорушення, необхідно визначитися з поняттям «кримінальна відповідальність» і з назвою цього акта. Робиться висновок, що таким нормативно-правовим актом має стати Кодекс України про кримінальні правопорушення.

***Ключові слова:*** норми права, форма права, закон, кодекс, нормативно-правовий акт, кримінальні правопорушення, притягнення до кримінальної відповідальності, кримінальна відповідальність.

***Аннотация:*** В статье исследуется вопрос целесообразности оставления в Уголовном кодексе Украины словосочетания «уголовная ответственность». Выясняется содержание понятия «уголовная ответственность». Доказывается, что его следует рассматривать с точки зрения правореализации. Устанавливается связь этого понятия с уголовно-правовыми отношениями. Анализируется работа над новым законом об уголовных проступках. При разработке нормативно-правового акта, которым будут предусмотрены уголовные правонарушения, необходимо определиться с понятием «уголовная ответственность» и с названием этого акта. Делается вывод, что таким нормативно-правовым актом должен стать Кодекс Украины об уголовных правонарушениях.

***Ключевые слова:*** нормы права, форма права, закон, кодекс, нормативно-правовой акт, уголовные правонарушения, привлечение к уголовной ответственности, уголовная ответственность.

***Annotation:*** The article deals with the study of the problem concerning expedience of word combination «criminal responsibility» in the Criminal Code. It has been defined the meaning of the notion «criminal responsibility». It should be considered as a realization of law. Its connection with criminal-legal relations has been established. The study of a new law of criminal violations has been analyzed. While developing the normative-legal act by means of which the criminal violations will be stipulated it is necessary to determine the notion of «criminal responsibility" and the title of the act. The conclusion has been made that the Code of Ukraine should be this normative-legal instrument of criminal violations.

***Key words:*** rules of law, forms of law, law, code, normative-legal act, criminal violations, institution of criminal proceedings, criminal responsibility.

---

Сьогодні Україна переживає бурхливе реформування з метою подолання системної кризи, що охопила економічну, соціально-політичну та інші сфери суспільного життя. Формуються принципово нові правові інститути, що відповідають економічним умовам, критеріям правової держави. Не є винятком і сфера кримінально-правового забезпечення протидії кримінальній активності.

13 квітня 2012 року прийнятий новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України), який набирає чинність 19 листопада 2012 року. У зв'язку з цим нами відзначається певна новизна, яку додає до канонів загальної теорії права законодавець. Так, новими кримінально-процесуальними нормами визначається не тільки поняття закону про кримінальну відповідальність (п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України), а й напрями розвитку кримінального права, якими є введення до кримінального права інституту кримінальних проступків. Тим самим, всупереч формальній логіці, норми процесуального права написані не під норми матеріального права, а вказують на потребу їх змін, щоб відповідати Кримінальному процесуальному кодексу. Хоча норми процесуального права мають відігравати службову роль щодо норм матеріального права [1, с. 8].

Проблема виникає не в самому факті введення до кримінального права інституту кримінальних проступків, а в законодавчому закріпленні цього інституту – у зовнішній формі його вираження. Крім того, новий КПК України використовує формулювання «закон України про кримінальну відповідальність», об'єднуючи в цьому понятті Кримінальний кодекс України (далі – КК України) та закон України про кримінальні проступки. Отже, не знімається з порядку денного і головне питання про розуміння кримінальної відповідальності як правової категорії та центрального (головного) поняття сучасного кримінального права.

Окреслені проблеми не є новими для вітчизняного кримінального права. Спроби їх розв'язання знаходимо у роботах таких науковців, як О. А. Банчук, В. К. Грищук, Н. О. Гуторова, О. О. Кашкаров, І. Б. Коліушко, В. М. Куц, Є. Л. Стрельцов, В. Я. Тацій, М. І. Хавронюк, П. Л. Фріс та інших. Проте визнати їх вирішеними на сьогодні не уявляється можливим.

У зв'язку з цим нами у запропонованій статті обґрунтовується необхідність чітко визначитися не тільки з формою нормативно-правового акта, яким буде визначено коло кримінально караних правопорушень, але й з необхідністю закріплення у ньому поняття «кримінальна відповідальність».

Такий підхід пов'язаний, перш за все, з тим, що кримінальна відповідальність – це складний, багатогранний феномен, що взаємодіє з кримінально-правовими засобами впливу на осіб, які вчинили кримінальні правопорушення (злочини та

*© Митрофанов І.І., 2012*

кримінальні проступки), виступаючи для них фундаментальним поняттям, саме крізь призму яких можна і потрібно всебічно й об'єктивно розглядати дану категорію. Невипадково й закон, що містить кримінально-правові норми, які закріплюють систему цих засобів, має назву «Закон України про кримінальну відповідальність (далі – ЗУпКВ)». Однак найсуттєвішим недоліком його, на наш погляд, є те, що в ньому (законі) не закріплено поняття «кримінальна відповідальність», що створює підґрунтя для появи в науці кримінального права різних за своїм характером визначень цього поняття, а у осіб, які знайомляться з його змістом, для виникнення справедливого запитання: так про що закон?

Кримінальна відповідальність сама по собі у кримінальному праві є узагальнюючим (збірним) поняттям. Реалізується ж вона виключно через кримінально-правові засоби впливу на осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, головним з яких є покарання. Такий підхід до визнання покарання головним кримінально-правовим засобом впливу пояснюється тим, що норми ЗУпКВ, якими передбачені відповідні заборони на вчинення певних діянь, у своїх санкціях встановлюють винятково вид та розмір (строк) покарання за порушення відповідних заборон. Початковим моментом реалізації кримінальної відповідальності у будь-якому разі є наявність у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні всіх ознак конкретного складу кримінального правопорушення, передбаченого ЗУпКВ, що визнається ч. 1 ст. 2 КК України як підстава кримінальної відповідальності. Констатація наявності вказаної підстави відбувається у встановленій кримінальним процесуальним законом правовій процедурі обвинувальним вироком суду. До моменту набрання чинності цього вироку ні про яку реалізацію кримінальної відповідальності не може бути й мови, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Виходячи з цього притягнення особи до кримінальної відповідальності як стадія кримінального провадження не може розглядатися як стадія (етап) реалізації кримінальної відповідальності, тому що під час досудового розслідування органи досудового розслідування провадять діяльність, спрямовану на доказування наявності у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні складу кримінального правопорушення, передбаченого ЗУпКВ. Підстава кримінальної відповідальності під час такої діяльності лише доводиться, а судом остаточно встановлюється її наявність та підтверджується факт, що між особою, яка вчинила кримінальне правопорушення, потерпілим та державою виникли на момент його вчинення кримінально-правові відносини, котрі є єдиним каналом реалізації не лише кримінально-правових норм, а й кримінальної відповідальності такої особи [2, с. 109–115].

Вона реалізується у межах кримінально-правових та кримінально-виконавчих відносин. Суспільно небезпечне діяння особи, що містить усі ознаки кримінального правопорушення, передбаченого ЗУпКВ, не перебуває «осторонь» від правореалізації, відбувається не в якомусь відособленому від правовідносин просторі. Воно починається усередині запобіжних правовідносин і є юридичним фактом, що тягне виникнення відновлювальних кримінальних правовідносин, які у своєму змісті мають два моменти: юридичний і фактичний [4, с. 85–90]. Невипадково Ф. Н. Фаткуллін з цього приводу зазначає, що як і заохочувальні, так і відновлювальні правовідносини у своєму змісті мають два моменти: юридичний та фактичний..., а при розгляді змісту відновлювальних правовідносин найбільші труднощі викликає розуміння ретроспективної юридичної відповідальності [5, с. 312–314].

Ретроспективна кримінальна відповідальність, у першу чергу, є певним видом і мірою належної поведінки, що передбачені санкцією реалізованої кримінально-правової норми за вчинене особою кримінальне правопорушення, і у цій площині вона є специфічним різновидом юридичного обов'язку. Так, П. А. Воробей справедливо вказує на те, що кримінальна відповідальність – це встановлений ЗУпКВ юридичний обов'язок особи дати звіт перед судом про своє суспільно небезпечне діяння і понести за нього передбачене законом засудження і покарання [6, с. 137–138]. Цей обов'язок є специфічним, оскільки він існує у межах відновлювальних кримінальних правовідносин.

При вчиненні кримінального правопорушення (появі юридичного факту) виникають конкретні кримінально-правові відносини. Особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, зобов'язана відповісти за вчинене. Вона сама зробила себе такою зобов'язаною. А у держави з'являється право застосувати кримінально-правові засоби впливу. Тобто без обов'язку особи, яка винно вчинила кримінальне правопорушення, не може бути кримінальної відповідальності. Інакше застосування засобів кримінальної відповідальності буде незаконним. Щоб притягнути особу до кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення, потрібний акт правозастосування. Таким актом є лише обвинувальний вирок суду, що набрав законної сили.

Таким чином, кримінальна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, що полягає в обов'язку особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, відповісти за вчинене, що реалізується спеціальними органами держави за допомогою кримінально-правових засобів впливу, вид і обсяг яких чітко визначені обвинувальним вироком суду, котрий набрав законної сили.

Однак питання закріплення поняття «кримінальна відповідальність» у ЗУпКВ залишається відкритим. Історія законодавства про кримінальну відповідальність свідчить про те, що словосполучення «кримінальна відповідальність» вперше з'явилося в нормах КК УСРР, уведеного в дію з 1 липня 1927 року. Проте цей термін використовувався довільно, іноді прирівнювався до «заходів соціального захисту» (ст. 1), або до «відповідальності» (ст. 3), або до «покарання» (ст. 8). В Основах кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1958 року терміни «кримінальна

відповідальність» і «покарання» чітко розмежовувалися. Так, відповідно до ст. 3 Основ кримінального законодавства Союзу РСР кримінальній відповідальності і покаранню підлягає особа, винна у вчиненні злочину...». Це формулювання відтворювалося і в КК УССР 1960 року.

Поняття «кримінальна відповідальність» вводилося як міжгалузеве, щоб поєднати кримінальне право з кримінальним процесом загальним поняттям «притягнення особи до кримінальної відповідальності». Поняття «звільнення від кримінальної відповідальності» та умови і підстави його, що закріплені в чинному КК, містять суттєві вади, які законним шляхом розв'язати так і не вдалося [7, с. 83–90]. Воно фактично означає відмову держави від застосування кримінально-правового впливу на особу, якій повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення певного виду та категорії. При цьому аж ніяк не враховуються інтереси потерпілого від кримінального правопорушення. Крім того, саме поняття «притягнення особи до кримінальної відповідальності» сьогодні втрачає своє значення і фактично позбавлене власного змісту [8, с. 58–61]. Тому, на нашу думку, назріла нагальна потреба взагалі відмовитися від словосполучення «кримінальна відповідальність», а створюваний нормативно-правовий акт назвати не законом про кримінальну відповідальність, а Кодексом про кримінальні правопорушення.

У зв'язку з цим нам імпонує законопроект, поданий до Верховної Ради України у березні 2012 року народним депутатом В. Д. Швецем [9], яким пропонується створити єдиний кодифікований акт, що передбачає в Особливій частині дві книги: книга 1 «Про злочини» і книга 2 «Про кримінальні проступки». Такий підхід пояснюється тією обставиною, що з точки зору теорії кримінального права та законодавчої техніки, безумовно, простіше підготувати єдиний кодифікований акт, в якому чітко розмежувати злочини та кримінальні проступки. Це пов'язано, перш за все, з тим, що більшість інститутів (підстава відповідальності, суб'єкт правопорушення, форми вини, стадії, співучасть, множинність і т.д.) є схожими як щодо злочинів, так і щодо кримінальних проступків, що є підґрунтям для виокремлення спільної Загальної частини. Крім того, це значно заощаджує нормативний матеріал і сприяє зручності його практичного застосування та подальшого удосконалення кримінально-правових норм.

Що стосується самого поняття, а, відповідно, і встановлення переліку кримінальних проступків, то підходи у законопроекті В. Д. Швеця та законопроекті, внесеного групою народних депутатів України [10], суттєво різняться між собою. Так, згідно із законопроектом, внесеним групою народних депутатів України, кримінальний проступок – це діяння, за яке передбачено покарання у вигляді громадських робіт, або інше, більш м'яке, покарання за винятком основного покарання у вигляді штрафу, у розмірі трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. За законопроектом В. Д. Швеця, кримінальним правопорушенням є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення. Кримінальними правопорушеннями є злочини та кримінальні проступки. Злочином є передбачене Книгою 1 («Про злочини») Особливої частини цього Кодексу суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Кримінальним проступком є передбачене Книгою 2 («Про кримінальні проступки») Особливої частини цього Кодексу суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального проступку.

П. Л. Фріс вважає, що словосполучення «кримінальний проступок» є недоречним і використовує термін «кримінальна провина» [15, с. 42–49]. Під кримінальною провиною, на його думку, слід розуміти «суспільно шкідливе, протиправне, винне діяння (дія чи бездіяльність), вчинене фізичною або юридичною особою, а також організаційним утворенням, що не має статусу юридичної особи, але наділене правом діяти від свого імені, за яке цим Кодексом передбачена відповідальність» [15, с. 48].

Разом із тим, розмежування кримінальних проступків і злочинів лише за ознакою суспільної небезпеки (шкідливості) та за засобами регулювання – передбачення заходів відповідальності ЗУпКВ – є недостатнім. Але слід визнати той факт, що кримінальні проступки – також суспільно небезпечні, винні діяння, що будуть передбачені кримінально-правовими нормами.

У зв'язку із складністю проблеми Розпорядженням Президента України від 30.05.2012 р. № 98/2012-рп створено робочу групу з питань реформування законодавства про адміністративні правопорушення та запровадження інституту кримінальних проступків [11], у яку ввійшли науковці та практики. Керівником робочої групи призначений А. В. Портнов з наданням йому права вносити зміни до її персонального складу, залучати до роботи в ній працівників центральних та місцевих органів виконавчої влади, підприємств, установ і організацій (за погодженням з їх керівниками), одержувати в установленому порядку від органів виконавчої влади необхідні для роботи документи та матеріали.

Так чи інакше, але Закон України «Про кримінальні проступки» з'явиться найближчим часом і до нього будуть включені проступки за рахунок віднесення до них окремих злочинів та адміністративних деліктів. Невипадково у Концепції реформування кримінальної юстиції України зазначається, що з метою реформування законодавства про кримінальну відповідальність певну частину злочинів необхідно було б трансформувати в кримінальні проступки, обмежити сферу застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі, замінивши їх, наприклад, штрафними санкціями. До того ж адміністративно-деліктне право незалежної України залишилися з великою кількістю атавізмів радянського права, пріоритетом якого був захист винятково інтересів держави, не враховуючи положення Конституції України, у якій зазначається, що забезпечення прав та свобод фізичних осіб є головним завданням держави. Тому слід погодитися з думкою більшості фахівців з

адміністративного права, що під адміністративною відповідальністю слід розуміти відповідальність адміністрації (суб'єкта владних повноважень) перед фізичними або юридичними особами.

Необхідно враховувати також той факт, що переважна більшість норм, які містяться у адміністративно-деліктному законодавстві України, за своїм походженням та за своєю природою є кримінально-правовими: по-перше, виникнення інституту адміністративної відповідальності у 20-ті роки XX століття було обумовлено ідеологічними міркуваннями радянських політологів та ідеологів, які намагалися довести зверхність соціалістичної держави над капіталістичним устроєм суспільства шляхом зниження рівня злочинності, декриміналізувавши найпоширеніші суспільно небезпечні явища (дрібна крадіжка, дрібне хуліганство тощо) [12, с. 133–134]; по-друге, всі інститути Загальної частини Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) запозичені з кримінального права (за винятком адміністративних стягнень); по-третє, адміністративно-деліктне законодавство містить норми кримінально-правового характеру. Так, наприклад, О. А. Банчук вважає, що КУпАП містить приблизно 56 складів адміністративних правопорушень кримінально-правового характеру [12, с. 135–137]. Крім того, І. Б. Коліушко та І. П. Голосніченко зазначають, що ці проступки не є адміністративними, оскільки відносини, що охороняються адміністративно-правовими нормами, не мають ніякого відношення до державного управління або місцевого самоврядування. Але це і не злочини, так як вони не несуть в собі великої суспільної небезпеки, тому виникає запитання: «З яким видом правопорушень в цьому випадку ми маємо справу»? Він пропонує скористатися досвідом зарубіжних країн та ввести в українське законодавство такі види протиправних діянь, як кримінальні проступки поряд з адміністративними проступками та злочинами. Це б відповідало закономірностям класифікації протиправних діянь, а також дозволило б врахувати всі особливості встановлення як матеріальних, так і процесуальних правовідносин [13, с 39–42]. По-четверте, адміністративно-деліктне законодавство містить непритаманні адміністративній відповідальності стягнення, які носять репресивний характер, а саме: адміністративний арешт, виправні та громадські роботи, а також конфіскація майна. Прийняття закону про кримінальні проступки дасть змогу усунути протиріччя щодо існування одночасно у двох різних галузях права одного й того ж за сутністю та правовою природою покарання, як арешт, виправні та громадські роботи [14, с. 236–241].

Таким чином, при розробці нормативно-правового акта, яким будуть передбачені кримінальні правопорушення, необхідно, перш за все, визначитися з поняттям «кримінальна відповідальність», з назвою цього акта, оскільки це має суттєве значення для подальшого розвитку не лише законодавства про кримінальні правопорушення, але й науки кримінального права. Таким нормативно-правовим актом має стати Кодекс України про кримінальні правопорушення, в якому повинні бути передбачені і злочини, і кримінальні проступки, як це зроблено у законопроекті, поданим до Верховної Ради України народним депутатом В. Д. Швецем.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Гейц С. О.* Норми кримінально-процесуального прав: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / С. О. Гейц. – Х., 2008. – 20 с.

2. *Митрофанов І. І.* Сучасні підходи до розв'язання проблем реалізації кримінальної відповідальності / І. І. Митрофанов // Юридична Україна. – 2009. – № 11–12. – С. 109–115.

3. *Александров Н. Г.* Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М. : Госюриздат, 1955. – 175 с.

4. *Митрофанов І. І.* Поняття кримінальної відповідальності наркозалежних осіб, які вчинили злочини / І. І. Митрофанов // Юридична Україна. – 2007. – № 1. – С. 85–90.

5. *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы теории государства и права: уч. пособ. / Ф. Н. Фаткуллин. – Казань : Изд-во КЮИ МВД России, 2002. – 362 с.

6. *Воробей П. А.* Теорія і практика кримінально-правового ставлення в вину : монографія / П. А. Воробей. – К. : Вид-во НАВСУ, 1997. – 184 с.

7. *Митрофанов І. І.* Законодавчі вади норм інституту звільнення від кримінальної відповідальності / І. І. Митрофанов // Право і держава в дослідженнях молодих науковців : матеріали III-ї наук.-практ. конф., 26 березня : зб. наук. праць. – Одеса : Фенікс, 2010. – С. 83–90.

8. *Митрофанов І. І.* Словосполучення «притягнення до кримінальної відповідальності» у нормах КК України / І. І. Митрофанов // Гуманізація у сфері кримінальної юстиції: сучасний стан та перспективи розвитку: матеріали круглого столу (м. Одеса, 18 лютого 2011 року). – Одеса: Фенікс, 2011. – С. 58–61.

9. *Проект Закону* «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» № 10136 від 03.03.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42733

10. *Проект Закону* про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=42706

11. *Про робочу* групу з питань реформування законодавства про адміністративні правопорушення та запровадження інституту кримінальних проступків: Розпорядження Президента України від 30.05.2012 № 98/2012-рп // Офіційний вісник Президента України. – 2012. – № 19. – Ст. 449.

12. *Адміністративне* деліктне законодавство: Зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні / авт.-упоряд. О. А. Банчук. – К. : Книги для бізнесу, 2007. – 912 с.

13. *Коліушко І. Б.* До проблеми відмежування адміністративних проступків від проступків, що підпадають під юрисдикцію суду / І. П. Голосніченко, І. Б. Коліушко // Право України. – 2001. – № 3. – С. 39–42.

14. *Кашкаров О. О.* Передумови реформування Кримінального кодексу України та створення законодавства про кримінальні проступки / О. О. Кашкаров // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 236–241.

15. *Фріс П. Л.* Злочин і кримінальна провина: проблеми нормативного закріплення / П. Л. Фріс // Право України. – 2011. – № 9. – С. 42–49.

УДК 343. 349.6 (477)

# ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ ВОДНОГО ФОНДУ УКРАЇНИ

**Мельник П В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
проректор з наукової роботи
Івано-Франківського університету права
імені Короля Данила Галицького

***Анотація:*** Статтю присвячено проблемним питанням кримінально-правової охорони земель водного фонду, зокрема злочину, передбаченому ст. 239-2 Кримінального кодексу України. Проаналізовано предмет і об'єктивний бік цього складу злочину. Досліджено проблеми застосування ст. 239 Кримінального кодексу України. Охарактеризовано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо підвищення відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду)» №11110 від 28 серпня 2012 року. Обгрунтовано висновок про недоцільність чинної редакції ст. 239-2 Кримінального кодексу України.

***Ключові слова:*** злочини проти довкілля, земля, землі водного фонду, незаконне заволодіння землями, ґрунтовий покрив земель.

***Аннотация:*** Статья посвящена проблемным вопросам уголовно-правовой охраны земель водного фонда, в частности, преступления, предусмотренного ст. 239-2 Уголовного кодекса Украины. Проанализированы предмет и объективная сторона этого преступления. Исследованы проблемы применения ст. 239 Уголовного кодекса Украины. Охарактеризован проект Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины (относительно повышения ответственности за незаконное завладение землями водного фонда)» № 11110 от 28 августа 2012 года. Обоснован вывод о нецелесообразности действующей редакции ст. 239-2 Уголовного кодекса Украины.

***Ключевые слова:*** преступления против окружающей среды, земля, земли водного фонда, незаконное завладение землями, почвенный покров земель.

***Annotation:*** The article is dedicated to the issues of criminal and legal protection of water fund lands, particularly, the offence under Art. 239-2 of the Criminal Code of Ukraine. The target and actus reus of this corpus delicti are analyzed. The problems of application of Art. 239 of the Criminal Code of Ukraine are researched. The law draft on Introduction of changes to some statutes of Ukraine (concerning the raise of responsibility for misappropriation of water fund lands) №11110 of August, 28, 2012 is characterized. The conclusion on irrelevance of the current version of Art. 239-2 of the Criminal Code of Ukraine is substantiated.

***Key words:*** offences against environment, land, water fund lands, misappropriation, topsoil.

---

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля» від 5 листопада 2009 року №1708-VI до Кримінального кодексу України (далі – КК України) включено ст. 239-2 «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах». Дана стаття не знайшла значного застосування на практиці, незважаючи на факти незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель. Так, Державна екологічна інспекції України відзначає, що серед найбільш резонансних порушень вимог природоохоронного законодавства суб'єктами господарювання в Донецькій області є самовільне водокористування та зняття родючого шару ґрунту ТОВ «Артемівськводоканал», за яке нараховано збитків на суму 26 млн. 534 тис. 226 гривень. Матеріали передано до Артемівської міжрайонної прокуратури [5].

Питання кримінально-правової охорони земель від незаконного заволодіння знайшло відображення у працях М.І. Мельника, М.І. Хавронюка, П.С. Берзіна, А.М. Мірошниченка, І.І. Митрофанова, А.М. Притули. Проте потребують дослідження питання ефективності ст. 239-КК України, визначення окремих елементів цього складу злочину. До того ж, 28 серпня 2012р. у Верховні Раді України зареєстровано законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо підвищення відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду) №11110, внесений народним депутатом, кандидатом юридичних наук С.Г. Міщенком Відповідно до пояснювальної записки його розроблено з метою припинення безвідповідальності посадових осіб і інших осіб, які мають відношення до сприяння у самовільному зайнятті земель водного фонду України [9]. Даний проект Закону України також потребує аналізу його змісту і доцільності.

Дослідити проблемні питання кримінальної відповідальності за ст. 239-2 КК України, зокрема: співвідношення назви і диспозиції цієї статті, визначення предмета, а також об'єктивної сторони цього складу злочину.

Ч. 1 ст. 239-2 КК України «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах» встановлює відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах [6].

При визначені предмета цього складу злочину є певні дискусійні питання. Оскільки у назві статті зазначено незаконне заволодіння землями водного фонду, а ч. 1 цієї статті передбачає незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду. Тобто назва статті використовує поняття «землі водного фонду», а диспозиція цієї статті «поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду». У зв'язку з тим, що ст. 239-2 КК України є банкетною правовою нормою, тому при дослідженні

*© Мельник П.В., 2012*

цих понять необхідно використати положення земельного законодавства України.

Відповідно до ст. 19 Земельного кодексу України землі водного фонду є однією з категорій земель України за основним цільовим призначенням поряд із землями сільськогосподарського, лісогосподарського, оздоровчого, рекреаційного, історико-культурного, природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення, а також землями житлової та громадської забудови [3].

Ст. 4 Водного кодексу України до земель водного фонду відносить землі, зайняті: морями, річками, озерами, водосховищами, іншими водоймами, болотами, а також островами; прибережними захисними смугами вздовж морів, річок та навколо водойм; гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами та каналами, а також землі, виділені під смуги відведення для них; береговими смугами водних шляхів [2]. Ст. 58 Земельного кодексу України в свою чергу закріплює, що до земель водного фонду відносять землі, зайняті: а) морями, річками, озерами, водосховищами, іншими водними об'єктами, болотами, а також островами, не зайнятими лісами; б) прибережними захисними смугами вздовж морів, річок та навколо водойм, крім земель, зайнятих лісами; в) гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами та каналами, а також землі, виділені під смуги відведення для них; г) береговими смугами водних шляхів [3]. Як бачимо, є відмінності у статтях Земельного і Водного кодексів, щодо земель зайнятих лісами. Проте з урахуванням положень ч. 3 ст. 2 Водного кодексу України, що земельні, гірничі, лісові відносини, а також відносини щодо використання та охорони рослинного і тваринного світу, територій та об'єктів природно-заповідного фонду, атмосферного повітря, виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу України, що виникають під час користування водними об'єктами, регулюються відповідним законодавством України, доцільно в даному випадку керуватися ст. 58 Земельного кодексу щодо земель водного фонду України.

Землі водного фонду можуть перебувати у державній, комунальній та приватній власності. Громадянам та юридичним особам за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування можуть безоплатно передаватись у власність замкнені природні водойми (загальною площею до 3 гектарів). Власники на своїх земельних ділянках можуть у встановленому порядку створювати рибогосподарські, протиерозійні та інші штучні водойми.

Що стосується поняття «поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду», яке використовується у ч. 1 ст. 239-2 КК України, то ні Земельний, ні Водний кодекси України його не визначають. Тому, враховуючи те, що землі водного фонду є однією з категорій земель України за основним цільовим призначенням, розглянемо визначення поверхневого (ґрунтового) шару земель.

Ч. 2 ст. 79 Земельного кодексу України зазначає, що право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться, якщо інше не встановлено законом та не порушує прав інших осіб [3].

На підставі ст. 1 Закону України «Про охорону земель» земля – це поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом із нею [11], можна сказати, що ґрунт є одним зі складових елементів землі (земельної ділянки). Відповідно ґрунт – це природно-історичне органо-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори і є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя та розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості, а родючість ґрунту – здатність його задовольняти потреби рослин в елементах живлення, воді, повітрі і теплі в достатніх кількостях для їх нормального розвитку, які в сукупності є основним показником якості ґрунту [10].

У зв'язку з цим обґрунтованим є висновок проф. П.С. Берзіна, А.М. Мірошниченка про те, що можна «…визначити поверхневий (ґрунтовий) шар як певний простір у межах земельної ділянки, що знаходиться над та під поверхнею ділянки»[1].

Як бачимо, поняття «землі водного фонду» і «поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду» не є тотожними й перше є ширше за змістом. Враховуючи це, та визначення складу злочину диспозицією відповідної кримінально-правової норми, слід відзначити, що предметом складу злочину, передбаченого ст. 239-2 КК України, є поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду.

Що стосується об'єктивної сторони даного складу злочину, то відповідно до диспозиції цієї статті Кримінального кодексу України вона полягає у незаконному заволодінні предметом злочину в особливо великих розмірах.

Неправомірне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду означає встановлення фактичного володіння цим шаром земель особою, яка не має законних прав на користування ним [4, с. 53].

При визначені заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду незаконним, потрібно використовувати положення земельного, екологічного та природоохоронного законодавств щодо зняття, перенесення, нанесення ґрунтового покриву земельних ділянок.

Зокрема, ст. 168 Земельного кодексу України встановлює, що власники земельних ділянок та землекористувачі не мають права здійснювати зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу органів, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель [3]. А в Порядку видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок, затвердженим наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 04.01.2005р. №1 передбачено, що власники земельних ділянок та землекористувачі, які проводять гірничодобувні, геологорозвідувальні, будівельні та інші роботи, зобов'язані отримати дозвіл на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельної ділянки, якщо це призводить до

порушення поверхневого (родючого) шару ґрунту [7]. Тобто особа на законних права може користуватись (знімати, переносити, використовувати) поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду після отримання спеціального дозволу. Отже, законодавством не передбачено особливого режиму зняття, перенесення, використання поверхневого (ґрунтового) шару земель водного фонду. У Порядку користування землями водного фонду, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 13.05.1996р. № 592 закріплено лише механізм користування землями водного фонду, виконання комплексу водоохоронних заходів і проведення експлуатаційних робіт для створення сприятливих умов утримання цих земель[8].

Даний злочин є закінчений з моменту незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах. Згідно з приміткою до ст. 239-2 КК України особливо великим розміром у цій статті слід розуміти обсяг поверхневого (ґрунтового) шару земель, який становить понад десять кубічних метрів [6].

При характеристиці злочину, передбаченого ст. 239-2 КК України, слід звернути також увагу на законопроект №11110 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо підвищення відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду)» [9], яким пропонуються зміни і доповнення до цієї статті Кримінального кодексу. Даний законопроект містить ряд дискусійних положень. По перше, у ньому зберігається поняття «незаконне заволодіння землями водного фонду» у назві статті, а її диспозиція визначає предметом складу злочину поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду.

По-друге, проект закону визначає, що основний склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239-2 КК України, є закінченим з моменту незаконного заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду. На нашу думку, виключення особливо великих розмірів як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони цього складу злочину, не підвищить рівень охорони земель водного фонду, а навпаки, призведе до усунення чіткого розмежування адміністративного проступку (ст. 53-4 КУпАП) та кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, а також криміналізації незаконного заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром цих земель у невеликі кількості.

По-третє, законопроектом №11110 пропонується у ч. 2 і 3 ст. 239-2 КК України додатковий вид покарань у вигляді «позбавленням права обіймати посади в органах місцевого самоврядування і інших органах у галузі земельних і водних відносин». Дане положення суперечить ст. 51 і 55 КК України, які визначають як вид покарання позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. До того ж це є строковий вид покарання: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене …. як додаткове покарання на строк від одного до трьох років (ст. 55 КК України). А даний законопроект у санкції не встановлює строки застосування цього додаткового покарання. До того ж, відповідно до п. 17 постанови Пленуму Верховного суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю … застосовується лише до тих осіб, які обіймали посади чи займалися діяльністю, з якими було пов'язано вчинення злочину [11]. Тому запропонована санкція звужує коло осіб, щодо яких вона може бути застосована.

Із врахуванням вище зазначеного, проект Закону України №11110 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо підвищення відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду» є недосконалим, і він не зможе реалізує прогнозовані соціально-економічні та інших наслідки, зазначені у пояснювальній записці до нього, а саме: припинити самовільне зайняття земель водного фонду та підвищить охорону надбання українського народу [9]. А також він не вирішує проблемні питання застосування чинної статті 239-2 КК України.

Проаналізувавши злочин, передбачений ст. 239-2 КК України, постає питання про доцільність його існування. Адже у статті 239-1 КК України передбачено відповідальність за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель, яке за видом злочинної дії аналогічне ст. 239-2 КК України. До того ж, предмет другого складу злочину охоплюється першим. А також слід візначити й існування такого злочину, як самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво (ст. 197-1 КК України).

У зв'язку з цим, на нашу думку, передбачати кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду окремим складом злочину не є доцільним.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Берзін П.* Про законодавчі потуги вирішувати явні проблеми в кримінальному праві / П. Берзін, А. Мірошниченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.yurincom.com/ua/consultation/faq/?id=11683

2. *Водний* кодекс України: Кодекс, Закон України № 213/95-ВР від 06.06.1995р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/213/95-%D0%B2%D1%80/page3

3. *Земельний* кодекс України: Кодекс, Закон України № 2768-III, 25.10.2001р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14

4. *Митрофанов І.І.* Злочини проти довкілля: навч. посіб. / І.І. Митрофанов, А.М. Притула. – Суми: Університетська книга, 2010. – 205с.

5. *Інформація* щодо діяльності Державної екологічної інспекції України та її територіальних органів за поточний, станом на 07.06.2012 р., та плани роботи на наступний тижні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dei.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=397:informatsiya-shchodo-diyalnosti-derzhavnoji-ekologichnoji-inspektsiji-ukrajini-ta-jiji-teritorialnikh-organiv-za-potochnij-stanom-na-07062012-r-ta-plani-roboti-na-nastupnij-tizhni&catid=7&Itemid=261

6. *Кримінальний* кодекс України: Кодекс, Закон України № 2341-III від 05.04.2001р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14

7. *Порядок* видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого

шару ґрунту) земельних ділянок: Наказ Державного комітету України по земельних ресурсах №1 від 04.01.2005р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0070-05

8. *Порядок* користування землями водного фонду: Постанова Кабінету Міністрів України № 592 від 13.05.1996р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/502-96-%D0%BF

9. *Про внесення* змін до деяких законодавчих актів України (щодо підвищення відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду: проект Закону України №11110 від 28.08.2012р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=44192

10. *Про охорону* земель: Закон України № 962-IV від 19.06.2003р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/962-15

11. *Про практику* призначення судами кримінального покарання: Постанова Пленуму Верховного суду України №7 від 24.10.2003р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs/nsf/0/2B7E0AAF30853651C3256DF7002E9A19?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=2B7E0AAF30853651C3256DF7002E9A19&Count=500&

УДК 343.212

# МЕТОД ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРИ ОСВОБОЖДЕНИИ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

**Хряпинский П. В.,**
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры уголовного права
и криминологии Национального горного
университета (Днепропетровск, Украина)

***Анотація:*** В статье рассмотрено своеобразие диспозитивного метода регулирования общественных отношений при освобождении от уголовной ответственности. Исследовано соотношение публично императивного и частно-диспозитивного регулирования общественных отношений в законодательстве об уголовной ответственности.

***Аннотация:*** У статті розглянуто своєрідність диспозитивного методу регулювання суспільних відносин при звільненні від кримінальної відповідальності. Досліджено співвідношення публічно-імперативного та приватно-диспозитивного регулювання суспільних відносин у законодавстві про кримінальну відповідальність.

***Annotation:*** In this article the originality of the discretionary management practices of public relations for a exemption from criminal liability. Investigated the relationship publicly and privately-mandatory-discretionary regulation of social relations in the law on criminal responsibility.

В уголовно-правовой доктрине методами правового регулирования признаются способы, средства, приемы или их совокупности, влияющие на общественные отношения с целью их создания, сохранения, трансформации или прекращения с использованием соответствующего уголовно-правового инструментария [1, с. 12, 2, с. 177]. Традиционно считается, что в уголовном праве преобладает публично-императивный метод правового регулирования. Относительно его характеристик правоотношения между субъектами выстраиваются с помощью подчинения одних другим. Публично-императивный характер уголовного права как отрасли права, имеет специфику среди других публично-правовых отраслей, которая состоит в том, что доминирующим субъектом является исключительно государство в лице соответствующих органов. Именно для государства уголовное право определяет объем властных полномочий по противодействию, предотвращению совершенных или готовящихся преступлений. В уголовно-правовых отношениях, которые складываются с момента совершения преступления, государство всегда является доминирующим и уполномоченным субъектом. Метод уголовно-правовой охраны определяют как публичное право доминирующего субъекта (государства) на применение принуждения и определение вида и меры ограничений прав и свобод другому субъекту (преступнику), индивидуализируемое судом и осуществляемое специальными органами государства [3, с. 30].

Императивный метод, бесспорно, является основным правовым средством воздействия на неустойчивых субъектов, побуждающее их соблюдать уголовно-правовые запреты. Функциональная направленность этого метода, прежде всего, заключается в определении, какие общественно опасные деяния являются преступлениями и какие наказания применяются к лицам, их совершившим. Существует органическая связь между предметом уголовного регулирования, в качестве которого выступают общественные отношения, возникающие в связи с совершением преступления, и методом, присущим только уголовному праву. Уголовный закон, – отмечает А.Н. Яковлев, – с неизбежностью должен стремиться к тому, чтобы проводить четкую границу между преступным и непреступным, исходя из того, что юридически деяние не может быть «немножко и тем, и другим». Дихотомичность закона неизбежна: преступление есть или его нет, без этого он не может

© *Хряпинский П.В., 2012*

применяться, а машина правосудия погрязнет в безграничном процессе установления степеней различия [4, с. 134].

С принятием в 2001 г. Уголовного кодекса Украины (далее – УКУ), где предусмотрено ряд новелл в решении уголовно-правовых конфликтов, стали говорить об очевидном использовании в уголовно-правовом регулировании диспозитивного метода [5]. Категорию «диспозитивность» чаще рассматривают в двух аспектах – как принцип права или как метод правового регулирования. «Пальма первенства» исследования диспозитивных принципов среди представителей отраслевой правовой науки принадлежит процессуалистам. Диспозитивность в виде «метода», «принципа», «проявления» в уголовно-процессуальном законодательстве исследовали А. Александров, С. Альберт, Ю. Грошевой, Л. Лобойко, В. Маляренко, Л. Масленникова, А. Рогова и другие. В уголовно-правовых исследованиях диспозитивность рассматривается как «метод», «элемент», «интерес» в работах Л. Головко, В. Грищука, П. Дагель, Т. Кленовой, В. Навроцкого, Т. Присяжнюк, А. Сумачева, П. Яни и других.

Деление права на публичное, с присущим ему императивным методом, и частное, – с доминирующим диспозитивным методом правового регулирования, иногда рассматривается как абсолютное (дихотомия, дуализм права) [6]. По нашему мнению, деления права на публичное и частное, соотношение сфер правового регулирования является контраверсионной проблемой в правоведении. Так, выделяются три теории деления права на соответственно публично-правовые и частно-правовые отрасли: 1) теория интереса выходит из направленности интересов основных правовых установлений. Если, правовые установления служат общественным интересам, то речь идет о публичном праве, если право направлено на приватные интересы – то частное право. Такое разделение права считалось основным на протяжении многих веков, служит оно ориентиром и для большого количества юристов нашего времени; 2) теория субординации, доминирования, подчинения разграничивает публичное и частное право исходя из характера отношений между субъектами правоотношений. Отношения властного подчинения соответствуют публичному праву, а отношения равенства – частному. Именно поэтому типичными для публичного права является односторонность, обязательность регулирования, а для частного права – соглашение, договор, хотя в последнее время и наблюдается заимствования публичным правом некоторых частноправовых институтов, 3) теория допустимости, отнесения правовых норм базируется на специфике правового статуса отдельных субъектов права. К публичному праву относятся те правовые положения, которые адресуются исключительно государству или носителям государственной власти, и, наоборот, к частному праву, – положения, что распространяются только на граждан. Каждая из вышеупомянутых теорий имеет своих сторонников, и соответственно противников, но ни одна из них до сих пор в полной мере не реализована на практике. Таким образом, оставаясь в плену дихотомического подхода к сущности публичного и частного права, можно «открыть разве что пару банальностей, далеких от реальности, как, например, идею «кодекса частного права » или «кодекса публичного права », которых не существует ни в одной стране. Ведь, правовая реальность нелегко вмещается в рамки дихотомического деления [12, с. 24-25].

Социально-правовая эффективность, а самое главное, перспективность постановки проблемы дихотомии или дуализма права как противостояние публичного и частного права, императивного и диспозитивного методов вызывает большие сомнения. Более реальным, привлекательным выглядит сочетание в одной отрасли законодательства, скажем уголовном, публичных и частных начал с естественным преобладанием одних над другими. В законодательстве об уголовной ответственности бесспорно приоритетным является публично-императивный характер регулирования общественных отношений [13, с. 52]. Однако, совершение преступления не единственный юридический факт, что обусловливает возникновение, изменение и прекращение уголовно-правовых отношений. Так называемое «позитивное посткриминальное поведение», в случаях прямо предусмотренных УКУ, может кардинально влиять на развитие уголовно-правовых отношений. В Особенной части УКУ предусматривается следующие случаи освобождения от уголовной ответственности, если: «гражданин Украины добровольно заявит органам государственной власти о преступной связи с иностранным государством, иностранной организацией или их представителями и полученном преступном задании» (ч. 2 ст. 111 УКУ); «лицо без гражданства или иностранец добровольно заявят органам государственной власти о прекращении своей преступной деятельности, если вследствие этого и принятых мер было предотвращено причинение вреда интересам Украины» (ч. 2 ст. 114 УКУ); «руководитель предприятия, учреждения или организации выплатит заработную плату, стипендию, пенсию или другие, установленные законами выплаты гражданам, до привлечения его к уголовной ответственности» (ч. 3 ст. 175 УКУ); «лицо уплатит налоги, сборы (обязательные платежи), а также возместит ущерб причиненный государству их несвоевременной уплатой (финансовые санкции, пени) до привлечения его к уголовной ответственности» (ч. 4 ст. 212 УКУ); «лицо уплатит страховые взносы общеобязательного государственного пенсионного страхования, а также возместит ущерб, причиненный Пенсионному фонду Украины их несвоевременной уплатой (финансовые санкции, пени), до привлечения его к уголовной ответственности» (ч. 4 ст. 212-1 УКУ); «лицо добровольно сообщит правоохранительным органам о создании преступной организации или участие в ней» (ч. 2 ст. 255 УКУ); «лицо, кроме организатора и руководителя террористической группы или террористической организации, добровольно сообщит правоохранительным органам о соответствующей террористической деятельности, способствует ее прекращению или раскрытию преступлений, совершенных в связи с созданием или деятельностью такой группы или организации» (ч. 2

ст. 258-3 УКУ); «лицо добровольно выйдет из военизированных или вооруженных формирований, не предусмотренных законом, и сообщит об их существовании органам государственной власти» (ч. 6 ст. 260 УКУ); «лицо добровольно сдаст органам власти оружие, боевые припасы или взрывчатые устройства» (ч. 3 ст. 263 УКУ); «лицо добровольно заявит о незаконном завладении транспортным средством правоохранительным органам, возвратит транспортное средство владельцу и полностью возместит причиненный ущерб» (ч. 4 ст. 289 УКУ); «лицо добровольно сдаст наркотические средства, психотропные вещества и укажет источник их приобретения или способствует раскрытию этих преступлений» (ч. 4 ст. 307 УКУ); «лицо добровольно обратится в лечебное учреждение и начнет лечение от наркомании» (ч. 4 ст. 309 УКУ); «лицо добровольно сдаст прекурсоры, предназначавшиеся для производства или изготовления наркотических средств или психотропных веществ, и укажет источник их приобретения или способствует раскрытию этих преступлений» (ч. 4 ст. 311 УКУ); «лицо добровольно сдаст ядовитые или сильнодействующие вещества, не являющиеся наркотическими или психотропными или их аналогами, или сильнодействующие лекарственные средства и укажет источник их приобретения или способствует раскрытию преступлений, связанных с их незаконным оборотом» (ч. 5 ст. 321 УКУ); «лицо, которое предложило или дало взятку, если после дачи взятки добровольно заявит о случившемся органу, наделенным правом возбуждать уголовное дело, до возбуждения уголовного против него» (ч. 3 ст. 369 УКУ), «лицо, совершившее воинское преступление, может быть освобождено от уголовной ответственности с применением мер Дисциплинарного Устава вооруженных сил Украины (ч. 4 ст. 401 УКУ)».

Осуществление положительного посткриминального поведения, как основание специального освобождения от уголовной ответственности, является субъективным правом лица, совершившего преступление. С. Алексеев считал, что такое поведение соответствует одной из моделей построения правового материала, который реализуется по схеме: «субъективное право + юридические гарантии» и базируется на диспозитивном методе. Его смысл состоит в предоставлении лицу возможности самому, по своей воле определять собственное правомерное поведение, открывает простор для действий лица по своему видению, по своей воле и в своих интересах [14, с. 589]. Такой взгляд на сущность диспозитивности в праве является правильным. Диспозитивность следует рассматривать как общеправовой, универсальный метод правового регулирования, выражающийся в нормативно предусмотренной возможности выбора лицом того или иного варианта правомерного поведения по собственной воле и по своему усмотрению. Идентичное или близкое понимание диспозитивного метода регулирования уголовно-правовых отношений поддерживается многими юристами. Так, А. Сумачев отмечает, что наличие альтернативных вариантов поведения предполагает возможность выбора, а выбор – отказ от одного и предпочтения другому варианту акта поведения. При этом отказ от определенного варианта поведения не должен влечь для субъекта права негативных правовых последствий. Последнее является своего рода гарантией возможности выбора субъектом права предусмотренного законом варианта правомерного поведения [15, с. 21].

Безусловно, диспозитивный метод регулирования общественных отношений сквозь призму инструментального подхода должен отражаться в уголовно-правовых нормах. Своеобразием анализируемых норм является следующее: 1) предусмотренный вариант правомерного поведения направлен на удовлетворение как частных интересов личности, так и публичных интересов общества и государства, 2) позитивное поведение имеет личный, добровольный характер и не может быть связано как с противодействием, так и с принуждением со стороны властного субъекта, 3) властным субъектом гарантируется безусловное и окончательное освобождение от уголовной ответственности, выступающее поощрительным правовым стимулом, 4) в случае отказа от его осуществления правовое положение лица не ухудшается. В отличие от естественно диспозитивных отраслей права (гражданского, семейного, трудового и др.), где реализация прав и выполнение обязанностей субъектов права обеспечиваться без обращения к властному субъекту в виде государства, законодательство об уголовной ответственности включает в качестве особенного признака участие властного субъекта в виде императивных норм-гарантий уголовно-правового поощрения.

В связи с изложенным, не можем согласиться с А. Сумачевым, что нельзя относить к диспозитивным нормы, предусматривающие возможность добровольного отказа от совершения преступления или деятельного раскаяния, поскольку продолжение совершения преступления при наличии возможности добровольного отказа влечет для лица уголовную ответственность, а нежелание преступника осуществить раскаяние, влечет для него негативные правовые последствия – возложение тягот и лишений, предусмотренных в уголовном наказании [16, с. 297]. На наш взгляд, правовое положение лица, совершившего преступление, и которое отказалась от осуществления позитивного посткриминального поведения в виде деятельного раскаяния не ухудшается. Оно предопределено юридическим фактом совершения преступления и обязанностью понести предусмотренные законом ограничения прав и свобод. Другое дело, что осуществление определенного комплекса положительного поведения в виде деятельного раскаяния трансформирует негативные правоотношения уголовной ответственности на позитивные правоотношения освобождения от нее. Отказ от позитивного посткриминального поведения не указан в законе как обстоятельство, отягчающее уголовное наказание, и не выступает квалифицирующим (особо квалифицирующим) обстоятельством в составах конкретных преступлений.

В литературе специальные виды освобождения от уголовной ответственности обоснованно связываются как с предупреждением совершения определенных преступлений, так и преступности в целом. Специальное освобождение от уголовной ответственности согласуется с потребностями общества в борьбе с тяжкими и особо тяжкими преступлениями, особенно сложными в обнаружении, раскрытии и расследовании, способствует не только предупреждению преступности, но и социальной переориентации личности [17, с. 19]. Благодаря положительному посткриминальному поведению лица раскрываются тяжкие и особо тяжкие преступления. Так, А. Дудоров считает, что освобождение от уголовной ответственности лиц, совершивших уклонение от налогообложения, предоставляет возможность: 1) существенно усилить работу по наполнению бюджета реальными денежными поступлениями, 2) сосредоточить усилия правоохранительных органов на тяжких налоговых преступлениях, трудоемких с точки зрения их раскрытия и расследования, где обвинению не хватает доказательств, а нарушители законодательства не признают своей вины в умышленном уклонении от уплаты налогов и сборов [18, с. 194].

Следовательно, особенностью диспозитивного метода в уголовном праве является согласованность частных и публичных интересов в разрешении уголовно-правового конфликта. Положительное посткриминальное поведение, закрепленное в нормах о специальном освобождения от уголовной ответственности, взаимовыгодно для обеих субъектов. С одной стороны, государства в виде правоохранительных и судебных органов, специально уполномоченных решать вопросы освобождения от уголовной ответственности, с другой – лица, на социально-полезное, позитивное поведение которого направлен основной «стимулирующий заряд» поощрительной нормы уголовного закона. Значительное количество норм о специальном освобождения от уголовной ответственности Особенной части УКУ стимулирует лиц, совершивших преступление, осуществить саморазоблачения, изобличить других соучастников в преступлении, активно сотрудничать с соответствующими органами в раскрытии уголовного дела и его судебном разбирательстве. Особенно это касается преступлений с высоким уровнем естественной латентности: против основ национальной безопасности, в сфере налогообложения, в сфере оборота наркотических средств, взяточничества и других преступлений.

Очевидна взаимная полезность освобождения от уголовной ответственности лица, добровольно сдало органам власти оружие, боевые припасы, взрывчатые вещества или взрывные устройства (ч. 3 ст. 263 УК). Законодатель стремился как можно больше и в несложный способ стимулировать лиц, незаконно владеющих оружием, боевыми припасами или взрывчатыми веществами, сдать их государственным органам без опасения быть привлеченными к уголовной ответственности. Так, с целью предупреждения преступлений МВД Украины ежегодно проводит месячники добровольной сдачи оружия, боевых припасов, взрывчатых веществ или взрывных устройств. Только за октябрь 2009 г. за указанных обстоятельств освобожден от уголовной ответственности на основании ч. 3 ст. 363 УК 168 человек. Ими добровольно сдано – 2213 единиц огнестрельного оружия, 70 единиц нарезного охотничьего оружия, 1838 – гладкоствольного охотничьего оружия, 839 – газовых пистолетов, 69225 – различных боеприпасов, 34 снаряда, 21 мина и 14 гранат [19].

Своеобразием диспозитивного метода при специальном освобождении от уголовной ответственности заключается также в личном, добровольном выборе правомерного варианта решения уголовно-правового конфликта. Добровольность предполагает свободу выбора правомерного поведения в уголовном праве. Выбор позитивного посткриминального поведении всегда правомерно и имеем целью социально-полезный результат. Особенно это касается посткриминального поведения в случае совершения преступлений небольшой и средней тяжести. Закрепление этого признака в так называемых поощрительных нормах УКУ целом осуществляется тремя способами: а) прямым указанием на добровольность поведения (ст.ст. 17, 31, п. 2), п. 2-1 ч. 1 ст. 66, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258-3, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321, ч. 6 ст. 369 УКУ; б) путем определения специальной цели положительного поведения (ст.ст. 36, 38, 39, 41, 42, 43 УКУ); в) устанавливается по общественно-полезной направленности действий (ст. ст. 45, 46, 47, 48, 49, п. 1) ч.1 ст. 66, 75, 81, 82, 91, 104, 105, 107, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212 УК, ч. 4 ст. 212-1, ч. 4 ст. 401 УКУ) [20, с. 211-212]. Так, преступления в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров имеют три специальных вида освобождения от уголовной ответственности, которые прямо предусматривают признак добровольности (ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311 УКУ).

Выделение признаки добровольности является безусловно обоснованным. О. Наден указывает что он имеет место лишь тогда, когда: во-первых, лицо имеет объективную возможность продолжать незаконное владение наркотическими средствами, психотропными веществами, их аналогами или прекурсорами, во-вторых, лицо субъективно осознает эту возможность, в-третьих, прерывает незаконное владение названными предметами, передавая их в распоряжение компетентных органов [21, с. 145-146].

Особенность диспозитивного метода заключается в гарантировании властным субъектом освобождения от уголовной ответственности, если лицо, совершившее преступление, совершит определенный комплекс позитивного поведения. Обеспечение уголовно-правового поощрения в виде окончательного и безусловного освобождения от уголовной ответственности является мощным правовым стимулом, побуждающим субъекта действовать в нужном направлении. В. Галкин определял уголовное поощрение как правовое средство, направленное на содействие социальной переориентации лиц, совершивших преступления,

стимулирование добровольного предотвращения, нейтрализации или уменьшения негативных последствий преступлений [22, с. 94]. Положительное стимулирования заключается в комплексном воздействии на личность, формирующее социально-полезное поведение, в котором диалектически сочетаются общественные и личные потребности и интересы. Уместным в этой части является обоснованное замечание В. Кудрявцева, что стимулирующее влияние права состоит в юридическом признании, обеспечении и защите правомерных поступков, полезных для общества, в их моральном и материальном поощрении [23, с. 31-32].

В правовых реалиях, гарантирования государством освобождения от уголовной ответственности, на наш взгляд, следует выделить материально-правовые и процессуальные аспекты. К первым относится следующее: простое и понятное предполагаемому адресату содержания положительного посткриминального поведения в соответствующей уголовно-правовой норме; нивелирование или существенное сужение так называемого «судебного усмотрения» по применению оценочных понятий и словосочетаний в виде «активного содействия раскрытию преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов», отсутствие в абсолютном большинстве предписаниях об освобождении от уголовной ответственности ограничений к применению,«если в действиях лица нет состава другого преступления». Ко второй группе обстоятельств следует отнести процессуальный контроль за соблюдением законности в при специальном освобождении от уголовной ответственности. Не касаясь сейчас специально этой многоаспектной проблемы, попутно отметим, что десятилетняя практика украинских судов освобождения от уголовной ответственности решением (постановлением или определением) по представлению следователя, согласованному с процессуальной позицией прокурора, является важнейшей правовой гарантией соблюдения законных прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве при специальном освобождения от уголовной ответственности.

## ЛИТЕРАТУРА

1. *Баулин Ю.В.* О методологическом значении деления права на частное и публичное для современной уголовно-правовой доктрины / Ю.В. Баулин // В сб.: Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы пятой международной научно-практической конференции 24-25 января 2008 г. – М.: Проспект, 2008. – С 11-15.

2. *Наден О.В*. Щодо методологічних засад розуміння кримінального права (у зв'язку з дослідженнями проблем кримінально-правового регулювання) / О.В. Наден // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – №4 – С.172-181.

3. *Баулін Ю.В.* Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія / Ю.В. Баулін. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.

4. *Основания* уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация): Монография / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, С.Г. Келина [и др.]; отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. – М.: Изд-во «Наука», 1982. – 304 с.

5. *Куц В.М.* Заохочення та пом'якшення примусу як засоби кримінально-правового регулювання / В.М. Куц // Актуальні проблеми боротьби із злочинністю на етапі реформування кримінального судочинства: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 14-15 травня 2002 р. в 2 ч. (м. Запоріжжя). – Запоріжжя: ЗЮІ МВС України. – 2002. – Ч. 1. – С. 5-9.

6. *Туляков В.О.* Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрини до реалізації / В.О. Туляков // Актуальні проблеми держави та права: Збірник наукових праць. Вип. 54. – Одеса: Юридична література, 2010. – С. 26-36.

7. *Беляневич О.* Декілька нотаток про дуалізм права / О. Белянкевич // Юридичний журнал. – 2004. – № 12. – С. 12-14.

8. *Наден О.* Структура кримінального правовідношення / О. Наден // Кримінальне право – 2005. – № 10. – С. 125-128.

9. *Юлдашев О.* До проблеми методологічного забезпечення приватного права // Юридична Україна. – 2003. – №10. – С. 39-44.

10. *Коломоєць Т.О.* Генезис та основні пріоритетні напрямки доктринального дослідження публічного права як нормативної підстави адміністративного примусу // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – №9. – С. 13-16.

11. *Гончарук О.В.* Дихотомія права: право публічне та право приватне: автореф. дис. … канд.. юрид. наук: Спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень. – Київск. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2004. – 19 с.

12. *Коломоєць Т.О.* Адміністративний примус у публічному праві України: теорія, досвіт та практика реалізації: Монографія / Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: Поліграф, 2004. – 404 с.

13. *Хряпінський П.В.* Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: Навчальний посібник / П.В. Хряпінський. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 192 с.

14. *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования: Монография / С.С. Алексеев.– М.: Статус, 1999. – 712 с.

15. *Сумачев А.В.* Диспозитивность в уголовном праве: дисс…докт. юрид. наук. Спец. 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / Алексей Витальевич Сумачев. – Екатер. гос ун-т. – Екатеринбург, 2006. – 346 с.

16. *Сумачев А.В.* О диспозитивности в уголовном праве и формах ее проявления в действующем уголовном законодательстве России / А.В. Сумачев // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали 2 міжнародної науково-практичної конференції 8 жовтня 2010 р. в 2 том. Том 1. – Одеса: Міжн. гуман. ун-т, ПП «Фенікс», 2010. – С. 296-299.

17. *Хряпінський П.В.* Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: теоретичні, законотворчі та правозастосовні проблеми: автореф. дис. … докт. юрид. наук. Спец. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. – Націон. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2010. – 39 с.

18. *Дудоров О.О.* Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія / О.О. Дудоров: – К.: Юридична практика, 2003. – 924 с.

19. *Добровільно* здали зброю // Офіційний ВЕБ – сайт Департаменту інформаційних технологій МВС України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dit.mvs.gov.ua/mvs/control/dit/uk/index/

20. *Хряпінський П.В.* Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: Монографія / П.В. Хряпінський. – Харків: Харків юридичний, 2009. – 840 с.

21. *Наден О.В.* Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або

прекурсорів: Монографія / О.В. Наден. – Харків: Право, 2003. – 224 с.

22. *Галкин В.М.* Система поощрений в советском уголовном праве / В.М. Галкин // Советское государство и право. – 1977. – № 2. – С. 91-97.

23. *Кудрявцев В.Н.* Правовое поведение: норма и патология: Монография / В.Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 1982. – 287 с.

УДК 343.973: 343.37

# СУЧАСНІ ДЕТЕРМІНАЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОГО КРЕДИТУВАННЯ

**Герасименко Л. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
начальник кафедри економічної безпеки
Національної академії внутрішніх справ

***Анотація:*** Досліджено детермінанти злочинності у сфері банківського кредитування, зокрема, загальні, які опосередковано впливають на сферу банківського кредитування, та спеціальні, що безпосередньо впливають на сферу банківського кредитування.
***Ключові слова:*** детермінанти, банківське кредитування, соціально-економічні фактори, організаційно-управлінські фактори, спеціальні детермінанти.

***Аннотация:*** Исследованы детерминанты преступности в сфере банковского кредитования, в частности, общие, которые опосредованно влияют на сферу банковского кредитования, и специальные, которые непосредственно влияют на сферу банковского кредитования.
***Ключевые слова:*** детерминанты, банковское кредитование, социально-экономические факторы, организационно-управленческие факторы, специальные детерминанты.

***Annotation:*** We investigated the determinants of crime in bank lending, in particular, the general determinants that indirectly affect the scope of bank lending and special - that directly affect the scope of bank lending.
***Key words:*** determinants, bank lending, socio-economic factors, organizational and managerial factors specific determinants.

---

До питань детермінації економічної злочинності ми звертаємося щоразу, коли досліджуємо генезис особи злочинця, механізм злочинної поведінки, питання запобігання злочинним проявам та інше. Якщо не володіти відомостями про причини економічної злочинності в цілому та у сфері банківського кредитування зокрема, а також детермінантом вчинення окремих видів злочинів, то неможливо якісно оцінювати криміногенну обстановку, яка склалася. В такому випадку складно знаходити вірне рішення, яке б ґрунтувалося на наукових підходах та було орієнтовано на підвищення ефективності боротьби з тим чи іншим соціально негативним явищем – посяганням на суспільні відносини у сфері банківського кредитування.

На виникнення будь-якого злочинного явища, в тому числі й злочинності в сфері банківського кредитування, впливає велика кількість детермінант. У філософії детермінантами явища (процесу) прийнято називати явища (процеси), які породжують таке явище (процес).

Основні фактори, які впливають на будь-який вид злочинності, в тому числі й економічну, – ті явища або процеси, які відбуваються у світі, які безпосередньо провокують людей на вчинення злочинних діянь або створюють належні умови для цього. Не є виключенням і злочинність у сфері банківського кредитування. Залежно від конкретних обставин ці фактори можуть сприйматись як причини або обставини вчинення злочинів.

М.Д. Шаргородський зазначав, що причинами злочинності в широкому розумінні цього слова можна вважати усі ті обставини, без яких вона не могла виникнути та не може існувати. Але не всі ці обставини відіграють однакову роль. Одні з них створюють лише реальну можливість злочинних мотивів, а інші – перетворюють цю можливість на дійсність. Тому перші розглядаються як умови, а другі – як причини [1].

Сучасний рівень криміналізації економічних відносин не міг не вплинути негативно на сферу банківської діяльності, і з певною часткою вірогідності можна стверджувати, що ця галузь є дуже криміналізованою.

Сфера банківської діяльності ніколи не залишалася поза увагою кримінальних структур. Причиною цьому є її унікальність: вона має у своєму арсеналі комплекс універсальних інструментів, з протиправним використанням яких здійснюється легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, вчиняються інші корисливі злочини, збитки від яких обчислюються мільйонами гривень. Але коли банківська система стала, то вона має більше можливостей до протистояння злочинним посяганням.

При аналізі детермінант злочинності у сфері банківського кредитування необхідно брати до уваги те, що ці злочини належать до економічних. Справа в тому, що зазначена злочинність обумовлена, не в останню чергу, економічними процесами, але яке

© *Герасименко Л.В., 2012*

завгодно економічне явище породжується, як правило, не одним соціальним фактором, а цілою низкою різноманітних явищ і процесів, що необхідно враховувати при визначенні детермінант злочинності, особливо в період економічних криз. Це пов'язане з тим, що соціально-економічні показники в суспільстві саме в цей період зазнають відхилень від звичайних.

Можна погодитись із думкою С.С. Чернявського, який зазначив, що причинний комплекс злочинності в кредитно-банківській сфері охоплює досить широке різноманіття природи детермінант як за походженням, так і за механізмом впливу на злочинність. Існує чимало факторів, що впливають на неї [2, с. 123].

Класифікувати детермінанти економічної злочинності взагалі та в сфері банківського кредитування зокрема можна за різними підставами. Так, за характером впливу на галузь, яка досліджується, виділяють дві основні групи:

1) загальні фактори, які опосередковано впливають на сферу банківського кредитування;

2) спеціальні фактори, які безпосередньо впливають на сферу банківського кредитування.

Ще одну класифікацію детермінант економічної злочинності запропонував О.Г. Кальман, який поєднав у групи криміногенні фактори, що виступають у ролі причин і умов економічних злочинів з точки зору їх змістовної характеристики: економічні, політико-ідеологічні, соціально-психологічні, правові, організаційно-управлінські і фактори, пов'язані правоохоронною і правозастосовною діяльністю [3, с. 142].

Розгляньмо соціально-економічні фактори, які опосередковано впливають на злочинність і є доволі різноманітними. Необхідно зупинитись на тих, які найбільш виявляються у період економічних криз. Найважливішим фактором, який виявляється у всі часи в період криз, є тотальна криміналізація економіки. Широке розповсюдження тіньової економіки негативно впливає на сферу банківського кредитування. В умовах, коли спостерігається спад економічних показників, тіньова економіка потребує додаткових фінансових надходжень, які можна одержати завдяки незаконному отриманню кредитів, фінансових шахрайств та інших протиправних діянь у зазначеній сфері. Ще один фактор соціально-економічного характеру, який впливає на рівень злочинності саме в період економічних криз, – криза промислового, сільськогосподарського та інших різновидів виробництва, яка породжує велику кількість безробітних та осіб, які не мають постійного джерела прибутку. Справа в тому, що опитування пересічних громадян свідчить про те, що безробітні, навіть із вищою освітою, потрапивши у скрутні життєві умови, потенційно можуть поповнити лави шахраїв та інших правопорушників саме у сфері банківського кредитування. Інколи представники цього прошарку населення отримують шахрайським шляхом кредити, а інколи – утворюють фіктивні фірми з тим, щоб мати можливість вчиняти злочини в зазначеній сфері.

Також до соціально-економічних детермінант, які сприяють вчиненню злочинів у сфері банківського кредитування, належать:

- високий ступень поляризації населення за доходами;
- бідність населення, яке визначається на підставі вартості фізіологічно необхідного мінімуму майнової забезпеченості;
- інфляція як процес та результат знецінення коштів – стан гіперінфляції робить неможливим безконфліктне прилаштування населення до умов життя, які постійно змінюються;
- безробіття та повна незайнятість окремої частини населення держави, що створює основу масового отримання засобів існування протиправним шляхом;
- зайвий податковий тиск на підприємництво, який робить неможливим легальний бізнес.

Однією зі складових соціально-економічних факторів можна назвати політичні фактори, до яких належать:

- відсутність ефективних політичних гарантій стабільності кредитної політики держави;
- тривала орієнтація Української держави на зовнішні запозичення;
- неможливість відповідати за власними зобов'язаннями перед внутрішніми та зовнішніми кредиторами, яку періодично демонструє держава;
- високий рівень корупції в органах державної влади та місцевого самоврядування, які формують та реалізують кредитну політику, а також в органах управління банківськими установами.

У складі соціально-економічних детермінант можна виділити також їх окремий різновид – соціально-психологічні. Соціально-психологічними факторами вчинення злочинів у сфері банківського кредитування виступають:

- властивість, притаманна майновим потребами, випереджати в своєму розвитку створення економічного підґрунтя для їх задоволення;
- низький рівень дотримання населенням кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за корисливі злочини в цілому та в сфері банківського кредитування зокрема;
- зневажливе ставлення до ймовірності притягнення до кримінальної відповідальності за корисливий злочин;
- критично низький рівень правосвідомості громадян та незнання дієздатним населенням меж притягнення до відповідальності за вчинення економічних злочинів;
- втрата з боку більшої частини населення довіри до правоохоронних органів, які займаються викриттям та розслідуванням злочинів у сфері банківського кредитування, та неготовність їх підтримувати;
- відсутність сучасних традицій чесного підприємництва;
- відсутність сучасних традицій високої культури кредитування;
- непопулярність статусу добропорядного боржника;
- провокуюча роль держави в укріпленні у суспільній економічній свідомості стереотипів ухилення держави від виконання своїх зобов'язань за боргами; розповсюдження ілюзії безкарності організації та осіб, які ухиляються від погашення кредиторської заборгованості;

- високий рівень недовіри до правоохоронних органів, які уповноважені захищати законні інтереси кредиторів;

- дефіцит загальнодоступної інформації щодо кредитної історії юридичних та фізичних осіб тощо.

При вчиненні корисливих злочинів психологічний фактор поєднується з економічними та політичними детермінантами та ґрунтується на них. Він полягає у впевненості багатьох молодих людей у вседозволеності та необмеженості способів отримання засобів не тільки для існування, але й для збагачення, у зв'язку з тим, що організувати бізнес, не маючи початкових накопичень, майже неможливо. Знижений авторитет освіченості, навченості. Багато осіб надають перевагу легкодоступним та вигідним видам діяльності, досягненню успіху будь-якою ціною [4, с. 78].

Соціологи ведуть мову також про те, що на зростання кількості вчинених корисливих злочинів в умовах економічних криз впливають завищені потреби майже усіх прошарків населення держави.

До організаційно-управлінських детермінант злочинності у сфері банківського кредитування належать:

- низький рівень розкриття корисливих злочинів, перш за все злочинів, які вчинюються шляхом шахрайства;

- відсутність державної системи кримінологічного моніторингу економіки – безперервного спостереження, оцінювання та прогнозування явищ, які спостерігаються в економіці;

- функціональні протиріччя між різними підрозділами правоохоронних органів, які борються з одними і тими самими видами корисливих злочинів.

Щодо нормативно-правових детермінант, то до них, в першу чергу, відносять недосконаліть нормативно-правової бази. Сьогодні кредитно-фінансова діяльність врегульована великою кількістю нормативних актів, саме – Законами України «Про банки і банківську діяльність», «Про Національний банк України», «Про іпотеку», «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», «Про фінансовий лізинг», Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України, постановами Національного банку України тощо. Але перераховані нормативно-правові акти неузгоджені із Законами України «Про міліцію»,«Про службу безпеки України», «Про прокуратуру», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про державну контрольно-ревізійну службу в Україні» в частині надання інформації про фінансові операції установами та клієнтами кредитно-фінансової системи.

Слід зазначити, що з метою налагодження ефективної взаємодії з питань протидії декриміналіазації банківської діяльності, особливо під час впливу на суспільство кризових явищ в економіці, Міністерство внутрішніх справ неодноразово зверталось до Національного банку України з пропозиціями щодо налагодження отримання відомостей про банківські операції, які можуть свідчити про злочинну діяльність, у тому числі з питань рефінансування, капіталізації банківських установ та повернення кредитів, виданих державними банками, банками із значною державною часткою та комерційними банками.

Натомість, Національний банк України відмовив у наданні будь-якої інформації. Посилаючись на вимоги Закону України «Про банки та банківську діяльність» повідомляв, що інформація про банки чи їх клієнтів, що збирається під час банківського нагляду, становить банківську таємницю.

Відповідно до ст. 62 Закону України «Про банки та банківську діяльність» інформація правоохоронним органам, в тому числі і органам внутрішніх справ, надається на їх письмову вимогу стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу. Але, по-перше, цієї інформації недостатньо для ефективного запобігання злочинам у сфері банківського кредитування, а по-друге – банки дуже рідко дотримуються цього положення [5, с.29].

До спеціальних детермінант, на які впливає діяльність банківських установ, належать:

- неефективна організація роботи банків із населенням у сфері кредитування;

- намагання отримати як можна більше прибутку, що не дозволяє вивчати належним чином платоспроможність кожного клієнта;

- відсутність професійних навичок у значної частини банківського персоналу, неуважність банківських співробітників під час оформлення кредитів. Зокрема, дуже мало уваги приділяється під час надання коштів за кредитними картами (перевірки строку їх дії, їх номерів за «Стоп-аркушем», з метою встановлення ознак підроблення картки або її пошкоджень, наявність підпису на зворотному боці картки тощо);

- під час оформлення експрес-кредитів скорочена форма оцінювання позичальника не забезпечує якісний аналіз інформації щодо останнього. У результаті непоодинокі випадки надання кредиту за підробленими документами неблагонадійним та неплатоспроможним клієнтам;

- відсутність повної інформації щодо умов кредитування – банківські установи не завжди надають позичальнику вичерпну інформацію щодо умов кредитування та щодо всіх платежів за кредитом. Унаслідок цього на початковому етапі від клієнту приховується частина умов укладення кредитного договору. Отже, реальні витрати споживач може оцінити лише після першої сплати за договором. Унаслідок цього деякі клієнти не мають можливості передбачити всі видатки за кредитом.

До спеціальних детермінант також можна віднести організаційні та організаційно-технічні фактори – відсутність загальнодержавного банку даних щодо потенційних позичальників, відомості якого були б загальнодоступні; відсутність державної інформаційної мережі, інтегрованої в міжнародну мережу, яка забезпечує універсальний контроль за підозрілими угодами, в тому числі фінансовими операціями; низька ефективність правозастосовної практики органів, які забезпечують виконання судових рішень щодо боржників; критично низький рівень виявлення фактів протиправного отримання кредитів, завдання майнової шкоди шляхом

обману або зловживання довірою за відсутності ознак привласнення; низька ефективність офіційного моніторингу (кримінально-статистичного спостереження, аналізу та прогнозування) злочинності в банківській сфері (в тому числі, власне, у сфері банківського кредитування; низька ефективність планування боротьби з кредитними злочинами. Отже, до технічних факторів, які сприяють вчиненню злочинів у сфері банківського кредитування належать: недосконаліть технічних засобів, які можуть допомагати у запобіганні корисному заволодінню кредитними засобами в частині визначення підроблення документів, а також відсутність централізованого комп'ютерного зв'язку між правоохоронними органами та банками, який дозволив вчасного забезпечити банки інформацією щодо можливих шахрайських дій у сфері кредитування.

У ході вивчення питання запобігання злочинам у сфері банківського кредитування в умовах сучасних економічних криз було встановлено, що оперативні співробітники та слідчі вказують на віктимологічний аспект цієї проблеми. Ними звертається увага на необхідність удосконалення банківської діяльності. Це пов'язано з тим, що банки постійно ризикують. Намагаючись залучити клієнтів, у багатьох випадках надаються кредити без забезпечення заставним майном, недостатньо перевіряється особа боржника, занадто довірливе ставлення до документів, які надаються клієнтами, не досліджується їх достовірність, не перевіряється заставне майно щодо його дійсної приналежності тій особі, яка його надає як заставу, не контролюється його збереження тощо. Цей стан, на думку практичних співробітників правоохоронних органів, необхідно виправляти [6, с. 108].

Отже, загостренню криміногенної обстановки у сфері банківського кредитування сприяють обставини, характерні для банківської системи в цілому. Детермінанти можна розділити на дві групи. Перша з них перебуває на загально-соціальному рівні та акумулює в собі всі недоліки, упущення і прорахунки в соціальній та економічній політиці, організації управління народним господарством, функціонуванні органів влади та управління. Друга обумовлена специфікою діяльності банківської системи. Обидві групи детермінант злочинності в досліджуваній сфері зазнають впливу негативних факторів, спричинених дією економічної кризи. До того ж це характерно не тільки для сучасності, але й для усіх часів, коли настають економічні кризи.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Шагродоский М.Д.* Преступность, ее причины и условия в социалистическом обществе / М.Д. Шагродоский // Преступность и ее предупреждение. – Л., 1966. – С. 30.

2. *Чернявський С.С.* Методика розслідування злочинів у сфері банківського кредитування: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / С.С. Чернявський. – К., 2001. – С. 31.

3. *Кальман О.Г.* Злочинність у сфері економіки України: Теоретичні та прикладні проблеми попередження: дис. … докт. юрид. наук: 12.00.08 / О.Г. Кальман. – Х., 2004. – 431с. – С. 142.

4. *Колдовський М.В.* Складові безпеки комерційного банку // Проблеми і перспективи розвитку банківської системи України: збірник наукових праць. – Т. 14. – Суми: УАБС НБУ, 2005. – С. 254-258.

5. *Василинчук В.* Типові способи необгрунтованого одержання кредитів при вчиненні шахрайств з фінансовими ресурсами та шляхи їх розслідування / В. Василинчук // Право України. – 2000. – №10. – С. 28-31.

6. *Паламар Л.* Усунення умов, що сприяють учиненню злочинів, пов'язаних із незаконним отриманням банківських кредитів / Л. Паламар // Підприємництво, господарство і право. – Київ, 2011. – № 3 (183). – С. 106-109.

7. *Яшна Н.* Світова фінансова криза: вирок чи виклик системі національної економіки України // Актуальні проблеми міжнародних відносин: збірник наукових праць. – Вип. 88: (у 2 ч.). – К. : КНУ імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин, 2010. – Ч. І. – С. 198-199.

УДК 343. 2

# СПІВВІДНОШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЗАХОДІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ

**Книженко О. О.,**
доктор юридичних наук, професор
кафедри кримінального права та кримінології
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** Розглянуто актуальні питання заходів кримінально-правового впливу. Вказано його ознаки. Заходи кримінально-правого впливу визнано дедуктивною конструкцією. Визначено їх співвідношення з кримінальною відповідальністю та покаранням.
***Ключові слова:*** кримінально-правовий вплив, заходи кримінально-правового впливу, кримінальна відповідальність, покарання.

***Аннотация:*** Рассмотрены актуальные вопросы мер уголовно-правового воздействия. Указаны его признаки. Меры уголовно-правового воздействия признаны дедуктивной конструкцией. Определено их соотношение с уголовной ответственностью и наказанием.
***Ключевые слова:*** уголовно-правовое воздействие, меры уголовно-правового воздействия; уголовная ответственность, наказание.

***Annotation:*** Pressing questions of measures under criminal law. Are signs of action under criminal law. Measures the criminal law this is deduktyvnaya design. Defined by their relationship to the criminal responsibility and punishment.
***Key words:*** criminal legal effect, measures the impact of criminal law, criminal liability, punishment.

---

У зв'язку із розширенням «арсеналу» протидії злочинам на сьогодні є надзвичайно актуальним питання співвідношення кримінальної відповідальності, форм її реалізації, із заходами кримінально правового впливу.

Ураховуючи, що тривалий час увага вчених була прикута до розроблення питань кримінальної відповідальності, питання про співвідношення кримінальної відповідальності ставилося у контексті покарання. Й лише наприкінці XX – початку XXI ст. вчені привернули увагу не тільки до альтернативних видів покарань, а й до альтернатив кримінальної відповідальності.

Саме в такому контексті й постало питання розроблення вчення про заходи кримінально-правового впливу. На сьогодні це питання активно розробляється в Російській Федерації. Вочевидь, це не є випадковим, оскільки російський законодавець за вчинення злочинів передбачає застосування не тільки покарання, а й інші заходи кримінально-правового характеру.

Окремі питання заходів кримінально-правового впливу розглядалися в роботах Є. В. Благова, І. М. Горбачової, В. К. Грищука, Т. А. Денисової, В. К. Дуюнова, К. М. Карпова, О. В. Козаченка, В. О. Меркулової, І. І. Митрофанова, Н. Ю. Скрипченко, В. М. Степашина, В. М. Трубникова, В. О. Тулякова, М. В. Щедріна та ін. Однак й до сьогодні серед вчених тривають дискусії щодо термінології визначення цих заходів, їх системи, а разом із тим й їх правової природи.

**Мета статті –** з'ясувати співвідношення заходів кримінально-правового впливу із кримінальною відповідальністю.

Розв'язуючи означене питання, будемо виходити по-перше, з того, що заходи кримінально-правового впливу характеризуються такими ознаками:

1. Застосовуються до осіб, які вчинили суспільно небезпечні протиправні діяння.
2. Застосовуються в судовому порядку.
3. Мають на меті запобігання вчинення суспільно небезпечних протиправних діянь.
4. Визначають коло юридичних обов'язків та суб'єктивних прав осіб, які вчинили суспільно небезпечні протиправні діяння.
5. Підтримуються примусовою силою держави.
6. Формою їх закріплення є кримінально-правова санкція.

По-друге, вкрай необхідно враховувати історію розвитку кримінального права. З цього приводу хочеться привернути увагу на те, що цілком виправдано історію кримінального права розглядають як історію становлення та розвитку втілених в правову форму заходів офіційної чи державної реакції на вчинені злочини. З моменту зародження кримінального права його заходи, з одного боку, визначалися пануючими уявленнями про природу злочину, суспільним ідеалам справедливості та можливостями державної влади, а з іншого – багато в чому визначали зміст кримінального законодавства та основні напрями кримінальної політики. Історія кримінального права та закону – історія пошуку, відбору, апробації та запровадження найбільш ефективних заходів кримінально-правового характеру [1]. Отже, вельми актуальними на сьогодні є слова К. М. Карпова, що не можна досягти стану захищеності суспільства, не відновивши порушені матеріальні (економічні) правовідносини (як мінімум відшкодування шкоди потерпілому). Проте покарання за своїми об'єктивними властивостями не призначене для вирішення зазначених завдань. Для повноцінного захисту суспільних відносин і попередження злочинів потрібний системний підхід до застосування заходів кримінально-правового впливу, при якому кожна міра мала б своє призначення в досягненні загальної мети [2, с. 9].

Тому, враховуючи, що покарання не є єдиною формою реакції держави на вчинений злочин перед доктриною кримінального права постає питання про співвідношення кримінальної відповідальності не

*© Книженко О.О., 2012*

стільки з покаранням, скільки з іншими заходами кримінально-правового характеру.

Вочевидь, що поява обов'язку зазнати заходів державного примусу, пов'язаного з вчиненням суспільно небезпечного протиправного діяння, не обмежується лише видом та розміром покарання, а й можливо у разі реалізації інших форм кримінальної відповідальності. До того ж чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК України) передбачає низку заходів, які не пов'язані із реалізацією кримінальної відповідальності, однак особа вимушена зазнати певних обмежень у разі їх застосування. Зокрема, це стосується випадків звільнення від кримінальної відповідальності, коли умовою звільнення особи є виконання нею певних умов (наприклад, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим).

Розглядаючи означене питання, слід привернути увагу на те, що на сьогодні кримінальна відповідальність не ототожнюється із трьома формами її реалізації, про які мова йде при написанні підручників із Загальної частини кримінального права (засудження винного, що виражається в обвинувальному вироку суду, непов'язане із призначенням йому кримінального покарання; засудження особи, поєднане з призначенням їй конкретної міри покарання, від реального відбування якого засуджена особа звільняється; відбування винним призначеного йому судом покарання) [3; 4, с. 61]. Так, М. Ю. Дворецький до кримінальної відповідальності відносить примусові заходи виховного характеру. А враховуючи, що заходи виховного впливу систематично та регулярно здійснюються державою та суспільством стосовно всіх громадян без виключення, незалежно від їх віку, статі, національності, расової чи релігійної належності, пропонує поширити застосування примусових заходів виховного характеру поширити й щодо осіб, які вперше вчинили злочин невеликої чи середньої тяжкості, передбачивши такий захід як поручительство [5].

На наш погляд, така тенденція спостерігається через те, що сучасне кримінальне право, ґрунтуючись на гуманістичних засадах, характеризується не лише каральним впливом, а покликано виконувати соціально-відновлювальну та запобіжну функції [6, с. 16–18].

Такі перспективи розвитку кримінального права одержали схвальну оцінку з боку В. М. Трубникова. Окрім зазначеного, вчений привернув увагу на те, що процес відновного правосуддя може відбуватися й через застосування попереджень у разі вчинення нетяжких злочинів [7].

Цілком справедливо зауважує К. М. Карпов, що на сьогодні для здійснення повноцінної діяльності з протидії злочинам та захисту суспільних відносин недостатньо лише відновлення справедливості, потрібно також відшкодування заподіяної шкоди, ресоціалізації особи, яка вчинила злочин, усунення причин та умов, що сприяли вчиненню злочину, відновлення матеріального (економічного) становища, яке існувало до моменту вчинення злочину, і т.д. [2, с. 13, 14].

Вочевидь постає цілком закономірне запитання, а чи несе винна особа в такому разі відповідальність? Ураховуючи загальноприйняте поняття кримінальної відповідальності, мусимо поки що дати негативну відповідь, оскільки відповідно до чинного кримінального законодавства всі три форми реалізації кримінальної відповідальності так чи інакше пов'язані із покаранням.

Отже, цілком очевидним є розширення «арсеналу» кримінального законодавства для протидії злочинам, що зобов'язує по-новому оцінити наявний стан не тільки кримінального законодавства, а й науки в галузі кримінального права.

У зв'язку із вище зазначеним бачимо два шляхи вирішення цього питання:

– перший із них пов'язаний із тим, що розуміння кримінальної відповідальності було б доцільно пов'язувати з розвитком суспільних відносин й відповідно – розвитком кримінально-правової доктрини. Зокрема, це стосується потреби сьогодення в досягненні соціально-відновлювальної та запобіжних функцій кримінального права;

– другий шлях можна було б запозичити в Російській Федерації та, ґрунтуючись на використаному російським законодавцем терміну «інші заходи кримінально-правового характеру», обґрунтувати доцільність та необхідність об'єднання всіх форм реакції держави на вчинене суспільно небезпечне протиправне діяння такою категорією, як «заходи кримінально-правового впливу».

Більш перспективним, на наш погляд, є другий шлях. Саме з цих підстав, частково підтримаємо думку М. В. Щедріна про можливість відмовитися в майбутньому від категорії «кримінальна відповідальність», яка створює непотрібні колізії на практиці, а також породжує численні дискусії в теорії [8]. Обґрунтовуючи свою позицію тим, що цього поняття не було в російському кримінальному законодавстві до 50-х років минулого століття, а в багатьох кримінальних кодексах зарубіжних держав аналога йому немає й донині, вчений пропонує замість нього вживати узагальнюючі терміни «кримінально-правовий вплив», «заходи кримінально-правового характеру» або «кримінально-правові санкції». На думку М. В. Щедріна, це припинить дискусії щодо обсягу та форм реалізації кримінальної відповідальності, моменту її виникнення та припинення [8], стане запорукою гармонійного розвитку кримінально-правових санкцій, оскільки одні заходи впливу відходять у забуття, а інші набувають популяризації [9, с. 19, 21].

Зазначимо, що подібна позиція була висловлена Г. Ю. Маннсом у 1926 році. Зокрема, він запропонував використовувати замість терміну «покарання» термін «заходи судово-виховного характеру» [10, с. 69]. Однак слід взяти до уваги, що ця думка висловлена в період соціалістичної епохи, коли політикою держави підтримувалася ідея про поступове зникнення злочинності.

Хоча М. В. Щедрін певною мірою є правим, вважаємо, що його позиція на сьогодні не має підтримки серед правників із таких причин. По-перше, з них є усталеність у теорії права поділу юридичної відповідальності на кілька видів, де кримінальна відповідальність є лише однією з них. Отже, відмова від такого терміну призведе до

унеможливлення вирізнення видів юридичної відповідальності або ж, цілком логічно, до відмови від уживання терміна «юридична відповідальність». По-друге, посилання вченого на те, що до 50-х років минулого століття поняття кримінальної відповідальності не вживалося, а в більшості кримінальних кодексів зарубіжних країн аналога цього терміна не існує й донині, є неприйнятними з кількох причин. Так, по-перше, вважаємо, що розвиток доктрини й законодавства не повинен йти у зворотному напрямку, тому відсутність цього терміну в минулому може свідчити про відсутність глибоких доктринальних досліджень щодо цього питання. По-друге, стосовно зарубіжного законодавства необхідно зробити акцент на тому, що термін «кримінальна відповідальність» відсутній для країн не романо-германської системи права, де велика роль надана судовому прецеденту. По-третє, відмова від поняття кримінальної відповідальності фактично призведе до того, що зведеться нанівець відмінність від вчинення злочину та суспільно-небезпечного діяння, за скоєння якого особа не може бути притягнутою до кримінальної відповідальність через малолітній вік, стан неосудності, оскільки не є належним суб'єктом. По-четверте, вважаємо, що відмова від цього терміна може мати й наслідки психолого-соціологічного характеру, які можуть виявитися у виникненні громадської думки (або думки окремих груп населення) про можливість уникнення відповідальності за вчинення злочину.

Вирішуючи означене завдання, на нашу думку, не можна обійти питання юридичної конструкції. Ураховуючи, що юридичні конструкції є комплексом правових засобів, які утворюють типізовані моделі, а їхній зміст полягає у моделюванні, певній логічній побудові нормативного матеріалу [11, с. 8], вважаємо правильною позицією думку К. К. Панько, що саме юридичним конструкціям відведена значна роль у формулюванні та створенні юридичних норм, оскільки вони дозволяють із максимальною ефективністю забезпечити поставлені законодавцем задачі, надаючи нормативної регламентації суспільним відносинам визначеності, чіткості та простоти [12, с. 163].

Таким чином, розглядаючи юридичну конструкцію як розроблену доктриною права та прийняту юридичною науковою спільнотою ідеальну модель, яка дозволяє теоретично осмислити, нормативно закріпити, виявити в правовому тексті та в реальних юридичних відносинах закономірний, послідовний, логічний взаємозв'язок структурних елементів різноманітних правових явищ, можна не лише усвідомити правову дійсність, а й цілеспрямовано, раціонально впливати на неї [13, с. 152].

Специфічною функцією юридичних конструкцій є саме введення в комплекс правових норм логічного зв'язку, що дозволяє розпізнати єдність норм, які утворюють даний інститут, а також їхній зв'язок з іншими інститутами й тим самим показує нове рішення [12, с. 152].

Не слід відкидати й те, що юридичну конструкцію у доктрині права розглядають і як теоретичну конструкцію, доктринальне поняття [14, с. 190; 11, с. 81, 82]. Це дозволить всебічно та глибоко дослідити співвідношення кримінальної відповідальності із заходами кримінально-правового впливу.

Розглядаючи «конструкцію» як процедуру (діяльність) конструювання, будемо враховувати, що вихідним «будівельним» матеріалом для «конструкції» завжди будуть спочатку розрізнені елементи, які піддаються перетворенню, зміні (позитивне право). Результатом даної процедури є цілісне утворення, що за будовою істотно відрізняється від вихідних елементів і за призначенням має статус засобу для певної діяльності [15, с. 90].

Необхідність у створенні юридичної конструкції Д. Є. Пономарьов вбачає у двох випадках. Перший тип ситуацій характеризується наявністю певного масиву приписів позитивного права (нормативних правових актів, звичаїв, договорів, прецедентів і т.п.), спрямованого на юридичну регламентацію соціальних процесів і відносин. При цьому, такому масиву приписів відповідає практика їх застосування, яка склалася і розвивається відповідно до виникаючих конкретних ситуацій, які вимагають правового вирішення. Так, у міру розвитку юридичної практики, з урахуванням значення її мінливих чинників (економічних, культурних, тощо), наявний масив позитивного права виявляється недостатнім для застосування до нових казусів, для яких у фактично наявному позитивному праві немає необхідних механізмів регулювання. Масив фактично наявного позитивного права виявляється недостатнім для продовження юридичної практики в силу своєї неясності, невпорядкованості, неповноти та інших недоліків, які генетично притаманні позитивному праву. Усвідомлення суперечності між, з одного боку, актуальними завданнями юридичної практики, а з іншого – відсутністю в позитивному праві адекватних юридичних механізмів до нових ситуацій і породжує необхідність у створенні юридичної конструкції. Способом вирішення такого протистояння є побудова на наявному недосконалому матеріалі позитивного права нової мисленнєвої структури – «індуктивної конструкції». Другий тип ситуації характеризується тим, що «дедуктивні конструкції» створюються не на матеріалі наявних правових норм, оскільки такі відсутні, а зворотним шляхом – шляхом дедукції, відштовхуючись від більш загальних підстав (наприклад, принципів) [15, с. 91–109].

Повертаючись до того, що ми обрали другий шлях вирішення означеного завдання, зазначимо, що саме поняття «заходи кримінально-правового впливу» є тією дедуктивною конструкцією, яка б дозволила осмислити наявний матеріал позитивного права. Ця юридична конструкція є дедуктивною через те, що її слід виводити, відштовхуючись від більш загальних категорій. Такою категорією, вважаємо, можуть слугувати принципи кримінального права, його завдання, функції. Таким чином, виходячи з вказаного вище, заходи кримінально-правового впливу могли б об'єднати всі форми реакції держави на вчинене суспільно небезпечне протиправне діяння.

Кримінальна відповідальність та заходи кримінально-правового впливу співвідносяться між собою як частина та ціле. Заходи кримінально-правового впливу є більш широкою категорією й не

обмежуються формами реалізації кримінальної відповідальності.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Гончаров Н. В.* Основные этапы эволюции системы мер уголовно-правового характера в России / Н. В. Гончаров // Вестник института: преступление, наказание, исправление. – 2011. – № 15. – С. 12–14.
2. *Карпов К. Н.* Иные меры уголовно-правового характера: система, виды: моногр. / К.Н. Карпов. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 208 с.
3. *Кримінальне* право України: Загальна частина: підруч. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін [та ін.]; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і доп. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
4. *Кримінальне* право України: Загальна частина: підруч. / Бабенко А. М., Вапсва Ю. А., Грищук В. К. [та ін.]; за заг. ред. О. М. Бандурки. − Х. : Вид-во ХНУВС, 2010. − 407 с.
5. *Дворецкий М. Ю.* Перспективы оптимизации отдельных видов уголовной ответственности в контексте повышения ее эффективности / М. Ю. Дворецкий // Вестник Тамбовского университета. – Серия: Гуманитарные науки. – 2010. – Вып. 2 (82). – С. 275–277.
6. *Денисова Т. А.* Кримінальне покарання та реалізація його функцій: автореф. дис. … доктора юрид. наук : спец. : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Т. А. Денисова.– Запоріжжя, 2010. – 38 с.
7. *Трубников В. М.* Уголовное наказание как мера общественного воздействия / В. М. Трубников // Держава та регіони. – Серія: Право. – 2005. – № 1. – С. 112–115.
8. *Щедрин Н.* Четыре «колеи» российского уголовного права / Н. Щедрин // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 59–61.
9. *Щедрин Н. В.* Введение в правовую теорию мер безопасности / Н. В. Щедрин. – Красноярск : Краснояр. гос. ун-т, 1999. – 180 с.
10. *Маннс Г. Ю.* Общее и специальное предупреждение в уголовном праве / Г. Ю. Маннс. – Иркутск : Власть труда, 1926. – 72 с.
11. *Чевычелов В. В.* Юридическая конструкция (проблемы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.0 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Чевычелов Владимир Владимирович. – Н. Новгород : Нижегородская академия, 2005. – 180 с.
12. *Панько К. К.* Юридические конструкции как категории внутренней формы (структуры) уголовного права [Електронний ресурс] / К. К. Панько. – Режим доступу : http://www.lawmix.ru/comm/1242/ (17. 09. 2012).
13. *Давыдова М. Л.* Юридическая техника: проблемы теории и методологии : монография / М. Л. Давыдова. – Волгоград : Изд-во ВолГу, 2009. – 318 с.
14. *Кашанина Т. В.* Юридическая техника: учебн. / Т. В. Кашанина. – 2-е изд., пересмотр. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. – 496 с.
15. *Пономарев Д. Е.* Генезис и сущность юридической конструкции: дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Пономарев Дмитрий Евгеньевич. – Екатеринбург : Уральск. гос. юрид. акад., 2005. – 175 с.

УДК 34.343

# СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО СТ. 229.1 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОСИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ КОНТРАБАНДЫ НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ, ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВ, ИХ ПРЕКУРСОРОВ ИЛИ АНАЛОГОВ

**Архипцев Н.И.,**
кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного права и процесса
Белгородского государственного национального
исследовательского университета,
Почетный работник высшего профессионального
образования Российской Федерации

***Анотація:*** У статті розглянуто питання удосконалення карного законодавства з використання відповідальності за контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх прекурсорів або аналогів.
***Ключові слова:*** контрабанда, наркотичні засоби, психотропні речовини, прекурсори, рослини та їхні частини, що містять наркотичні речовини.

***Аннотация:*** В статье рассмотрены вопросы совершенствования уголовного законодательства по применению ответственности за контрабанду наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов.
***Ключевые слова:*** контрабанда, наркотические средства, психотропные вещества, прекурсоры, растения и их части, содержащие наркотические вещества.

***Annotation:*** This article describes how to improve the criminal law on the application of the responsibility for the smuggling of drugs, psychotropic substances, their analogues or precursors.
***Key words:*** smuggling, narcotics, psychotropic substances, precursors, plants and their parts containing drugs.

---

На рубеже конца XX – начала XXI в. незаконный оборот наркотиков и наркомания стали явлениями глобального характера, несущими угрозу необратимой деградации людей. Более того, претензии наркобизнеса к участию в политической власти подрывает безопасность во многих регионах и рассматриваться как глобальный вызов всем членам мирового сообщества. Как справедливо отмечают ведущие специалисты в области противодействия

*© Архипцев Н.И., 2012*

наркомании, наркоторговля является одним из самых прибыльных видов бизнеса, в частности, по данным за 2010 год мировой рынок ее незаконного оборота оценивался в 320 миллиардов долларов, что составляло около одного процента от мирового внутреннего валового продукта. Согласно обнародованным данным британского медицинского журнала «Ланцет», более 200 млн. людей по всему миру хоть раз в год принимали наркотики, а количество потребителей марихуаны варьируется от 125 до 203 млн., что подтверждается последними исследованиями ООН в данном направлений [1].

Стремительное распространение наркотиков в мире сопровождается расширением масштабов криминализации общества, увеличением числа людей, страдающих от наркозависимости и других заболеваний, связанных с употреблением наркотиков, а колоссальный отток финансовых средств в теневую сферу и их инвестирование в реальную экономику наносят серьезный урон как экономической безопасности отдельных стран, так и мировой безопасности в целом [2, с. 10-11].

Следует иметь в виду, что обострению сложившейся ситуации во многом способствует то обстоятельство, что доминирующую позицию в незаконном обороте наркотиков занимают транснациональные организованные преступные группы, уровень профессионализма и сплоченность которых, как свидетельствует практика, повышается с каждым годом. Данное обстоятельство усугубляется также и тем, что все чаще проблема наркобизнеса рассматривается в неразрывной взаимосвязи с проблемой незаконного оборота оружия, развития экстремизма, сепаратизма и терроризма [3, с. 3].

Заметим, что незаконное употребление наркотических средств негативно сказывается не только на здоровье людей, злоупотребляющих ими, но и ведет также к снижению их общественной активности, сужению и, в конечном счете, распаду социальных связей, отрицательно влияет на социально-психологическую атмосферу, экономику государств, политику и правопорядок в обществе.

Российская Федерация как неотъемлемая часть мирового сообщества в полной мере испытывает на себе последствия массовой наркотизации населения, которая может быть наглядно проиллюстрирована следующими официальными статистическими данными. Так, по данным федерального статистического наблюдения РФ, начиная с 2010 года в России ежегодно регистрируются более 3,15 млн. больных наркологическими расстройствами, или 2222,41 больных в расчете на 100 тыс. населения, что составляет примерно 2% от общей численности населения страны [4], а количество, потребляющих наркотики, как свидетельствуют указанные статистические данные, составляет 550 тыс. человек [5], а число умирающих, ежегодно составляет 126 тыс. человек в возрасте от 15 до 34 лет [6]. Что касается объемов незаконного оборота наркотиков, то, согласно данным Федеральной службы по контролю за оборотом наркотиков, только за 2010 год наркополицейскими из незаконного оборота изъято более 45 т. наркотических средств и психотропных веществ [7]. Серьезность сложившейся ситуации, связанной с незаконным оборотом наркотических средств также подтверждается неблагоприятной тенденцией развития наркопреступности в Российской Федерации [8, с. 3]. Так, согласно данным ГИАЦ МВД РФ, за последние годы в России было зафиксировано: в 2007 году – 231,2; в 2008 году – 232,6; в 2009 году – 238,5; в 2010 году – 222,6, в 2011 году 215,2, а за январь – август 2012 года выявлено 151 тыс. преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, что на 2,4% больше, чем за аналогичный период прошлого года. При этом сотрудниками органов наркоконтроля выявлено 55,2 тыс. (3,0%) преступлений, сотрудниками органов внутренних дел – 93,2 тыс. (+5,6%) преступлений. По сравнению с январем – августом 2011 года на 3,2% сократилось число выявленных преступлений, совершенных с целью сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а их удельный вес в числе преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, уменьшился с 49,4% в январе – августе 2011 года до 46,7% [9].

Следует иметь в виду, что актуальные вопросы, связанные с широким распространением наркомании в стране, в настоящее время выступают приоритетным для Российской Федераций направлением, который отражает настоятельную потребность в разработке стратегии государственного противодействия незаконному обороту наркотиков, базирующегося на основе принципов охраны здоровья населения, а также развития безопасности и защиты прав человека и четкого определения понятий мировой проблемы противодействия наркомании, с учетом реального осуществления комплексного подхода к региональной и международной интеграции в рамках политики борьбы против ее распространения.

Как представляется, одним из актуальных и значимых вопросов противодействия наркомании в настоящее время является совершенствование действующего законодательства по ст. 229.1 УК РФ и предупреждение контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов.

Рассматривая вопросы совершенствования действующего законодательства по ст. 229.1 УК РФ (контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров, аналогов или оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для изготовления наркотических средств или психотропных веществ в Российской Федерации) [10], отметим, что указанные в действующей редакции статьи квалифицирующие, особо квалифицирующие и исключительные признаки, которые содержатся в частях второй, третьей и четвертой анализируемой нормы, не являются далеко исчерпывающим перечнем при совершенствовании рассматриваемого посягательства. Поэтому считаем возможным высказать некоторые предложения по реконструкции в будущем диспозиции данной уголовно-правовой нормы.

Анализ судебно-следственной практики свидетельствует, что при совершении контрабанды наркотических средств и психотропных веществ через таможенную границу в качестве способов совершения преступления могут фигурировать и обученные человеком животные, птицы, и отдельные

виды водоплавающих представителей (например, дельфины). Поэтому способы контрабанды, на наш взгляд, не могут в законе носить исчерпывающий характер, так как при перемещении через таможенную границу контрабандисты могут от простого использования силы ветра, прибегать к достаточно сложным по своей структуре механизмам и технологиям, которые позволят незаконному перемещению наркосодержащих предметов в определенное для виновного место.

Исследуя вопрос о субъекте и предметах преступления, указанных в ст. 229.1 УК РФ, отметим, что если отечественный законодатель, формулируя понятие «должностного лица с использованием своего служебного положения», не конкретизирует его особый статус, то в уголовных кодексах ряда других стран можно встретить формулу, в которой достаточно четко определен круг этих лиц, непосредственно совершающих контрабанду. В частности, такое положение изложено в ч. 2 ст. 213 УК Республики Армения, где законодатель указывает в качестве субъектов преступления на лиц, освобожденных от определенных форм таможенного контроля, или лиц, уполномоченных для перемещения через таможенную границу отдельных товаров или транспортных средств, освобожденных от установленных форм таможенного контроля [11]. По нашему убеждению, такая позиция является обоснованной и отечественному законодателю в дальнейшем следует учесть этот признак при дополнении ч. 2 ст. 229.1 УК РФ.

Что касается предмета преступления, то и здесь при исследовании уголовных законодательств зарубежных стран можно видеть достаточно разнообразный подход. Так, если отечественный законодатель при определении предметов рассматриваемого указывает на наркосодержащие средства и психотропные вещества, их прекурсоры или аналоги, а также на растения, содержащие указанные средства и вещества, а в дальнейшем ограничивается только указанием на инструменты или оборудование, находящиеся под специальным контролем и используемые для изготовления наркотических средств или психотропных веществ, то УК Латвийской Республики, формулируя предмет аналогичного посягательства, указывает на то, что им могут быть: оборудование, устройства, предметы, материалы, предназначенные для недозволенного изготовления наркотических средств и психотропных веществ (ч. 2 ст. 255 УК ЛР) [12]. Схожую норму можно видеть и в УК Литовской Республики, где установлена уголовная ответственность за изготовление устройств для выработки наркотических и психотропных веществ либо за подготовку технологий и инструкций для производства наркотических и психотропных веществ (ст. 262 УК ЛР) [13]. Считаем, что и отечественному законодателю при дополнении действующей редакции ст. 229.1 УК РФ, следует использовать перечисленные в уголовных законодательствах этих государств расширительные особенности предмета посягательства.

Достаточно своеобразный законотворческий подход к рассмотрению понятия контрабанды можно обнаружить и в уголовных законодательствах ряда стран СНГ, в частности в УК Республики Узбекистан, где контрабанда подразделяется на два вида: как преступление против общественной безопасности (ст. 246) и экономическая контрабанда, определяемая как нарушение таможенного законодательства (ст. 182) [14]. В свою очередь, УК Республики Казахстан, также формулирует контрабанду двух видов: контрабанда изъятых из обращения предметов, а также предметов, обращение которых ограничено (ст. 250), и контрабанда других товаров и предметов, которая считается экономической контрабандой (ст. 209) [15].

Полагаем, что позиция уголовных законодательств этих государств достаточно спорная, так как она сохраняет «традиционный» вид контрабанды и не формулирует особенности контрабанды тех предметов, которые имеют особый статус, поэтому им также необходимо пойти по пути УК Украины, где достаточно эффективно действует специальная норма – ст. 305 УК Украины «Контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров» [16].

Исследуя вопрос о предупреждении контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов в Российской Федерации, вначале отметим, что для предупреждения контрабанды наркотических средств и профилактики их злоупотребления в обществе необходим действенный междисциплинарный подход с участием всех заинтересованных сторон: граждан, семьи, гражданского общества, органов власти различного уровня, а правительству Российской Федерации надлежит материально стимулировать обеспечение предоставление услуг по профилактике злоупотребления наркотиками, особенно среди тех социальных кругов, в которых происходит подобная дезинтеграция. К разработке и осуществлению мер, направленных на достижение этой цели, следует привлекать все заинтересованные стороны – школы, общинные группы и родителей, а также государственные и действующие на добровольных началах учреждения. Такие меры следует разрабатывать с учетом потребностей конкретных слоев общества, а их главный посыл должен заключатся в том, что злоупотребление наркотиками не является неизбежным атрибутом жизни в таких кругах. Эти меры следует предпринять наряду с прочими мероприятиями, которые позволяют формировать у людей, особенно молодежи, позитивное восприятие собственной ценности и своих достижений, а также жизненные навыки, требуемые для противостояния вовлечению в деятельность, связанную с незаконным оборотом наркотических средств, и, в частности, их контрабандой.

Следует отметить, что в тех слоях населения, которые сталкиваются с социальной дезинтеграцией и проблемами злоупотребления наркотическими средствами, следует осуществлять комплексную программу мер по оздоровлению их социальной жизни. В качестве первоначальной меры можно предложить создание эффективной системы местного управления с привлечением граждан, семей и гражданского общества в целях расширения прав и возможностей общин и распространения такой культуры, которая не влечет за собой маргинализацию, а способствует реализации чаяний

населения. Правительству РФ при наличии объективных факторов следует предоставить необходимые средства на создание эффективных и общедоступных систем транспорта, здравоохранения, образования и социальной поддержки, а также возможностей для обеспечения занятости населения в процессе планирования и разработки соответствующих мер. По нашему глубокому убеждению, необходимо стремится к тому, чтобы открыть перед отдельными группам населения оптимальные возможности для осуществления этих мер, предоставив им адекватные финансовые средства [17, с. 30].

Следует рассмотреть вопрос об осуществлении инициатив по поддержанию общественного порядка с целью укрепления взаимоотношений с населением на основе доверия и взаимного уважения и повышения при этом уровня его защищенности и безопасности, с тем, чтобы население рассматривало правоохранительные органы не как угрозу, а как необходимый фактор его защиты и благополучия. Активное участие общественных организаций по поддержанию правопорядка, а также в организации досуга, спортивных и культурных мероприятий может содействовать укреплению доверия между населением и правоохранительными органами. Действующим государственным органам исполнительной власти, в свою очередь, следует обеспечить свободный доступ граждан к высококачественным лечебно-реабилитационным наркологическим услугам с тем, чтобы лица, злоупотребляющие наркотиками, могли безотлагательно получать своевременную и эффективную медицинскую помощь.

Считаем, что при выборе стратегии государственного и общественного контроля за оборотом наркотических средств и их контрабанды в Российской Федерации необходимо учитывать особенности наркоситуации в сопоставлении с имеющимся историческим зарубежным и национальным опытом эффективности применения различных моделей социального контроля. В свою очередь, каким из вариантов антинаркотической политики в ближайшем будущем решит руководствоваться правительство Российской Федерации и будет определяться эффективность предпринимаемых мер по противодействию распространенному и опасному социальному явлению.

Подчеркивая значимость международного сотрудничества в области предупреждения контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов, важно значительное внимание уделять практике проведения совместных оперативно-профилактических операций как одному из действенных инструментов борьбы с контрабандой наркотиков. Как справедливо отмечает О.Г. Степанова, взаимодействие, основанное на реальном и оперативном по времени сотрудничества, даст возможность не только организовать работу по выявлению контрабандистов и лиц, причастных к организации контрабандных поставок наркотических средств, но и обмениваться информацией о транспортных средствах и маршрутах, используемых при незаконном трансграничном перемещении, методах сокрытия и маскировки, перемещаемых при транспортировке и сбыте наркосодержащих веществ [8, с. 21]. В дополнение к отмеченному укажем, что предупреждение контрабандного перемещения указанных в законе предметов через таможенную границу возможно лишь при повышении надежности оперативного и технического обеспечения таможенной границы, при использовании всех правомерных возможностей контролируемых органов по предупреждению незаконной контрабанды наркотических средств и психотропных веществ. Для достижения указанной цели, как нам видится, одним из оптимальных путей предупреждения незаконной контрабанды является подписание соглашений о сотрудничестве органов внутренних дел приграничных районов со всеми соседними государствами (такие договоры уже заключены Россией с МВД Казахстана и Украины).

Что касается взаимодействия в рамках международных организаций, то считаем возможным предложить в дальнейшем использование таких форм сотрудничества, как:

- обмен оперативной, статистической, научно-методической и иной информацией о состоянии наркопреступности, новыми образцами наркотиков и прекурсоров, находящихся в незаконном обороте, а также обменом информацией для пополнения единого банка данных о транснациональных преступных группах и их лидерах, причастных к контрабанде наркотических средств и психотропных веществ;
- проведение совместных следственных действий, специальных операций, оперативно-профилактических и оперативно-разыскных мероприятий, в том числе с использованием метода контролируемой поставки, и оказание правовой помощи по уголовным делам, а также создание и укрепление специализированных подразделений по борьбе с контрабандой и оснащение их современными приборами обнаружения и идентификации;
- анализ состояния, структуры, динамики и последствий незаконного оборота наркотиков, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов, а также результатов работы по предупреждению, выявлению, пресечению, раскрытию и расследованию преступлений, связанных с их контрабандой, и выработки на его основе рекомендаций и предложений по совершенствованию правового регулирования, форм и методов совместной деятельности;
- реализация скоординированной политики в области противодействия незаконному обороту наркотических средств и их прекурсоров в рамках таких международных и региональных организаций: АТЕС, СНГ, ЕврАзЭС, ШОС, ОДКБ и других заинтересованных сторон;
- разработка и принятие согласованных мер, препятствующих использованию банковских, коммерческих и других структур для легализации (отмывания) доходов, полученных от незаконного оборота наркотических средств и совместное использование новейших научно-технических достижений в сфере противодействия их незаконному обороту;
- обмен опытом работы компетентных органов по предупреждению, выявлению, пресечению,

раскрытию и расследованию преступлений, связанных с контрабандой наркотических средств и осуществление совместных мероприятий по выявлению и уничтожению незаконных посевов наркосодержащих культур, и иные совместные мероприятия, способные действенно противостоять контрабанде указанных предметов [18].

Учитывая динамичность и приспособляемость преступности, связанной с контрабандой наркотических средств, достаточно важно развивать такую форму сотрудничества, как совместное проведение научных исследований в сфере незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ в рамках не только Таможенного союза и стран СНГ, но и со всеми заинтересованными сторонами. Считаем необходимым, отметить, что для повышения эффективности взаимодействия правоохранительных органов стран СНГ в области противодействия контрабанды наркотических средств, необходимо учреждение межгосударственного органа Содружества Независимых Государств по борьбе с контрабандой наркотических средств.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Богданов В.* 2 миллиона самоубийц // Российская газета. 2012. – 14 августа.

2. *Фролова Н.А.* Антинаркотическая политика России: динамика развития и направления совершенствования. – М.: Орбита, 2012.

3. *Маслова А. В.* Международно-правовое регулирование борьбы с контрабандой наркотиков: автореф. дисс. канд. юрид. наук. – М, 2002.

4. *Киржанова В.В.*, Сидорюк О.В., Григорова Н.И. [и др.]. Основные показатели деятельности наркологической службы в Российской Федерации в 2010 году. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://nncn.ru/2_335.html

5. *Егоров И.* Пересечь наркотрафик // Российская газета. – 2010. – 1 марта.

6. *Ямшанов Б.* Белая смерть быстро молодеет // Российская газета. – 2011. – 12 ноября.

7. *Егоров И.* Пересечь наркотрафик // Российская газета. – 2010. – 1 марта.

8. *Степанова О.Г.* Контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов, растений либо их частей, содержащих наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры: уголовно-правовое и криминологическое исследование: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. – Челябинск, 2012.

9. *Данные ГИАЦ МВД* России за 2007-2012 годы, форма 453 Единый отчет о преступности, раздел 5 «Преступления связанные с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_112821/

10. Следует отметить, что «термин «контрабанда» согласно п. «г» ст. 1 Международной Конвенции «О взаимном административном содействии в предотвращении, расследовании и пресечении таможенных правонарушений» (подписан в Найроби 9 июня 1977 года), означает обман таможни, состоящий в перемещении товаров через таможенную границу в любой скрытой форме. Россия к данной Конвенции присоединилась в 1994 году // СПС «Консультант Плюс» (дата обращения 5.09. 2012 ).

11. *Уголовный* кодекс Республики Армения от 29 апреля 2003 года (по состоянию на 30. 09. 2011). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.cis.minsk.by/

12. *Уголовный* кодекс Латвийской Республики от 01 апреля 1999 года (по состоянию на 01. 09. 2011) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z794_page_3.html

13. *Уголовный* кодекс Литовской Республики от 26 сентября 2000 года №УШ-1968 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z794_page_3.html

14. *Уголовный* кодекс Республики Узбекистан от 24 сентября 1994 года. № 2012N-XII (в редакции от 12 апреля 2012 года №ЗРУ-324). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://law.edu.ru

15. *Уголовный* кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 168-1 (в редакции от 25 января 2012 года № 548-IV). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://law.edu.ru

16. *Уголовный* кодекс Республики Украина от 01 сентября 2001 года. №9 (в редакции от 15 ноября 2011 года № 4025-VI) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://law.edu.ru

17. *Стус И.В.* Специальные нормы о контрабанде Российская юстиция. – 2012. – №4.

18. *Программа* сотрудничества государств – участников СНГ в борьбе с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров на 2011-2013 годы от 10 декабря 2010 года // СПС «Консультант Плюс» (дата обращения 5.09. 2012).

УДК 343.226 (477)

# ПОГРОЗА В ОКРЕМИХ СКЛАДАХ ЗЛОЧИНІВ (ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ)

**Храмцов О. М.,**
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Розглядаються проблемні питання визначення юридичних та фактичних ознак погрози в теорії та практиці кримінального права. Проаналізовані основні наукові підходи по цьому питанню. Висуваються авторські пропозиції щодо визначення такої ознаки погрози як реальність. Надаються пропозиції по вдосконаленню чинного кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за погрози. Сформульовані авторські редакції відповідних статей Кримінального кодексу України.
***Ключові слова:*** погроза, реальність погрози, фізичне насильство, психічне насильство, об'єкт погрози, психічна травма, загроза настання наслідків, виявлення умислу, примушування.

***Аннотация:*** Рассматриваются проблемные вопросы определения юридических и фактических признаков угрозы в теории и практике уголовного права. Проанализированы основные научные подходы по этому вопросу. Предлагаются авторские предложения по определению такого признака угрозы как реальность. Выдвигаются предложения по усовершенствованию действующего уголовного законодательства. Сформулированы авторские редакции соответствующих статей Уголовного кодекса Украины.
***Ключевые слова:*** угроза, реальность угрозы, физическое насилие, психическое насилие, объект угрозы, психическая травма, угроза наступления последствий, выявление умысла, принуждение.

***Annotation:*** The problematic questions of determining the legal and factual indications of threat in the theory and practice of criminal law are being considered. The main scientific approaches to this problem have been analyzed. The author's proposals for the definition of such an indicia as the reality of threat are raised. There are proposals on the improvement of the criminal law. Author's editions of appropriate articles of the Criminal Code of Ukraine have been formulated.
***Key words:*** threat, the reality of the threat of physical violence, psychological violence, the object of threats, mental injury, threat of consequences, identification of intent coercion.

---

Погрози характеризують об'єктивну сторону достатньо великої кількості злочинів. Ці злочини містяться в різних розділах Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України). Визначення юридичних та фактичних ознак погрози має істотне теоретичне та практичне значення і впливає на кваліфікацію дій винних осіб. Аналіз наукових досліджень, присвячених цій проблемі дозволяє автору зробити висновок про те, що окремі юридичні та фактичні ознаки погрози розуміються вченими по-різному. І в першу чергу, це стосується такої ознаки, як реальність погрози. Метою статті є встановлення основних юридичних та фактичних ознак погрози як кримінально-правової категорії і надання авторських рекомендацій щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за погрози.

Ще І.Я. Фойницький вказував на те, що погроза є навмисним стращанням людини заподіянням їй якого-небудь протизаконного зла. Він справедливо наголошував на тому, що не слід погрозу розглядати як виявлення умислу або замах на заподіяння такого зла, тому що особа може і не мати бажання спричинити його, а також тому, що зло, яким погрожують може бути протизаконним, але не злочинним. На його думку, не можна відносити погрозу до образи честі, тому що в погрозі може і не знаходити свій прояв посягання на честь або добре ім'я певної людини. Сутність погрози полягає у впливі на психічну сторону того, кому погрожують, у збуджуванні в ньому страху і в примусі його до якоїсь дії або бездіяльності. Погроза може бути засобом вчинення якого-небудь іншого злочинного діяння або створює самостійне злочинне діяння проти особистої свободи [1, с. 34]. Вчений справедливо вказує на об'єкт злочину – свобода особи, але це не завжди єдиний об'єкт. Внаслідок погрози, яка не має інструментальної мотивації (не має за мету спонукати потерпілого до певних дій або бездіяльності) може бути заподіяна шкода як фізичному так і психічному здоров'ю потерпілого.

В працях юристів дореволюційного періоду погроза поділялася на два види: неминучу (при розбої) та звичайну (при вимагательстві) [2, с. 24]. У першому випадку, погроза неминуче, на думку потерпілого, може перейти у вбивство або у фізичне насильство. Звичайна погроза ж істотно обмежує варіанти поведінки потерпілого.

У кримінальному праві в поняття погрози різними авторами вкладається різних зміст. Одні автори вважають, що погроза є примусом [3, с. 4]. Другі під погрозою розуміють залякування [4, с. 4; 5, с. 31]. Треті ототожнюють погрозу застосуванням фізичної сили з психічним насильством і розуміють під такою погрозою протиправний вплив, який спрямований на психіку іншої особи з метою придушування та підкорення його волі волі винного шляхом залякування застосуванням фізичної сили [6, с. 23]. Четверті під погрозою розуміють такий психічний вплив на іншу особу, який здійснює порушення свободи її волевиявлення або заподіянні психічної травми [7, с. 199]. П'яті під погрозою розуміють зовнішнє вираження наміру спричинити шкоду [8, с. 625; 9, с. 99; 10, с. 130; 11, с. 65; 12, с. 45]. Шості вказують на те, що погрозу можна поділяти на погрозу як діяння і загрозу як наслідок злочину (в складах поставлення в небезпеку) [13, с. 67]. О. Коростильов пропонує під погрозою-діянням розуміти психологічний вплив на окрему особу, групу осіб, суспільство в цілому, який полягає у виявленні суб'єктивної рішучості нанести шкоду та реальної можливості її спричинення. В свою чергу, загроза у складі поставлення в небезпеку є конструктивною ознакою складу злочину, тобто наслідок, який характеризується реальною можливістю настання шкоди, який супроводжується психічним впливом на особу (осіб),

© *Храмцов О.М., 2012*

які виступають об'єктом погрози, у випадку її (їх) обізнаності про цю погрозу. [14, с. 37].

Не дивлячись на певну різницю, представники всіх цих підходів визнають той факт, що погроза здійснює вплив на психіку іншої людини шляхом повідомлення їй певної інформації з метою примушування до певних дій (бездіяльності), у збудженні почуття страху або спричиненні психічної травми. Важливими питаннями для характеристики погрози є: об'єкт погрози; обов'язкові ознаки кримінально-караної погрози.

Стосовно об'єкта погрози в науці кримінального права немає єдності думок. На думку одних авторів, погроза вбивством, нанесенням тяжких тілесних ушкоджень або знищенням майна не завжди відноситься до насильницьких злочинів, тому що залякування пошкодженням майна не спрямоване на нанесення шкоди здоров'ю або тілесній недоторканості людини. Тому в якості об'єкта таких погроз слід визнавати громадський порядок [15, с. 388]. Інші вважають в якості об'єктів погрози вбивством, нанесенням тяжких тілесних ушкоджень або знищення майна громадський порядок та громадську безпеку [16, с. 356].

На нашу думку, об'єктом погрози є саме особа. Але в деяких злочинах особа виступає в якості додаткового обов'язкового об'єкту. Наприклад, ст. 398 – Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи; ст. 345 – Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу тощо. Але це не змінює спрямованості погрози, як до речі, і інших проявів кримінального психічного насильства. Всі вони спрямовані на особу потерпілого. В юридичній літературі виказуються і інші точки зору. Так В.П. Петруньов вважає, що погроза вбивством здійснює посягання на життя, а погроза підпалом – на майнові відносини [17, с. 14]. Такої ж позиції дотримується і український законодавець, який ст. 195 КК – Погроза знищенням майна розмістив в розділі VI Особливої частини –«Злочини проти власності». Цю позицію підтримує і Г.А. Заідов, який вважає, що суспільна небезпека погрози полягає не тільки в бажанні вплинути на психіку потерпілого, а головним чином, в наявності умислу на вчинення вбивства, якщо він виражається в тій чи іншій формі [18, с. 20]. Його підтримує І.А. Петін, який вважає, що під погрозою насильства розуміється прояв у різній формі бажання (наміру) до вчинення тих же дій до початку їх реального виконання [19, с. 71].

Автор цієї роботи не може з таким погодитись. Фактично вченими кримінально караною визнається погроза у зв'язку з тим, що в ній виявляється умисел на вчинення злочину. А це суперечить принципам кримінального права. Автор погоджується з Л.В. Сердюком, який вважає, що сутність посягання при погрозі полягає в тому, що метою її є душевний спокій потерпілого, спричинення йому психічної травми або придушення свободи її волевиявлення. Небезпека для життя виникає лише в тому випадку, якщо винний спробує реалізувати погрозу але це вже інше питання і інший злочин. Зміст погроз має значення лише для оцінки ступеня її суспільної небезпеки, ступеня їх негативного впливу на психіку [7, с. 195]. О.В. Бойко справедливо наголошує на тому, що погрозу можна вважати насильством проти особи, до якої вона звернена. Погрози являють собою повідомлення (явні або приховані), які сигналізують про можливі шкідливі наслідки для іншого, якщо цей інший не виконає певних умов. Існують і безумовні погрози, які мають реально лише одну функцію – функцію сигналу про потенційну деструкцію [20, с. 63]. Такої ж позиції дотримується і Ю.М. Антонян. Він вважає, що у випадках погрози є наявність агресії, тому що здійснюється руйнівний вплив на психіку тієї людини, якій була адресована погроза, при цьому досить часто принижується честь та гідність. Немає значення, що об'єкт погрози не звернув на неї уваги, зневажає нею, взагалі нічого не помітив [21, с. 40-41]. На цьому наголошував і М.С. Таганцев, який писав, що сутність погрози полягає у впливі на психічну діяльність того, кому погрожують [22, с. 40-41]. Тому в якості об'єкту кримінально-караних погроз слід визнавати саме особу. І тому, не є обгрунтованим розміщення ст. 195 КК – Погроза знищення майна в розділі VI Особливої частини КК України – «Злочини проти власності».

Виходячи з цього ч.1 ст. 129 КК України повинна бути доповнена і викладена в новій редакції наступним чином:

*«Погроза вбивством, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень, знищенням чужого майна якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози».*

Вона повинна бути розміщена в розділі II Особливої частини КК України – «Злочини проти життя та здоров'я особи». До речі саме так робиться в багатьох країнах Європи та СНД.

Окрім погрози, як самостійного складу злочину, погроза може входити в якості дії в більш складні суспільно небезпечні дії. Так вона входить в об'єктивну сторону такого злочину, як згвалтування (ст. 152 КК України). Погроза у згвалтуванні – це залякування потерпілої особи застосуванням фізичного насильства за допомогою висловлювань, жестів, демонстрації зброї тощо. При згвалтуванні погроза у будь-якому разі повинна мати таку ознаку як її реальність, тобто у потерпілої особи має скластись враження, що якщо вона буде протидіяти злочинцю і не буде виконувати його вимог, цю погрозу може бути реалізовано. При цьому немає значення, чи мав ґвалтівник насправді намір і фактичну можливість реалізувати погрозу, яка була висловлена при згвалтуванні. В науці кримінального права виказується точка зору про те, що погроза вбивством або нанесенням тяжкої шкоди при згвалтуванні повинна виражати намір про негайне застосування фізичного насильства до потерпілого або іншим особам. Погроза ж застосування такого насильства в майбутньому не створює склад згвалтування [23, с. 105-106]. Так автори підручника з Особливої частини кримінального права вважають, що у статті 152 при окресленні застосування погрози фізичним насильством поставлено в один ряд із застосуванням фізичного насильства, і в цьому відношенні ця погроза є рівнозначною фізичному насильству, тобто є безпосередньою і може бути негайно виконана суб'єктом злочину. Цей характер погрози і можливість її негайного виконання ставлять потерпілу особу в безвихідний стан, змушують поступитися домаганням насильника [24, с. 83-84]. На наш погляд, така позиція є не зовсім правильною. Український законодавець в законі не вказує на те, що погроза при згвалтуванні повинна мати таку ознаку як негайне застосування насильства до потерпілого, інакше це б прямо було передбачено у відповідній кримінально-правовій нормі. Окрім того, погроза фізичним насильством при згвалтуванні, яка спрямована у майбутнє виступає не менш дійовим засобом впливу на потерпілу особу з метою впливу на її психіку та волю. Така погроза не може входити і в склад такого злочину, як примушування до вступу в статевий зв'язок, тому що ч. 2 ст. 154 КК України передбачає відповідальність за примушування до вступу в статевий зв'язок, яке поєднане з погрозою

знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або розголошення відомостей, що ганьблять її (його) чи близьких родичів. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 року № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» також ніде не вказує на те, що це повинна бути погроза саме *негайного* застосування фізичного насильства до потерпілого або його близьких родичів. На наш погляд, складом згвалтування охоплюється погроза застосування фізичного насильства як негайно так і через певний час, якщо потерпіла (потерпілий) не поступиться домаганням злочинця.

Ч. 2. ст. 154 КК України передбачає кримінальну відповідальність за примушування до вступу в статевий зв'язок шляхом розголошення відомостей, що ганьблять потерпілого (потерпілу) чи її близьких родичів. Це можуть бути справжні або вигадані дані про потерпілу особу або її близьких родичів, їхні дії або дії, вчинені щодо них, які потерпіла особа бажає зберегти у таємниці і розголошення яких, на її думку, здатне скомпрометувати або принизити її честь та гідність або честь та гідність її близьких. Це можуть бути відомості про інтимне життя, венеричні хвороби, аморальні вчинки, вчинення цими особами злочинів тощо. На наш погляд, така позиція законодавця виключає відповідальність осіб, які примушують потерпілих до вступу в статевий зв'язок під погрозою розголошення відомостей, які хоча і не ганьблять потерпілого але які останній чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці. Така погроза здійснює не менший, а іноді і більший негативний вплив на потерпілого, його психіку та волю. Це поняття буде охоплювати відомості, які ганьблять потерпілого або його близьких, а також і інші дані, які він або його близькі бажають зберегти в таємниці. До останніх відносяться: повідомлення про хворобу, повідомлення про усиновлення тощо. Це може бути і відомості про вчинення особою злочину, але не завжди вони є такими, що принижують честь та гідність потерпілого або його близьких. Такі дії не повинні виключати склад цього злочину. Автором пропонується наступна редакція статті 154 КК України:

Стаття 154 Примушування до вступу в статевий зв'язок

*1. Примушування жінки чи чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним або неприродним способом, яке поєднане з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або розголошення відомостей, які потерпіла (потерпілий) або їх близькі родичі бажають зберегти в таємниці,-*

*карається...*

*2. Примушування жінки чи чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним або неприродним способом особою від якої жінка чи чоловік матеріально або службово залежні,-*

*карається...*

*3. Примушування жінки чи чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним або неприродним способом особою від якої жінка чи чоловік матеріально або службово залежні, яке поєднане з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або розголошення відомостей, які потерпіла (потерпілий) або їх близькі родичі бажають зберегти в таємниці,-*

*карається...*

Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 154 КК України слід визнати загального суб'єкта – фізичну, осудну особу, яка досягла 16 років. Для ч. 2 та 3 цієї статті – суб'єкт спеціальний: фізична, осудна особа, яка досягла 16 років, від якої потерпілий матеріально або службово залежить. Погрози при примушуванні можуть бути такими, які негайно можуть бути реалізовані і такі, реалізація яких спрямоване на майбутнє. Така ситуація не повинна впливати на кваліфікацію дій осіб.

Повне визначення юридичних та фактичних ознак погрози в конкретному злочині дозволить здійснити правильну кваліфікацію дій винних осіб та призначити їм відповідне кримінальне покарання. Потребують удосконалення і інші кримінально-правові норми, які передбачають відповідальність за погрози.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Фойницкий И.Я.* Уголовное право. Посягательства личные и имущественные / И.Я. Фойницкий. – Санкт-Петербург: Типография М.М. Стасюлевича, 1907. – 176 с.
2. *Плец М.М.* Шантаж / М.М. Плец // Журнал Министерства Юстиции. 1905. – №5. – С. 24-27
3. *Стерехов Н.В.* Ответственность за угрозу по советскому уголовному праву: автореф. дис. на соискание учён. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право» / Н.В. Стерехов. – Свердловск, 1972. – 24 с.
4. *Костров Г.К.* Уголовно-правовое значение угрозы: автореф. дис. на соискание учён. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право» / Г.К. Костров. – М., 1970. – 22 с.
5. *Гаухман Л.Д.* Борьба с насильственными посягательствами / Л.Д. Гаухман. – М. : Наука, 1969. – 265 с.
6. *Симонов В.И.* Квалификация насильственных посягательств на собственность / В.И. Симонов, В.Г. Шумихин. – М.: Издательство Московского университета, 2000. – 322 с.
7. *Сердюк Л.В.* Насилие: криминологическое и уголовно-правовое исследование / Л.В. Сердюк. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2002. – 384 с.
8. *Словарь* по уголовному праву / Отв. ред. А.В. Наумов. – М.: «Спарк», 1997. – 206 с.
9. *Уголовное право* России. Особенная часть: учебник для студ. высших учеб. завед.; под ред. Игнатова А.Н; Красикова Ю.А. – М.: Юридический центр Пресс, 2000. – 482 с.
10. *Уголовное право.* Особенная часть: учебник для студ. высших учеб. завед.; под ред. Козаченко И.Я., Незнамовой З.А., Новосёлова Г.П. – М.: Норма, 2001. – 324 с.
11. *Российское* уголовное право. Особенная часть: учебник для студ. высших учеб. завед.; под ред. Журавлева М.П., Никулина С.И. – М.: Норма, 1998. – 376 с.
12. *Тихомиров М.Ю.* Юридическая энциклопедия / Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. – М.: Издательство БЕК 1999. – 380 с.
13. *Крашенников А.А.* Угроза в уголовном праве России (проблемы теории и практики правового регулирования) / А.А. Крашенинников. – Ульяновск: Издательство Ульяновского Госуниверситета, 2002 – 203 с.
14. *Коростылёв О.* Угроза в уголовном праве: понятие, виды, значение / О. Коростылёв // Уголовное право. – 2006. – №3 – С. 37-40.

15. *Советское* уголовное право. Часть Особенная: учебник для студ. высших учеб. завед.; под ред. Загородникова Н.И., Якубовича М.И., Владимирова В.А. – М. : Юридическая литература, 1965. – 404 с.
16. *Советское* уголовное право. Часть Особенная: учебник для студ. высших учеб. завед.; под ред. Меньшагина В.Д., Дурманова Н.Д., Кригера Г.А. – М. : Юридическая литература, 1964. – 363 с.
17. *Петрунёв В.П.* Борьба с уголовно-наказуемыми угрозами / В.П. Петрунёв // Советская юстиция. 1975. – №17 – С. 13-16.
18. *Заидов Г.А.* Некоторые вопросы предупреждения убийств / Г.А. Заидов // Труды Ташкентской ВШ МВД СССР. Вып. 6. – Ташкент : Ташкентская ВШ МВД СССР, 1973. – С. 19-23.
19. *Петин И.А.* Механизм преступного насилия / И.А. Петин – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 343 с.
20. *Бойко О.В.* Насильство в сім'ї: соціологічний аналіз явища: дис. канд. соціолог. наук, Х., 2003 – 211 с.
21. *Антонян Ю.М.* Насильственная преступность в России / Ю.М. Антонян // Актуальные вопросы борьбы с преступностью в России и за рубежом / Ред. кол. сер. Аниан Л.А. и др. – М.: Издательство Московского Университета 2001. – С. 39-47.
22. *Уголовное* Уложение 1903 года. – СПб: Издательство Санкт-Петербургского университета, 1904. – 367 с.
23. *Андреева Л.А.* Квалификация изнасилований / Л.А. Андреева – СПб.: Питер, 1999. – 274 с.
24. *Кримінальне* право України: Особлива частина: підруч. для студентів вищих навч. заклад. / М.І. Бажанов, В.Я. Тацій, В.В. Сташис, І.О. Зінченко [та ін.]. – К.: Юрінком Інтер; Х.: Право, 2001. – 496 с.

УДК 343.01:341

# СИСТЕМНІ ЗВ'ЯЗКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ З ПРИНЦИПАМИ ТА НОРМАМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА (ФОРМАЛЬНІ Й ЗМІСТОВНІ АСПЕКТИ)

**Житний О. О.,**
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри кримінального права та кримінології
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** Розглянуто зв'язки норм міжнародного права з кримінальним правом України. Висвітлено їх форму та зміст. Визначено, з якими складовими міжнародної правової системи взаємодіє внутрішнє кримінальне право. З'ясоване місце загальновизнаних принципів і норм міжнародного права у механізмі реалізації кримінальної політики України. Внесено пропозиції щодо уточнення норм кримінального законодавства.
***Ключові слова:*** кримінальне законодавство, національна кримінально-правова система, міжнародне право, міжнародний договір, загальновизнані норми міжнародного права, загальновизнані принципи міжнародного права.

***Аннотация:*** Рассмотрены связи норм международного права с уголовным правом Украины. Раскрыты их форма и содержание. Определено, с какими составляющими международной правовой системы взаимодействует внутреннее уголовное право. Выяснено место общепризнанных принципов и норм международного права в механизме реализации уголовной политики Украины. Внесены предложения об уточнении норм уголовного законодательства.
***Ключевые слова:*** уголовное законодательство, национальная уголовно-правовая система, международное право, международный договор, общепризнанные принципы международного права, общепризнанные нормы международного права.

***Annotation:*** The relation of international law to criminal law in Ukraine. Disclosed their form and content. Determine which components of the international legal system interacts domestic criminal law. Find out where the generally recognized principles and norms of international law in the mechanism of the implementation of the criminal policy of Ukraine. Made proposals to clarify the rules of criminal law.
***Key words:*** criminal law, the national criminal justice system, international law, international treaty established principles of international law and universally recognized norms of international law.

---

В умовах всесвітньої глобалізації вимогою часу є створення в Україні кримінально-правової системи, яка дозволяє підтримувати правопорядок у державі, а також, інтегруючись у загальноєвропейські й світові механізми підтримання стабільності, миру та безпеки, забезпечує протидію злочинності міжнародного характеру, створює основи співробітництва у вирішені регіональних і всесвітніх «антикримінальних» проблем. Тому координація положень внутрішнього кримінального права щодо міжнародної нормативної системи є одним із важливих напрямків правової політики сучасної України, а виявлення й впорядкування системних зв'язків вітчизняного кримінального права з міжнародним правом набувають особливої ваги.

При всій значущості цієї проблеми та підвищеного інтересу до неї у вітчизняному правознавстві (навіть є думка, що «питання відповідності права України до міжнародного права розглядали чи не усі науковці нашої держави» [1, с. 16]) криміналістами вона аналізувалась поки що здебільшого в окремих публікаціях або у розробках деяких інститутів та норм. Серед сучасних авторів, які розглядали проблеми міжнародно-правового виміру національного кримінального права, слід відзначити Ю. В. Бауліна, В. І. Борисова, М. І. Хавронюка, О. М. Броневицьку,

*© Житний О.О., 2012*

В. О. Навроцького, А. В. Савченка, С. Я. Лихову, Г. В. Єпура, В. П. Попович та ін. Водночас, їх розробка далеко не вичерпана, оскільки чимало не лише часткових, а й фундаментальних проблем, що стосуються відносин національної кримінально-правової системи з міжнародною, є дискусійними або перебувають на початкових стадіях вивчення. Тому метою цієї публікації є висвітлення деяких формальних і змістовних аспектів системних зв'язків між кримінальним правом України і міжнародною правовою системою.

Формально деякі із цих зв'язків закріплені низкою положень Кримінального кодексу (далі – КК) України [2] в посиланнях на різні елементи міжнародної правової системи. Ними є: 1) загальновизнані принципи й норми міжнародного права (ч. 1 ст. 3 КК); 2) чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (ч. 5 ст. 3 КК); 3) міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (ч. 4 ст. 6, ч. 2 ст. 7 КК, ч. 1 ст. 438 ,ч. 1 ст. 439 КК, ст. 440 КК); 4) міжнародні договори (ст. 8 КК); 5) міжнародні договори України (ч. 2, ч. 3 ст. 10 КК); 6) міжнародне право (ч. 1 ст. 438 КК). До цього слід додати й ті бланкетні кримінально-правові норми, які, не згадуючи безпосередньо міжнародне право, предметом регулювання чи охорони мають відносини, що ним визначаються. Наприклад, встановлений у ч. 4 ст. 6 КК імунітет щодо кримінально-правової юрисдикції ґрунтується на нормах дипломатичного права [3, с. 61–62], а норма про кримінальну відповідальність за порушення правил ядерної або радіаційної безпеки (ст. 274 КК) включає до таких правил і міжнародні акти (зокрема, Конвенцію про ядерну безпеку [4, с. 97]).

Розмаїття термінології у визначенні в тексті КК елементів міжнародної правової системи, з якими пов'язані його приписи, не завжди виправдане. Так, Віденська конвенція про право міжнародних договорів визначила договір як міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох пов'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування [5]. Майже без змін цю дефініцію відтворено в Законі України «Про міжнародні договори України» [6]. У доктрині міжнародного права ці дефініції уточнюються: міжнародний договір – це угода між суб'єктами міжнародного права, укладення, дія і припинення якої регулюється міжнародним правом (І. І. Лукашук) [7, с. 61]. Слід зазначити, що ст. 9 Конституції України частиною національного законодавства України визнає не будь-які, а чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а в ст. 14 Закону «Про міжнародні договори України» зазначається, що міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб [6]. Отже, з урахуванням положень міжнародних і конституційних актів у випадках посилань КК України на міжнародні договори права й обов'язки суб'єктів кримінально-правових відносин внутрішньодержавного рівня можуть породжувати лише ті, що є чинними для України. При цьому слід мати на увазі, що не всі укладені суб'єктами міжнародних відносин угоди є міжнародними договорами. В останні десятиліття набули широкого розповсюдження неправові угоди (їх не слід плутати із протиправними). Так, головним інструментом перебудови міжнародних відносин в Європі є акти ОБСЄ, положення яких мають не юридичну, а морально-політичну обов'язкову силу [7, с. 62]. Подібні акти «м'якого» права, на відміну від міжнародних договорів, до механізму регулювання внутрішніх кримінальних правовідносин не входять.

Привертає увагу посилання на міжнародне право у диспозиції ч. 1 ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни». Форма позначення зв'язку цієї кримінально-правової норми із міжнародно-правовою системою ширша за зміст цього зв'язку. Передбачене ст. 438 КК України діяння є одним із грубих порушень міжнародного гуманітарного права [8, с. 158; 9] (далі – МГП), а тому її диспозиція пов'язана не з усім міжнародним правом, а лише з цією його підгалуззю [10, с. 481]. У цьому зв'язку кваліфікація застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, може передбачати звернення не лише до чинних міжнародних договорів України. Так, М. Куцевич обґрунтовує, що в поняття «міжнародне право» у цьому випадку слід включити й чинні універсальні чи локальні міжнародні акти про заборону певних засобів війни, згоду на обов'язковість яких Україна не давала [11, с. 141]. А на думку В. Попович, перелік заборонених засобів не обмежується переліченими у чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано парламентом, бо поняття «міжнародне право» охоплює не договори, а й міжнародне звичаєве право, рішення міжнародних організацій [12, с. 133]. Ця думка підтверджується у міжнародно-правовій доктрині (в якій відзначається, зокрема, що, хоча в міжнародному регулюванні збройних конфліктів більшість норм містять міжнародні договори, але значення мають і міжнародні звичаї [13, с. 295–296]) та правових позиціях міжнародних організацій (за визначенням Міжнародного Комітету Червоного Хреста, МГП – це міжнародні правила, договірні або засновані на звичаях, що спеціально спрямовані на вирішення гуманітарних завдань, які виникають безпосередньо в результаті збройного конфлікту міжнародного і неміжнародного характеру, з міркувань гуманного характеру обмежують права сторін, що перебувають в конфлікті, вибирати методи і засоби ведення війни або захищають осіб і майно, яким нанесена або може бути нанесена шкода конфліктом [14, с. 583]).

Зв'язки кримінального права з міжнародною правовою системою забезпечують і загальновизнані принципи та норми міжнародного права, на яких (поряд із Конституцією України), як задекларовано в ч. 1 ст. 3 КК, основане кримінальне законодавство України. Отже, зазначені елементи міжнародної правової системи увійшли до його джерел [15, с. 7]. У літературі з кримінального права посилання на них нерідко мають загальний характер, характеристики зазначеного елементу міжнародної правової системи часто розпливчасті. Деякі автори, торкаючись

зазначеного питання, лише окреслюють коло джерел міжнародного права, які фіксують ці принципи й норми (Загальна декларація прав людини 1948 р, Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р., Міжнародний пакт про політичні і культурні права 1966 р.) [16, с. 10; 17, с. 38]. До загальновизнаних принципів і норм міжнародного права М. І. Хавронюк відносить «такі, що стосуються верховенства прав людини, суверенітету держав, дипломатичного імунітету, права міжнародних договорів, мирного розв'язання спорів, міжнародного морського, повітряного, екологічного, економічного і гуманітарного права, боротьби зі злочинністю, правової допомоги і видачі злочинців тощо» [18, с. 17]. Іншим є їх перелік у П. П. Матишевського: це вимоги настання кримінальної відповідальності лише за діяння, визначені в кримінальному законі як злочин; неприпустимість такої відповідальності лише за думки й бажання, не виражені в суспільно небезпечному діянні; визнання провини не інакше як за вироком суду відповідно до закону; призначення покарання судом лише особі, винуватій у вчиненні злочину та в межах, встановлених КК [19, с. 9].

Констатуючи, що питання загальновизнаності принципів і норм міжнародного права нормативно не вирішене і дискусійне у теорії, Є. О. Письменський посилається на досвід Російської Федерації, Пленумом Верховного Суду якої було надане їх тлумачення [20, с. 84–85]. Загальновизнані принципи міжнародного права в цих роз'ясненнях розуміються як основоположні імперативні норми міжнародного права, прийняті і визнані міжнародною спільнотою держав в цілому, відхилення від яких неприпустиме (принцип загальної поваги прав людини і принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань тощо), а загальновизнаною нормою міжнародного права – правило поведінки, яке приймається і визнається міжнародною спільнотою держав в цілому як юридично обов'язкове. Джерелом зазначених принципів та норм названо документи ООН та її спеціалізованих установ [21]. На цій підставі російські криміналісти роблять висновок: «загальновизнаний» означає визнаний міжнародною спільнотою держав, загальнообов'язковий, імперативний (відповідно, положення міжнародного права, які не мають форми імперативу, не можуть розглядатись як загальновизнані) [22, с. 130].

Міжнародно-правовою нормою є створене угодою суб'єктів формально визначене правило, що регулює міждержавні відносини шляхом встановлення прав і обов'язків для суб'єктів та забезпечується механізмом охорони [23, с. 113]. На відміну від внутрішньоправових норм, в яких виражено волю окремої держави, в основі норми міжнародного права лежить волевиявлення щонайменше двох суб'єктів міжнародного права [24]. У міжнародно-правовій доктрині їх загальновизнаність пояснюється так, що практично всі суб'єкти міждержавних відносин прямо чи посередньо погоджуються вважати їх обов'язковими (наприклад, такою є норма про недоторканність дипломатичних представників, або норма, яка закріплює свободу судноплавства у відкритому морі [24, с. 56]). Принципи міжнародного права – це соціально обумовлені узагальнені норми, ідеї, які відображують характері риси нормативної системи і її головний зміст [23, с. 82]. Кодифікація загальновизнаних принципів міжнародного права пов'язується із прийняттям Статуту ООН; згодом вони були більш повно сформульовані в Декларації про принципи міжнародного права стосовно дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН від 24.10.1970 р. та доповнені в Заключному акті Наради з безпеки й співробітництва в Європі від 1.08.1975 р. До основних принципів належать, зокрема, суверенна рівність усіх держав; сумлінне виконання взятих на себе зобов'язань; вирішення міжнародних суперечок мирними засобами, щоб не наражати на небезпеку міжнародний мир, безпеку й справедливість; відмова від застосування сили або загрози силою; територіальна недоторканність і політична незалежність; рівноправність і самовизначення народів; повага прав людини та основних свобод і деякі інші. Ці принципи є універсальними нормами міжнародного права, які відрізняє незаперечність і загальна обов'язковість. Суперечність їм інших норм міжнародного права робить останні недійсними [3, с. 12].

Не можна не звернути увагу й на те, що чітке виділення загальновизнаних принципів і норм міжнародного права досить проблематичне, оскільки як такі вони в міжнародно-правових документах не виділяються та вичерпно не перераховуються, а при доктринальному їх тлумаченні питання вирішуються неоднозначно й суперечливо [25, с. 95]. При цьому в міжнародному праві виділяють також «основні принципи міжнародного права» як основоположні імперативні норми міжнародного права, які відповідають основним закономірностям розвитку спільноти держав і в силу цього захищається найбільш жорсткими заходами примушування. При цьому зазначається, що вони подані в універсальній писаній формі принципами заборони сили і погрози силою; мирного вирішення міжнародних спорів; співробітництва держав; поваги основних прав та свобод людини; принципом рівноправності і самовизначення народів [26, с. 81]. Відомий юрист-міжнародник І. І. Лукашук пише про «універсальні норми» в міжнародному праві як про норми, обов'язкові для всіх його суб'єктів [23, с. 136]. Хоч у більшості випадків зазначені категорії використовуються як тотожні, вказана обставина дозволяє припустити, що остаточного вирішення проблема загальновизнаності міжнародно-правових принципів та норм не знаходить і у доктрині міжнародного права, що погіршує перспективи найближчим часом забезпечити вичерпне тлумачення норми ч. 1 ст. 3 КК, яке надало б їй найбільш раціонального змісту.

Універсальний характер загальновизнаних принципів і норм міжнародного права дозволяє застосовувати їх у всіх сферах внутрішньодержавних правовідносин, у т.ч. і кримінально-правових, без перетворення (трансформації) у норми кримінального законодавства держави. Водночас, положення про базування кримінального законодавства держави на цих принципах і нормах (ч. 1 ст. 3 КК) виконує здебільшого не прикладну, а ідеологічну функцію. Вона адресована самому законодавцю, а також партнерам нашої держави у міжнародних відносинах.

Зв'язок названих в ній елементів міжнародної правової системи із кримінальним правом за своїм змістом не відрізняється від відносин, у яких перебувають із ними будь-які інші положення внутрішнього права: поява в ньому приписів, які не відповідають (суперечать) загальновизнаним принципам і нормам міжнародного права, неприпустиме в будь-якій з галузей права України.

Вплив міжнародно-правового чинника у сфері кримінального права виявляється на різних рівнях – ідеологічному (він визначає принципи цієї галузі та формування світогляду фахівців, які забезпечують наукове супроводження її розвитку, здійснюють проектування і реалізацію її норм) та правотворчому (оскільки міжнародно-правові акти визначають розвиток окремих норм та інститутів кримінального права України, стають джерелами для рецепції в нього положень, що дозволяє модернізувати наявні вітчизняні технології кримінально-правового впливу). Проведене дослідження дозволяє підкреслити, що в кримінально-правових відносинах на території України як нормативний регулятор виступає не лише створене державою право, а й елементи міжнародної правової системи. При цьому прикладне значення мають здебільшого ті з них, що містять чинні для України міжнародні договори. Розмаїття термінології, яку використав законодавець, визначаючи ці елементи, не завжди виправдане та потребує проведення уніфікації, яка дозволить узгодити (скоординувати) положення КК, Конституції України й міжнародного права.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Косович В.* Міжнародне право як засіб вдосконалення нормативно-правових актів України / В. Косович // Вісник Львів. нац. ун-ту : Серія юрид. – 2011. – Вип. 54. – С. 16–28.
2. *Кримінальний* кодекс України // Відомості Верховної Ради України. –2001. – № 25. – Ст. 131.
3. *Сироїд Т. Л.* Міжнародне публічне право: навч. посіб. / Т. Л. Сироїд. – Х. : Прометей-Прес, 2005. – 244 с.
4. *Пащенко О. О.* Кримінальна відповідальність за порушення правил ядерної або радіаційної безпеки: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 / Пащенко Олександр Олександрович. – Х., 2004. – 220 с.
5. *Віденська* конвенція про право міжнародних договорів // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.
6. *Про міжнародні* договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.
7. *Лукашук И. И.* Современное право международных договоров / И. И. Лукашук. – М. : Волтерс Клувер, 2004.– Т. 1: Заключение международных договоров / И. И. Лукашук; Российская академия наук; Институт государства и права. – 2004. – 672 с.
8. *Кучевська С. П.* Проблеми гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність та Статуту Міжнародного кримінального суду : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 / Кучевська Світлана Петрівна. – Львів, 2009. – 331 с.
9. *Колотуха І. О.* Кримінальна відповідальність фізичних осіб за порушення норм міжнародного гуманітарного права: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.11 / Колотуха Іван Олексійович. – Одеса, 2010. – 200 с.
10. *Верле Г.* Принципы международного уголовного права : учебник / Г. Верле ; пер. с англ. С. В. Саяпина. – Одесса : Фенікс ; М. : ТрансЛит, 2011. – 910 с.
11. *Куцевич М.* Особливості змісту окремих бланкетних норм Кримінального кодексу України з урахуванням положень міжнародно-правових актів / М. Куцевич // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 7. – С. 139–142.
12. *Попович В. П.* Воєнні злочини як різновид серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права та кримінальна відповідальність за них / В. П. Попович // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 2. – С. 130–135.
13. *Міжнародне* право: навч. посіб.; за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 336 с.
14. *Баймуратов М. О.* Міжнародне право / М. О. Баймуратов. – Х. : Одіссей, 2002. – 672 с.
15. *Житний О. О.* Кримінальне право України: Загальна частина (у схемах та таблицях) / О. О. Житний. – Х. : Одіссей, 2008. – 200 с.
16. *Кримінальний* кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш [та ін.]; за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., перероб. та доп. – Х. : Одіссей, 2004. – 1152 с.
17. *Кримінальне* право України: Загальна частина: підруч. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кривоченко [та ін.]; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – [4-те вид., переробл. і доповн.]. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
18. *Науково*–практичний коментар Кримінального кодексу України; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 5–те вид., переробл та доповн. – К. : Юридична думка, 2008. – 1216 с.
19. *Уголовный* кодекс Украины: научно-практический комментарий / отв. ред. С. С. Яценко. – [3-е изд., исправл. и дополн.]. – К. : А.С.К., 2003. – 1088 с.
20. *Кримінальне* право: Загальна частина: підруч. / А. С. Беніцький, В. О. Гацелюк, М. К. Гнєтнєв [та ін.]; за ред. А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. – К. : Істина, 2011. – 1112 с.
21. *О применении* судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации [Электронный ресурс]: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года № 5. – Режим доступа: http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1177
22. *Бибик О. Н.* Источники уголовного права Российской Федерации / О. Н. Бибик. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2006. – 243 с.
23. *Лукашук И. И.* Нормы международного права в международной нормативной системе / И. И. Лукашук. – М.: Спарк, 1997. – 322 с.
24. *Международное* право: учеб. для студентов вузов обучающихся по спец. «Юриспруденция» / [Б. М. Ашавский и др.] ; под ред. А. А. Ковалев, С. В. Черниченко ; Дипломат. акад. МИД РФ. – 4-е изд., стер. – М. : Омега-Л, 2011. – 831 с.
25. *Родионова Т. А.* Проблемы влияния международного права на отечественное уголовное законодательство: история вопроса и перспективы развития: монограф. / Т. А. Родионова. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 184 с.
26. *Международное* публичное право: учеб. / Л. П. Ануфриева, Д. К. Бекяшев, К. А. Бекяшев [и др.]; отв. ред. К. А. Бекяшев. – 4-е изд., перераб. и дополн. – М. : ТК Велби; Проспект, 2005. – 784 с.

УДК 343.2

# ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ КОНСТРУКЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СОВЕРШАЕМЫХ ПУТЕМ БЕЗДЕЙСТВИЯ В УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

**Ключко Р. Н.,**
кандидат юридических наук, доцент, доцент
кафедры уголовного права и криминологии
Гродненского государственного университета
имени Янки Купалы
Гродно (Республика Беларусь)

***Аннотация:*** В статье дается общая характеристика признаков составов преступлений, совершаемых путем бездействия, закрепленных в Уголовном кодексе Республики Беларусь 1999 года. Представлена характеристика объекта, объективной стороны, субъективной стороны и субъекта таких составов преступлений. Определены основные проблемы уголовно-правового регулирования пассивных форм проявления общественно-опасных деяний, а также возможные пути и способы их решения.
***Ключевые слова:*** преступное бездействие, состав преступления, признаки составов преступлений, совершаемых путем бездействия.

***Анотація:*** У статті дається загальна характеристика ознак складів злочинів, що здійснюються шляхом бездіяльності, закріплених в Кримінальному кодексі Республіки Білорусь 1999 року. Подано характеристику об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивної сторони і суб'єкта таких складів злочинів. Визначено основні проблеми кримінально-правового регулювання пасивних форм прояву суспільно-небезпечних діянь, а також можливі шляхи і способи їх вирішення.
***Ключові слова:*** злочинна бездіяльність, склад злочину, ознаки складів злочинів, що здійснюються шляхом бездіяльності.

***Annotation:*** The article contains the general description of elements of crimes, made by omission, which were confirmed in The Criminal Code of the Republic of Belarus 1999. The author describes the object, the objective side, the subjective side and the subject of such elements of crimes. Formally-legal analysis of the features of such elements of crimes allowed to identify the main problems in criminal legal regulation of passive form of socially dangerous acts and also made it possible to find the ways of their solution.
***Key words:*** criminal omission, elements of a crime (corpus delicti), indications of crimes, made by omission.

---

Состав преступления принято считать информационной моделью преступления определенного вида, закрепленной в уголовном законе [1, с. 27]. Как точно подметил В.Н. Кудрявцев, «поскольку состав преступления имеет определенную структуру, ему должна быть присуща та или иная конструкция, под которой следует понимать характер, тип связей между образующими его признаками, а также разновидность их «набора» или сочетания. Так как признаки составов различны и находятся между собой в разных комбинациях, это приводит к многообразию конструкций составов преступлений. … различия в конструкциях составов определяются не содержанием отдельных признаков, а более крупными образованиями – группами признаков, характеризующих определенный элемент преступления» [2, с. 73]. Проанализировав группы признаков составов преступлений, учиняемых путем бездействия, характеризующих элементы состава преступления, можно обозначить особенности их конструкции.

По нашим подсчетам 92 статьи Особенной части Уголовного кодекса Республики Беларусь 1999 года (далее – УК) предусматривают ответственность за преступные посягательства, которые могут совершаться путем бездействия. Анализируя признаки объекта преступных посягательств, совершаемых путем бездействия, можно отметить, что в качестве такового, исходя из догматического анализа, могут выступать законы и обычаи ведения войны (ч. 1 ст. 137 «Бездействие либо отдание преступного приказа во время вооруженного конфликта»), жизнь и здоровье человека (ст. 159 «Оставление в опасности», ст. 160 «Неоказание капитаном судна помощи терпящим бедствие», ст. 161 «Неоказание медицинской помощи больному лицу», ст. 162 «Ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей медицинским работником», ст. 164 «Нарушение порядка проведения трансплантации», ст. 165 «Ненадлежащее исполнение обязанностей по обеспечению безопасности жизни и здоровья детей»), интересы несовершеннолетних, нетрудоспособных лиц, подопечных (ст. 174 «Уклонение родителей от содержания детей либо от возмещения расходов, затраченных государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении», ст. 175 «Уклонение детей от содержания родителей», ст. 176 «Злоупотребление правами опекуна или попечителя»), конституционные права и свободы гражданина и человека (ст. 204 «Отказ в предоставлении гражданину информации»), отношения собственности (ст. 220 «Недобросовестная охрана имущества»), порядок осуществления экономической деятельности (ст. 225 «Невозвращение из-за границы валюты», ст. 230 «Невозвращение на территорию Республики Беларусь историко-культурных ценностей», ст. 231 «Уклонение от уплаты таможенных платежей», ст. 232 «Воспрепятствование законной предпринимательской деятельности», ст. 237 «Выманивание кредита или субсидии», ст. 242 «Уклонение от погашения кредиторской задолженности», ст. 243 «Уклонение от уплаты сумм налогов, сборов», ст. 244 «Нарушение антимонопольного законодательства»), экологическая безопасность (ст. 264 «Нарушение режима охраны и использования особо охраняемых природных территорий», ст. 265 «Нарушение требований экологической безопасности», ст. 267 «Непринятие мер по ликвидации последствий нарушений

*© Ключко Р.Н., 2012*

экологического законодательства», ст. 268 «Сокрытие либо умышленное искажение сведений о загрязнении окружающей среды», ст. 271 «Нарушение правил охраны недр», ст. 273 «Нарушение правил водопользования», ст. 276 «Уничтожение либо повреждение леса по неосторожности», ст. 278 «Нарушение правил безопасности при обращении с генно-инженерными организмами, экологически опасными веществами и отходами», ст. 279 «Нарушение правил безопасности при обращении с микробиологическими, другими биологическими агентами или токсинами», ст. 280 «Нарушение правил, установленных для борьбы с сорной растительностью, болезнями и вредителями растений», ст. 283 «Нарушение правил охраны рыбы и других водных животных», ст. 284 «Нарушение ветеринарных правил»), общественная безопасность (ст. 298 «Ненадлежащее выполнение обязанностей по охране оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств», ст. 299 «Нарушение правил обращения с огнестрельным оружием, взрывоопасными, легковоспламеняющимися, едкими веществами или пиротехническими изделиями», ст. 300 «Ненадлежащее хранение огнестрельного оружия», ст. 301 «Нарушение правил производственно-технической дисциплины или правил безопасности на объектах использования атомной энергии», ст. 302 «Нарушение правил производственно-технической дисциплины, правил безопасности на взрывоопасных предприятиях или во взрывоопасных цехах либо правил безопасности взрывоопасных работ», ст. 303 «Нарушение правил безопасности горных или строительных работ», ст. 304 «Нарушение правил пожарной безопасности», ст. 305 «Нарушение проектов, обязательных для соблюдения требований технических нормативных правовых актов при производстве строительно-монтажных работ», ст. 306 «Нарушение правил охраны труда», ст. 307 «Непринятие мер по спасанию людей», ст. 308 «Несообщение информации об опасности для жизни людей»), безопасность движения и эксплуатации транспорта (ст. 314 «Нарушение правил безопасности движения или эксплуатации железнодорожного, воздушного или водного транспорта», ст. 315 «Нарушение правил международных полетов», ст. 316 «Нарушение правил безопасности движения и эксплуатации маломерных судов», ст. 317 «Нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств», ст. 317-1 «Управление транспортным средством лицом, находящимся в состоянии опьянения, передача управления транспортным средством такому лицу либо отказ от прохождения проверки (освидетельствования)», ст. 318 «Выпуск в эксплуатацию технически неисправного транспортного средства либо незаконный допуск к управлению им», ст. 319 «Нарушение правил содержания автомобильных дорог, улиц, железнодорожных переездов и других дорожных сооружений», ст. 320 «Нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов», ст. 321 «Нарушение правил, обеспечивающих безопасную работу транспорта»), здоровье населения (ст. 325 «Нарушение правил обращения с радиоактивными материалами», ст. 326 «Нарушение правил радиационного контроля», ст. 330 «Нарушение правил обращения с наркотическими средствами, психотропными веществами и их прекурсорами», ст. 334 «Нарушение правил обращения с сильнодействующими и ядовитыми веществами», ст. 336 «Нарушение санитарно-эпидемиологических правил»), информационная безопасность (ст. ст. 355 «Нарушение правил эксплуатации компьютерной системы или сети»), порядок управления (ст. 371-2 «Нарушение срока запрета въезда в Республику Беларусь», ст. 372 «Нарушение правил охраны линий связи»), интересы правосудия (ст. 397 «Заведомо незаконные задержание или заключение под стражу», ст. 402 «Отказ либо уклонение свидетеля или потерпевшего от дачи показаний либо эксперта или переводчика от исполнения возложенных на них обязанностей», ст. 406 «Недонесение о преступлении», ст. 414 «Уклонение от отбывания наказания в виде лишения свободы или ареста», ст. 415 «Уклонение от отбывания наказания в виде ограничения свободы», ст. 416 «Уклонение от отбывания наказания в виде исправительных работ», ст. 417 «Неисполнение приговора суда о лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью», ст. 418 «Уклонение от уплаты штрафа», ст. 419 «Уклонение от отбывания наказания в виде общественных работ», ст. 421 «Несоблюдение требований превентивного надзора», ст. 422 «Уклонение от превентивного надзора», ст. 423 «Неисполнение приговора, решения или иного судебного акта»), интересы службы (ст. 425 «Бездействие должностного лица», ст. 428 «Служебная халатность»), порядок исполнения воинской обязанности (ст. ст. 434 «Уклонение от мероприятий призыва по мобилизации», ст. 435 «Уклонение от мероприятий призыва на воинскую службу», ст. 436 «Уклонение резервиста или военнообязанного от явки на сборы (занятия)», ст. 437 «Уклонение призывника или военнообязанного от воинского учета», ст. 438 «Неповиновение», ст. 439 «Неисполнение приказа», ст. 445 «Самовольное оставление части или места службы», ст. 446 «Дезертирство», ст. 447 «Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом», ст. 450 «Нарушение правил несения боевого дежурства», ст. 451 «Нарушение правил несения караульной службы», ст. 453 «Нарушение правил несения пограничной службы», 454 «Нарушение правил несения внутренней службы», ст. 455 «Злоупотребление властью, превышение власти либо бездействие власти», ст. 456 «Халатное отношение к службе», ст. 463 «Нарушение правил обращения с оружием, материалами, веществами и предметами, представляющими повышенную опасность для окружающих», ст. 464 «Нарушение правил вождения или эксплуатации машин», ст. 465 «Нарушение правил полетов или подготовки к ним»).

Анализ признаков объекта преступных посягательств, учиняемых путем бездействия, свидетельствует о том, что механизм причинения вреда при совершении таких преступлений предполагает разрыв определенной социальной связи, признаваемой значимой для реализации охраняемых уголовным законом личных, общественных либо государственных интересов. Учинение преступного бездействия не связано с непосредственным

воздействием на человека либо материальные ценности. Можно также констатировать, что публичные интересы, по сравнению с частными, превалируют в качестве объекта уголовно-правовой охраны от преступлений, совершаемых путем бездействия.

Как признак объективной стороны конкретного состава преступления бездействие описывается в диспозиции соответствующей статьи Особенной части УК. Лишь в диспозициях трех статей Особенной части УК (137 «Бездействие либо отдание преступного приказа во время вооруженного конфликта», 425 «Бездействие должностного лица», 455 «Злоупотребление властью, превышение власти либо бездействие власти») законодатель использует термин «бездействие» при характеристике формы деяния как признака объективной стороны преступления. Категория «бездействие» употребляется также и в статье 430 УК «Получение взятки», но лишь при характеристике форм использования должностным лицом своих служебных полномочий. В других случаях используются термины «неоказание», «неисполнение», «уклонение», «несообщение», «непринятие мер», «сокрытие» (предполагающее несообщение), «неповиновение», «несоблюдение», «неприбытие», «неявка», а также «нарушение правил», «ненадлежащее исполнение обязанностей» и др. В форме бездействия могут совершаться и иные преступления, связанные с неисполнением обязанностей, вытекающих из самой природы естественного физиологического существования человека, которые чаще всего образуются вовне активными действиями (например, убийство матерью новорожденного ребенка посредством отказа от его кормления). Неисполнение таких обязанностей характеризуется первоначальным поставлением охраняемого объекта в опасность. В частности, к бездействию, сопряженному с предшествующим поставлением в опасность, относится заведомое оставление в опасности, совершенное лицом, которое само виновно поставило потерпевшего в опасное для жизни или здоровья состояние (ч. 3 ст. 159). Совершенно верно подмечено, что предшествующее поведение лица, порождающее опасную ситуацию, можно признать источником происхождения обязанности предотвращать возможные вредные последствия лишь с оговорками. Непредотвращение лицом, своим предшествующим поведением создавшим опасную ситуацию, вредных последствий такого поведения, если само это поведение имело противоправный характер и наступление данных последствий охватывалось умыслом данного лица, не может рассматриваться в качестве бездействия. В этом случае непредотвращение общественно опасных последствий является не отдельным деянием, а фрагментом преступления, заключающегося в умышленном причинении соответствующего вреда, не требующим самостоятельной квалификации [3, с. 36].

В тех случаях, когда законодатель для описания в уголовном законе признаков преступления использует указание на незаконность поведения, нарушение определенных правил поведения в той либо иной сфере деятельности, для установления признаков соответствующего состава преступления требуется обращение к «неуголовным» нормативным установлениям. В таких случаях принято говорить о бланкетности диспозиции уголовно-правовой нормы. Более половины диспозиций статей Особенной части УК, устанавливающих признаки составов преступного бездействия, являются бланкетными.

Определение момента окончания анализируемых преступлений имеет важное значение для обеспечения правильной правовой оценки указанных деяний. Составы преступлений, предусмотренные статьями 137, 159, 160, 161 (ч. 1), 174, 175, 225, 230, 231, 237, 242, 244, 265 (ч. 2), 268 (ч. 1), 271 (ч. 1), 278 (ч. 1), 301 (ч. 1), 315, 317-1, 325 (ч. 1), 326, 371-2, 402, 406, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 434, 435, 436, 437, 438 (ч. 1), 439 (ч. 1), 445, 446, 447, 450 (ч. 1), 451 (ч. 1), 453 (ч. 1) УК, по своей конструкции являются формальными. Составы, предусмотренные статьями 161 (ч. 2), 162, 164, 165, 176, 204, 220, 232, 243, 264, 265 (ч. 1), 267, 268 (ч. 2), 273, 276, 278 (ч. 3), 279, 280, 283, 284, 298, 299, 300, 301 (ч. 2 и 3), 302 (ч. 2), 303, 304, 305, 306, 307, 308, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 325 (ч. 2 и 3), 330, 334, 336, 355, 372, 428, 439 (ч. 2), 453 (ч. 2), 454, 456, 463, 464, 465 УК, сконструированы как материальные, причем общественно опасные последствия, характерные для этих преступлений, выступают в качестве условия для привлечения лица к уголовной ответственности. Состав бездействия должностного лица (ст. 425) сконструирован как формально-материальный.

Простой арифметический подсчет свидетельствует о незначительном превалировании среди анализируемых материальных составов преступлений, что свидетельствует фактически о презюмировании законодателем причиняющей способности бездействия, которая в уголовно-правовой доктрине постоянно оспаривается. Анализ способов описания признаков объективной стороны формальных составов преступлений, совершаемых путем бездействия, позволяет констатировать длящийся характер значительной их части. Однако необходимо отметить, что в уголовно-правовой науке нет единства мнений по поводу отнесения некоторых преступлений, совершаемых путем бездействия, к длящимся либо простым единичным. Например, из числа преступлений против порядка осуществления экономической деятельности, совершаемых путем бездействия, к длящимся относят невозвращение из-за границы иностранной валюты [4, с. 463; 5, с. 40-42; 8, с. 395], уклонение от погашения кредиторской задолженности [4, с. 513; 5, с. 40-42; 6, с. 203; 7, с. 125, 8, с. 568], уклонение от уплаты налогов [5, с. 40-42], уклонение от уплаты таможенных платежей [5, с. 40-42; 8, с. 574]. По поводу отнесения к длящимся преступлениям с материальным составом уклонения от уплаты налогов, таможенных платежей, погашения кредиторской задолженности, невозвращения из-за границы средств в иностранной валюте, как их именует П. Яни [5, с. 40-42], возражает И. Звечаровский, считая, что эти деяния относятся к преступлениям с материальным составом, но не могут быть признаны длящимися со всеми вытекающими отсюда последствиями, связанными с их уголовно-правовой оценкой [9, с.42]. Столь же проблематичным следует признать и отнесение к числу длящихся некоторых преступлений против правосудия, выражающихся в

нарушении порядка отбывания или исполнения назначенного судом наказания либо режима превентивного надзора. Считаем, что по общему правилу преступное по сути одноактное неисполнение возложенной на субъекта в установленном порядке обязанности, которую он должен осуществить в установленные нормативным либо индивидуально-определенным актом сроки, не следует трактовать как длящееся преступление.

Субъективная сторона подавляющей части составов преступлений, учиняемых в форме бездействия, характеризуется наличием умысла (как обязательного либо наряду с неосторожностью альтернативного признака) по отношению к деянию в форме проявления пассивности. В частности, лишь в форме умысла может выражаться вина по отношению к преступному деянию в форме бездействия в составах преступлений, признаки которых закреплены в статьях 137 (ч. 1), 159, 160, 161, 174, 175, 176, 204, 225, 230, 231, 232, 237, 242, 243, 244, 267 (ч. 2), 268, 271 (ч. 1), 308, 315, 317-1, 326, 355, 371-2, 397, 402, 406, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 425, 434, 435, 436, 437, 438, 445, 446, 447, 455 УК. Умыслом либо неосторожностью характеризуется отношение виновного к бездействию, предусмотренному в качестве признака объективной стороны составов преступлений, признаки которых закреплены в статьях 162, 164, 165, 220, 264, 265, 271 (ч. 2), 273, 276, 278, 279, 280, 283, 284, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 325, 330, 334, 336, 372, 450, 451, 453, 454, 463, 464, 465 УК. Неосторожностью характеризуется отношение виновного к бездействию лишь при совершении преступлений, признаки которых закреплены в ч. 1 ст. 267, статьях 428, 439, 456 УК. Психическое отношение виновного к последствиям в материальных составах бездействия, напротив, чаще характеризуется неосторожностью. Отношение виновного к наступившим последствиям в форме умысла возможно лишь при учинении составов, признаки которых закреплены в статьях 176, 232, 243, 264, 278 (ч. 2), 283, 304 (ч. 1), 425, 450 (ч. 2, 3), 451 (ч. 2, 3), 453 (ч. 2), 454, 455 УК. Из указанного следует, что в подавляющем числе случаев законодатель связывает уголовную ответственность за совершение преступлений путем бездействия с умыслом по отношению к акту бездействия и неосторожностью к наступившим последствиям.

Известно, что объем и содержание признаков вины зависят от конструкции состава преступления по признакам объективной стороны. В преступлении с материальным составом в содержание вины входит психическое отношение лица к деянию и наступившим последствиям, а также причинам их возникновения. Однако не для всех материальных по конструкции составов преступлений в полном объеме определяющим содержание вины является психическое отношение виновного именно к последствиям. Особенностью уголовно-правового воздействия за бездействие, как свидетельствует анализ содержания норм Особенной части УК, является наличие особых условий его уголовной противоправности: как правило, это признаки специального субъекта, обязанного совершить активные действия, а также наступление предусмотренных в уголовном законе общественно опасных последствий. Последствия преступного бездействия, закрепленные в уголовном законе как признак объективной стороны состава преступления, всегда выступают либо в качестве условия привлечения к уголовной ответственности, либо условия ее дифференциации, когда закрепляются в качестве квалифицирующих признаков. В связи с этим, определяющим при характеристике негативного психического отношения лица к установленному в обществе порядку поведения в случаях проявления пассивности является отношение к неисполнению возложенной на него обязанности [10, с. 680-681].

Анализ норм уголовного закона позволяет утверждать, что все составы преступлений, совершаемых путем бездействия, за исключением оставления в опасности (ч. 1 ст. 159 УК) и недонесения о преступлении (ст. 406 УК), характеризуются признаками специального субъекта преступления. Наличие у лица индивидуально определенной обязанности действовать, вытекающей из профессиональных либо служебных функций, либо из предшествующего правомерного или неправомерного поведения этого лица, создающего необходимость и обязанность активной деятельности, характеризует его как специального субъекта. Считаем необходимым обеспечение совершенствования уголовного законодательства Республики Беларусь на основании концепции специального субъекта преступлений, совершаемых путем бездействия.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Игнатов А.Н.* Уголовная ответственность и состав преступления. Лекция 4 / А.Н. Игнатов, Т.А. Костарева // Уголовное право: курс лекций; под ред. Игнатова А.Н., Красикова Ю.А. – М.: ИНФРА-М – Норма, 1996. – 63 с.

2. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2006. – 304 с.

3. *Князьков М.* О сущности преступного бездействия и законодательной регламентации основания уголовной ответственности за него / Князьков М., Леонтьевский В., Лобанова Л. // Уголовное право. – 2005. – №1. – С. 35-37.

4. *Научно*-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Н.А. Ахраменка [и др.]; под общ. ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. – Минск: ГИУСТ БГУ, 2007. – 1007 с.

5. *Яни П.* Длящиеся преступления с материальным составом. К вопросу о квалификации преступного уклонения от уплаты налогов / П. Яни // Российская юстиция. 1999. – № 1. – С. 40-42.

6. *Лукашов А.И.* Преступления против порядка осуществления экономической деятельности: уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации / А.И. Лукашов. – Мн.: Тесей, 2002. – 256 с.

7. *Волженкин Б. В.* Экономические преступления / Б.В. Волженкин / Спб.: Юридический центр Пресс, 1999. – 312 с.

8. *Лопашенко Н.А.* Преступления в сфере экономики: Авторский комментарий к уголовному закону (раздел VIII УК РФ) / Н.А. Лопашенко. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 720 с.

9. *Звечаровский И.* Момент окончания преступлений, связанных с уклонением от уплаты обязательных платежей / И. Звечаровский // Российская юстиция. 1999. – № 9. – С.41-42.

10. *Рарог А.И.* Субъективная сторона преступления // Энциклопедия уголовного права. – Т. 4. Состав преступления. – СПб., 2005. – С. 629-787.

УДК 343.231

# «НАСЛІДКИ» ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ ТА В ПАРАДИГМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРІОРИТЕТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ПЕРЕТВОРЕННЯ ДЕРЖАВИ НА ПРАВОВУ

**Кундеус В. Г.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права,
кримінології і кримінально-виконавчого права
ННІ ПМК Харківського національного
університету внутрішніх справ

**Лантінов Я. О.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету Харківського
національного університету
імені В. Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено визначенню наслідків у дослідженнях вітчизняних учених-криміналістів та з'ясуванню шляхів приведення до відповідності завданням забезпечення пріоритету прав людини та перетворення держави на правову.
***Ключові слова:*** наслідки, права людини, правова держава, когнітивний концепт.

***Аннотация:*** Статья посвящена определению последствий в исследованиях отечественных ученых-криминалистов и выяснению путей приведения в соответствие задачам обеспечения приоритета прав человека и превращения государства в правовое.
***Ключевые слова:*** последствия, права человека, правовое государство, когнитивный концепт.

***Annotation:*** The article deals with the consequences concept transformation from soviet views to the ensure the priority of human rights and the transformation of the state to legal.
***Key words:*** consequences, human rights, legal state, cognitive concept.

---

На сьогодні можливо констатувати, що наука кримінального права України завершила період становлення. Відокремившись від науки радянського кримінального права, кримінальне право України поступово сформувалося з досліджень щодо усього «спектра» проблематики створення та застосування законодавства про кримінальну відповідальність. Таке становище, зокрема, виразно помітне і у сфері досліджень такої кримінально-правової категорії, як «наслідки». Вітчизняні криміналісти поступово перейшли від використання висновків праць радянського періоду таких авторів як М.І. Бажанов [1], В.М. Кудрявцев [2], Н.Ф. Кузнєцова [3], В.В. Мальцев [4], А.С. Міхлін [5], М.І. Панов [6], Г.В. Тімейко [7] до самостійної розробки окремих аспектів поняття наслідків (Л.В. Брич [8], Р.І. Лемеха [9], Р.Л. Максимович [10], Ю.П. Мантуляк [11], О.М. Миколенко [12], А.М. Соловйова [13] та інші) та розробки комплексних учень про злочинні наслідки за кримінальним правом України (П.С. Берзін [14]).

Проте, як указує В.М. Трубников: «в умовах уже суверенної України продовжується вживання властивих для радянської теорії права юридичних понять і категорій, зокрема, держави і права, об'єкта злочину, поняття злочину та інших інститутів кримінального права» [15, с. 6]. За цією позицією ці поняття та категорії потребують свого переосмислення та оновлення, а зазначені стереотипи мають бути подолані шляхом затвердження нової, європейсько орієнтованої доктрини природного права, а також відновлення (відродження) до життя теорії суспільного договору [15, с. 6].

Під кутом зору договірної теорії держави всі поняття державотворення набувають іншого звучання, ніж це мало місце в радянський час і, будучи успадкованими від тих часів, має місце і сьогодні. Як наголошує В.М. Трубников, «врешті-решт колись треба починати цю велику і складну роботу з позбавлення кримінального права стереотипів комуністичної ідеології, ідеології юридичного позитивізму, де на першому або передньому плані завжди стояла держави, а про людину, її права і свободи ніхто і не згадував» [15, с. 9].

Таким чином, постійний інтерес науковців до наслідків кримінально караної поведінки людини, необхідність проведення реформ і радикальних трансформацій економіки, соціальної, гуманітарної сфери, а також необхідність забезпечення пріоритету прав людини та подолання традицій державоцентризму у кримінальному праві України обумовлюють актуальність дослідження проблеми визначення наслідків за кримінальним правом України.

*© Кундеус В.Г., Лантінов Я.О., 2012*

Метою даної роботи є з'ясування тенденції визначення наслідків в наукових працях криміналістів та шляхів приведення у відповідність завданням забезпечення пріоритету захисту прав людини та перетворення держави на правову. Для досягнення цієї мети визнано за доцільне використання методів теоретичного рівня наукового пізнання, зокрема: аксіоматичного, гіпотетико-дедуктивного, методу сходження від абстрактного до конкретного, а також граматичного, діалектичного. Теоретичною базою є положення матеріалістичної філософії, фізіології людини, когнітивної психології, соціології груп.

Для радянського кримінального права був властивий погляд на досліджувану категорію як на шкоду об'єкта злочинів, яким на той час визнавалися суспільні відносини. Так, Н.Ф. Кузнєцова всі шкідливі зміни в охоронюваних кримінальним законодавством суспільних відносинах, заподіяні злочинною дією чи бездіяльністю суб'єкта, називала злочинними наслідками [3, с.10]. Як суспільно небезпечну шкоду, що відбиває властивості злочинного діяння й об'єкта посягання, що заподіюється винною поведінкою, від спричинення якої відповідні суспільні відносини охороняються заходами кримінального права, розумів злочинні наслідки В.В. Мальцев [4, с.27].

У радянський період В.М. Кудрявцев визначав наслідки злочину як передбачену кримінально-правовою нормою матеріальну чи нематеріальну шкоду, заподіювану злочинними діями об'єкту посягання – охоронюваним законом суспільним відносинам і їх учасникам [2, с. 122]. О.С. Міхлін, розкриваючи поняття «наслідки злочину», пояснює, що вони представляють собою шкоду, заподіяну злочинною діяльністю людини суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом [5, с. 23].

Характеристику наслідків як шкоди об'єктові злочину надано також у працях М.І. Панова [6, с. 100-101], Г.В. Тімейко [7, с. 79], Р.І. Лемехи [9, с. 1], Р.Л. Максимович [10, с. 236], А.М. Соловйової [13, с.95].

Недолік цієї концепції полягає у відповідності її ознакам petitio principii [16, с. 499], оскільки за такою концепцією суспільна небезпечність визначається через заподіяння істотної шкоди об'єкту злочину, а об'єктом злочину визнається те, чому заподіюється шкода. Особливо це виявляється саме при характеристиці наслідків, наприклад: «Характеристика понять «шкода, заподіяна злочином» і «наслідку злочину» дозволяє зробити висновок, що ці поняття за своїм змістом й обсягом збігаються» [17, с. 10] – тобто наслідки ототожнюються зі шкодою заподіяною злочином. Далі: «Кримінально-правова шкода – це та істотна шкода, яка заподіюється фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі в результаті вчинення суспільно небезпечного діяння» [18, с. 110], тобто наслідки, які раніше було ототожнено зі шкодою, визнаються тією шкодою, яка є результатом суспільно-небезпечного діяння. Цікаво, що автор цих стверджень переконує, що суспільно небезпечним є будь-яке протиправне діяння, навіть якщо воно не заборонено нормою права, головне, що воно посягає на суспільні відносини, врегульовані нормами права [17, с. 9]. Таким чином, коло замкнене: діяння небезпечне тому, що заподіює шкоду об'єктові злочину, об'єкт злочину – це те, чому заподіюється шкода, а наслідки – це шкода, яка заподіюється діянням об'єктові.

Отже, за розглянутою концепцією, наслідки – це шкода тому, чому заподіюється шкода. Зрозуміло, що гарантувати права людини, зокрема, на справедливе та неупереджене правосуддя, за такої не чіткої у визначенні ключової ознаки підстави кримінальної відповідальності неможливо. Не можна реалізувати за такої концепції і такий принцип правової, демократичної держави, як транспарентність у діяльності системи правосуддя зокрема.

Дискутує з попередньою позицією В.Б Харченко, який приєднується до думки М.Д. Дурманова, який, у свою чергу, пропонував відносити до суспільно небезпечних наслідків «зміни всякого роду, що знаходяться поза свідомістю діючого суб'єкта» [19, с. 59]. З точку зору В.Б. Харченка, шкода заподіюється не виключно суспільним відносинам, але й їх предмету, особі, її правам чи інтересам [20, с. 229]. Фактично ту саму позицію відстоює П.С. Берзін, зазначаючи, що будь-який результат суспільно небезпечного діяння, визнаного злочином, слід розглядати як ураження відповідних компонентів (елементів) об'єкта злочину [21, с. 12].

Перевагою такого підходу, є те, що дослідники обмежують явища, негативні зміни яких і утворюють наслідки, явищами, які придатні для безпосереднього сприйняття органами людських чуттів. Тобто, наслідки визнаються явищем об'єктивного світу. Зрозуміло, що з огляду на необхідність гарантувати права людини, очевидно більш привабливою є концепція, коли одним із критеріїв злочинності діяння виступає явище об'єктивне, а не уявне.

Концепція злочинних наслідків, запропонована П.С. Берзіним, була схвально сприйнята у вітчизняному науковому середовищі. Так, О.О. Дудоров, Є.О. Письменський, Г.О. Усатий відзначили, що заслуговують на увагу запропоновані і добре обґрунтовані автором чотири варіанти використання терміна «наслідки»: перший (суспільно небезпечні наслідки) – на позначення результату суспільно небезпечної поведінки в її найбільш загальному розумінні або, інакше кажучи, результату так званої «кримінально правової аномалії»; другий (злочинні наслідки) – на позначення результату певного типу суспільно небезпечної поведінки (діяння), визначеного законом як злочин певного виду; третій (наслідки як елемент складу злочину) – на позначення законодавчої моделі результату злочину певного виду (як елемент об'єктивної сторони складу конкретного злочину); четвертий (кримінально правові наслідки) – на позначення системи заходів кримінально правового впливу, що застосовуються за відповідний тип суспільно небезпечної поведінки [22, с. 121].

Погоджуючись у цілому з представленою П.С. Берзіним концепцією, слід відразу заперечити доцільність, методологічну обґрунтованість та евристичну цінність охоплення єдиним поняттям наслідків злочину (або діяння, яке підлягає оцінці на наявність ознак складу злочинів), тобто явищ пов'язаних причинним зв'язком, і віддалених правових наслідків, тобто діянь (впливу) інших осіб.

У свою чергу, ті варіанти використання терміна «наслідки» запропоновані П.С. Берзіним, що залишилося, доцільно звести до двох аспектів – онтологічного та гносеологічного. Доцільність цього ґрунтується на аналізі аргументації В.П. Шарікової при визначенні поняття «злочинна шкода».

При з'ясуванні сутності наслідків В.П. Шарікова вбачає більш послідовним як родове поняття наслідків прийняти поняття «зміни в навколишньому світі», яке буде підпорядкованим для поняття з меншим об'ємом – «зміни в навколишньому світі викликані діями людині», останнє поняття можна позначити поняттям «наслідок», оскільки зміни послідовно виникають після діяння людини [23, с. 1001]. На думку дослідниці, підпорядкованим поняттю «зміни в навколишньому світі спричинені діянням людини» буде поняття – «небажані зміни в навколишньому світі спричинені діянням людини» або, ... «небажані наслідки діяння людини» [23, с. 1002]. Як можна побачити, В.П. Шарікова спочатку характеризує наслідки виключно як об'єктивну категорію, тобто як явище онтології, потім вже додає ознаку «бажаності» / «небажаності», що є категорією оцінки, тобто аксіології, яка є підрозділом гносеології.

«Аналізуючи дане поняття, – пише В.П. Шарікова – стає зрозумілим, що необхідно виявлення об'єктивного критерію, на підставі якого має встановлюватися «небажаність» викликаних змін» [23, с. 1002]. Якщо останнє і попередні міркування В.П. Шарикової відповідають правилам поділу понять, то таке її судження викликає певні заперечення: «...критерій відмежування має бути універсальним, принаймні працювати у двох нормативних системах: правовій та соціальній». Адже загальновідомим є той факт, що правова система є по суті системою соціальною, тобто підсистемою суспільства в цілому, а не будь якою іншою системою (астрономічною, термодинамічною, технічною тощо).

І нарешті, неможливо погодись із ключовим тезисом В.П. Шарікової щодо визначення «небажаності» наслідків, що, як це було вже з'ясовано, є явищем об'єктивного світу. «Як вбачається, – вказує В.П. Шарікова – підставою розмежування бажаних змін від небажаних буде з'ясування чи спрямована конкретна дія (або бездіяльність) на отримання результату, що полягає у порушенні мети, заради якої існує певна річ, доцільності перебігу конкретних процесів або існування певних явищ» [23, с. 1002]. Тобто, В.П. Шарікова фактично пропонує вважати об'єктивним критерієм злочинності наслідку, і відповідно діяння, яке його породжує, уявлення самого суб'єкта, тобто суб'єктивний бік цього діяння. З цим погодитись не можна, оскільки такі пропозиції зовсім не сприяють встановленню режиму пріоритету прав людини в діяльності держави, а навпаки, нагадують сумнозвісні часи, коли визнання провини було «царицею доказів».

На нашу думку, «небажаність» наслідку визначається не слідчим чи суддею, а суспільством у цілому шляхом:

а) встановлення заборонної кримінально-правової норми (як правило, у формі законодавчої заборони тих видів діянь, що здатні породжувати такі наслідки);

б) застосування заборонних кримінально-правових норм (як правило, у формі діяльності правоохоронної системи);

в) оцінки громадянським суспільством ефективності діяльності гілок влади; при цьому, якщо суспільство складається з розвинутого громадянського суспільства, що виявляється у напрацьованих зворотних зв'язках зокрема, тоді і законотворча і правоохоронна діяльність ведеться на користь суспільства в цілому і має стимули для вдосконалення.

Чому для характеристики «небажаності» наслідку треба використовувати принаймні ці три пункти? Це пояснюється тим, що проголошення заборони, не підкріплене реальним примусом, дає недостатній ефект. Тим більш, що в державах, які не є правовими, текст правових актів не вважається надійним джерелом інформації про владні приписи. Правоохоронній системі, самій по собі, властиво діяти у корпоративних інтересах, а тому вона потребує зовнішнього контролю. З огляду на це стає зрозумілим, що розумно організоване суспільство потребує такої підсистеми, як громадянське суспільство, що і здатне здійснити зовнішній контроль.

Зовнішнім може вважатися лише той контроль, якій здійсняють особи, які не є членом певної системи, тобто не виконують її функцій, не призначають її членів (не мають вирішального впливу на це) і не є від неї безпосередньо залежними. Сутність цього контролю (який не полягає у керуванні, призначеннях, безпосередньому стимулюванні) може бути лише у вигляді відгуків, схвальних чи критичних, які проголошуються і поширюються. Власно кажучи, таки відгуки проголошуються у будь-якому суспільстві, але їх вільне публічне поширення надає орієнтири для демократичної держави, і забороняється в тоталітарних, авторитарних. Без можливості критикувати «вузли влади», існування інститутів громадянського суспільства лишається переважної частини свого сенсу.

Цей екскурс було здійснено нами з метою продемонструвати важливість розробки кримінально-правових понять таким чином, щоб їх використання забезпечувало чітке визначення заборонених діянь, яке б одноманітно та адекватно розумілося б і правоохоронцями і громадянами, та забезпечувало тотожність у розпізнанні ознак заборонених діянь. Досягнення такого стану буде вагомою складовою стану транспарентності, під якою зазвичай розуміють соціальний феномен, що характеризує вплив інформації та медіа на механізми соціальної організації, стан поінформованості (наявність повного, достатнього та достовірного знання) щодо того чи іншого виду діяльності (її об'єктів чи результатів) [24, с. 7]. Адже, як забезпечити громадянський мир без взаємного розуміння між державою та громадянським суспільством?

З одного боку, Україна намагається репрезентувати себе як демократичну і правову державу, а також як гаранта прав і свобод людини. Відповідні положення є не лише в Конституції України (ст.ст. 1 та 3) [25], але й у Кримінальному

кодексі України (далі – КК) та у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК).

Так, у ст. 1 КК зазначено: «Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам» [26]. «Завданнями кримінального провадження, – зазначено у КПК, – є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура» [27].

З іншого боку, практика діяльності правоохоронних органів не сприяє задоволеності громадян стан захисту від злочинів та правопорушень. Так, за І півріччя 2012 року зменшилася доля розкритих (розслідуваних) злочинів на 3,3%, причому МВС зафіксовано скорочення й кількості зареєстрованих злочинів і кількості тих, що перебувають у провадженні [28]. Причому, таке становище триває значний час і визнається Верховним Судом України – «...можна дійти висновку, що багато громадян мають підстави бути не задоволеними відсутністю гарантій з боку держави щодо захисту їхніх прав» [29].

Отже, встановлено суперечність між декларованими державою цілями та фактичним станом забезпечення прав та свобод громадянина та людини у правоохоронній сфері.

Досліджуючи стан теоретичного опрацювання визначення наслідків у кримінальному праві України ми відзначили завершення становлення кримінального права України після відокремлення від науки радянського кримінального права. Проте вітчизняні дослідники не повною мірою подолали стереотипи, закладені радянською наукою кримінального права, яка віддавала перевагу ідеології за рахунок логічної суворості обґрунтування. Концепцію «Наслідки – шкода об'єкта злочину» слід визнати такою, яка містить логічну помилку типу «передбачення підстави».

Серед сучасних вітчизняних вчених-криміналістів, які опрацьовують питання визначення наслідків і змогли запропонувати логічно не суперечливу в головному концепцію, слід назвати П.С. Берзіна, В.Б. Харченко та В.П. Шарікову. За цією концепцією, наслідком злочинів можуть виступати «зміни в навколишньому світі спричинені діянням людини».

Зважаючи на необхідність забезпечення пріоритету захисту прав людини та набуття Україною ознак правової держави, стає очевидною потреба такого формулювання законодавства про кримінальну відповідальність, коли визначення наслідків будуть одноманітно та адекватно розумітися законодавцями, правоохоронцями та представниками громадянського суспільства і будуть виступати частиною надійного правового забезпечення як правоохоронної діяльності так й громадянського контролю за нею.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Бажанов М.И.* Преступления против личности в УК УССР и судебной практике / В.В. Сташис, М.И. Бажанов: 2-е изд., испр. и доп. – Харьков: Высшая шк., 1987. – 216 с.

2. *Кудрявцев В.Н.* Объективная сторона преступления / В.Н. Кудрявцев. – М.: Госюриздат, 1960. – 244 с.

3. *Кузнецова Н.Ф.* Значение преступных последствий для уголовной ответственности / Н.Ф. Кузнецова. − М.: Госюриздат, 1958. − 220 с.

4. *Мальцев В.В.* Проблема уголовно-правовой оценки общественно опасных последствий. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1989. – 192 с.

5. *Михлин А.С.* Последствия преступления / А.С. Михлин. – М. : Юрид. лит, 1969. – 104 с.

6. *Панов Н.И.* Способ совершения преступления и уголовная ответственность. – Харьков: Высшая школа, 1982. – 162 с.

7. *Тимейко Г.В.* Общее учение об объективной стороне преступления / Г.В. Тимейко. – Ростов н/Д, 1977 – 120 с.

8. *Брич Л.* Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді смерті людини / Л. Брич // Вісник Львів. ун-ту. – Серія юридична. – 2008. –Вип. 46. – С. 178–192.

9. *Лемеха Р.І.* Поняття «тяжкі наслідки»: проблеми визначення змісту / Р.І. Лемеха. – Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – №14. – С. 1-6.

10. *Максимович Р.* Суспільно небезпечні наслідки як ознака об'єктивної сторони складу злочину за чинним Кримінальним кодексом України / Р. Максимович // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 4. – С. 236-241.

11. *Мантуляк Ю.* Окремі питання конкретизації поняття «інші тяжкі наслідки» та «особливо тяжкі наслідки» / Ю. Мантуляк // Прокуратура, Людина. Держава. – 2004. – № 12. – С. 57–60.

12. *Миколенко О.М.* Теоретико-правовий аналіз шкоди, заподіяної злочином / О.М. Миколенко. – Одеса : Студія «Негоціант», 2005. – 164 с.

13. *Соловйова А.М.* Суспільно небезпечні наслідки: поняття, види, особливості при посяганнях на власність за кримінальним законом України / А.М. Соловйова // Право і суспільство. – 2010. – № 1. – С. 95-99.

14. *Берзін П.С.* Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально правове значення: моногр. / П.С. Берлін. – К.: Дакор, 2009. – 736 с.

15. *Кримінальне* право України. Загальна частина: навч. посіб. / В.М. Трубников, Я.О. Лантінов, О.М. Храмцов [та ін]; за заг. ред. В.М. Трубникова. – Харків: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2012. – 448 с.

16. *Кондаков Н.И.* Логический словарь-справочник / Н.И. Кондаков. – М. : Наука, 1975. – 717 с.

17. *Миколенко О.М.* Теоретико-правовий аналіз шкоди, заподіяної злочином: автореф дис. … канд. юрид. наук / О.М. Миколенко. – Х, 2005. – 19 с.

18. *Миколенко О.М.* Співвідношення понять «суспільно-небезпечні наслідки» та «шкода, яка заподіяна злочином» // Кримінальний кодекс України 2001 р. (проблеми, перспективи та шляхи вдосконалення). – Львів: ЛІВС при НАВСУ, 2003. – С. 108-110.

19. *Дурманов Н.Д.* Понятие преступления: монограф. / Н.Д. Дурманов. – М.: Изд-во АН СССР, 1948. – 311 с.

20. *Харченко В.Б.* Суспільно небезпечні наслідки злочинного порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності: проблеми визначення та встановлення / В.Б. Харченко // Вісник Харківського національного

університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право» – Х. : Вид-во ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011 – № 945. – С. 229-233.

21. *Берзін П.С.* Злочинні наслідки в механізмі кримінально-правового регулювання : автореф. дис. … д-ра юрид. наук / П.С. Берзін. – К., 2010. – 35 с.

22. *Дудоров О.* Фундаментальне дослідження злочинних наслідків у кримінальному праві: рецензія / О. Дудоров, Є. Письменський, Г. Усатий // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 4. – С. 120-124.

23. *Шарікова В.П.* Щодо визначення поняття «злочинна шкода, заподіяна працівниками органів внутрішніх справ при виконанні службових обов'язків»: кримінологічний підхід / В. П. Шарікова // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 1000–1007.

24. *Транспарентність* влади в контексті європейської інтеграції України: конспект лекції до короткотермінового семінару в системі підвищення кваліфікації кадрів / уклад : Е. А. Афонін, О. В. Суший. – К. : НАДУ, 2010. – 48 с.

25. *Конституція* України [Текст]// Офіційний вісник України. – 2010, 72/1 від 01.10.2010, ст. 2598.

26. *Кримінальний* кодекс України [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26. – Ст.131.

27. *Кримінальний* процесуальний кодексі України. Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI [Текст] // Голос України від 19.05.2012 – № 90-91.

28. *Стан* та структура злочинності в Україні (2012 рік – 6 місяців) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mvs .gov.ua/ mvs/control/main/uk/publish/article/762153

29. *Практика* застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів // Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України, Управління узагальнення судової практики: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf /0/F18D7A1BB319E390C3256FA1004EFFDD

УДК 343.5;343.7

# ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ЕКОНОМІЧНИХ ЗЛОЧИНІВ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

**Канібер Ю. М.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права
та кримінології ННІПМК
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті розглянуто основні теоретичні положення кримінального права і існуючі практичні підходи правоохоронних органів України до визначення поняття та видів економічних злочинів. Запропоновано розділити економічні злочини за безпосереднім основним і додатковим об'єктами без відповідно до розділів Особливої частини Кримінального кодексу України на дві групи: а) злочини у сфері господарської діяльності і окремі злочини проти власності, які вчинюються в процесі економічної (господарської) діяльності; б) інші злочини, що спричиняють шкоду економічним інтересам держави або суб'єкту господарської діяльності.

***Ключові слова:*** поняття економічних злочинів; об'єкти економічних злочинів;види економічних злочинів.

***Аннотация:*** В статье рассмотрены основные теоретические положения криминального права и существующие практические подходы правоохранительных органов Украины к определению понятия и видов экономических преступлений. Предлагается разделить экономические преступления в соответствии с непосредственным основным и дополнительным объектом безотносительно к разделам Особенной части Уголовного кодекса Украины на две части: а) преступления в сфере хозяйственной деятельности и отдельные преступления против собственности, которые совершаются в процессе экономической (хозяйственной) деятельности; б) иные преступления, причиняющие вред экономическим интересам государства или субъекту хозяйственной деятельности.

***Ключевые слова:*** понятие экономических преступлений; объекты экономических преступлений; виды экономических преступлений

***Annotation:*** In the article the basic theoretical principles of the criminal law, and the practical approaches of law enforcement bodies of Ukraine to the definition of types of economic crimes. It is proposed to divide the economic crimes in accordance with the direct primary and secondary object without regard to sections of the Special part of the Criminal code of Ukraine into two parts: (a) the offences in the sphere of economic activity and certain offences against property, which are in the process of economic (business) activity; b) other crimes that cause harm to the economic interests of the state or the economic entity.

***Keywords:*** the concept of economic crime; objects of economic crimes; the types of economic crimes.

Поняття «економічні злочини» набуло широкого вжитку у зв'язку з необхідністю в правоохоронній діяльності і наукових дослідженнях означити групу злочинів, що завдають шкоди економіці країни. Базове поняття «економіка», враховуючи кримінально-правове розуміння об'єкту кримінально-правової охорони, більшість фахівців визначають як сукупність економічних відносин у суспільстві, тобто система відносин між людьми у процесі виготовлення, обміну, розподілу і споживання різних благ, товарів та послуг. Економічна теорія виділяє дві головні взаємопов'язані групи економічних відносин: відносини власності і виробничо-розподільчі.

Проте законодавець в Особливій частині Кримінального кодексу не використовує поняття «економічні злочини» або подібне до нього,

*© Канібер Ю.М., 2012*

обмежується визначенням окремих груп злочинів, зокрема, «Злочини проти власності» (розділ 6), «Злочини у сфері господарської діяльності» (розділ 7), «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» (розділ 5), «Злочини проти безпеки виробництва» (розділ 10), «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (розділ 17) та інших, які частково можуть розглядатись як суспільно небезпечні діяння, безпосередньо або опосередковано спрямовані проти економічних відносин. Тому поняття економічної злочинності не має усталеного визначення серед науковців і правоохоронців-практиків, що є нормальним для правознавства явищем. В теорії і на практиці увага звертається на різні аспекти змісту поняття «економічні злочини», в залежності від мети та особливостей галузі його використання .

Науково-навчальне розуміння поняття «економічні злочини» різниться в залежності від наукової галузі правознавства і відповідної навчальної дисципліни: кримінально-правове, кримінологічне, криміналістичне, тощо. Зміст кримінально-правового поняття полягає у визначенні видів злочинів, що мають спільний родовий об'єкт зазіхання – економічні відносини, з метою їх систематизації, встановлення особливостей складів злочинів, відмежування від інших злочинів, кваліфікації [1, с. 145]. Інші варіанти визначення мають зміст, похідний від кримінально-правового. Кримінологічне поняття економічної злочинності підпорядковане меті запобігання злочинам, акцентує увагу на негативних для суспільства якостях цього явища, сферу розповсюдження його проявів, причини та умови, особу злочинця, тощо. Наприклад, економічна злочинність визначається як соціально-економічне деструктивне для економіки держави явище, яке проявляється у вчиненні навмисних корисливих злочинів особами у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких виступають відносини власності і відносини у сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання товарів і послуг з метою отримання доходу [2, с. 27-28]. Криміналістичне поняття слугує меті і завданням досудового розслідування економічних злочинів, приділяє увагу технології злочинної діяльності, способу вчинення або приховування злочину, методиці розслідування та доказування. Зокрема, під економічними злочинами в криміналістичному аспекті пропонується розуміти корисливі діяння, вчинені особами з використанням легальних форм господарської діяльності чи повноважень по контролю за цією діяльністю [3, с. 30].

Правоохоронно-практичне поняття «економічні злочини» може об'єднувати декілька наукових підходів в залежності від наявних правоохоронних функцій суб'єкта: прокурорського нагляду (прокуратура), кваліфікації злочинів і притягнення до кримінальної відповідальності, профілактики злочинів (ДСБЕЗ, податкова міліція), статистики злочинності.

Основним керівним документом стосовно розуміння змісту економічних злочинів в правоохоронній системі вважається спільна вказівка Генеральної прокуратури, МВС, СБУ і ДПА № 12-157 окв від 02.06.2004 року «Вказівка щодо єдиного порядку обліку злочинів у сфері економіки» (далі – «Вказівка») [4]. Вказівка використовує тотожне до економічних злочинів поняття «злочини у сфері економіки», розуміючи їх як передбачені Кримінальним кодексом суспільно небезпечні діяння, які посягають на відносини власності у сфері господарчої чи службової діяльності, і мають наступні обов'язкові ознаки, наявність яких є підставою для їх обліку як економічних: 1) спеціальний об'єкт посягання; 2) спеціальний суб'єкт злочину; 3) злочини, передбачені встановленим переліком статей КК; 4) спричинення шкоди економічним інтересам держави або суб'єктам господарської діяльності. До суб'єктів цих злочинів віднесені чотири групи осіб: 1) службові особи, які виконують на підприємствах, установах, організаціях, незалежно від форм власності, організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські операції; 2) особи, які несуть матеріальну відповідальність за ввірене їм майно; 3) особи, які мають доступ до предмета посягання при виконанні трудових обов'язків, у тому числі пов'язаних із охороною майна чи об'єкта; 4) інші особи, злочинні дії яких спрямовані проти господарської діяльності. На цій підставі Вказівка встановлює наступний перелік злочинів у сфері економіки, поділяючи їх на дві групи: 1) злочини, передбачені статтям 188,191, 199-235, 306 КК України, – завжди обліковуються як економічні; 2) злочини, передбачені статтями 185-187, 189, 190, 308, 312, 313, 361-370, 388, 423, 424 КК України, – обліковуються як економічні за умови їх вчинення суб'єктом цього злочину та спричинення шкоди державі або суб'єктам господарської діяльності.

Проте підхід щодо розуміння змісту економічних злочинів і єдиного порядку їх обліку має певні протиріччя [5, с. 12]. По-перше, у визначенні поняття до економічних злочинів відносяться лише посягання проти відносин власності у сфері господарчої або службової діяльності. Фактично, якщо використовувати кримінально-правове розуміння родового або безпосереднього об'єкту злочину, до економічних злочинів віднесені не тільки злочини проти власності. По-друге, до переліку економічних потрапили злочини, що традиційно відносяться до загально-кримінальних майнових – крадіжка (ст. 185 КК), грабіж (ст. 186 КК), розбій (ст. 187 КК). Це певним чином вводить в оману відносно розмежування компетенції служб карного розшуку і боротьби з економічним злочинами. По-третє, в цілому суб'єкт економічних злочинів визначений як спеціальний, але з розширенням кола до «інших осіб, злочинні діяння яких спрямовані проти господарської діяльності» суб'єктом злочину може бути будь-яка особа. Ознака спеціального суб'єкта в значенні ст. 18 КК України втрачає сенс. Суб'єкт може бути загальним. Необхідно також мати на увазі, що окремі положення Вказівки не відповідають чинній редакції Кримінального кодексу.

Основними правоохоронними службами, на які покладена протидія економічним злочинам, є Державна служба боротьби з економічною злочинністю МВС України та частково – податкова міліція. Реорганізована ДСБЕЗ [6] залишила за собою

функції виявлення, розкриття та припинення злочинів у галузі економіки, хоча чинне Положення про ДСБЕЗ не вказує конкретні статті КК України, які відносяться до її компетенції, узагальнюючи переважно за родовим об'єктом: господарські, посадові та інші (корисливі, проти прав інтелектуальної власності) злочини на підприємствах, в організаціях, комерційних структурах, фінансово-кредитній та банківській системах, пов'язані з порушення законодавства, що регулює фінансову, господарську та іншу підприємницьку діяльність. Таким чином, визначаючи компетенцію ДСБЕЗ щодо протидії економічним злочинам, необхідно виходити з вимог Вказівки. Завдання податкової міліції – боротьба зі злочинами у сфері оподаткування, які складають частину господарських злочинів.

В залежності від наукових традицій та стилістичних уподобань правотворчі органи, науковці і практики кримінального права використовують різну термінологію визначення економічних злочинів, що відображують певну відмінність змісту та обсягу поняття – від вельми широкого, що охоплює всі корисливі злочини, до досить вузького, що обмежується суто господарськими злочинами. Зокрема, використовуються такі терміни як «злочини економічної спрямованості», «злочини у сфері економіки, або у сфері економічної діяльності, або у сфері економічних відносин, або у галузі економіки», «злочини проти власності у сфері господарчої чи службової діяльності», «злочини у сфері господарської діяльності», «злочини проти встановленого порядку здійснення господарської діяльності». В залежності від мети наукового дослідження виокремлюються більш конкретні групи економічних злочинів, наприклад, злочини проти державних фінансів [7], пов'язані з незаконним використанням бюджетних коштів [8], тощо. Але в межах навчального курсу з метою спрощення тонкощі можуть бути нівельовані і ці поняття використані як тотожні. Аргументами на користь такого підходу є те, що законодавець і інші суб'єкти правотворчості не дотримуються одноманітності термінології. В теорії кримінального права відсутні суттєві протиріччя і заперечення щодо уніфікації і синонімічності вживаних понять.

Кримінально-правове визначення економічних злочинів традиційно базується на уявленні про об'єкт злочину як про фактичні об'єктивно існуючі в суспільстві відносини, що складаються між людьми у процесі їх життєдіяльності, та поставлених під охорону закону про кримінальну відповідальність. Під родовим (груповим) об'єктом розуміється об'єкт, що охоплює певне коло тотожних або однорідних за своєю соціально-політичною і економічною суттю суспільні відносини. Вважається, що в силу цього вони повинні охоплюватись комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм [9, с. 12-13, 63]. Тому в Особливій частині Кримінального кодексу близькі за родовим об'єктом злочини групуються в окремий розділ. Проте законодавець не виділив економічні злочини в окремий розділ. Очевидно, що на його думку, і з цим треба погодитись, вони не мають спільного родового об'єкту, що відповідає критеріям узагальнення норм Особливої частини. Критерій об'єднання економічних злочинів в окрему групу ширший за обраний законодавцем для структурування Особливої частини КК. Родовим об'єктом економічних злочинів є різнорідні за фактичним змістом правовідносини, що існують у спільній сфері (галузі) життєдіяльності суспільства – сфері виготовлення, обміну, розподілу і споживання різних благ, товарів та послуг, тобто сфері економіки. Вони розглядаються як певна цілісна сукупність без відповідно до структури Особливої частини КК, виходячи з потреб правозастосування та організації кримінально-правової протидії економічним злочинам з боку кримінальної юстиції. До економічних злочинів відносяться суспільно небезпечні діяння, що спричиняють шкоду встановленому порядку економічної діяльності, правовідносинам у сфері економіки (економічним правовідносинам, економічному правопорядку).

На наш погляд, об'єктами економічних злочинів повинні вважатись не фактично утворені в процесі життєдіяльності суспільні відносини економічного характеру, а саме економічні правовідносини, тому що вони врегульовані нормами цивільного, господарського, фінансового, адміністративного, трудового і інших регулятивних галузей права. Загальновизнано, що кримінально-правовою охороною забезпечуються найбільш цінні суспільні блага-об'єкти. Якщо виходити з положень Конституції, що Україна правова держава, то в правовій державі найвищим благом є правопорядок. Тому логічним здається висновок, що не повинні бути об'єктом кримінально-правової охорони суспільні відносини врегульовані іншими не правовими нормами: моралі, звичаями, тощо, або не врегульованими зовсім, коли норма Кримінального кодексу є єдиною нормою, що і забороняє, і встановлює кримінальну відповідальність, і фактично регулює певні відносини. Нажаль такі випадки трапляються і ведуть до суттєвих проблем застосування цих норм на практиці. Наприклад, ст.203-2 КК України певний час «застосовувалась» в умовах відсутності регулюючого заборону зайняттям гральним бізнесом закону. В дійсності абсолютна більшість економічних відносин у державі достатньо повно врегульована Цивільним, Господарським, Податковим кодексами і іншими нормативними правовими актами. Норми цих законів складають правову основу економічного правопорядку держави, зокрема, правовідносин власності, господарського правопорядку, тощо. Доречи, в цьому причина того, що переважна кількість норм, що встановлюють кримінальну відповідальність за економічні злочини, бланкетні за своєю конструкцією. Сукупність правовідносин створюють певний економічний правопорядок. Найбільш важливі з сукупності правовідносин у сфері економіки охороняються кримінальним правом. Інші, вочевидь, повинні охоронятись правовими засобами інших галузей права або прийнятним для суспільства не правовими засобами.

Тому критерієм виділення економічних злочинів в окрему групу повинен стати безпосередній об'єкт злочину, під яким необхідно розуміти конкретні правовідносини, що поставлені законодавцем під охорону певної статті Особливої частини КК, і яким заподіюється шкода злочином, що підпадає під

ознаки конкретного складу злочину. Для однієї частина економічних злочинів економічні правовідносини є основним безпосереднім об'єктом, для іншої – додатковим, переважно факультативним. Законодавець у статтях КК переважно не вказує на охоронювані правовідносини, що потребує ретельного аналізу положень регулятивного закону у сукупності з іншими елементами та ознаками складу певного злочину.

Виходячи з якостей основного безпосереднього об'єкту, до економічних злочинів відносяться злочини у сфері господарської діяльності і окремі злочини проти власності, які вчинюються в процесі економічної (господарської) діяльності. За цими ознаками до економічних злочинів безумовно відносяться злочини, передбачені статтями 188-1, 191, 199-233, 306 Кримінального кодексу України. Аргументом на користь такого групування є базові положення провідних нормативних актів, що регулюють економічні відносини. Наприклад, ст. 3 ГК пояснює, що господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. Тобто діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, має цінову визначеність. А під організаційно-господарськими відносинами розуміються відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Податковий кодекс встановлює правовідносини, регулюючи відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів. І так далі. Великий масив інших нормативно-правових актів виконує функцію встановлення правопорядку у різних секторах економічної сфери, даючи змогу законодавцю адекватно встановлювати кримінально правову охорону цих правовідносин.

Тому економічні правовідносини можуть бути безпосереднім додатковим об'єктом значної групи злочинів, які хоча за ознаками родового і основного безпосереднього об'єкту відносяться к різним розділам Кримінального кодексу, проте можуть бути віднесені до економічних злочинів у разі спричинення шкоди економічним інтересам держави або суб'єкту господарської діяльності, зокрема: злочини проти прав інтелектуальної власності; інші корисливі злочини проти власності; злочини у сфері використання комп'ютерів; злочини і сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; корисливі майнові злочини проти правосуддя та встановленого порядку несення військової служби.

Таким чином, сучасне, спрямоване на реформування суспільства розуміння економічних злочинів, повинно базуватись не тільки на сталій правоохоронній практиці та традиційних теоретичних положеннях кримінального права стосовно об'єкту злочину, а в першу чергу виходити з відповідної до рівня правової держави якості кримінально правого забезпечення охорони економічних інтересів суб'єктів громадського суспільства і держави.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Емельянов В.П.* К вопросу об объекте преступлений против собственности [Текст] / В.П. Емельянов // Теневая экономика, проблемы борьбы с организованной преступностью и коррупцией в сфере экономики: Сборник материалов «круглого стола». Луганск, 1997. – С. 145-147.

2. *Кальман О.Г.* Стан і головні напрямки попередження економічної злочинності в Україні: теоретичні та прикладні проблеми [Текст]: монографія / О.Г. Кальман. – Х., Гімназія, 2003. – 352с.

3. *Протидія економічній злочинності* [Текст]: монографія / П.І. Орлов, А.Ф. Волобуєв, І.М. Осика, Р.Л. Степанюк [та ін.]. –Х.: Нац. ун-т внутр. справ, 2004. – 568с.

4. *Вказівка* щодо єдиного порядку обліку злочинів у сфері економіки № 12-157окв від 02.06.2004 року Генеральної прокуратури, МВС, СБУ і ДПА / Генеральна прокуратура України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gp.gov.ua

5. *Коваленко В.В.* Профілактика економічної злочинності в Україні: концептуальні засади, організаційно-правові основи, проблеми управління [Текст]: монографія / В.В. Коваленко. – Х.: Нац. ун-т внутр справ, 2004. – 420 с.

6. *Деякі питання* Міністерства внутрішніх справ. Розпорядження Кабінету Міністрів України №584-р від 20.09.2012 року [Текст] // Урядовий кур'єр від 06.09.2012. – №160.

7. *Гуторова Н.О.* Кримінально-правова охорона державних фінансів України [Текст]: монографія / Н.О.Гуторова. – Х.: Нац. ун-т внутр справ, 2001. – 384 с.

8. *Запобігання злочинам,* пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів [Текст] : наук.-практ. посіб. / В.В. Кулаков, В.В. Лень, С.С. Мірошніченко [та ін.]. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – 289 с.

9. *Тацій В.Я.* Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України [Текст]: навч. посіб. / В.Я. Тацій. – Х.: УкрЮА, 1994. – 76с.

УДК 343.211 (477)

# ЩОДО РОЗУМІННЯ ПРИНЦИПУ ГУМАНІЗМУ В КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ПОЛІТИЦІ

**Балобанова Д. О.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** У статті досліджуються існуючі нині підходи до визначення принципу гуманізму в кримінально-правовій політиці. Найважливіше завдання кримінальної політики полягає в тому, щоб в основу законотворчої та правозастосовної практики були покладені саме ті правові ідеї, які виражають прогресивну правову ідеологію і в цілому адекватні правосвідомості конкретного суспільства. Однією з таких ідей кримінальної та кримінально-правової політики є принцип гуманізму. В загальному розумінні він передбачає ставлення до людини як до найвищої цінності, повагу до гідності кожної особи, її права на життя, вільний розвиток, реалізацію своїх здібностей і прагнення до щастя. Але слід розрізняти гуманізм по відношенню до осіб, які вчинили злочин, та до законослухняних осіб, які перебувають на території, де діє кримінальний закон.

***Ключові слова:*** політика, кримінальна політика, кримінально-правова політика, принципи, гуманізм, права людини, покарання.

***Аннотация:*** В статье исследуются существующие ныне подходы к определению принципа гуманизма в уголовно-правовой политике. Важнейшее задание уголовной политики состоит в том, чтобы в основу законотворческой и правоприменительной практики были положены именно те правовые идеи, которые выражают прогрессивную правовую идеологию и в целом адекватны правосознанию конкретного общества. Одной из таких идей уголовной и уголовно-правовой политики является принцип гуманизма. В общем понимании он предусматривает отношение к человеку как к высшей ценности, уважение достоинства каждого человека, его права на жизнь, свободное развитие, реализацию своих способностей и стремления к счастью. Но следует различать гуманизм по отношению к лицам, совершившим преступление, и к законопослушным лицам, которые находятся на территории, где действует уголовный закон.

***Ключевые слова:*** политика, уголовная политика, уголовно-правовая политика, принципы, гуманизм, права человека, наказание.

***Annotation:*** This article analyzes the currently existing approaches to the definition of the principle of humanity in criminal policy. The most important task of the criminal policy is that the basis of legislative and law enforcement practices the legal ideas that express progressive legal ideology and the adequate legal consciousness of a particular society have to be put. One of such ideas of the criminal and penal policy is the principle of humanism. In general, it provids an understanding the attitude to human as the highest value, the dignity of every person, his right to life and free development, self-fulfillment and the pursuit of happines. But the humanity against the persons who committed crime, and law-abiding people who are in the territory of the criminal law must be distinguished.

***Key words:*** policy, criminal policy, penal policy, principles, humanism, personal rights, punishment.

---

Політика реалізується в різних сферах життєдіяльності суспільства й у зв'язку з цим може мати різноманітну природу й спрямованість. Надзвичайно важлива сьогодні роль правової політики, тому що в сучасних умовах без неї неможливо цивілізовано й гарантовано здійснювати всі інші види політики.

Уживання терміна «політика» виправдане ще й тим, що політичний підхід пронизує всі галузі соціального життя, у тому числі й сферу кримінально-правового впливу. При цьому кримінальна політика може знаходити своє відображення як у правотворчій, так і в правозастосовній діяльності.

Питанням розробки кримінальної та кримінально-правової політики, значенням для них принципів кримінального права присвячені праці таких видатних вчених, як Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, М.О. Бєляєва, Л.Д. Гаухмана, В.К. Грищука, А.І. Коробєєва, Г.Ю. Лєснікова, Н.О. Лопашенко, Ю.І. Ляпунова, М.І. Мельника, В.О. Навроцького, В.В. Сташіса, В.Я. Тація, В.О. Тулякова, П.Л. Фріса, М.І. Хавронюка та багатьох інших.

Ми виокремлюємо кримінальну політику, що є комплексом заходів із протидії злочинності, і кримінально-правову політику, яка включає законотворчу й правозастосовну діяльність державної влади у сфері кримінально-правового регулювання. При цьому кримінальна політика містить у собі політику кримінально-правову.

Крім того, кримінально-правова політика, визначаючи принципи кримінально-правового впливу на злочинність і принципи правозастосовної діяльності, встановлюючи коло злочинних діянь шляхом вироблення критеріїв злочинного й караного, а також, виключаючи із кола злочинних діянь із урахуванням цих критеріїв, розробляючи загальні засади призначення покарання й інших заходів кримінально-правового характеру, специфіки їхнього застосування й умов звільнення від покарання, є ядром і одночасно нормативною базою української кримінальної політики [1, с. 6].

На теперішній час проголошено гуманізацію всієї правової системи, що є головним напрямом перетворення нашого права, правової реформи. Саме гуманізація дозволяє перейти до якісно нової правової системи, в основу якої поставлено людину з властивими її особливостями, інтересами і потребами. Адже гуманізм в його загальному розумінні виявляється у визнанні цінності людини як особистості, її права на вільний розвиток і прояв своїх здібностей, в повазі і захисті гідності, прав і свобод особистості. Він стверджує благо людини як критерій оцінки всіх суспільних відносин. Кримінальна та кримінально-правова політика тут не є виключеннями.

Найважливіше завдання кримінальної політики полягає в тому, щоб в основу законотворчої та правозастосовної практики були покладені саме ті

*© Балобанова Д.О., 2012*

правові ідеї, які виражають прогресивну правову ідеологію і в цілому адекватні правосвідомості конкретного суспільства. Це пов'язано з тим, що кримінально-правова політика забезпечує об'єктивізацію провідних ідей правосвідомості як вихідних засад чинного кримінального права.

Сучасна кримінальна політика тому й називається політикою, що вона не може бути зведеною тільки до формування законодавчої бази та практики застосування законодавства. Більш важливою є її політична складова – визначення ідеології протидії злочинності.

Правотворчість виступає формою реалізації кримінально-правової політики, а потім у праві відбиваються і в нормативному порядку закріплюються політичні ідеї протидії злочинності. У той же час, формою реалізації кримінально-правової політики виступає правозастосування, отже, ця форма реалізації політики обумовлюється змістом кримінально-правових норм.

Однією з таких ідей кримінальної та кримінально-правової політики є принцип гуманізму. В загальному розумінні він передбачає ставлення до людини як до найвищої цінності, повагу до гідності кожної особи, її права на життя, вільний розвиток, реалізацію своїх здібностей і прагнення до щастя.

Гуманізм у політиці виявляється в формах її організації, цілях та змісті, а також у засобах діяльності. В контексті кримінальної та кримінально-правової політики постає питання про те, яким чином гуманізм реалізується в кримінально-правовій сфері.

Розуміння гуманізму в кримінальному праві в основному спрямоване тільки на одну категорію фізичних осіб – особу, яка вчинила злочин. Саме в цьому ключі формулювалися відповідні норми міжнародного кримінального законодавства (ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., ст. 3 Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основних свобод 1950 р.). Тим часом неодноразово зверталася увага на те, що гуманним кримінальний закон повинен бути, перш за все, по відношенню до законослухняних осіб, а потім вже і по відношенню до злочинців. Таким чином, про гуманізм у кримінальному праві слід говорити в двох аспектах: по-перше, у відношенні всіх фізичних осіб, які перебувають на території дії кримінального закону, і, по-друге, у відношенні тих із них, які вчинили злочин [2, с. 69].

Із таким розумінням принципу гуманізму погоджується більшість науковців, які досліджували це питання. Так, Н.Ф. Кузнєцова вказувала, що одна із сторін принципу гуманізму звернена до потерпілих від злочину, а інша – до суб'єкта злочину [3, с. 75].

Н.О. Лопашенко зазначає, що «в кримінальному законодавстві принцип гуманізму проявляється двояко: перш за все – у всебічній охороні особистості, її прав та інтересів від злочинних посягань і, крім цього, в захисті прав та інтересів особи, винної у скоєнні злочину» [4, с. 55-56].

Із точки зору С.Г. Келіної, В.М. Кудрявцева, «гуманізм – це моральна позиція, яка виражає визнання цінності людини як особистості, повагу до її гідності, прагнення до блага людини як мети суспільного прогресу». При цьому принцип гуманізму не протиставляє учасників кримінально-правових відносин у тому сенсі, що до деяких з них – потерпілого, свідка – необхідно проявляти людяне, гуманне ставлення, а до інших, і перш за все до обвинуваченого, цього нібито не вимагається [5, с. 147-148].

На думку В.Д. Попова, принцип гуманізму є «виражене в правових формах визнання вищої цінності людини, закріплення і забезпечення її прав, умов вільного розвитку, добробуту, затвердження справді людських відносин між людьми і стимулювання всебічного розвитку людини» [6, с. 79].

У першому аспекті принципу гуманізму йдеться про збереження за допомогою кримінального закону непорушною цінності законослухняної людини як особистості. Це завдання вирішується як за допомогою криміналізації суспільно небезпечних діянь, встановлення необхідних і достатніх заходів кримінальної відповідальності за їх вчинення, так і за допомогою реального застосування кримінального закону.

Інший (більш традиційний) аспект принципу гуманізму закріплений в ч. 3 ст. 50 Кримінального кодексу України (далі – КК). Суть даного аспекту полягає в тому, що і по відношенню до осіб, які вчинили злочини, держава зберігає непорушною цінність людини як особистості. Цей напрямок кримінально-правової політики знаходить своє вираження як у нормах, що визначають види і розміри кримінального покарання, інших заходів кримінально-правового характеру, так і в нормах, що регламентують принципи і порядок застосування таких заходів (граничний термін покарання у вигляді позбавлення волі неповнолітнім, незастосування довічного позбавлення волі до деяких категорій осіб і т.ін.).

Разом із тим, при визначенні форми та обсягу відповідальності до особи, яка вчинила злочин, слід обирати захід не тільки необхідний, але й достатній для досягнення тих цілей кримінального покарання, які закріплені в ч. 2 ст. 50 КК. Мінімальна міра відповідальності за вчинене не повинна перетворюватися на всепрощення і породжувати почуття безвідповідальності.

У зв'язку з цим слід вказати на точку зору А.І. Александрова, який визначає гуманізм у кримінально-правовій політиці як усунення з кримінально-правових норм зайво (невиправдано) суворих санкцій, орієнтацію судів на застосування менш суворих покарань [7, с. 395-396]. Така гуманізація буде необхідною, якщо визнавати, що чинне кримінальне законодавство занадто репресивне, міри покарання не завжди «людяні» з точки зору суспільства. У протилежному випадку ідея гуманізації неминуче сприймається як всепрощення, непотрібний лібералізм, безкараність злочинця. З точки зору завдань, що стоять перед кримінальним правом, важливо, щоб гуманне ставлення до особи, яка вчинила злочин, разом із тим виступало як найбільш ефективний засіб протидії злочинності [5, с. 148].

Слід зазначити, що при розгляді принципу гуманізму С.Г. Келіна і В.М. Кудрявцев звертають увагу на те, що в якійсь мірі він є суперечливим: «охороняючи особу і права потерпілих, інтереси суспільства, кримінальна юстиція разом з тим повинна проявляти гуманізм і по відношенню до

злочинця, який порушив ці інтереси» [5, с. 149], більш того, як пишуть автори, «саме ставлення до особи, яка вчинила злочин, є показником реалізації в кримінальному праві гуманістичних принципів» [5, с. 148].

Ще Чезаре Беккаріа писав: «слід застосовувати такі покарання і такі способи їх використання, які, будучи адекватними вчиненому злочину, справляли б найбільш сильне і найбільш тривале враження на душі людей і не завдавали б злочинцю значних фізичних страждань» [8, с. 92].

Гуманізм по відношенню до злочинця повинен поєднуватися з наявністю достатньо ефективної системи заходів, спрямованих на охорону суспільства від злочинних посягань. На думку відомого російського криміналіста С.В. Познишева, якщо покарання реально застосовується, то його стримуючий ефект може бути досягнутий і без зайвої жорстокості, а якщо не застосовується, то навіть найстрашніша загроза залишиться «мертвою» буквою [9, с. 262].

Саме цієї ідеї слід дотримуватися при розробці сучасної кримінально-правової політики України: з одного боку, до осіб, які визнані винними у вчинені злочину, мають застосовуватися покарання, які є необхідними та достатніми для їх виправлення та попередження нових злочинів, без заподіяння їм зайвих страждань та обмежень, які викличуть тільки ненависть до існуючої правової системи та держави. З іншого боку, не слід забувати про потерпілих, які вже зазнали посягання на певні належні їм права та інтереси, й вони не повинні ще додатково страждати від зайвого «гуманізму» кримінального законодавства.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Фріс П. Л.* Кримінально-правова політика України [Текст]: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук:12.00.08 / Фріс Павло Львович; Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2005. – 35 с.
2. *Звечаровский И. Э.* Современное уголовное право России: понятие, принципы, политика [Текст] / И. Э. Звечаровский. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 100 с.
3. Курс уголовного права: Общая часть. – Т. 1: Учение о преступлении [Текст]; под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – 592 с.
4. *Лопашенко Н. А.* Принципы кодификации уголовно-правовых норм [Текст] / Н. А. Лопашенко. – Саратов: Искра, 1989. – 128 с.
5. *Келина С. Г.* Принципы советского уголовного права [Текст] / С. Г. Келина, В. Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 1988. – 173 с.
6. *Попов В. Д.* Гуманизм советского права [Текст] / В. Д. Попов. – М.: Наука, 1972. – 195 с.
7. *Александров А. И.* Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности: история, современность, перспективы, проблемы [Текст] / А. И. Александров. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 2003. – 562 с.
8. *Беккариа Ч. О.* преступлениях и наказаниях [Текст] / Ч. Беккариа / Сост. и предисл. В. С. Овчинского. – М.: ИНФРА-М, 2004. – 184 с.
9. *Познышев С. В.* Основные вопросы учения о наказании [Текст] / С. В. Познышев. – М.: Унив. тип., 1904. – 447 с.

УДК 34.343

# ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ФИРМАМ-«ОДНОДНЕВКАМ» – АКТУАЛЬНАЯ ПРОБЛЕМА РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

**Бурцев А. С.,**
кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного права и процесса
Белгородского государственного
национального исследовательского
университета (Российская Федерация)

***Анотація:*** У статті розглядаються актуальні проблеми протидії злочинам, що скоюються з використанням фірм-«однодніок».
***Ключові слова:*** фірма-«однодніка», комерційна організація, податки, економічна безпека, підприємницька діяльність, податкова корупція, правоохоронна діяльність.

***Аннотация:*** В статье рассматриваются актуальные проблемы противодействия преступлениям, совершаемым с использованием фирм-«однодневок».
***Ключевые слова:*** фирма-«однодневка», коммерческая организация, налоги, экономическая безопасность, предпринимательская деятельность, налоговый вычет, коррупция, правоохранительная деятельность.

***Annotation:*** This paper discusses current problems stopping the crimes committed through the use of companies-«phony».
***Key words:*** firm-«ephemeral», a commercial organization, taxes, economic security, entrepreneurship, tax deduction, corruption, law enforcement.

---

Любое государство заинтересовано в максимальном наполнении казны, активно используя при этом фискальную функцию налоговых платежей. Вместе с тем каждый хозяйствующий субъект стремится к рационализации своей предпринимательской деятельности, в том числе путем минимизации налоговых обязательств перед государством.

*© Бурцев А.С., 2012*

В связи с этим, уже более десятилетия Российское государство в лице своих уполномоченных органов озабочено проблемой фирм-«однодневок».

В феврале 2011 года заместитель руководителя Федеральной налоговой службы Российской Федерации (ФНС) Сергей Аракелов отметил: «Из 4,5 миллиона зарегистрированных в России компаний примерно 2 миллиона – это фирмы-«однодневки». С помощью бизнес-помоек предприниматели занимаются незаконной обналичкой капиталов и уходом от выплаты налогов...» [1, с. 12].

По сведениям директора Департамента экономической безопасности и противодействия коррупции Торгово-промышленной палаты Российской Федерации Николая Гетмана, в России из вновь регистрируемых компаний примерно половина создается по подложным документам и несуществующему адресу. Оборот фирм-«однодневок» в масштабах страны составляет 120-150 млрд. долларов ежегодно. По его словам, из 4 млн. предпринимательских структур только половина действительно работают. Остальные фирмы и организации зачастую имеют признаки «однодневок», т.е. появляются и пропадают из поля деятельности контролирующих органов [2].

По данным Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации (Минэкономразвития РФ), оборот в сфере обналичивания денежных средств с использованием фирм-«однодневок» ежемесячно составляет около 50-80 млрд. руб. [3, с. 24].

Две основные причины толкают руководителей на риски использования в цепи хозяйственных связей фирм-«однодневок»:

- получение выгоды в виде необоснованной экономии на налогах;

- обналичка денежных средств для выплаты «серой» заработной платы, вознаграждений учредителям, дачи взяток и других нужд.

Данные причины переплетены и, как правило, сопровождают друг друга. Как таковое, обналичивание не является налоговым нарушением, но, поскольку, соблюдая законодательство, получить наличные средства возможно лишь, заплатив все установленные налоги, обналичивание через фирмы-«однодневки» сопровождается неуплатой налогов.

В Приказе от 14.10.2008 г. № ММ-3-2/467 «О внесении изменений в Приказ ФНС России от 30.05.2007 г. № ММ-3-06/333 «Об утверждении концепции системы планирования выездных налоговых проверок» налоговыми органами даны два основных направления получения необоснованной налоговой экономии с использованием фирм-«однодневок» [4].

1. Использование фирм-«однодневок» для создания фиктивных расходов и получения вычетов по косвенным налогам без соответствующего движения товара (работ, услуг). В данном случае организация (желающая получить необоснованную налоговую выгоду) заключает хозяйственные договоры с лицом, не исполняющим свои налоговые обязательства, причем деятельность фирмы-«однодневки», как правило, прямо или косвенно подконтрольна получателю необоснованной налоговой выгоды, перечисляет ему определенную договором сумму (в том числе сумму косвенных налогов). Со стороны контрагента условия договора фактически не исполняются, представляются только необходимые первичные документы, подтверждающие совершение операций, т.е. соблюдаются формальные требования к документальному подтверждению произведенных расходов и принятию к вычету сумм косвенных налогов.

2. Использование фирм-«однодневок» с целью увеличения добавленной стоимости товара, уменьшения налоговой нагрузки на производственные подразделения. Данная схема построения хозяйственных связей характерна при реализации товаров, имеющих низкую себестоимость. Производитель (импортер) реализует продукцию по цене, близкой к себестоимости, лицу, не исполняющему свои налоговые обязательства. Далее фирма-«однодневка» реализует тот же товар с существенной наценкой лицу, осуществляющему сбыт конечным потребителям. В рассматриваемой ситуации основная налоговая нагрузка приходится на фирму-«однодневку», в то время как производитель и конечный продавец имеют минимальную налоговую нагрузку.

Суть приведенных выше схем с участием фирм-«однодневок» сводится к искусственному включению их в цепочку хозяйственных связей. Перекладывая налоговое бремя на фирму-«однодневку», организации не только не уплачивают налоги, но и получают экономию в виде наличных средств. Иными словами, не уплаченные в бюджет налоги обращаются в наличные деньги в руках руководителей организаций – недобросовестных налогоплательщиков.

Несмотря на то, что, как таковое понятие «фирма-«однодневка» в законодательстве не закреплено, им уже в течение длительного времени широко пользуются государственные надзорные органы и суды.

Первыми термином «фирма-«однодневка» стали оперировать налоговые органы. Так, уже в Письме от 30.12.2003 г. № БГ-6-09/1390 МНС России были сформулированы для нижестоящих органов признаки фирмы-«однодневки» [5, с. 43].

В судебную терминологию понятие «фирма-«однодневка» пришло чуть позднее. Контрагент, преимущественно не исполняющий свои налоговые обязанности, стал называться для упрощения фирмой-«однодневкой». Взятое на вооружение судами определение чаще всего звучит в следующем контексте:

- договоры заключены обществом с фирмами-«однодневками», не сдающими отчетность или сдающими отчетность с незначительными показателями (Постановление ФАС СКО от 27.09.2010 г. по делу № А63-17034/2009) [6];

- контрагенты общества имеют все признаки фирм-«однодневок» (Постановление ФАС МО от 12.11.2010 г. № КА-А40/14168-10) [7].

В самом общем смысле под «фирмой-«однодневкой» понимается юридическое лицо, не обладающее фактической самостоятельностью, созданное без цели ведения предпринимательской деятельности, как правило, не представляющее налоговую отчетность, зарегистрированное по адресу

массовой регистрации и т.д. (Письмо ФНС России от 11.02.2010 г. № 3-7-07/84 [8]).

В настоящее время в числе основных (формальных) признаков фирмы-«однодневки» налоговики указывают следующие:

- размер уставного капитала, формируемого имуществом, вносимым учредителем, минимален;
- государственная регистрация осуществляется по недействительным паспортам;
- учредителем является одно лицо (юридическое либо физическое);
- государственная регистрация осуществляется по несуществующему адресу (месту нахождения) юридического лица;
- постоянно действующий исполнительный орган по месту нахождения (месту государственной регистрации) юридического лица отсутствует;
- отчетность в налоговые органы не представляется.

Специалисты-практики указывают на дополнительные признаки, по которым контрагента организации могут причислить к фирмам-«однодневкам»:

- отсутствие личных контактов руководства (уполномоченных должностных лиц) компании-поставщика и руководства (уполномоченных должностных лиц) компании-покупателя при обсуждении условий поставок, а также при подписании договоров;
- отсутствие документального подтверждения полномочий руководителя компании-контрагента, копий документа, удостоверяющего его личность;
- отсутствие документального подтверждения полномочий представителя контрагента, копий документа, удостоверяющего его личность;
- отсутствие информации о фактическом местонахождении контрагента, а также складских и (или) производственных и (или) торговых площадей;
- отсутствие информации о способе получения сведений о контрагенте (нет рекламы в СМИ, рекомендаций партнеров или других лиц, сайта контрагента и т.п.). При этом негативность данного признака усугубляется наличием доступной информации (например, в СМИ, наружной рекламе, на интернет-сайтах и т.д.) о других участниках рынка (в том числе производителях) идентичных (аналогичных) товаров (работ, услуг), в том числе предлагающих свои товары (работы, услуги) по более низким ценам;
- отсутствие информации о государственной регистрации контрагента в ЕГРЮЛ (общедоступный, официальный сайт ФНС: www.nalog.ru) [9, с. 54].

Сложившаяся ситуация, безусловно, требует разрешения.

В связи с этим, одни специалисты полагают, что, для того, чтобы эффективно бороться с фирмами-«однодневками», необходимо легализовать такое понятие и законодательно разработать полный набор критериев для определения такого рода организаций. Другие эксперты, наоборот, считают, что любые попытки легализации понятия «фирмы-«однодневки» породят случаи необоснованного признания добросовестных организаций фирмами-«однодневками».

В 2010 году в рамках борьбы с коррупцией Президентом РФ Д.А. Медведевым было дано поручение Министерству юстиции подготовить проект поправок в законодательные акты, связанные с искоренением деятельности фирм-«однодневок».

В поручении Президент указал на то, что необходимо законодательно закрепить ответственность всех в совокупности лиц, которые причастны к созданию таких фирм, а это могут быть и учредители, и руководители, а также организаторы преступных сообществ.

Исходя из поручений Д.А. Медведева, Министерство юстиции и «подготовило» (серьезной, ответственной подготовкой это назвать нельзя) дополнение УК РФ [10] новыми статьями: 173.1 «Незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица» и 173.2 «Незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица», согласно которой предлагается наказывать за предоставление документа, удостоверяющего личность, или выдачу доверенности, если эти действия совершены для образования (создания, реорганизации) юридического лица в целях совершения одного или нескольких преступлений, связанных с финансовыми операциями либо сделками с денежными средствами или иным имуществом.

Заметим, что противоречий, размытостей в формулировке новых статей предостаточно.

Хотелось бы понять, как правоприменители будут определять, осуществляла вновь созданная организация предпринимательскую деятельность или нет. Для этого нужно, чтобы организация хотя бы начала свою деятельность и проработала на рынке хотя бы год, и только тогда можно будет сделать заключение, для чего эта компания создавалась: для реального бизнеса или для отмывания денежных средств.

Можно и далее высказывать замечания в адрес разработчиков исследуемой уголовно-правовой нормы.

Однако давайте смоделируем ситуацию задержания работниками полиции конкретного гражданина – И.И. Иванова, являющегося фиктивным учредителем фирмы-«однодневки». Следователь задает вопрос: «На Вас зарегистрировано некое ООО. Вы в курсе, что являетесь его учредителем?» Ответ Иванова: «Нет, не в курсе. Первый раз слышу».

Вопрос следователя: «Откуда в учредительном договоре фигурируют Ваши паспортные данные и подпись?» Ответ И.И. Иванова: «Паспорт у меня был украден неизвестными тогда-то и там-то (паспорт был утерян при неизвестных обстоятельствах во время поездки в метро) и т.д., и т.п., а подпись поддельная».

И здесь возникает главная проблема. Большинство фирм-«однодневок» зарегистрированы не с помощью паспортов, обмененных бомжами за бутылку водки, и не бедными жителями деревень, продавшими паспорта за бесценок, а с помощью украденных (утерянных) паспортов, несвоевременно внесенных в электронные базы данных органов внутренних дел и позволивших мошенникам зарегистрировать фирму-«однодневку». За утрату и хищение паспорта уголовная ответственность не предусмотрена.

Кроме того, за спиной лиц, продающих (обменивающих) паспорта, стоят организованные преступные группировки, которые никогда не раскроют свои имена и адреса тому, у кого они приобретали паспорта. Следовательно, даже если удастся привлечь некоего И.И. Иванова к уголовной ответственности за предоставление своего паспорта с целью учреждения фирмы-«однодневки» Иванов будет всего лишь «пешкой», «стрелочником» в мошеннических хитросплетениях, а более крупные фигуры могут остаться в стороне.

Вместе с тем уже давно назрела необходимость в разработке и введении в УК РФ нормы, предусматривающей наступление ответственности за совершение действий, заключающихся в использовании юридического лица в целях совершения одного или нескольких преступлений, связанных с финансовыми операциями, другими сделками с денежными средствами или иным имуществом. При этом целесообразно предусмотреть формальный, а не материальный состав преступления. То есть криминализировать деяние, связанное с созданием фиктивного юридического лица.

Подобная новелла в УК РФ необходима, поскольку проблема фирм-«однодневок» серьезно тормозит развитие предпринимательства в Российской Федерации и подрывает доверие к бизнесу, т.к. ст. 10 ГК РФ определяет, что добросовестность лиц в гражданском обороте предполагается. Ситуация, которая сложилась с фирмами-«однодневками», нарушает этот правовой принцип, т.к. нарушение интересов других лиц при создании и использовании фирмы-«однодневки» заложено изначально и является целью ее деятельности.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *О фирмах-однодневках* (редакционный материал) // Административное право. – 2011. – № 1.
2. *Зыков С.* «Рога и копыта» не умирают / С. Зыков // Российская газета. – 2009. – 18 марта.
3. *Плешакова О.* Фирмам-однодневкам пропишут Уголовный кодекс. Налоговики предлагают ужесточить борьбу с «мертвыми душами» / О. Плешакова // Коммерсантъ. – 2006. – 6 октября.
4. *Экономика* и жизнь. – № 43. – 2008.
5. *Орлова О.Е.* Эти вечные фирмы-однодневки… / О.Е. Орлова // Актуальные вопросы бухгалтерского учета и налогообложения. – 2011. – № 2. – С. 43.
6. *Документ* опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс». 2011.
7. *Документ* опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс». 2011.
8. *Официальные* документы, № 9, 02.03.2010 (еженедельное приложение к газете «Учет, налоги, право»).
9. *Орлова О.Е.* Эти вечные фирмы-однодневки… / О.Е. Орлова // Актуальные вопросы бухгалтерского учета и налогообложения. – 2011. – № 2. – С. 54.
10. *Федеральный* закон от 07.12.2011 г. № 419-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 50. – Ст. 7361.

УДК 343.85

# АДВОКАТ-ЗАХИСНИК ЯК СУБ'ЄКТ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

**Давиденко В. Л.,**
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
кримінального, кримінально-виконавчого права
та кримінології ННІ права та масових комунікацій
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** Стаття присвячена визначенню ролі адвоката-захисника в системі протидії злочинності. Досліджуються основні задачі, форми і методи діяльності адвоката-захисника, як суб'єкта протидії злочинності. Проведено нормативно-правовий і теоретичний аналіз діяльності адвоката, якій здійснює охорону прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження.
***Ключові слова:*** протидія злочинності, адвокат-захисник, кримінальне провадження, кримінологічна діяльність.

***Аннотация:*** Статья посвящена определению роли адвоката-защитника в системе противодействия преступности. Исследуются основные задачи, формы и методы деятельности адвоката-защитника как субъекта противодействия преступности. Проведен нормативно-правовой и теоретический анализ деятельности адвоката, осуществляющего охрану прав, свобод и законных интересов участников уголовного производства.
***Ключевые слова:*** противодействие преступности, адвокат-защитник, уголовное производство, криминологическая деятельность.

***Annotation:*** The article is dedicated to the definition of role of advocate defender in the system of counteraction criminality. Basic tasks, forms and methods of activity of advocate defender are investigated as subject counteractions criminality. An author is conduct the normatively-legal and theoretical analysis of activity of advocate, which carries out the guard of rights, freedoms and legal interests of participants of criminal proceedings.
***Key words:*** counteraction criminality, advocate defender, criminal proceedings, criminology activity.

---

Протидія злочинності є пріоритетним напрямком діяльності держави у галузі охорони прав, свобод та інтересів громадян. Прямо або опосередковано вона здійснюється всіма ланками держави і суспільної системи. В широкому значені у протидії злочинності беруть участь представницькі органи, органи

*© Давиденко В.Л., 2012*

виконавчої влади, правоохоронні та судові органи; весь комплекс підприємств, установ і організацій, що функціонують у різних сферах соціальної життєдіяльності; громадські об'єднання й окремі громадяни [5, с. 42]. Невід'ємною складовою системи захисту особи, її конституційних прав і свобод є адвокатура. Органи адвокатури у межах своїх професійних завдань і компетенції здійснюють процесуальну та поза процесуальну діяльність щодо попередження злочинності.

Предметом цієї статті є дослідження основних напрямків, завдань, форм і методів діяльності адвоката-захисника як суб'єкта протидії злочинності.

Згідно зі ст. 45 Кримінально-процесуального кодексу України (надалі – КПК України) захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) [2].

У новому Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у ст. 20 передбачені професійні права адвоката, зокрема:

1) звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб);

2) представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб у суді, органах державної влади та органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми їх власності, громадських об'єднаннях, перед громадянами, посадовими і службовими особами, до повноважень яких належить вирішення відповідних питань в Україні та за її межами;

3) ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом;

4) складати заяви, скарги, клопотання, інші правові документи та подавати їх у встановленому порядку;

5) доповідати клопотання та скарги на прийомі в посадових і службових осіб та відповідно до закону одержувати від них письмові мотивовані відповіді на ці клопотання і скарги;

6) бути присутнім під час розгляду своїх клопотань і скарг на засіданнях колегіальних органів та давати пояснення щодо суті клопотань і скарг;

7) збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою;

8) застосовувати технічні засоби, у тому числі для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом;

9) посвідчувати копії документів у справах, які він веде, крім випадків, якщо законом установлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів;

10) одержувати письмові висновки фахівців, експертів із питань, що потребують спеціальних знань;

11) користуватися іншими правами, передбаченими цим Законом та іншими законами [1].

Процесуальні обов'язки захисника зазначені в ст. 47 КПК України. Згідно з цією нормою захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПК України та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого [2]. Діяльність захисника, яка спрямована на з'ясування обставин, що спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність, полягає у виявлені причин та умов вчиненого злочину, які пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність. Відповідно, кримінологічну діяльність із виявлення причин та умов, які сприяли вчиненню злочину адвокат-захисник здійснює шляхом виявлення обставин, які сприяли вчиненню злочину, що можуть бути визнані судом обставинами, які пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність.

Кримінологічну діяльність адвокат-захисник здійснює поряд з іншими суб'єктами кримінального судочинства (слідчого, органу дізнання, прокурора, суду) під час розслідування кримінальної справи та її розгляду в суді, яка спрямована на своєчасне виявлення причин і умов, які сприяли вчиненню злочинів, та вживання обґрунтованих процесуальних і не процесуальних заходів, спрямованих на їх усунення та мінімізацію кримінального впливу [3. с. 48].

Для з'ясування обставин, які пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність, захисник має виявити причини або фактори, що сприяють вчиненню злочину. Їх можна поділити на три групи. До першої відносять конкретні зовнішні обставини, що спонукали особу до вчинення злочину. Сюди входить все те, що викликає в людини рішучість вчинити злочин (при намірі) або рішучість скоїти іншу дію, що у разі відсутності належного передбачення призводить до настання шкідливих наслідків (при необережності). До другої групи належать такі обставини, які сприяли формуванню особи правопорушника. Третя група – це обставини, що сприяють досягненню злочинного результату. Їх можна класифікувати як фізичні (технічні), організаційні та психологічні умови, що сприяють вчиненню злочину. До фізичних (технічних) умов відносять особливості місяця і часу вчинення злочину, оснащеність злочинця, а також наявність предметів і обставин зовнішнього світу, що полегшують вчинення злочину. Як приклад організаційних умов наводять недоліки в обліку, контролі, забезпеченні безпеки людей і майна, а

також інші обставини, що допомагають злочинцеві реалізувати злочинний намір. Психологічні умови, як правило, пов'язані з байдужним ставленням населення і представників правоохоронних органів до злочинності, що, безумовно, полегшує вчинення суспільно небезпечних діянь [4, с. 115].

На практиці кримінологічна діяльність захисника, в першу чергу, реалізується шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій. Ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань. Такі клопотання не можуть бути спрямовані на виявлення обставин або фактів, які б погіршували становище підозрюваного або обвинуваченого.

Захисник бере також участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого. При проведені допиту захисник ставить такі запитання, відповіді на які можуть сприяти виявленню фактів та обставин, що пом'якшують чи виключать кримінальну відповідальність допитуємого. Захисник має право до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Під час таких бесід доцільно з'ясувати причини і умови, які сприяли вчиненню злочину та визначити коло питань, які слід поставити під час допиту. Всі вищезазначені повноваження адвоката-захисника закріплені нормами нового Кримінально-процесуального кодексу України. В новому законі закладений принцип змагальності захисту і обвинувачення, на відміну від попереднього КПК України, в якому більше переваг у досудовому та судовому процесі надавалося стороні обвинувачення.

Протидія злочинності має комплекс різноманітних заходів, спрямованих на усунення негативних явищ та процесів, що породжують злочинність, а також недопущення вчинення злочинів на різних стадіях злочинної поведінки. Окреме місце посідають попереджувальні заходи, які за рівнем класифікують на загально соціальні, спеціальні та індивідуальні. Загально соціальні заходи спрямовані, перш за все, на вирішення загальних економічних і соціальних завдань держави. Загально соціальне попередження злочинності полягає в тому, що його здійснення зменшує соціальні суперечності, криміногенне протистояння різних верств населення, рівень безробіття, підвищує стандарт життя людей. Ці заходи сприяють розвитку економіки держави, забезпеченню прав, свобод та законних інтересів громадян, підтримки культури та моралі, зміцненню законності, соціальної захищеності населення. Спеціальні заходи вживаються державними органами та установами, громадськими організаціями і окремими громадянами спеціально (цілеспрямовано) з метою усунення причин та умов, що породжують злочинність, а також недопущення вчинення злочинів. Індивідуальні заходи – це сукупність попереджувальних заходів щодо конкретної особи.

Адвокат-захисник, який бере участь у кримінальному провадженні, виконує функцію охорони прав, свобод та законних інтересів його учасників, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Така функція виконується на рівні як загально соціального, так і спеціального попередження. Заходами індивідуального попередження є надання правової допомоги адвокатом-захисником особам, яких він захищає, та іншим громадянам.

Прийнятий Верховною Радою України 5 липня 2012 року Закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» розширив існуючі види адвокатської діяльності та посилив професійні права та гарантії. Зокрема, прямо забороняється втручання в адвокатську таємницю, виключається проведення слідчих і негласних слідчих дій стосовно адвокатів та їх помічників. Закон забороняє будь-яким чином впливати на адвоката, втручатися в його професійну діяльність, у тому числі органам державної влади та місцевого самоврядування. Закон також передбачає посилення ролі адвокатського запиту. Встановлюється відповідальність та фінансові санкції для чиновників за ненадання інформації на запит адвоката.

Таким чином, можна зазначити, що прийняття останнім часом правових норм, які розширюють функції та повноваження адвоката-захисника, посилює його значення як структурного елемента в загальній системі протидії злочинності.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Закон* України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року № 5076-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.zakon2.rada.gov.ua
2. *Кримінально*-процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 № 4651-VI // Голос України. – 2012. – № 90-91
3. *Кримінологічна* діяльність суб'єктів кримінального судочинства: монограф. / В.Л. Давиденко, О.О. Титаренко, М.Л. Давиденко, О.М. Литвинов. – Харків, 2011. – 214 с.
4. *Кримінологія* (загальна частина): навч. посіб. / А.Б. Блага, І.Г. Богатирьов [та ін.], за заг. ред. О.М. Бандурки. – Х. : Вид-во ХНУВС, 2010. – 240 с.
5. *Литвинов О.М.* Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні: монограф. / О.М. Литвинов. – Х. : Вид-во ХНУВС, 2008. – 446 с.

УДК 343:341.242.5

# МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИНІСТЬ ДІЯННЯ (ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)

**Слінько Д. С.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінально-правових
дисциплін юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

***Анотація:*** Стаття присвячена розгляду проблем удосконалення кримінального законодавства на основі практики, в тому числі й практики зарубіжних держав шляхом порівняльного аналізу інституту обставин, що виключають злочинність діяння. Розглянуто норми двох основних систем права – англосаксонської та романо-германської – про обставини, що виключають злочинність діяння. На основі аналізу пропонується запровадити у кримінальне законодавство України найбільш бездоганні рішення, які використовуються в зарубіжному законодавстві, стосовно інституту обставин, що виключають кримінальну відповідальність.

***Ключові слова:*** обставини, що виключають злочинність діяння, системи права, репресалії, крайня необхідність, фактична та юридична помилки, самозахист, згода потерпілого.

***Аннотация:*** Статья посвящена рассмотрению проблем совершенствования уголовного законодательства на основе практики, в том числе и практики зарубежных государств путем сравнительного анализа института обстоятельств, исключающих преступность деяния. Рассмотрены нормы двух основных систем права – англосаксонской и романо-германской – об обстоятельствах, исключающих преступность деяния. На основе анализа предлагается внедрить в уголовное законодательство Украины наиболее безупречные решения, используемые в зарубежном законодательстве, касающиеся института обстоятельств, исключающих уголовную ответственность.

***Ключевые слова:*** обстоятельства, исключающие преступность деяния, системы права, репрессалии, крайняя необходимость, фактическая и юридическая ошибки, самозащита, согласие потерпевшего.

***Annotation:*** This paper deals with the problem of improving the criminal legislation on the basis of practice, including the practice of foreign countries through a comparative analysis of the Institute circumstances excluding criminality of the acts. The norms of two main systems of law have been considered: Anglo-Saxon and Roman-Germanic concerning the circumstances excluding criminal act criminality. On the basis of the analysis, it is proposed to introduce the most perfect solutions used in foreign legislation concerning the Institute of circumstances excluding criminal responsibility into the Ukrainian criminal legislation.

***Key words:*** the circumstances excluding the act criminality, law system, reprisals, extreme necessity, actual mistake of law, self-defense, the consent of the victim.

---

Одне із завдань сучасної судової політики полягає у створенні умов для забезпечення доступності правосуддя, підвищення його якості. В його вирішенні велика увага приділяється вдосконаленню законодавства на основі практики, враховуючи практику зарубіжних держав. Наприкінці XX століття і перший рік третього тисячоліття радянська і пострадянська наука права, включаючи кримінально-правову, все більшу увагу приділяє проблемам порівняльного правознавства [1]. У багатьох країнах Європи прийняті нові кримінальні кодекси. Це пояснюється серйозними змінами в структурі та динаміці злочинності, у визнанні світовою спільнотою ідеї пріоритету загальнолюдських цінностей, які все більш посилюються процесами глобалізації, що відбуваються в сучасному світі [2].

Реформа кримінального законодавства проведена і в країнах, що входять до СНД. Зокрема, чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК) 2001 року увібрав до себе багато новітніх досягнень української та зарубіжної кримінально-правової думки. Знання українськими юристами сучасного зарубіжного кримінального законодавства, науки кримінального права країн так званого ближнього і дальнього зарубіжжя дозволяє більш глибоко зрозуміти право своєї країни, побачити його сильні, а деколи й слабкі сторони, дає можливість удосконалювати його з урахуванням як власного, так і чужого досвіду [3]. Рівною мірою це належить і до норм, які утворюють інститут обставин, що виключають злочинність діяння. Зрозуміло, не все, що є в зарубіжному кримінальному праві (а мова йде лише про законодавство окремих держав дальнього зарубіжжя) є для нас зразком для наслідування, але в плані розуміння юридичної природи цього інституту, видів обставин, що його утворюють, їх ознак даний інститут заслуговує уважного вивчення [4].

У розвитку міжнародного кримінального права слід відзначити три великі віхи. Незабаром після закінчення Другої світової війни міжнародне кримінальне право було оформлено у вигляді «Нюрнберзьких принципів», викладених у Статуті Нюрнберзького Міжнародного військового трибуналу, застосованих Нюрнберзьким трибуналом і підтверджених Генеральною Асамблеєю ООН. Починаючи із середини 1990-х рр., діяльність створених ООН Трибуналів *ad hoc* по колишній Югославії і Руанді підтвердила зазвичай правовий статус міжнародного кримінального права. Найвищою і на даний момент останньою точкою в кристалізації міжнародного кримінального права став Римський статут Міжнародного кримінального суду (далі – Статут МКС) і подальше створення Міжнародного суду в Гаазі [5]. Статут МКС, який набув чинності в 2002 році, є першою комплексною кодифікацією міжнародного кримінального права. Міжнародний кримінальний суд розпочав свою

*© Слінько Д.С., 2012*

діяльність як міжнародна кримінальна юстиція в 2003 році.

Обставини, що виключають кримінальну відповідальність, спочатку відігравали другорядну роль у практиці міжнародних і національних судів. Визначення підстав для індивідуальної кримінальної відповідальності за міжнародним правом спочатку було найбільш проблемним моментом практики міжнародного кримінального права. Так, Статут Нюрнберзького міжнародного трибуналу не містив вказівок на обставини, що виключають кримінальну відповідальність. Тому основними «мішенями» захисників підсудних, які опинилися у сфері впливу міжнародного кримінального правосуддя, спочатку були право міжнародного співтовариства застосовувати покарання і легітимність міжнародної кримінальної юстиції. Певний прогрес був досягнутий у проектах Комісії міжнародного права, в яких визнавалося, що міжнародне кримінальне право в основному допускає звільнення від кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим ст. 14 проекту Статуту МКС, говорить, що «обставини, які виключають вину» повинні визначатися Судом «відповідно до загальних принципів права в світлі характеру кожного злочину» [6].

Лише в міру більш міцного укорінення принципу індивідуальної кримінальної відповідальності у міжнародному праві різні підстави, що виключають кримінальну відповідальність, стали привертати увагу захисників. Уже в ході подальших Нюрнберзьких процесів, але особливо під час процесів у трибуналах по колишній Югославії і Руанді, обставини, що виключають кримінальну відповідальність, відіграли більш значну роль. Однак визначення умов для звільнення від кримінальної відповідальності залишалося на розсуд судів: Статути Трибуналів по колишній Югославії і Руанді не містили підстав для звільнення від кримінальної відповідальності.

На практиці основною сферою, де мають значення підстави, що виключають кримінальну відповідальність, є сфера військових злочинів, що охоплює численні склади злочинів. Навпаки, відносно геноциду і злочинів проти людства звільнення від кримінальної відповідальності може презюмироваться тільки у виняткових випадках. У практиці міжнародних судів досі найбільш істотну роль відіграють виконання наказу та крайня необхідність.

Підстави для звільнення від кримінальної відповідальності є ще однією сферою, в якій Статут МКС зробив прорив у напрямку повноцінної системи кримінального права. Частина 3 Статуту вперше детально кодифікує коло і умови застосування найбільш істотних підстав, що виключають кримінальну відповідальність за міжнародним правом. Відправною точкою є ст. 31 Статуту МКС, в якій перераховані різні підстави для звільнення від кримінальної відповідальності (психічне захворювання або розлад, інтоксикація, захист себе чи іншої особи, примус і крайня необхідність). Відповідно до ст. 31(3) Статуту МКС, Суд також може розглянути будь-які підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, інші, ніж підстави, зазначені в пункті 1. Такі інші підстави містяться, насамперед, у самому Статуті (помилка, виконання наказу чи розпорядження, відмова від спроби вчинити злочин). Також слід згадати підстави, що виключають кримінальну відповідальність, які містяться в інших джерелах права, зазначених у ст. 21 Статуту МКС, особливо – в міжнародному звичаєвому праві або в загальних принципах права (військова необхідність; репресалії). Репресалії (старолат. repressaliae, від лат. reprehendere – стримувати, зупиняти) – у міжнародному праві правомірні примусові заходи політичного та економічного характеру, які застосовуються однією державою у відповідь на неправомірні дії іншої держави. Прикладом репресалій може служити застосування забороненої зброї у відповідь на вчинення протиправної стороною серйозних порушень міжнародного гуманітарного права. На сьогоднішній день термін репресалії застарів, і подібні дії іменуються контрзаходами, а у разі застосування таких заходів міжнародною організацією – санкціями.

Питання про те, чи повинен Статут містити повний і вичерпний або «відкритий список», був предметом інтенсивних дискусій в ході Римської конференції.

Стаття 34 Проекту Статуту МКС 1998 року все ще містила таке положення: «В ході судового розгляду Суд може розглянути будь-які підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, не зазначені спеціально в цій частині, якщо ця підстава: 1) є визнаним в загальних принципах кримінальної права цивілізованих націй, в державі, що володіє найбільш істотним зв'язком із злочином; 2) являє собою принцип, який очевидно виходить за межі підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, зазначених у цій частині, і також іншим чином не є несумісним із цим або будь-якими іншими положеннями Статуту. Процедура, яка стосується розгляду такої підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, має бути передбачена Правилами процедури та доведення».

Статут МКС є першою міжнародною угодою, що встановлює умови про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з помилкою, це питання є досить актуальним у практиці застосування міжнародного кримінального права. У ст. 32 Статуту МКС проводиться різниця між помилкою у факті й помилкою у праві. Обидва типи помилок виключають індивідуальну кримінальну відповідальність, якщо у зв'язку з помилкою виключається суб'єктивна сторона відповідного злочину.

Приклад релевантності питань, пов'язаних з помилками, міститься в судовому рішенні Військового трибуналу США, (Нюрнберг, рішення 20 серпня 1947 року): неспростовними аргументами на захист трьох лікарів було те, що вони припускали, у зв'язку з медичними експериментами, які вони проводили на особах, ув'язнених в концентраційних таборах, що ці в'язні були злочинцями, засудженими до смерті, яким буде даровано помилування, якщо вони виживуть у результаті експериментів.

Помилка у фактах, які є релевантними для складу злочину, стає підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, в даному випадку необхідна умова для звільнення від кримінальної відповідальності полягає, насамперед, у тому, що

помилкове сприйняття виконавцем злочину пов'язане із фактами, які мітять матеріальні елементи складу злочину. Прикладом такої ситуації може бути: відкриття виконавцем злочину вогню по транспортному засобу Червоного Хреста, виходячи з продиктованого поганою видимістю припущення про те, що це танк противника. Факти не охоплюють елементи, що визначають юридичну основу для настання відповідальності. Так, помилкою у факті не буде помилкове сприйняття виконавцем злочину (нормативних) елементів визначення злочину, встановлення яких зажадало б винесення юридичної оцінки. У таких випадках виконавець допускає помилку у відношенні юридичних вимог, що пред'являються до правовідносин відповідальності, і тоді застосовується положення про помилку в праві. Так, якщо виконавець злочину в наведеному вище прикладі впізнає в транспортному засобі автомобіль Червоного Хреста, але помилково припустить, що відповідно до застосовного права, напад на такий автомобіль дозволено, якщо він формально не заявив про проїзд заздалегідь, це не помилка у факті, а (нерелевантна) помилка в праві, що не виключає кримінальну відповідальність, однак може стати обставиною, що пом'якшує покарання.

Помилка повинна виключати суб'єктивні умови настання кримінальної відповідальності. Це, як правило, можливо, якщо помилкове сприйняття виконавця злочину зачіпає матеріальний елемент складу злочину. Навпаки, ця умова не виконується, якщо помилка зачіпає фактичні обставини, необхідні для констатації підстав, що звільняють від кримінальної відповідальності, – наприклад, захисту себе або іншої особи або крайньої необхідності. Наприклад, якщо виконавець злочину помилково припускає, що військовополонений простягає руку, щоб вийняти з кишені зброю, і у зв'язку з цим вбиває військовополоненого, підстави для звільнення від кримінальної відповідальності згідно до статті 32(1) Статуту МКС відсутні. Однак відносно подібних ситуацій можна стверджувати, що такі незадовільні результати повинні коригуватися. Підставою для відповідного коригування може бути констатація того, що національні системи кримінального правосуддя в подібних ситуаціях, як правило, не залучають осіб до кримінальної відповідальності. Отже, можна припустити, що в даному відношенні існує загальний принцип права. Цей висновок відповідає англо-американській традиції кримінального права, відповідно до якої захист себе чи іншої особи і крайня необхідність визначаються виходячи з сприйняття виконавця злочину. Так, особа (можливо, помилково) передбачає, що напад або загроза існують, відповідальності не підлягає. У відповідності з доктриною континентального права, наприклад, за змістом права Німеччини, помилка, яка зачіпає фактичні обставини, необхідні для констатації підстав, які звільняють від кримінальної відповідальності («Erlaubnistatbestandsirrtum»), також може виключати кримінальну відповідальність.

У рамках цієї статті ми маємо можливість охарактеризувати норми про обставини, що виключають злочинність діяння, лише в межах двох основних систем права: англосаксонської та романо-германської, та й то в самому стислому вигляді.

Правова природа та види обставин, що виключають злочинність діяння, в системі англосаксонського та романо-германського кримінального права.

1. Обставини в законодавстві і доктрині Англії та США.

Як відомо, проблеми юридичної природи обставин що виключають злочинність діяння, в СРСР і РРФСР тривалий час була предметом дискусій. Одні автори (М. Якубович) відносили їх (необхідну оборону, крайню необхідність та ін.) до обставин, що виключають суспільну небезпеку; інші (І. Слуцький) називали їх обставинами, що виключають кримінальну відповідальність і караність, треті вважали правильним говорити про них як про обставини, що виключають протиправність діяння (А. Піонтковський).

Кримінальний кодекс України 2001 р. закріпив за ними назву «Обставини, що виключають злочинність діяння» (розд. 8, ст. ст. 36-43). При їх наявності в поведінці особи, на думку вчених, немає або всіх ознак злочину (наприклад, при необхідній обороні) або деяких з них (зокрема, при виконанні наказу або розпорядження) [7]. Другий погляд є кращим, тому при виконанні незаконного наказу формально є всі ознаки злочину, крім провини виконавця. У зарубіжному кримінальному праві поставлена проблема вирішується також неоднозначно.

А) Англія.

Правова природа обставин в англо-американському законодавстві визначена досить суперечливо і неповно. Законодавство Англії не містить визначення і переліку обставин, що виключають злочинність діяння. Про ці обставини говорить англійська теорія кримінального права, вони регламентуються судовою практикою, заснованою на прецедентах. Так, в капітальному дослідженні з кримінального права проф. К.С. Кенні їх називає «Обставинами, що виключають кримінальну відповідальність» [8]. Пропонується виділити три групи таких обставин: а) коли воля відсутня; б) коли воля не спрямована на скоєне; в) коли воля пригнічена примусом.

До першої групи належать: 1) недосягнення віку кримінальної відповідальності; 2) душевна хвороба (неосудність); 3) сп'яніння (не будь-яке); 4) вчинення діяння корпорацією (юридичною особою), але тільки в деяких випадках.

Із точки зору української доктрини кримінального права і законодавства, названі обставини не виключають об'єктивної небезпеки скоєного, здійснюються за відсутності суспільно корисних спонукань, що в принципі характерно для обставин, поміщених у розд. 8 КК України.

Друга група включає в себе фактичну помилку. Юридична помилка «... не може служити в Англії виправданням скоєного злочину».

Видами обставин третьої групи (їх автор називає «обставинами захисту»), є: 1) виконання наказу. 2) фізичний і психічний примус, 3) необхідність. На жаль, у роботі, присвяченій цій групі, ні слова не сказано про необхідну оборону, згоду потерпілого. Їх Кенні відносить до таких складів злочинів, як вбивство, заподіяння тілесних ушкоджень, що порушує цілісність побудованої ним системи. Резюме: англійське кримінальне право не містить

поняття обставин, їх перелік у доктрині і в судовій практиці значно ширше, ніж у КК України. Нарешті, там багато з них (див. першу і другу групи) не є суспільно корисними і доцільними, і, з точки зору української доктрини кримінального права і чинного законодавства, не можуть називатися обставинами, що виключають злочинність діяння [9].

Б) США.

Федеральне кримінальне законодавство США питання, пов'язані з обставинами, що виключають злочинність діяння, безпосередньо не регулює [10], вони вирішені в Примірному кримінальному кодексі США 1962 р. і в КК п'ятдесяти штатів [11]. Приблизний КК США зробив серйозний вплив на реформування кримінального законодавства всіх штатів, і особливо на КК штату Нью-Йорк. В американському кримінальному праві аналізовані обставини, як і в англійському, отримали назву обставин «захисту» від обвинувачення. Приблизний КК США до них відніс: 1) незнання або помилку (ст. 2.04); 2) патологічне сп'яніння (ст. 2.98); 3) фізичне насильство (ст. 2.09); 4) наказ воєначальника (ст. 2.10); 5) згода потерпілого (ст. 2.11); 6) малозначність порушення (2.12); **7**) провокацію злочину (ст. 2.13); 8) визнання поведінки правомірною взагалі. Вибір найменшої шкоди (ст. 3.02) – ця стаття нагадує крайню необхідність, яка є у нас; 9) застосування насильства при самозахисті (ст. 3.04); 10) застосування насильства для захисту інших осіб (ст. 3.05); 11) застосування насильства для захисту майна (ст. 3.06); 12) застосування насильства при виконанні закону; 13) застосування насильства особами, на яких лежить особлива відповідальність за опіку над іншими особами або за їх дисципліну або безпеку; 14) психічна хвороба або неповноцінність, що виключають відповідальність (ст. 4.01); 15) незрілість, що виключає засудження в кримінальному порядку ... (ст. 4.10). Отже, приблизний КК відніс до обставин «захисту» ті з них, які виключають кримінальну відповідальність або караність діяння, або винність. Перелік досить великий, але найголовніше – кожне з цих обставин детально юридично прописано, особливо правомірність застосування насильства при захисті різних правоохоронних благ.

У КК штату Нью-Йорк (1967 р.) до обставин «захисту» віднесені: 1) вплив незнання або помилки не відповідальності (ст. 15 Винність, параграф 15.20); 2) вплив сп'яніння на відповідальність (ст. 15, параграф 15.25); 3) недосягнення віку кримінальної відповідальності (ст. 30, параграф 30.00); 4) психічна хвороба або неповноцінність (ст. 15, параграф 30.05); 5) виправдане застосування фізичної сили публічною посадовою особою при розумному виконанні ним своїх офіційних повноважень, обов'язків або функцій (ст. 35, параграф 35.05. п.1); 6) дія в стані крайньої необхідності (ст. 35, параграф 35.05, п. 2 – термін «крайня необхідність» в законі відсутній); **7**) застосування фізичної сили в інших випадках, що не відносяться до необхідної оборони (наприклад, для підтримання дисципліни в родині, навчальному закладі, для запобігання самогубства, для здійснення «визнаної форми лікування» та ін. – ст. 35, параграф 35. 10, п.п. 1-5); **8**) необхідна оборона (термін в КК замінено терміном «застосування фізичної сили для захисту особи» (ст. 35, параграф 35.15; для захисту приміщення і будь-якої нерухомості – параграф 35.20 цієї ж статті; для запобігання або припинення крадіжки або заподіяння іншого кримінально-караного збитку майну – параграф 35.25, і інші випадки – див. параграф 35.30 ст. 35); 9) затримання злочинця (ст. 35, параграф 35.30); 10) фізичний примус (ст. 40, параграф 40.00) ; 11) залучення в «пастку» (ст. 40, параграф 40.05), тобто спонукання або підбурювання з боку публічного службовця здійснити якоюсь особою посягання, забороненого нормативним актом, в цілях його подальшого кримінального переслідування; 12) відмова від наміру вчинити посягання.

Провокації посягання («втягнення в пастку») в КК України, на жаль, немає, хоча в цьому є необхідність. Було б також непогано запозичити досвід законодавчого врегулювання питання про правомірність застосування фізичної сили в перерахованих в Примірному КК США, КК штату Нью-Йорк ситуаціях.

В) Австралія.

До англосаксонської системи права належить і законодавство Австралії. У КК Австралії 1995 р. у частині 2.3.13 званої «Обставини, що виключають кримінальну відповідальність», мається розділи 7–10, де за різними підставами виділяються чотири групи таких обставин [12].

Перша група – це «Обставини, пов'язані з нестачею правоздатності». Серед них названі: 1) недосягнення віку кримінальної відповідальності (розділ 7.1); 2) психічне ослаблення (суть його в законі не роз'яснюється, але, на думку перекладача КК, це психічна неповноцінність, що не досягла ступеня неосудності, і до неї закон відносить старість, інтелектуальну недієздатність, розумові захворювання, пошкодження мозку і суттєву дезорганізацію особи (розділ 7.2. п.8).

Друга включає сп'яніння (розділ 8) «але за умови, якщо воно не було навмисним».

До третьої групи (розділ 9. «Обставини, пов'язані з наявністю помилки або незнання») законодавець відносить: два види фактичної помилки (розділи 9.1 і 9.2) і два види юридичної помилки (помилка або незнання статутного права – розділ 9.3, помилка або незнання підзаконних актів – розділ 9.4).

Нарешті, четверту групу складають «Обставини, пов'язані з певними зовнішніми чинниками» (розділ 10.). У розділ включені: 1) фізичний примус (розділ 10.2), хоча в п. 2 ст. 2 мова йде і про загрозу; 2) раптова або надзвичайна критична ситуація (розділ 10.3), тобто крайня необхідність; 3) самозахист (10.4, термін «необхідна оборона» не вживається); 4) законне повноваження, тобто вчинення дій, що завдають шкоди, якщо вони обгрунтовані і виконані у відповідності з нормами права (розділ 10.5).

Таким чином, КК Австралії називає приблизно ті ж самі обставини, що закріплені у згаданих в Примірному КК США і КК штату Нью-Йорк, але вони в ньому представлені більш системно, і, як правило, досить юридично аргументовано.

2. Обставини, що виключають кримінальну відповідальність, у романо-германській правовій системі.

При викладі цього питання обмежимося в основному розглядом КК Німеччини, Франції та

Іспанії, оскільки інші країни Західної Європи при створенні своїх кодексів використовували також правотворчий досвід цих країн.

А) Кримінальний кодекс ФРН 1871 р. у редакції опублікування від 13 листопада 1998 г. [13].

Норми про обставини, що виключають кримінальну відповідальність, в КК ФРН не систематизовані. Кодекс називає такі обставини:

1) Помилка в забороні (параграф 17). Це випадок, коли у особи відсутнє розуміння того, що вона діє протиправно. Вона вважається такою, що діє не винувато, якщо не було можливості уникнути цієї помилки. Якщо ж така можливість була, то покарання може бути пом'якшене. У багатьох державах світу, включаючи Україну, незнання закону не виключає відповідальності, хоча це прямо і не випливає з КК України.

2) Необхідна оборона (параграф 32).

3) Крайня необхідність, яка ділиться на два види: а) правомірна крайня необхідність (параграф 34) та б) крайня необхідність, що виключає або пом'якшує провину (параграф 35).

4) Згода потерпілого (параграф 228)

Необхідна оборона можлива лише від наявного протиправного нападу, а протиправним за КК ФРН (параграф 11 п. 5) визнається лише діяння, що становить склад злочину, передбачений кримінальним законом. Отже, неможлива необхідна оборона від об'єктивно суспільно небезпечних посягань із боку неосудних, осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності та ін.

Що стосується правомірної крайньої необхідності (параграф 34), то вона за своїми ознаками мало чим відрізняється від крайньої необхідності, передбаченої ст. 39 КК України. Представляє інтерес другий вид крайньої необхідності, при якій відповідальність не виключається, але може бути пом'якшена, якщо особа сама створило небезпеку чи перебувало в особливих правовідносинах і в силу їх від нього можна було вимагати не допускати цієї небезпеки. Такий різновид крайньої необхідності відсутній в КК України, немає єдності поглядів на неї і в науці радянського (пострадянського) кримінального права [14]. Запропоновані в параграфі 35 КК ФРН рішення є більш прийнятними для нас, враховуючи українську дійсність.

Цілком прийнятна для нашого законодавства і формула параграфа 33 КК ФРН, яка говорить: не підлягає відповідальності той, хто перевищує межі необхідної оборони «... через замішання, страху і переляку». У ст.ст. 36 і 39 КК України ці фактори не враховані.

В Особливій частини КК ФРН в якості обставини, що виключає кримінальну відповідальність, названо згода потерпілого (параграф 228) у разі заподіяння йому тілесного ушкодження, але за умови, що воно не порушує загальноприйняті моральні норми. Цей оціночна ознака не роз'яснюється. Включення названої обставини в КК України є предметом дискусії, яка, треба думати, буде тривати ще довгий час.

Б) Кримінальний кодекс Франції 1992 р. [15].

Інститут обставин, що виключають кримінальну відповідальність, компактно розташований у главі 2 КК, називається «Підстави ненастання кримінальної відповідальності або її пом'якшення» і включає наступні з них:

1. Ст. 122-1. Не використовуючи терміни «неосудність» або «зменшена осудність», фактично має на увазі їх. При неосудності особа не підлягає кримінальній відповідальності, при обмеженій осудності, як і в ст. 20 КК України, підлягає, але суд зобов'язаний, враховувати дану обставину при призначенні покарання і встановлення режиму його виконання.

2. Ст. 122-2. Не підлягає кримінальній відповідальності той, хто робить передбачене кримінальним законом діяння під впливом якої-небудь сили або примусу, яким він не міг протистояти. У КК України (ст. 40) ця обставина сформульована більш повно і точно.

3. Ст. 122-3 говорить про юридичну помилку (помилку в праві). Для звільнення від кримінальної відповідальності особі необхідно представити докази того, що помилка відносно права, якої воно не могло уникнути, воно вважало, що мало законну підставу зробити цю дію. Стосовно фактичної помилки закон умовчує.

4. Ст. 122-4. Вона звільняє від відповідальності тих, хто здійснює яку-небудь дію, що запропонована або дозволена положеннями закону або регламенту. Більшість українських учених цілком обґрунтовано виключають виконання закону з обставин, що усувають злочинність діяння. У цій же статті (2.2) регулюється питання про виконання наказу або розпорядження. Відповідальність виконавця виключається, якщо вимога (наказ) виходить від законної влади і особа явно не знає про неправомірність такої вимоги. У ст. 41 КК України дана обставина сконструйовано юридично бездоганніше.

5. Ст. 122-5. і 122-6, присвячені правомірному захисту (термін «необхідна оборона» відсутній). Необхідна оборона можлива лише від «необґрунтованого посягання». Термін не роз'яснюється і тому не зрозуміло, чи можливий захист, як від злочину, проступку, так і порушення (ст. 111-1 КК Франції всі злочинні діяння ділить на три названі категорії). З тексту закону важко зробити висновок про право громадян на захист від посягань неосудних і осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності. У ньому також не вживається вираз «перевищення захисту», хоча захист вважається правомірним за умови, що немає «... явної невідповідності між використовуваними засобами захисту та тяжкості посягання».

Для українського читача представляє безперечний інтерес вирішення питання у названих статтях про захист власності та житла. Захист власності від злочину і проступку можливий вельми серйозними способами (крім умисного вбивства), але за умови відповідності засобів захисту тяжкості злочинного діяння. Особливо виділяється в КК правомірний захист в цілях відобразити проникнення в житло, здійснюване шляхом злому, насильства, обману або вночі (п. 1 ст. 122-6). У сучасних українських умовах наявність аналогічної норми, напевно, було б благом для багатьох людей.

Не дуже зрозуміла позиція законодавця, сформульована в п. 2 ст. 122-6 і визнає правомірною захист від крадіжок або насильницьких грабежів. В

якому обсязі може бути заподіяна шкода, наприклад, злодію, який намагається викрасти майно? - Можна тлумачити по-різному.

6. У ст. 122-7. міститься формулювання крайньої необхідності (цей термін в КК не вживається). На відміну від ст. 39 КК України, французький закон не вимагає в якості умов правомірності крайньої необхідності, щоб заподіяння шкоди було єдиним засобом порятунку правоохоронюваним благам і щоб вона була менша, ніж шкода відвернена.

7. Нарешті, останнім з обставин в ст. 122-8 названо недосягнення віку кримінальної відповідальності, яка можлива, виходячи з цієї статті, з 13 років [16].

Отже, ми бачимо, що КК Франції не визнає чіткого розмежування між обставинами, що виключають злочинність діяння, як це прийнято в ст. ст. 36-43 КК України, та обставинами, які є підставою для звільнення (ненастання) від кримінальної відповідальності.

В) Кримінальний кодекс Іспанії 1995 р. [17].

Обставини, що виключають злочинність діяння, або що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності (законодавець не проводить між ними термінологічної відмінності) передбачені в главі II КК «Підстави звільнення від кримінальної відповідальності».

Виключають злочинність діяння такі обставини:

1) необхідна оборона (в ч. 4 ст. 21 КК ужито термін «захист»). Вона визнається правомірною при наступних умовах: а) напад має бути протиправним, тобто бути злочином або проступком (ст. 10 КК Іспанії розрізняє злочини і проступки); б) спосіб захисту повинен відповідати «вимогам розумної необхідності» (термін вельми невизначений); в) захист не повинен бути спровокований. Останню умова бажано було б закріпити і в ст. 36 КК України.

2) Крайня необхідність (у ч. 5 ст. 21 КК цей термін не названий). Її особливості: а) шкода заподіяна може бути рівною відвернутій; б) стан крайньої необхідності не повинен бути спровокований особою, що заподіяла шкоду (на жаль, у ст. 39 КК України про це ані слова); в) крайня необхідність правомірна, якщо професійним обов'язком особи, яка перебуває в такому стані, «... не є самопожертва в захист чиїхось прав». Це оціночне поняття в статті не розкривається.

3) Виконання свого обов'язку, законне здійснення свого права, а також професійних або посадових обов'язків (ч. 7 ст. 21 КК). Тут по суті об'єднані кілька самостійних обставин, що виключають злочинність діяння: а) здійснення свого права (для української науки кримінального права його виділення в законі проблематично), б) здійснення своїх професійних або посадових обов'язків; в) виконання свого боргу (вельми невизначене поняття).

Виключають кримінальну відповідальність такі обставини:

1) недосягнення особою віку кримінальної відповідальності (ст. 20 КК);

**2**) неосудність (ч. 1 ст. 21 КК). Термін у статті не вживається, але мається на увазі саме цей стан, його ознаки сформульовані менш вдало, ніж у ст. 19 КК України. Згідно з даною статтею тимчасовий психічний розлад не звільняє від відповідальності, якщо воно було спровоковано самим суб'єктом із наміром вчинити злочин;

3) нездатність усвідомлювати дійсність з народження або з дитинства в силу психічних порушень (ч. 3 ст. 21 КК), (по суті, це скоріше різновид неосудності);

4) стан сильного алкогольного, наркотичного та іншого отруєння під час вчинення злочину за умови, що особа не мала наміру його вчинити або не передбачала, і не повинно було передбачити можливість його вчинення (ч. 2 ст. 21 КК). У цьому питанні краще сформульовані ст. ст. 19 і 20 КК України;

5) діяння, вчинене в стані сильного страху (ч. 2 ст. 21 КК). Прокоментувати цю обставину з позиції доктрини українського кримінального права важко, оскільки воно може розглядатися або як пом'якшувальна обставина, або як один з моментів необхідної (або уявної) оборони. У КК України спеціальна норма про страх, як обставину, що звільняє від кримінальної відповідальності, навряд чи доцільна.

У КК Іспанії обставини, що виключають кримінальну відповідальність, також передбачені у гл. 1 «Злочини і проступки». Зокрема, ст. 14 КК до них відносить: 1) непереборна помилка щодо дії (очевидно, йдеться про фактичну помилку); 2) непереборна помилка щодо протиправності діяння (юридична помилка). Пояснити відрив цих двох обставин, від обставин, названих у гл. 2 (ст. 21 КК), не представляється можливим. Мабуть, тут вирішальна роль належала теорії кримінального права Іспанії, а вона нам поки майже невідома.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения / М.Н. Марченко. – М.: Городец-издат, 2002. – 1068 с.

2. *Крылова Н.Е.,* Серебренникова А.В. Уголовное право современных стран (Англии, США, Франции, Германии): учеб. пособ. / Н.Е. Крилова, А.В. Серебренникова. – М.: Зерцало, 1997. – 192 с.

3. *Жданов Ю.Н.,* Лаговская Е.С. Европейское уголовное право: перспективы развития / Ю.Н. Жданов, Е.С. Лаговская. – М.: Международные отношения, 2001. – 232 с.

4. *Ткачевский Ю.М.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Курс уголовного права: Общая часть. – Т. 1: Учение о преступлении. – учеб. для вузов; под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2002. – С. 455.

5. *Текст* Римского статута, распространенного в качестве документа A/CONF.183/9 от 17 июля 1998 года с изменениями на основе протоколов от 10 ноября 1998 года, 12 июля 1999 года, 30 ноября 1999 года, 8 мая 2000 года, 17 января 2001 года и 16 января 2002 года. Статут вступил в силу 01 июля 2002 года.

6. *Верле Г.* Принципы международного уголовного права : учебник / Г. Верле; пер. с англ. С.В. Саяпина. – О. : Феникс; М. : ТрансЛит, 2011. – 910 с.

7. *Келина С.Ф.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Курс российского уголовного права: Общая часть; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 419.

8. *Кенни К.* Основы уголовного права; под ред. Б.С. Никифорова. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1949. – С. 52-85.

9. *Ткаченко В.И.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Уголовное право России: Общая

часть: учебник / отв. ред. Б.В. Здравомыслов. – М.: Юрист, 1996. – С. 301.

10. *Уголовное* право США: сборник нормативных актов / сост., отв. ред. и автор вступит. ст. И.Д. Козочкин. – М.: Изд-во УДН, 1985. – 160 с.

11. *Примерный* уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права; под ред. и с предисловием Б. С. Никифорова. – М., 1969. – 393 с.

12. *Уголовный* кодекс Австралии 1995 г. / Научное редактирование и предисловие к.ю.н., проф. И.Д. Козочкина, Е.Н. Трикоз; перевод с англ. Е.Н. Трикоз. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 388с.

13. *Уголовный* кодекс ФРГ; пер. с нем. – М.: Зерцало - М, 2001. – 208 с.

14. *Козак В.Н.* Вопросы теории и практики крайней необходимости / В.Н. Козак. – Саратов, 1981. – С. 79.

15. *Уголовное* законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): сборник законодательных материалов; под ред. И.Д. Козочкина. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. – 352 с.

16. *Крылова Н.Е.* Основные черты нового уголовного кодекса Франции. – М.: Спарк, 1996. – С. 44-45.

17. *Уголовный* кодекс Испании; под ред. Н.Ф. Кузнецовой, Ф.М. Решетникова. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. – 218 с.

УДК 343.973:343.37

# КРИМІНАЛЬНІ ЗАГРОЗИ ФІНАНСОВІЙ БЕЗПЕЦІ ДЕРЖАВИ

**Тихонова О. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри економічної безпеки
Національної академії внутрішніх справ

***Анотація:*** Розглянуто сутність поняття «загрози фінансовій безпеці». Розмежовано категорії «загрози» та «небезпека». Визначені основні кримінальні загрози фінансовій безпеці держави.

***Ключові слова:*** безпека, фінансова безпека держави, загрози, небезпека, загрози фінансовій безпеці держави, кримінальні загрози фінансовій безпеці держави.

***Аннотация:*** Рассмотрена сущность понятия «угрозы финансовой безопасности». Разграничены категории «угрозы» и «опасность». Определены основные уголовные угрозы финансовой безопасности государства.

***Ключевые слова:*** безопасность, финансовая безопасность государства, угрозы, опасность, угрозы финансовой безопасности государства, уголовные угрозы финансовой безопасности государства.

***Annotation:*** Was considered the essence of the concept of «threats to financial security». Been demarcated category of «threat» and «danger». Identified the main criminal threats to financial security.

***Key words:*** security, financial security of the state, threat, danger, threats to financial security, criminal threats to the financial security of the State.

---

Сьогодні все більше уваги приділяється забезпеченню безпеки різних сфер життя. Не є виключенням і фінансова сфера. Життєво необхідним є її стійкість та здатність протистояти різноманітним загрозам, що потребує вжиття додаткових заходів з боку держави. Ситуація загострюється тим, що, як було зазначено у Стратегії національної безпеки України, виник один з нових викликів міжнародній безпеці – у фінансовій сфері. Тобто ця проблема набула транснаціонального, світового характеру.

Питанням, пов'язаним з дослідженням загроз фінансовій безпеці держави, у своїх працях приділяли увагу О.І. Барановський, О.А. Гриценко, Е.С. Дмитренко, М.М. Єрмошенко, Г.А. Константинов, А.І. Сухоруков, О.Ш. Петросян, О.М. Підхомний та інші науковці. Проте на сьогодні ще потребують дослідження питання визначення, класифікації та утворення кримінальних загроз фінансовій безпеці держави.

Метою статті є з'ясування сутності поняття «загрози фінансовій безпеці» та окреслення кола кримінальних загроз.

Вивчення змісту загроз фінансовій безпеці доцільно розпочати із з'ясування сутності дефініції «загроза». Зазначена категорія не має чіткого та однозначного визначення. У словниках та науковій літературі воно визначається як обіцянка спричинити будь-кому шкоду, зло [1, с.40]; дії або наміри загрожувати, наводити небезпеку або тримати під страхом, загрожувати [2]; можливість, або неминучість виникнення чогось небезпечного, прикрого [3]; конкретні і безпосередні форми небезпеки або сукупність негативних чинників чи умов [4, с. 23].

Щодо визначення змісту загроз фінансовій безпеці в науці зустрічаються різні позиції. Дмитренко Е.С. визначає загрози фінансовій безпеці як сукупність негативних чинників (умов), які ускладнюють (унеможливлюють) реалізацію важливих фінансових інтересів особи, суспільства, держави, її адміністративно-територіальних утворень та створюють небезпеку фінансовій незалежності України [5]. М.М. Єрмошенко більш стисло визначає загрози фінансовій безпеці, визначаючи при цьому різні рівні, на яких може виникнути певна небезпека. Він зазначає, що стосовно фінансової безпеки, загроза – наявне або потенційно можливе негативне явище (чинник), яке створює небезпеку для реалізації національних інтересів у фінансово-кредитній сфері країни, фінансових інтересів регіонів, суб'єктів господарювання та окремих громадян [4, с. 36]. Г.А. Константинов при визначенні зазначеної категорії виходить із ключової дефініції – «фінансова сфера», та стверджує, що загроза фінансовій безпеці

*© Тихонова О.В., 2012*

держави – можливість реалізації настання таких явищ у фінансовій сфері, які можуть перешкоджати нормальному процесу відтворення, що призводить до дестабілізації розвитку держави та суспільства, реалізації кризових та деструктивних сценаріїв її розвитку [6].

Проте в законодавстві визначення загроз фінансовій безпеці відсутнє. Водночас у Законі України «Про основи національної безпеки України» розтлумачена категорія «загрози національній безпеці», як наявні та потенційно можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам України.

Найбільш зрозумілим та довершеним, на наш погляд, є визначення, яке можна синтезувати із законодавчого. Тому ми сприймаємо загрози як певні чинники, як наявні, так і потенційні, що створюють небезпеку та завдають шкоди певним відносинам, т.т. сегментам системи.

Сутністю поняття «фінансова безпека» є твердження, відповідно до якого негативні явища, що утворюються у фінансових правовідносинах, формує така категорія як «небезпека», що є потенціалом завдання економіці дійсної шкоди. Тут маємо акцентувати на тому, що суто небезпека не завдає шкоди системі. При зростанні впливу на систему негативного середовища зростає кількість загроз, які в комплексі створюють небезпеку для системи в цілому. Збільшення кількості загроз призводить до зростання рівня небезпеки. Виходячи з вище зазначеного, може виникнути питання: а який він максимальний рівень небезпеки? Зрозуміло, що визначити його у абсолютних величинах неможливо, тому його оцінювання слід проводити з використанням індикаторів фінансової безпеки, які кількісно відображують загрози фінансовій безпеці та можуть взаємодіяти між собою.

Фінансові загрози, як джерело небезпеки, доцільно розглядати як фактори, що завдають шкоди певним сегментам фінансової системи та в комплексі здатні негативно вплинути на функціонування її як системи. Тому чим менше загроз для фінансів, тим більша віддача від них. Отже, під загрозами фінансовій безпеці пропонуємо визнати такі явища та процеси, які негативно впливають або можуть вплинути на об'єктивні процеси, що відбуваються у фінансовій системі держави, та створюють небезпеку порушення у ній інтересів особи, суспільства та держави.

Слід зазначити, що під небезпекою розуміють стан загрози, можливість заподіяння шкоди, нещастя, кому-небудь, чому-небудь [1, с. 338]; явища, процеси, об'єкти, властивості, здатні за певних умов завдати шкоду здоров'ю чи життю людини або системам, що забезпечують життєдіяльність людей [7]; – об'єктивну можливість настання негативних обставин [8].

Отже, у будь-якій інтерпретації поняття «безпека» та «небезпека» пов'язані з умовами існування певного об'єкта, що характеризується, відповідно, відсутністю або наявністю реальної або потенційної загрози» [9]. Слід зазначити, що терміни «загроза» та «небезпека» дуже часто ототожнюються. Але змістовно це різні поняття.

Існує думка, яка набуває все більшого розповсюдження, що загроза – крайній ступінь небезпеки (безпосередня небезпека), а небезпека – можлива «потенційна» загроза. Небезпека розглядається як спричинення шкоди тим або іншим інтересам, для реалізації якої необхідно створення відповідних умов (накопичення можливостей та формування намірів) [10]. Отже, можна стверджувати, що відповідно до цієї думки небезпека передбачає наявність або наміру, або можливості спричинити шкоду. Загроза ж містить обидва фактори. При цьому небезпека може походити від багатьох джерел та впливати на багато об'єктів та дуже часто не мати конкретного об'єкту впливу. На противагу небезпеці загроза має конкретне джерело та спрямована на конкретний об'єкт, завжди характеризується персоніфікованим, адресним характером [11].

Окремі науковці визначають загрозу через небезпеку. А саме, загроза – найбільш конкретна і безпосередня форма небезпеки, яка обумовлена спрямованою діяльністю відверто небезпечних обставин [12]. При цьому небезпека – можливість заподіяння шкоди, нещастя кому-небудь, чому-небудь, яка визначена наявністю об'єктивних і суб'єктивних факторів, що мають вражаючі властивості [12].

Але, як було зазначено вище, під загрозами ми розуміємо певні явища або процеси, а небезпека – певний стан, який характеризується суттєвими негативними проявами в існуванні окремого об'єкта.

Дослідження змісту категорій «загроза» та «небезпека» дозволяє сформулювати їх відмінності. Відтак здається доречним разом з іншими дослідниками розглядати такі відмінності у трьох аспектах: за ступенем готовності до спричинення шкоди, за складовими, за спрямованістю на об'єкт впливу.

У першому аспекті загроза – крайня стадія загострення суперечок. Вона виявляється безпосередньо перед конфліктом. Але для того, щоб така загроза була реалізована необхідно створення відповідних умов, що полягає у накопиченні можливостей та формуванні намірів. Небезпека характеризується потенційно загрозливим станом спричинення шкоди тим або іншим інтересам.

З урахуванням складових елементів загроза містить більшу кількість елементів, порівняно з небезпекою. Відтак, загроза поєднує в собі дві складові – наміри та можливість спричинення шкоди інтересам безпеки. Небезпека передбачає наявність лише однієї з названих складових.

Також загроза відрізняється від небезпеки за спрямованістю на об'єкт впливу. Зокрема, загрозі притаманний персоніфікований, визначено-адресний характер. Вона має явний суб'єкт (джерело) загрози та об'єкт, на який спрямовано діяння. Небезпека характеризується гіпотетичним, як правило безадресним характером. При цьому її суб'єкт та об'єкт чітко не виражені.

Визначивши сутність та співвідношення категорій «загроза» та «небезпека» необхідно окреслити їх місце у фінансовій безпеці. Викладене вище дозволяє стверджувати, що загроза та небезпека – однопорядкові категорії, які відрізняються кількісно, т.т. ступенем впливу на об'єкт. Появу загрози, що знайшла свій вияв у фінансових втратах, можна розглядати як сигнал створення можливої небезпеки

фінансовій системі та заподіяння шкоди економіці. Водночас, цей сигнал – лише джерело небезпеки фінансовій системі держави, яка перетворюється на реальну небезпеку при зростанні негативного впливу та невжитті відповідних заходів протидії загрозам. Саме це й призводить до прямих втрат в економіці – витрат на створення чинників, що нейтралізують загрозу. Для забезпечення безпеки у досліджуваній сфері необхідний ретельний аналіз загроз та встановлення панівного контролю над ними, у зв'язку з тим, що в умовах практичної діяльності вони пов'язані з ризиком. Отже, можна стверджувати, що йдеться про процеси, які мають більш ймовірнісний характер.

Слід зазначити, що основним джерелом загроз в суспільстві є власне людина, адже вона, вчиняючи (навмисно або ненавмисно) або утримуючись від вчинення певних дій, створює загрозу безпеці окремих індивідуумів або суспільства в цілому. І цей стан може виникнути як при вчиненні, так би мовити, «правильних» дій, так і при вчиненні діянь, які свідомо становлять небезпеку для окремих суспільних відносин.

Сьогодні науковці виділяють велику кількість загроз фінансовій безпеці держави, а саме:

- недосконалість бюджетної політики та нецільове використання коштів бюджету;
- переважно фіскальний характер системи оподаткування;
- значні розміри державного та гарантованого державою боргу, проблеми з його обслуговуванням;
- різкі зміни рівня цін та курсу національної валюти;
- невисокий рівень капіталізації банківської системи, невеликі обсяги довгострокового банківського кредитування та завищений рівень відсоткових ставок по кредитах, що також пов'язано зі створенням протидії загрозам – ризикам неповернення кредитів;
- неспроможність банків до акумулювання коштів і довгострокового кредитування;
- криміналізація та масштабний відтік капіталу у «тінь» і за кордон [13] та інші.

Але не тільки в науці розглядають конкретні загрози фінансовій безпеці. Такі загрози окреслені також й у Концепції забезпечення національної безпеки у фінансовій сфері, в якій визначений перелік явищ і чинників, що можуть призвести до створення зовнішніх та внутрішніх загроз національній безпеці у фінансовій сфері. До першої групи відносяться:

- обмеженість доступу до міжнародних фінансових ринків;
- значна залежність від експортно-імпортної діяльності;
- погіршення стану зовнішньої торгівлі, зростання дефіциту платіжного балансу, зокрема рахунка поточних операцій;
- значна залежність від зовнішніх кредиторів;
- вплив світових фінансових криз на фінансову систему держави.

До другої групи відносять:

- нестабільність та недосконалість правового регулювання у фінансовій сфері;
- нерівномірний розподіл податкового навантаження на суб'єктів господарювання, що зумовлює ухилення від сплати податків та відплив капіталу за кордон;
- відплив капіталу за кордон внаслідок погіршення інвестиційного клімату;
- низький рівень бюджетної дисципліни і незбалансованість бюджетної системи;
- збільшення обсягу державного боргу;
- «тінізація» економіки;
- недостатній рівень золотовалютних резервів;
- значний рівень доларизації економіки;
- істотні коливання обмінного курсу національної валюти, не обумовлені дією макроекономічних факторів;
- слабкий розвиток фондового ринку, зокрема в частині застосування механізмів обліку та переходу прав власності на цінні папери, а також забезпечення захисту прав інвесторів на фондовому ринку;
- недостатній рівень капіталізації фінансової системи.

Наведений перелік загроз фінансовій безпеці держави не є виключним, тому що на різні сфери та ланки фінансової системи впливають найрізноманітніші чинники. Загалом дослідники питань фінансової безпеки виділяють наступну класифікацію загроз:

- за реальністю загроз – реальні, потенційні;
- в залежності від значимості загроз – глобальні, загальнодержавні, регіональні, локальні;
- за характером впливу на економіку та нанесення їй збитків – прямі, опосередковані;
- за джерелом виникнення – внутрішні, зовнішні;
- залежно від характеру причинно-наслідкових зв'язків між загрозами та збитку, нанесеного первинною загрозою – первинні, вторинні;
- за причиною виникнення – суб'єктивні, об'єктивні [14].

Крім зазначених критеріїв загрози класифікують також за іншими – за рівнем тяжкості наслідків; за рівнем вірогідності; за об'єктом посягань; за суб'єктами загроз; за формою збитків [15] тощо.

Ми пропонуємо виділити ще одну класифікацію загроз – за місцем утворення (початкового формування) причин та умов, які й породжують власне загрози та розглядати ендогенні та екзогенні загрози. До ендогенних ми відносимо ті, які зароджуються всередині фінансової системи, а до екзогенних – ті, які зароджуються поза фінансовою системою. Ендогенні загрози обумовлені дією об'єктивних економічних законів та їх виникнення залежить від людини лише опосередковано. Вони породжуються низькою здатністю фінансової системи забезпечувати власне відтворення, негативними процесами в світовій економіці, що провокує інфляцію та стагнацію тощо. Екзогенні загрози породжуються діями людини. Їх формування обумовлено неефективною організацією системи державного фінансового контролю, високою ризиковістю грошово-кредитної політики, відсутністю цілісності правового забезпечення, в тому числі й державного регулювання фінансових ринків [16], низькою ефективністю протидії злочинності у фінансовій сфері тощо. Саме до екзогенних загроз відносимо чинники, що сприяють готуванню та вчиненню злочинів, які вчинюються у фінансовій системі.

Кримінальні загрози створюють суттєву небезпеку фінансовій системі держави. Необхідно зазначити, що їм також притаманний ймовірнісний характер та вони не менше ніж загрози фінансового характеру впливають на фінансову безпеку держави.

Серед кримінальних загроз доцільно виділити такі:

- високий рівень розповсюдження тіньової економіки (приховування грошових коштів від оподаткування з подальшим їх перетворенням на готівку, ведення незареєстрованої діяльності, приховування готівкових грошових коштів тощо);
- розповсюдження різних тіньових схем, що майже безкарно дозволяє перераховувати кошти, які були вкладені у конкретні інвестиційні проекти, з подальшим перетворенням їх на готівку та перетворення в особисті доходи окремих осіб, які втягнуті в цей процес;
- широке розповсюдження податкової злочинності – ухилення від сплати податків шляхом навмисного заниження прибутків або завищення видатків;
- протиправні діяння, пов'язані з розподілом та використанням бюджетних коштів;
- корупція в різних сферах управління (зокрема, в податкових органах);
- шахрайство та інші протиправні діяння з кредитними ресурсами банківських та інших небанківських кредитних установ;
- шахрайство у сфері страхування;
- «грінмейл» – корпоративний шантаж, вчинюваний з метою спонукати юридичну особу до вчинення юридично значимих дій;
- монополістична змова юридичних осіб, які за рахунок розхитування засад економічної стабільності держави отримують надприбутки;
- використання підроблених грошових знаків, а також різноманітних документів при укладанні господарських угод тощо.

Запропонований перелік кримінальних загроз фінансовій безпеці держави не є виключним. Його можна продовжувати та деталізувати. Водночас головними внутрішніми загрозами для фінансової безпеки України, які тягнуть за собою весь інший спектр загроз, є широке розповсюдження тіньової економіки та розповсюдження корупції. Проте суть залишається одна – злочинні посягання на суспільні правовідносини у фінансовій сфері є одними з найбільш небезпечних загроз, які можуть призвести до дестабілізації фінансової системи держави й навіть до її руйнування.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / Под ред. чл.–кор. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 18-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1987. – 797 с.
2. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. Т.1. – М., 1989. – С. 148.
3. *Новий* тлумачний словник української мови. – Т.3. – К.: Акапіт, 1999. – С. 115.
4. *Єрмошенко М.М.* Фінансова безпека держави: національні інтереси, реальні загрози, стратегія забезпечення [Текст] / М.М. Єрмошенко ; Київ. нац.. торговельно-економічний ун-т. – К., 2001. – 399 с.
5. *Дмитренко Е.С.* Юридична відповідальність суб'єктів фінансового права у механізмі правового забезпечення фінансової безпеки України: монографія / Е.С. Дмитренко. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 24.
6. *Константинов Г.А.* Обеспечение финансовой безопасности Российской Федерации : дис. … канд. эконом. наук. – М., 2005. – С. 8.
7. *Желібо Є.П.*, Заверуха Н.М., Зацарний В.В. Безпека життєдіяльності : навч. посіб. / Желібо Є.П., Заверуха Н.М., Зацарний В.В. / за ред. Є.П. Желібо, В.М. Пічі. – К.: Каравела, 2001. – С. 16.
8. *Красавчиков О.А.* Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М.: Юрид. лит., 1966. – С. 21.
9. *Кормич Б.А.* Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України: дис. на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук: 12.00.07. – Одеса, 2004. – С. 35.
10. *Философско*-правовое наполнение концепции государственной безопасности Российской Федерации в условиях глобализации: монография / Р.П. Сипок; Под науч. ред. П.М. Кандалова. – М.: ФГОУ ВПО РГАЗУ, 2010. – С. 20.
11. *Общая* теория безопасности. Актуальные методологические и социально-политические проблемы: учебное пособие / Под ред. Позднякова А.И. – М.: ВАГШ, 1994. – С. 13.
12. *Засунько С.С.* Адміністративно-правове регулювання у сфері забезпечення техногенної безпеки в Україні: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.07. – К., 2005. – с. 17.
13. *Сухоруков А.І.* Проблеми фінансової безпеки України: монографія / (передмова акад.. НАН України С.І. Пирожкова). – К.: НИПМБ, 2005. – С. 13.
14. *Жовнірчик Я.Ф.* Усунення та нейтралізація дії загроз національним інтересам на регіональному рівні // Університетські наукові записки. Хмельницький Університет управління та права. – 2009. – № 2 (30). – С. 291-296.
15. *Підхомний О.М.*, Микитюк Н.О., Вознюк І.П. Типологія загроз фінансовій безпеці / Підхомний О.М., Микитюк Н.О., Вознюк І.П. // Вісник національного університету «Львівська політехніка». – 2007. – № 605: Менеджмент та підприємництво в Україні: етапи становлення і проблеми розвитку, спец. вип. – С. 119–123.
16. *Петросян О.Ш.* Уголовно-правовые и криминологические аспекты обеспечения финансовой безопасности государства: монографія / О.Ш. Петросян. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2010. – С. 17.

УДК 343.353(477)

# СЛУЖБОВИЙ ОБОВ'ЯЗОК В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПОНЯТТЯ ТА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ

**Фіалка М. І.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри кримінального права та кримінології
факультету підготовки фахівців
для підрозділів слідства та дізнання
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті, на підставі аналізу різних наукових точок зору та чинного законодавства, розкривається зміст терміну «службовий обов'язок». Спираючись на положення Кримінального кодексу України, автор окреслює коло кримінально-правових норм, в яких законодавець використовує цей термін. Здійснивши аналіз змісту терміну «службовий обов'язок» та визначивши межі його використання в кримінальному законі автор статті дає власне розуміння службового обов'язку в кримінальному праві.
***Ключові слова:*** тлумачення, кримінально-правова норма, служба, обов'язок, службовий обов'язок.

***Аннотация:*** В статье, на основании анализа различных научных точек зрения и действующего законодательства, раскрывается содержание термина «служебный долг». Опираясь на положения Уголовного кодекса Украины, автор очерчивает круг уголовно-правовых норм, в которых законодатель использует данный термин. Осуществив анализ содержания термина «служебный долг» и определив границы его использования в уголовном законе автор статьи дает собственное понимание служебного долга в уголовном праве.
***Ключевые слова:*** толкование, уголовно-правовая норма, служба, долг, служебный долг.

***Annotation:*** In this paper, based on the analysis of different scientific perspectives and current legislation, disclosed the content of the term «official duty». Based on the provisions of the Criminal Code of Ukraine, the author outlines a range of criminal law, which the legislature uses the term. By carrying out the analysis of the content of the term «official duty» and defining limits its use in criminal law author gives a proper understanding of duty in criminal law.
***Key words:*** construction, criminal law, service, duty, service duty.

---

Правильне та однозначне розуміння змісту будь-якого терміну має велике значення. При цьому найбільш вагомішого розуміння набуває усвідомлення правильного подальшого практичного застосування відповідного терміну. Тому важливість термінологічного тлумачення в науці ніхто не ставить під будь-який сумнів.

Про вагомість процесу тлумачення в різних галузях права наголошувала велика кількість науковців, але хотілось би навести слова М.С. Кельмана, який під тлумаченням правових норм розуміє спеціальний вид юридичної діяльності органів держави, посадових осіб, громадських організацій чи окремих громадян з розкриття змісту правових норм, встановлення вираженої в них волі законодавця. На його думку, це – складний вольовий процес, спрямований на з'ясування обсягу та точного змісту, закладено в нормі права, і на роз'яснення його для інших [1, с. 408].

Якщо вести мову про тлумачення закону про кримінальну відповідальність, як наголошує В.І. Борисов, то воно полягає у з'ясуванні і всебічному розкритті його змісту з метою його точного застосування [2, с. 45].

Незважаючи на те, що з моменту вступу в дію чинного Кримінального кодексу минуло майже одинадцять років, питань, що потребують відповідного тлумачення, залишається вдосталь. Одна з таких проблем – це визначення змісту поняття службових обов'язків. Справа полягає в тому, що цей термін використовується в вісімнадцяти статтях Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України), а чіткого розуміння змісту такого терміну не існує, як на законодавчому рівні так і на науковому.

Тому основною метою статті є визначення змісту та межі використання поняття службового обов'язку в кримінальному законодавстві.

Розпочати дослідження поставленої проблеми хотілось би з аналізу відповідних положень КК України, в яких термін «службовий обов'язок» використовується як обов'язкова ознака складу злочину, що закріплений в тій чи іншій кримінально-правовій нормі. Як ми вже наголошували раніше, цей термін використовується в кримінальному законі вісімнадцять разів, а саме: п. 8 ч. 2 ст. 115, ст. 132, ст. 137, ст. 145, примітка до ст. 232-1, ст. 280, ст. 328, ст. 342, ст. 343, ст. 344, ст. 345, ст. 348, ст. 367, ст. 376, ст. 404, ст. 426, ст. 428 КК України. При цьому в одних кримінально-правових нормах службовий обов'язок розглядається відносно потерпілої особи, а в інших – суб'єкту злочину.

Так, наприклад, п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України передбачає настання кримінальної відповідальності за умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку, ч. 1 ст. 280 КК України – примушування працівника залізничного, повітряного, водного, автомобільного, міського електричного чи магістрального трубопровідного транспорту до невиконання своїх службових обов'язків шляхом погрози вбивством, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень або знищенням майна цього працівника чи близьких йому осіб, ч. 1 ст. 342 КК України – опір представникові влади, крім державного виконавця, під час виконання ним службових обов'язків тощо. В наведених прикладах ми бачимо, що службовий обов'язок стосується особи, яка потерпає від суспільно небезпечного діяння, тобто злочину. З

*© Фіалка М.І., 2012*

іншого боку можливо навести інші приклади, а саме: ст. 145 КК України передбачає настання кримінальної відповідальності за умисне розголошення лікарської таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки; ч. 1 ст. 328 КК України – розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, за відсутності ознак державної зради або шпигунства; ч. 1 ст. 367 КК України – невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб тощо. В цих випадках, законодавець веде мову про осіб, що вчинюють суспільно небезпечні діяння, тобто суб'єкти злочинів.

Проаналізувавши викладене вище, ми бачимо, що з одного боку це особи, які існують на противагу одна одній, а з іншого їх об'єднує одне – виконання ними службового обов'язку.

В узагальненій таблиці, що наводиться нами нижче, ми чітко розмежували в яких кримінально-правових нормах мова йде про виконання службового обов'язку потерпілою особою, а в яких – суб'єктом злочину (Таблиця 1).

*Таблиця 1*

**Узагальнена таблиця кримінально правових норм, що містять в своїй диспозиції обов'язкову ознаку «службовий обов'язок»**

| **Кримінально-правові норми в яких мова йде про службовий обов'язок потерпілої особи** | **Кримінально-правові норми в яких мова йде про службовий обов'язок суб'єкту злочину** |
|---|---|
| Умисне вбивство (ст. 115 КК) | Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (ст. 137 КК) |
| Примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків (ст. 280 КК) | Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 132 КК) |
| Опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві (ст. 342 КК) | Незаконне розголошення лікарської таємниці (ст. 145 КК) |
| Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби (ст. 343 КК) | Незаконне використання інсайдерської інформації (ст. 232-1 КК) |
| Втручання у діяльність державного діяча (ст. 344 КК) | Розголошення державної таємниці (ст. 328 КК) |
| Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК) | Службова недбалість (ст. 367 КК) |
| Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст. 348 КК) | Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків (ст. 404 КК) |
| Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків (ст. 404 КК) | Бездіяльність військової влади (ст. 426 КК) |
| Втручання в діяльність судових органів (ст. 376 КК) | Залишення гинучого військового корабля (ст. 428 КК) |

На законодавчому рівні термін «службові обов'язки» в загальному вигляді в певній мірі не визначений, але в окремих сферах правозастосування має своє відображення. Так в Законі України «Про державну службу», який набирає чинності 01.01.2013 року, службові обов'язки визначаються як сукупність обов'язків державного службовця, визначених в цьому законі, правилами внутрішнього службового розпорядку відповідного державного органу, органу влади Автономної Республіки Крим або їх апарату, та його посадових обов'язків [3].

Поряд з цим визначенням, Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» під службовими обов'язками розуміє зафіксовані в трудових договорах (контрактах), посадових інструкціях функціональні обов'язки працівника, що передбачають виконання робіт, які можуть привести до створення винаходу (корисної моделі) [4].

В вище зазначених законодавчих актах, ми бачимо, що поняття службового обов'язку законодавець застосовує в залежності від тієї сфери людської діяльності де воно буде використовуватися.

В певній мірі, визначення змісту поняття «службового обов'язку» робить і Пленум Верховного Суду України (далі – ПВС України).

Розкриваючи зміст положень п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України ПВС України в своїй постанові наголошує на тому, що виконання службового обов'язку – це діяльність особи, яка входить до кола її повноважень (п. 12) [5]. Іншими словами в даній Постанові службові обов'язки ототожнює з повноваженнями особи.

При цьому в українській мові повноваження розуміються як права, що надані для здійснення чогось. Наприклад, економічна енциклопедія визначає повноваження як права юридичної чи фізичної особи на здійснення господарських операцій, а також на представництво, що закріплено законодавче або нотаріально [6].

Що стосується наукового тлумачення даного терміну, то в цьому випадку невизначеності набагато більше.

Тлумачачи ті чи інші положення кримінально-правових норм, що стосуються службових обов'язків,

окремі науковці дають своє розуміння питань, що пов'язані з виконанням службових обов'язків, а не самим безпосередньо обов'язкам. Так, наприклад, коментуючи ст. 367 КК України «Службова недбалість» П.С. Матишевський аналізує поняття невиконання службових обов'язків, а саме: бездіяльність службової особи в умовах, коли вона повинна була і могла вчинити дії, які входять в коло її службових обов'язків [7, с. 823]. При цьому, як ми бачимо, розуміння службових обов'язків і їх безпосередній зміст не визначається. А це звісно утворює певні проблеми під час кваліфікації діяння та в процесі подальшого правозастосування.

В той же час, інші науковці, коментуючи окремі статті КК України, в змісті яких службовий обов'язок передбачений як обов'язкова ознака цього злочину, в певній мірі роблять спробу розтлумачити та розкрити зміст цього терміну. Так, наприклад, Л.П. Брич коментуючи ст. 342 КК України, а саме опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві, наголошує на тому, що службовий обов'язок стосується потерпілої особи. Іншими словами на неї покладений відповідний службовий обов'язок, який вона до речі виконує, а суб'єкт злочину чинить опір під час його виконання. При цьому, на його думку, вчинення злочину під час виконання представником влади, у т.ч. працівником правоохоронного органу, службових обов'язків означає, що посягання має місце під час реалізації ним наданих йому прав та виконання обов'язків, які передбачені відповідними нормативно-правовими актами, що регулюють діяльність представника влади або органу, в якому він працює [8, с. 948]. Проаналізувавши цю точку зору, ми бачимо, що Л.П. Брич визначаючи поняття службового обов'язку зупиняється і наголошує на деяких характерних рисах, а саме: даній особі надані відповідні права; передбачено виконання певних обов'язків; ці права та обов'язки передбачені відповідними нормативно-правовими актами, що регулюють діяльність представника влади або органу, в якому він працює. На наш, погляд ця позиція набагато ближче до визначення повного змісту поняття службового обов'язку ніж та яка наводилась раніше. Але і в цьому випадку залишаються окремі питання, які звужують розгляд проблеми. По-перше, і нашу думку головне, дане визначення службових обов'язків може бути використано тільки у сфері представницької влади. Виникає питання: як буде моделюватися розуміння службового обов'язку в інших сферах життя? Чи може таке розуміння службового обов'язку використовувати у сфері охорони здоров'я, освіти, у сфері господарських стосунків тощо.

Такий підхід простежується і в позиціях інших науковців. Так, В.А. Клименко, аналізуючи ст. 343 КК України, під виконанням службових обов'язків розуміє виконання тих обов'язків працівника правоохоронного органу, в яких втілюються його право на застосовні та правоохоронні функції [9, с. 770]. Можливо приводити ще багато прикладів такої позиції в кримінальному праві, але об'єм нашої статті не дозволяє нам це робити.

Коли мова в кримінально-правовій нормі йде про наявність службового обов'язку, ми вважаємо, що необхідно в першу чергу спиратись на загальне розуміння зазначеної проблеми, а потім вже її моделювати під ту окрему ситуацію яка закріплена в цьому кримінальному законі.

Тому ми вважаємо, що необхідно визначити загальне розуміння службового обов'язку, а потім вже застосовувати його в окремих правових нормах.

Як ми вже раніше наголошували, тлумачення словосполучення «службовий обов'язок» чи то на законодавчому рівні, чи то на науковому – зустрічається не дуже часто. Така ж тенденція зберігається і в тлумачних словниках. При цьому не важливо коли і де вони упорядковувались. Переважна більшість словників тлумачить окремо поняття «служба» і окремо «обов'язок».

Так, наприклад, В. Даль в своєму «Толковом словаре живого великорусского язика» дає декілька понять служби, але нас цікавить одне, а саме: «служба, употребление, польза, угода, деятельность, жизнь для других, услуга, полезное дело». Поряд з терміном «служба» В. Даль характеризує термін «служити», а саме: «служить – состоять на государственной либо общественной службе, при должности, занимать место с известными обязанностями, быть на (при) месте» [10, с. 224]. В той же час, в великому тлумачному словнику сучасної української мови за редакцією В. Т. Бусел термін «служити» визначається як працювати, займатися розумовою працею, а також фізичною працею, пов'язаною не з виробництвом, а з обслуговуванням кого-, чого-небудь [11, с. 1150].

Відомий радянський лінгвіст С.І. Ожегов в своєму словнику російської мови дає наступне тлумачення терміну «службовий» – такий що відноситься до служби, передбачений для виконання обов'язку по службі (службовий обов'язок, службовий час, службове приміщення) [12, с. 636].

Підводячи невеликий підсумок попередньому аналізу, ми вважаємо, що під службою необхідно розуміти зайняття будь якою діяльністю (фізичною або розумовою працею), що обслуговує ті чи інші інтереси третіх осіб.

Наступний складовий елемент цієї проблеми – це обов'язок. З цього приводу в науковому просторі існують різні тлумачення зазначеного терміну. Серед усього загалу можливо виділити наступні варіанти. Так, А.О. Івченко під обов'язком розуміє певний обсяг роботи, справ, що визначається званням, посадою, родинним станом тощо (службові обов'язки, родинні обов'язки) [13, с. 293]. В інших джерелах обов'язок розглядається в межах тієї чи іншої сфери людської діяльності, а саме: сімейних стосунках, господарських відносинах, в юридичній площині тощо.

В нашому випадку нас більше цікавить розуміння юридичного обов'язку.

В юридичній енциклопедії за редакцією Ю.С. Шемшученко юридичний обов'язок визначений як встановлена законодавством та забезпечена державою міра необхідної поведінки зобов'язаного суб'єкта [14, с. 226]. В юридичному словнику за редакцією П.І. Кудрявцева юридичний обов'язок визначають як визначену, передбачену законом міру

посадової поведінки учасника даного (конкретного) правовідносин – носія цього обов'язку [15, с. 30].

Таким чином під обов'язком, ми вважаємо, необхідно розуміти встановлену законодавством та забезпечену державою міру необхідної поведінки в межах певного обсягу роботи, справ, що визначаються званням, посадою зобов'язаної особи.

Підводячи підсумок викладеному вище, ми маємо можливість наголосити, що під службовим обов'язком розуміють сукупність відповідних справ та певного обсягу роботи, що визначається посадою, яку займає зобов'язана особа, в межах виконання нею дій по забезпеченню чи то обслуговуванню тих чи інших інтересів. При цьому, враховуючи той факт що кримінальне законодавство має своїм завданням правове забезпечення охорони суспільних відносин в різних сферах людської діяльності, ми вважаємо за потрібне використовувати саме це розуміння службового обов'язку.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Кельман М.С.* Загальна теорія держави та права: підручник / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин, Н. М. Хома. – [3-тє вид.]. – Львів: Новий Світ., 2007. – 584 с.
2. *Кримінальне* право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; за ред.. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ – Харків: Юрінком Інтер – Право, 2002. – 416 с.
3. *Закон України* «Про державну службу» від 17.11.2011 № 4050-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4050-17
4. *Закон України* «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 року № 3687-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7. – Ст. 32
5. *Постанова ПВС* України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я» № 2 від 7 лютого 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-03
6. *Економічна* енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://slovopedia.org.ua/38/53407/382918.html
7. *Науково*-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 2-ге вид. переробл. та доп. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002. – 968 с.
8. *Науково*-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 6-те вид., переробл. та доп. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2009. – 1236 с.
9. *Науково*-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 2-ге вид. переробл. та доп. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002. – 968 с.
10. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка: Т. 1–4. – М.: Рус. яз., 1989-1991. – Т. 4. – 683 с.
11. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред.. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. – 1440 с.
12. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка: ок. 57 000 слов / Под ред. чл.-корр. АН СССР Н. Ю. Шведовой. – 18-е изд., стереотп. – М.: Рус. яз., 1986. – 797 с.
13. *Івченко А.О.* Тлумачний словник української мови / Худож. оформлювач І. В. Осипов. – Харків: Фоліо, 2006. – 540 с.
14. *Юридична* енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – т. 4: Н-П. – 2002. – 720 с.
15. *Юридический* словарь / Под ред. П.И. Кудрявцева. Т. 2. – М.: Гос. изд-во «Юр. литература», 1956.

УДК 343.326:[343.122:343.221]

# КОРЕЛЯЦІЙНА ЗАЛЕЖНІСТЬ ЕЛЕМЕНТІВ «ОСОБА ПОТЕРПІЛОГО» ТА «ОСОБА ЗЛОЧИНЦЯ» В СИСТЕМІ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ТЕРОРИЗМА

**Чорний Г. О.,**
кандидат юридичних наук
доцент кафедри криміналістики
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** У статті розглянуто основні питання кореляційної залежності елементів криміналістичної характеристики тероризму як «особа злочинця» та «особа потерпілого». Автор наводить відповідну класифікацію щодо вибірковості дій злочинців відносно потерпілих та обгрунтовує свою наукову позицію.
***Ключові слова:*** кореляційна залежність, тероризм, особо злочинця, особа потерпілого.

***Аннотация:*** В статье рассмотрены основные вопросы корреляционной зависимости элементов криминалистической характеристики терроризма как «личность преступника» и «личность потерпевшего». Автор предлагает соответствующую классификацию, касающуюся избирательности действий преступников относительно потерпевших и обосновывает свою научную позицию.
***Ключевые слова:*** корреляционная зависимость, терроризм, личность преступника, личность потерпевшего.

***Annotation:*** The article regards the crucial points of correlation dependence between such elements of forensic characteristics terrorism as «Criminal identity» and «Victim's identity». The author suggests the proper classification concerning the selectivity of criminal's actions as for the victims and substantiates his scientific standpoint.
***Key words:*** correlation dependence, terrorism, criminal identity, victim's identity.

Особа потерпілого в юриспруденції розглядається в різних аспектах і ракурсах переважно з позиції кримінального права, кримінального процесу та кримінології.

У криміналістиці В. Громов і М. Лаговіер одними з перших звернули увагу на «можливість більш

*© Чорний Г.О., 2012*

глибокого вивчення особи потерпілого, більш глибоке проникнення в її духовний світ» [ 3, с. 14].

Дані про потерпілого (потерпілих) займають важливе місце в криміналістичної характеристики тероризму (як і інших злочинів проти життя, здоров'я особи, а також його майна). Цей факт пояснюється .наступними обставинами:

1. Вибірковістю в діях злочинця, що показують певний взаємозв'язок між особливостями особи його та потерпілого (потерпілих) [ 3, с. 62].

2. Наявністю і характером зв'язків та відносин між потерпілим і злочинцем, які впливають на мету, мотив, час, способи вчинення та приховування злочину [4, с. 37].

У першому випадку кореляційна залежність між особою терориста і особою потерпілого «є вибірковою та в окремих терористичних актах, ступінь посягання визначається їх політичним, фінансовим та іншого роду престижем» [5, с. 695].

Яскравим прикладом вибірковості терористів певних політичних і фінансових престижем самих потерпілих і держав, які вони представляють є терористичний акт, проведений у столиці Австрії – Відні 21 грудня 1975, де розташована штаб-квартира організації країн-експортерів нафти (ОПЕК).

Організатори та виконавці цієї атаки мали намір захопити в заручники міністрів, які повинні були взяти участь у конференції ОПЕК. Потім вони планували відправитися з ними в тривалу пропагандистську подорож. Кожного із захоплених у полон міністрів планувалося відпускати на свободу на території його країни, після того, як той на повний голос прочитає текст маніфесту на підтримку Народного фронту звільнення Палестини, який і був організатором атаки. Безпосереднє керівництво терористичною групою склали досвідчені терористи Ілліч Санчес Рамірес (відомий також як «Карлос Шакал») і Ханс-Йоахім Кляйн. За деякими даними, до цього теракту було причетне угрупування Андреаса Баадера та Ульріки Майнхофф, відома також як «Фракція Червоної Армії», або «RAF», тероризували в ті роки територію ФРН.

Австрійські влади, безсилі перед терористами, погодилися на всі їхні умови. Після отримання викупу учасники теракту бігли на Близький Схід. Тим не менш, на думку Карлоса Шакала, акція була провалена, оскільки головна її мета досягнута не була.

Розглядаючи політичну складову даної кореляції, необхідно відзначити, що вона включає в себе такі елементи, як:

- приналежність особи до певної політичної партії або громадської організації;

- участь особи як кандидата на виборчу посаду органів державної влади і управління.

У ніч на 30 березня 2002 року в м. Івано-Франківськ у результаті збройного нападу загинув заступник голови Івано-Франківської обласної державної адміністрації, кандидат у депутати Верховної ради з Надвірнянському виборчому округу Міколай Шкрібляк.

Замахи на життя кандидата в Президенти Наталію Вітренко в 1999 році в м. Кривий Ріг шляхом застосування вибухового пристрою. В наведений прикладах кримінальні справи були порушені за ст. 258 КК України – терористичний акт.

- Приналежність (наявність громадянства) до певної держави.

Дане твердження підтверджують наступні приклади:

1. Терористичний акт, який був здійснений під час Олімпійських ігор в Мюнхені в 5 вересня 1972 членами радикальної палестинської організації «Чорний вересень» виключно проти громадян Ізраїлю. Жертвами теракту стали 11 членів ізраїльської олімпійської збірної (4 тренера, 5 учасників змагань і двоє суддів), а також 1 німецький поліцейський. Терористи вимагали звільнити утримуваних у той час в ізраїльських в'язницях 232 членів Організації визволення Палестини і двох німецьких терористів, а також 16 ув'язнених тюрем Західної Європи.

2. Вибухи посольств Сполучених Штатів Америки відбулися 7 серпня 1998 року в Найробі (Кенія) і Дар-ес-Саламі (Танзанія) були проведені ісламськими терористами за організаційної та фінансової підтримки Б. Ладена. Вибух в Танзанії здійснений за допомогою замінованого автомобіля. У загальній складності при вибухах загинуло 224 людини.

- участь окремих держав, громадянами яких є потерпілі, в спільних військових діях (яскравим прикладом може служити мережа вибухів з Англії, Іспанії та ін.)

До названої вище кореляційної залежності також необхідно віднести:

- приналежність особи до певних релігійних переконань (наприклад вибухи сунітів і шиїтів в Іраку);

- приналежність особи до певних статевим переконанням.

Розглядаючи таку обставину характеристики потерпілого, як наявність і характер зв'язків і відносин між потерпілим і злочинцем, які впливають на мету, мотив, час, способи вчинення та приховування злочину необхідно зазначити наступне:

- особа потерпілого (потерпілих) визначається масштабом терористичної операції [6, с. 224];

- при зазначених вище обставин кореляційних залежність між особою злочинця-терориста і особою потерпілого є відносною, стосовно особливостей планування та організації розслідування терористичного акту по «гарячих слідах», висування загальних і часних версій, а також проведення першочергових слідчих дій і оперативно-розшукових заходів;

- при розгляді саме цієї обставини простежується сутність і природа тероризму як соціального явища (з точки розуміння як суспільно небезпечного діяння – злочину) ставить перед собою єдину мету – відродити, а в подальшому (в деяких випадках) і підтримувати страх, жах у широких соціальних верствах населення.

При цьому потерпілими є не тільки особи, «яким злочином завдано моральну, фізичну або майнову шкоду» [7, с. 104], але опосередковано і необмежений, невизначене коло осіб, які зазнають і відчувають обмеження, труднощі, страждання від такого злочину.

Такого роду страждання тягнуть за собою появу в суспільстві паніки, масового психозу, соціальної агресії щодо терористичних груп (організацій) або

представників конкретних народів, які беруть участь у вчиненні такого роду злочинів.

У конкретних громадян з'являються і стабільно довго підтримуються після вчинення терористичного акта різного роду манії, фобії:

- боязнь перебування в замкнутому просторі – після неодноразових вибухів в метрополітені міст Москви, Мінська;

- боязнь вчинення залізничних переїздів, авіаційних перельотів – за даними статистики США після терористичних актів 11 вересня 2001 року різко впали продажі квитків в авіакомпаніях і даний факт зберігався значний проміжок часу.

Крім цього, з'являються і загострюються невдоволення громадян щодо обставин та питань, на які звертали свою увагу терористи в своїх вимогах. Зазначені невдоволення мають, як правило, діаметральні сторони – від засудження органів державної влади за нерішучий, повільне вирішення конфліктного питання до висловлювання здивування, протестної поведінки за вирішення питання жорсткими заходами аж до застосування силових методів.

Є доцільним розглянути психологічну природу таких явищ, як страх, жах, паніка, агресія. Вони є внутрішнім змістом сутності терору в самому широкому сенсі цього слова і в цілому впливають на поведінки соціуму (або його частини) за допомогою здійснення тиску на прийняття та / або відмови від прийняття того чи іншого рішення.

Природою і сутністю тероризму є досягнення і підтримка як можна у більшої кількості людей стану страху для досягнення цілей терору.

Страх є емоцією, що виникає в ситуації загрози біологічному або соціальному існуванню індивіда і спрямовано на джерело дійсної чи уявної небезпеки.

Залежно від характеру загрози інтенсивність і специфіка переживання страх варіюються в діапазоні: - побоювання, боязнь, переляк, жах. У випадку, коли страх досягає сили афекту у формі панічний страх, жаху, він здатний нав'язати стереотипи поведінки у формі втечі, заціпеніння, захисної агресії [1, с. 398].

Особливо слід звернути увагу на те, що сформовані реакції страху носять відносно стійкий характер і вони здатні зберігатися і відтворюватися навіть при розумінні людиною їх безглуздості.

Тому виховання стійкості до страху зазвичай спрямоване не на рятування від нього, а на вироблення вміння володіти собою при виникненні страху [1, с. 357].

Розглядаючи крайній діапазон страху і максимальну силу афекту у формі жаху необхідно відзначити, що останній має кілька трактувань, сутність яких зводиться до наступного:

1. Почуття сильного страху, що доходить до пригніченості, заціпеніння;

2. Крайнє здивування, обурення, розлад, викликане чимось;

3. Трагічність, безвихідність;

4. Оцінка будь-якої ситуації, чиїхось дій, які спричиняють важкий, болісний стан, що є дуже поганим, кепським, неприємним.

Наслідком емоційних переживань у формі страху і жаху є паніка.

Паніка – ці деструктивна поведінка великої групи людей, що характеризується взаємним емоційним зараженням, стихійністю і єдиної спрямованістю дій.

З психологічної точки зору паніка, по-перше, веде до деструкції і руйнування організованої групи, або збирає людей у велику неорганізовану масу, по-друге, спричиняє дезадаптацію і некритичну поведінку людей, знижуючи рівень їх безпеки [1, с. 383].

Виходячи із сутності та видів паніки слід зазначити, що для потерпілих, тобто, осіб безпосередньо постраждалих від терористичного акту характерна так звана афективна паніка.

Зазначений вид паніки утворюють такі фактори:

1) Ситуація, здатна впливати на емоційну сферу індивіда, яка сама класифікується на:

а) катастрофічну, тобто терористичний акт уже реально здійснений і спостерігаються його наслідки у вигляді жертв, нанесення шкоди здоров'ю і майновим інтересам громадян;

б) лжекатастрофічну, коли ситуація не має реальної загрозливою перспективи і виникає у свідомості людей на основі чуток, домислів і дії уяви.

2) Внутрішній психологічний стан особи, що сприймає ситуацію вчинення терористичного акту. Обумовлене станом розгубленості, страху, тривоги, жаху створює сприятливе підґрунтя для появи деструктивних панічних реакцій.

3) Наявність значної кількості людей, взаємозаражуючих і емоційно впливаючих один на одного.

Поведінкова паніка виникає не серед потерпілих від терористичного акту, а серед населення або його окремих груп.

Це вже не емоційний спалах, а осмислені й насичені переживаннями тривоги, страху, розгубленості, поспішні рішення та дії. На відміну від афективної паніки вона виникає не тільки під впливом погрози, але й через тривалих переживань, побоювань, накопичення тривоги, невизначеності, очікування гіршого, з накопиченням «психологічного пального» і спрацьовуванням «реле», певного «психологічного каталізатора».

У неорганізованих групах людей (натовп) такий вид паніки визначається такими ознаками:

- неадекватністю сприйняття кризової ситуації людьми;

- наявністю у людей стану тривоги, страху;

- попередньої кризовою ситуацією або супутніми їй різними факторами;

- силою поведінкової контагіозності;

- неузгодженістю і розвалом спільних дій.

Поведінкова паніка, виникнувши не відразу, потім, як лавина, розвивається по наростаючій і припиняється поступово. Тривалість поведінкової паніки – від декількох годин до декількох років. Інтенсивність панічного стану залежить від оцінки ступеня небезпеки, її реальності, ймовірності і обстановки.

Два основних моменти, що визначають виникнення паніки:

1) пов'язаний головним чином з раптовістю появи загрози для життя, здоров'я, безпеки, наприклад, при вибуху, аварії, пожежі;

2) можна пов'язати з накопиченням відповідного «психологічного пального» і спрацьовуванням «реле» певного психічного каталізатора. Тривалі

переживання, побоювання, накопичення тривоги, невизначеність ситуації, передбачувані небезпеки, негаразди – все це створює сприятливий фон для виникнення паніки, а каталізатором може бути все що завгодно.

Механізм розвитку бурхливої динамічної паніки можна подати як усвідомлюваний, частково усвідомлюваний чи неусвідомлюваний ланцюг:

- включення «пускового сигналу» (спалах, гучний звук, обвал приміщення, землетрус),
- відтворення образу небезпеки;
- активізація захисної системи організму на різних рівнях свідомості;
- інстинктивне реагування і наступне за цим панічна поведінка.

Виникнення і розвиток паніки в більшості випадків пов'язана з дією шокуючого стимулу, відразу відрізняючись чимось явно незвичайним. Для того, щоб привести до справжньої паніки, що діє на людей, стимул повинен бути:

- або досить інтенсивним;
- або повторюваним (наприклад, вибух, сирена, автомобільний клаксон, серія гудків і т.п.);
- він повинен привертати до себе увагу;
- спричинити емоційний стан часом неусвідомленого, тваринного страху.

Етапи панічної реакції:

Перший етап реакції на такий стимул – як правило, різкий переляк, потрясіння, відчуття сильної несподіванки, шоку і одночасно сприйняття ситуації як кризової, критичною, загрозливою і навіть безвихідною.

Другий етап – зазвичай замішання, в яке переходить потрясіння, а також пов'язані з ним хаотичні індивідуальні, часто абсолютно безладні намагання якось зрозуміти, проінтерпретувати подію, що відбулася в рамках колишнього, звичайного особистого досвіду або ж шляхом гарячкового пригадування аналогічних ситуацій з відомого людині чужого, як би запозиченого їм, досвіду. З цим пов'язане гостре почуття реальної загрози. Коли необхідність швидкої інтерпретації ситуації стає особливо актуальною і вимагає негайних дій, саме це відчуття гостроти заважає логічному осмисленню того, що відбувається і викликає новий страх. Спочатку цей страх супроводжується криком, плачем, руховою ажитацією. Якщо такий страх не буде пригнічений, то розвивається наступна стадія.

Третій етап – посилення інтенсивності страху за відомими психологічним механізмам циркулярної реакції. Тоді страх одних людей відбивається іншими, що, в свою чергу, ще більше посилює страх перших. Посилюється страх стрімко знижує впевненість у колективній здатності протистояти критичної ситуації і створює у більшості неясне відчуття приреченості.

Завершується все це неадекватними діями, які зазвичай представляються людям, охопленими панікою, рятівними. Хоча на ділі вони можуть зовсім не вести до порятунку: це етап «хапання за соломинку», в результаті все одно обертаються панічною втечею (зрозуміло, за винятком тих випадків, коли бігти людям просто нікуди). Тоді може виникати підкреслено агресивна поведінка: відомо, наскільки небезпечний буває звір, загнаний в кут, навіть якщо він звичайно тікає від небезпеки.

Четвертий етап – масова втеча. Паніка саме як особливий варіант масової поведінки реально стає помітною, виявляючись у спостережуваних феноменах – перш за все в масовій втечі. Безоглядна втеча – як правило, апофеоз паніки. Раніше чи пізніше, саме втеча стає природним наслідком будь-якої паніки. Прагнення сховатися від страху (жаху), що насувається, – природна реакція.

П'ятий етап – завершення паніки. Зовні паніка закінчується в міру припинення окремими людьми втечі. Або вони це роблять через утому, або, починаючи усвідомлювати безглуздість втечі і повертаючись в здоровий розум. Звичайні слідства паніки – або втома і заціпеніння, або стан крайньої тривожності, збудливості і готовності до агресивних дій [2, с. 157].

Реакцією на стани, переживання, викликані об'єктивно непереборними (або суб'єктивно сприймаються як такі) труднощами, тобто фрустрацію [8, с. 84], є внутрішня і зовнішня стихійна агресивність.

Стан фрустрації виникає як реакція на терор взагалі і терористичний акт конкретно, який перериває спокійне, налагоджене життя громадян. Людина, стикаючись з терором безпосередньо або відчуваючи його вплив опосередковано, відчуває психічні стани, відчуття суб'єктивної нездоланність раптово виниклих перешкод на шляху течії його життя, близьких йому людей або оточуючих.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Бандурка А.М.* Юридическая психология: терминологический словарь / А.М. Бандурка.– Х.: 2005. – 432с.
2. *Бордик И.В.* Экстренная психологическая помощь пострадавшим в чрезвычайных ситуациях: в 2 кн. – 4-е изд., перераб. и доп. М.: 2009. – 238 с.
3. *Громов В.* Искусство расследования преступлений / В. Громов, Н. Лаговиер. – М.: 1930. – С. 14,62.
4. *Советская* криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений; под ред. В.К. Лисиченко. – К.: Вища школа, 1988. – С. 37.
5. *Коновалова В.О.* Терроризм: проблеми методики розслідування злочинів. Вісник Академії правових наук України. №2 (33) - №3 (34). Харків, 2003. – С. 729.
6. *Коновалова В.Е.* Тероризм: криминалистическая характеристика преступлений // Проблеми відповідальності за злочини проти громадської безпеки за новим кримінальним кодексом України. Матеріали міжнародного науково-практичного семінару 1-2 жовтня 2002 року. – м. Харків. – С. 223-224.
7. *Кримінально*-процесуальний кодекс України. – Х.: Одиссей, 2011. – 232с.
8. *Левитов Н.Д.* Фрустрация – один из видов психических состояний / Н.Д. Левитов // Вопросы психологии. – 1967. – №6. – С. 120.

УДК 343.211.3

# ОБОВ'ЯЗКИ І ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ЯК ГАРАНТІЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ЇЇ ПРАВ ТА СВОБОД (КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

**Шаблистий В. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
кримінального права та кримінології
факультету з підготовки слідчих
Дніпропетровського державного
університету внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті здійснено спробу переосмислити значення прав і свобод, обов'язків і відповідальності людини і громадянина, понять «особа» і «людина» крізь призму теоретико-прикладних засад кримінально-правового забезпечення безпеки людини.
***Ключові слова:*** людина, особа, права, свободи, обов'язки і відповідальність людини і громадянина, кримінальний закон, безпека людини.

***Аннотация:*** В статье осуществлена попытка переосмыслить значение прав и свобод, обязанностей и ответственности человека и гражданина, понятий «личность» и «человек» сквозь призму теоретико-прикладных основ уголовно-правового обеспечения безопасности человека.
***Ключевые слова:*** человек, личность, права, свободы, обязанности и ответственность человека и гражданина, уголовный закон, безопасность человека.

***Annotation:*** In the article an attempt decision a value is carried out right freedoms, duties and responsibility of man and citizen, concepts «personality» and «persons» through the prism of the theoretical-applied bases of the criminal law providing of safety of man.
***Key words:*** man, personality, right, freedoms, duties and responsibility of man and citizen, criminal law, safety of man.

---

Парадигма людського виміру права передбачає, що одним із основних критеріїв розвитку сучасного суспільства має бути стан захищеності прав і свобод його членів.

До кінця XX ст. проблема забезпечення загальної поваги і дотримання прав людини стала проблемою всього світового співтовариства в якості невід'ємної складової системи міжнародної безпеки.

Будь-яка держава, бажаючи бути повноправним членом світового співтовариства держав, має узгоджувати своє законодавство із вимогами міжнародних стандартів.

Крайнім та найдієвішим засобом захисту прав і свобод людини і громадянина є кримінальний закон. Саме у ньому поряд з іншими галузями права в найбільш концентрованому вигляді виражені ціннісні орієнтири тієї чи іншої соціальної системи. Кримінальний кодекс (далі – КК) України 2001 р. – мав би стати яскравим тому підтвердженням: він повинен виходити з вільних від ідеологічних упереджень принципів демократичної правової держави як гаранта законності і справедливості, верховенства права і закону, визнання людини, її прав та інтересів найвищою соціальною цінністю, неприпустимість протиставлення законності і доцільності.

Метою статті є дослідження значення прав і свобод, обов'язків і відповідальності людини і громадянина, понять «особа» і «людина» крізь призму теоретико-прикладних засад кримінально-правового забезпечення безпеки людини.

Досягнення проголошеною мети ґрунтується на працях П.П. Андрушка, М.І. Бажанова, Ю.В. Бауліна, О.І. Бойка, В.І. Борисова, С.В. Бородіна, Г.М. Борзєнкова, В.М. Бурдіна, О.М. Джужи, В.П. Ємельянова, А.М. Красікова, М.Й. Коржанського, В.М. Куца, П.С. Матишевського, М.І. Матузова, М.І. Мельника, В.І. Осадчого, В.В. Сташиса, Є.Л. Стрельцова, В.Я. Тація, А.А. Тер-Акопова, В.П. Тихого, М.І. Хавронюка, Є.В. Фесенка, С.С. Яценка та ін.

Слід визнати, що сталася принципова зміна в розстановці ціннісно-нормативних пріоритетів у сфері боротьби зі злочинністю. На законодавчому рівні визнано, що людина в цивілізованому світі є найвищою соціальною цінністю. Проголошена орієнтація на максимальне забезпечення безпеки людини, всебічну охорону її життя, здоров'я, честі, гідності, прав і свобод, недоторканності. Пріоритетність завдання охорони людини від злочинних посягань випливає також з Конституції України (ст. 3) і гарантується нею.

Однак, проголошення (нехай навіть на найвищому рівні) вищеназваних положень ще не означає втілення їх у життя. Для цього потрібен не тільки час, а й чимало відповідних сил і засобів, підвищення правової культури населення.

Більш того законодавча і правозастосовна практики демонструють нам суперечливість своїх рішень – практично немає часу для вироблення певної лінії застосування норм кримінального права через швидкоплинність їх змін. Це, звичайно, не найкращим чином позначається на ступені реальної захищеності прав і свобод людини і громадянина. Між тим, не можна всерйоз займатися проблемами наукового аналізу правових інститутів, вдосконаленням законодавства, не вивчаючи ефективність дії існуючих норм.

Чималу роль тут відіграють і наукові дослідження, в тому числі на рівні кримінального права. Все це дозволяє констатувати особливу актуальність представлених питань для вдосконалення КК України та практики його застосування.

*© Шаблистий В.В., 2012*

У зв'язку із цим слід вказати на невідповідність чинного КК України положенням Основного Закону в частині вживання назви найвищої соціальної цінності в державі – «людини» та «особи».

З цього приводу М.І. Матузов, зазначає, що особою не народжуються, нею стають. «Особа» – поняття дещо вужче, ніж «людина» [1, с. 69].

А.М. Красіков вважає, що таке розуміння особи характерно для соціально-філософського та політико-правового (в приватному праві) аспектів, коли під особою прийнято розуміти людину, здатну самостійно реалізовувати належні їй права і виконувати певні обов'язки [2, с. 6]. Від себе додамо, що людина повинна також нести відповідальність, активно взаємодіяти із собі подібними і природним середовищем.

З позиції реальної кримінально-правової охорони особи, її прав і свобод слід визнати, що поняття «особа» і «людина» (як соціально-біологічна істота, народжена людиною) мають бути тотожними, рівнозначними, між ними не повинно бути жодних розбіжностей. У зв'язку із цим актуальною є вказівка Є.Л. Стрельцова на те, що фізична особа у кримінально-правовому значенні – це людина [3, с. 101].

На нашу думку, сам факт використання різних понять створює підґрунтя для різних дискусій.

Так, М.Й. Коржанський з цього приводу зазначав, що суспільна суть людини – особа – це саме і є її суспільний стан, відносини між іншими людьми, тобто суспільні відносини і громадські стосунки певного індивіду в їх сукупності. Людина є і не може не бути природною, предметною істотою. Людина є частиною природи і саме біологічно вона може бути визначена природною, предметною істотою. Такий погляд на людину є неповний, однобічний і тому не науковий. Для права як інструменту суспільного регулювання, дуже важливо відрізняти фізичну, біологічну і суспільну властивості людини, бо людина, вилучена із суспільних відносин, перестає бути особою (наприклад, Мауглі), хоча й залишається живою природною істотою. Не визнавався особою і раб, за вбивство якого наставала відповідальність як за знищення майна. Таку відмінність, такий розподіл в людині її біологічної і суспільної властивостей необхідно проводити завжди [4, с. 22].

Якщо виходити із буквального тлумачення кримінального закону, то посягання на життя, здоров'я, волю, честь, гідність людини, яка виросла поза межами суспільства, не є злочином, оскільки вона не є особою.

У тлумачному словнику сучасної української мови зазначається, що особа – це окрема людина, індивід; людина, яка посідає певне місце у суспільстві, а особистість – конкретна людина з погляду їх культури, особливостей характеру, поведінки та ін. [5, с. 685].

Слід зазначити, що існують люди, які в силу якихось причин (обставин) не можуть самостійно розпорядитися своїми правами та обов'язками (душевнохворі, новонароджені, підлітки, особи похилого віку, визнані судом обмежено або повно недієздатними та ін.). З точки зору кримінального закону життя, права і свободи будь-якої людини є об'єктом кримінально-правового захисту. Саме тому вдалою є пропозиція окремих представників російської кримінально-правової науки про зміну назви розділу VII КК Росії із «Злочини проти особи» на «Злочини проти людини» [2, с. 7].

Ведучи мову про особу чи людину, ми маємо на увазі потерпілого, тобто того, кому злочином заподіюється певна шкода. Навівши окремі точки зору вчених щодо співвідношення цих понять, поки що до єдиного знаменника не дійшли. Не применшуючи ролі кримінологічної науки в удосконаленні кримінального закону та запобіганні злочинам, слід визнати, що позиція окремих її представників потребує критичного аналіз саме з позиції піднятих питань.

Так, Л.Г. Козлюк вважає, що у кримінологічній науці доцільним є використання поняття «особистість злочинця» як такого, що більш повно, глибоко і всебічно розкриває кримінологічний зміст досліджуваного феномену, саме його слід використовувати у кримінологічних дослідженнях і застосовувати в науковій, навчальній та методичній літературі. Далі авторка зазначає, що це поняття включає в себе два важливих феномени, такі як «особистість» (її фізичні, соціальні, психологічні властивості) та «злочинець» (фізична, осудна особа, яка у визначному законом віці порушила закон про кримінальну відповідальність) [6, с. 9].

Така наукова позиція є далеко не поодинокою. Якщо із нею погодитися, то потерпілий від злочину є лише особою, як його визначає КК України, а злочинець є особистістю. Одне суперечить іншому, можливо, навіть здоровому глуздові. Вважаємо, що і потерпілий, і злочинець, є людьми в першу чергу. Якщо кримінальний закон на одного з суб'єктів кримінально-правових відносин вказує як на особу, то й про іншого всі зобов'язані вести мову виключно як про особу.

На нашу думку, проблемам особи злочинця в науці приділено занадто багато уваги, тоді як потерпілому приділяється занадто мало уваги. Ведуться різні статистичні обліки осіб, які вчинили злочини та осіб, щодо яких обвинувальний вирок суду набрав чинності. Ці обліки включають в себе сукупність соціально значущих властивостей, ознак, зв'язків і відносин, які характеризують людину, винну в порушенні кримінального закону, в поєднанні з іншими (неособистими) умовами та обставинами, що впливають на її злочинну поведінку. Про потерпілого є градація лише за віковою, статевою та деякими іншими ознаками.

Звичайно, знаючи особливості особи злочинця певного виду злочинів, можна запропонувати запобіжні заходи щодо мінімізації криміногенних факторів. Разом з тим, знаючи особливості потерпілих від злочинів певного виду, можна сформулювати пропозиції стосовно того, як не стати жертвою злочину (останнє поняття використовується кримінологами та воно є ширшим за поняття «потерпілого від злочину»). Вважаємо, що проблемі потерпілого від злочину має бути приділено не менше уваги, ніж особі злочинця.

Про невтішну правильність такого висновку можуть свідчити й заяви найвищих посадових осіб держави. Так, уповноважена Верховної Ради України з прав людини В. Лутківська заявила, що в Україні слід будувати більше місць позбавлення волі, її не влаштовують умови відбування покарання у виді

позбавлення волі [7]. Не применшуючи ролі та значення подібних заяв, слід також завжди пам'ятати про іншу бік медалі – про потерпілих, оскільки позбавлення волі здебільшого призначається за тяжкі насильницькі злочини.

Певне віддзеркалення наведених дискусійних питань можемо знайти у Розділі ІІ Основного Закону, аналіз якого показав, що у ньому передбачено більш як тридцять п'ять прав і свобод людини і громадянина, тоді як обов'язків трохи більше чотирьох. Така диспропорція між правами та обов'язками людини і громадянина жодним чином не сприяє захисту її безпеки, оскільки абсолютна більшість пересічних громадян України знають чи не всі свої права, а обов'язки ними або ігноруються, або дійсно їх не знають.

З цього приводу О.Ф. Скакун зазначає, що юридичний обов'язок – гарантована законом міра суспільно необхідної (корисної) і державно доцільної поведінки особи, об'єктивно обумовлена потребами існування та розвитку інших осіб, соціальних груп, націй, людства. Можна сказати, що юридичний обов'язок – це перепона на шляху сваволі, хаосу, всього того, що заважає нормальному розвитку суспільства [8, с. 348]. Далі вона влучно вказує на те, що права існують лише тоді, коли визнаються іншими громадянами держави. Свої вимоги до громадян держава формує в системі обов'язків і встановлює заходи юридичної відповідальності за їх невиконання. Громадяни – самі хранителі своєї свободи, напрямки та межі зовнішнього вираження якої надані в правах. Саме для того, щоб зміцнити свої права, громадяни в демократичному суспільстві приймають на себе зобов'язання і виконують свої обов'язки [8, с. 349].

Отже, наведені положення дають нам підстави сформулювати такі висновки.

По-перше, права свободи людини і громадянина неможливо реалізовувати без знання своїх обов'язків та готовності нести відповідальність за їх невиконання. КК України виступає крайнім та найдієвішим засобом захисту прав і свобод людини і громадянина, а також гарантом виконання юридичних обов'язків.

По-друге, враховуючи майбутні глобальні зміни до КК України [9], серед всіх інших конструктивних пропозицій, пропонуємо в назвах всіх розділів Особливої частини кримінального закону термін «особи» замінити на «людини» (Розділи ІІ, ІІІ, ІV). Додатково про таку необхідність свідчить назва Розділу V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» та Розділу ХХ «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» Особливої частини КК України.

До внесення відповідних змін та доповнень до кримінального законодавства пропонуємо вважати кримінологічну дискусію щодо вживання термінів «особа» чи «особистість» злочинця вичерпаною, оскільки закон прямо на потенційного потерпілого від злочину вказує як на «особу». У зв'язку із цим говорити про людину, яка порушила кримінально-правову заборону, як про особистість просто некоректно по відношенню до жертви злочину. Більш того, теоретичні положення будь-якої науки не можуть суперечити чинним нормативно-правовим актам, особливої найвищою юридичної сили, якими є закони.

Вважаємо, що якщо не реалізація, то принаймні слідування наведеним рекомендаціям лише сприятиме кримінально-правовому забезпеченню безпеки людини в цілому. Хоча до змін кримінального закону потрібно відноситися з надзвичайною обережністю, чого, нажаль, наразі не спостерігається.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Матузов Н. И.* Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права / Н. И. Матузов. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1972. – 292 с.

2. *Красиков А. Н.* Преступления против личности: учеб. пособ. для студ. учеб. завед. юридич. проф. / А. Н. Красиков. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1999. – 232 с.

3. *Кримінальне* право України: Загальна частина / Александров Ю. В., Антипов В. І., Володько М. В. [та ін.]; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – [вид. 3-тє, переробл. та доповн.]. – К. : Юридична думка, 2004. – 352 с.

4. *Коржанський М. Й.* Кваліфікація злочинів проти особи та власності / М. Й. Коржанський. – К., 1996. – 144 с.

5. *Великий тлумачний* словник сучасної української мови / В. Т. Бусел [та ін.]. – К.: Ірпінь: Перун, 2001. – 1440 с.

6. *Козлюк Л. Г.* Кримінологічна характеристика особистості злочинця, який вчинив статевий злочин щодо неповнолітнього: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право» / Л. Г. Козлюк. – Київ, 2009. – 16 с.

7. *Уполномоченная* по правам человека обещает строить в стране все больше и больше тюрем [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://obkom.net.ua/news/2012-05-25/0910.shtml

8. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права: підруч.; пер. з рос. – Х.: Консум, 2004. – 656 с.

9. *Закон України* «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=42733

УДК 343.102

# ПРИНЦИПИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО ЗІ СПЕЦІАЛІСТАМИ-ЕКОНОМІСТАМИ

**Марушев А. Д.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри криміналістики
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** Розглянуто поняття й принципи загальної теорії криміналістичної взаємодії. Запропоновано підстави класифікації принципів взаємодії слідчого з спеціалістом-економістом.
***Ключові слова:*** взаємодія, слідчий, спеціаліст-економіст, принципи.

***Аннотация:*** Рассмотрены понятие и принципы общей теории криминалистического взаимодействия. Предложены основания классификации принципов взаимодействия между следователем и специалистом-экономистом.
***Ключевые слова:*** взаимодействие, следователь, специалист-экономист, принципы.

***Annotation:*** Consider the concept and principles of the general theory of forensic cooperation. Proposed based on the classification principles of interaction between the investigator and the specialist-economist.
***Key words:*** interaction, the investigator, the expert-the economist, principles.

---

Питання взаємодії слідчого зі спеціалістами посідають важливе місце у загальній проблематиці взаємодії, оскільки в сучасних умовах діяльність по розслідуванню великої кількості господарських без тісної співпраці з фахівцями різних областей знань заздалегідь приречена на невдачу. Величезна кількість питань, що випливають перед слідчим із завдань розслідування дуже значного обсягу так званих економічних злочинів, що мають компоненти не тільки виявлення і розкриття, а і попередження, на жаль, залишається майже поза увагою науковців.

У науковій літературі багато вчених-криміналістів звертаються до розгляду як самого терміна «взаємодія», так і принципів, етапів, форм і видів такої діяльності. При цьому уважне вивчення робіт, опублікованих із проблем взаємодії, свідчить про те, що єдиного підходу до розуміння цієї діяльності в науці і дотепер не існує. Необхідно відмітити, що найбільш детальніше в криміналістичній літературі розглянути проблеми взаємодії слідчого з органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність та з експертами експертно-криміналістичних підрозділів [8, с. 6-7].

На наш погляд, обґрунтованою є позиція авторів, які включають до системі взаємодії органи прокуратури, органи внутрішніх справ, органи Служби безпеки, деякі державні органи України (Національний банк, Міністерство фінансів, Державна митна служба, Фонд державного майна, Державна податкова адміністрація та ін.), а також експертні установи (або окремі експерти і спеціалісти), громадські формування по охороні громадського порядку [5, с. 57-58].

На нашу думку, процес взаємодії між слідчим та спеціалістом-економістом треба розглядати в декількох аспектах. По-перше, це коли взаємодія між суб'єктами здійснюється на основі законодавчих актів (участь спеціаліста-економіста у слідчих діях). По-друге, це психологічний аспект суб'єктів взаємодії. Встановлення психологічного контакту слідчим з спеціалістом-економістом у процесі взаємодії дозволяє максимально використовувати можливості, сили і засоби кожного з них, виключає елементи невиправданого дублювання, нераціональної витрати наявних сил і засобів, дозволяє за необхідності зосередити зусилля на найважливішому напрямку.

Недарма Г.А. Матусовський визначає що, взаємодія правоохоронних та інших державних органів і посадових осіб у процесі розкриття і розслідування злочинів треба розглядати як узгоджену діяльність різних ланок однієї або декількох організаційних систем, спрямовану на досягнення загальної мети з найменшими витратами сил, засобів і часу [4, с. 219].

З точки зору криміналістики, взаємодія це процес безпосереднього або опосередкованого впливу об'єктів (суб'єктів) один на одного, що породжує їх взаємозумовленість і зв'язок [9, с. 42]. З цього випливає, що взаємодія – це процес організації і здійснення розслідування і запобігання окремим видам злочинів. Взаємодія між слідчим і спеціалістом-економістом як найбільш організована і ефективна форма боротьби правоохоронних органів зі злочинністю характеризується деякими основними властивостями. У зв'язку з цим вона розглядається як вищий ступінь консолідації сил і засобів правоохоронних та контролюючих органів, наділених законом відповідними повноваженнями у різних сполученнях участі залежно від виду злочину, що розслідується, складності завдань, що вирішуються, необхідності використання відповідних засобів, прийомів та методів.

Наприклад, основна мета залучення спеціаліста – економіста до участі у слідчої дії (а саме – слідчого огляду) – це розширення практичних можливостей слідчого у виявленні, збиранні, закріпленні, вилученні й попередньому дослідженні бухгалтерських та облікових документів і вилучення ознак доказової й пошукової інформації, зазначеної у них.

Загальновизнано, що при організації взаємодії сторони повинні керуватися загальними положеннями (принципами). У юридичній літературі під правовими принципами розуміється сукупність ідей, на яких базуються численні елементи правової

*© Марушев А.Д., 2012*

системи [1, с. 96]. Стосовно до діяльності з виявлення, розкриття й розслідування злочинів, на думку І.Ф. Герасимова, такими загальними положеннями є такі: найсуворіше дотримання законності, плановість, швидкість, активність і широке застосування в ході розслідування науково-технічних засобів, обов'язкове залучення громадськості (правильне ставлення до оцінки доказів), знання кожним учасником взаємодії повноважень і форм діяльності органів слідства й дізнання [2, с. 7-8].

Ми згодні з В.Ю Шепітько, що взаємодія в діяльності з розкриття і розслідування злочинів повинна носити конкретний характер, ґрунтуватися на законі і правильному сполученні форм і методів роботи та здійснюватися з дотриманням таких принципів:

– процесуальної самостійності слідчих і органів дізнання, невтручання в їх процесуальну діяльність;

– вимог законності;

– самостійності співробітників оперативно-розшукових підрозділів, слідчих і спеціалістів у виборі засобів при здійсненні узгоджених заходів;

– поділу компетенції між учасниками взаємодії;

– нерозголошення учасниками взаємодії даних процесуальної, оперативно-розшукової та іншої діяльності;

– узгодженості планування і виконання дій учасниками взаємодії, наявності обміну інформацією та ін. [6, с. 194-195].

Наприклад, у процесі проведення ревізії за звернення слідчого взаємодія слідчого і ревізора, спеціаліста-економіста посідає, на нашу думку, центральне місце. Це викликано тим, що тільки взаємообумовлені дії зазначених осіб можуть привести до одержання необхідних результатів, виявлення усіх незаконних господарських операцій й встановленню винних осіб. Тісний контакт повинен бути встановлений із самого початку проведення документальної ревізії. Ревізор у процесі взаємодії зі слідчим, насамперед, одержує кваліфіковане роз'яснення завдання і питань, поставлених на вирішення. Процес проведення ревізії в таких випадках забезпечується необхідними для цього документами.

Необхідним елементом у взаємодії між слідчим і спеціалістом є інформаційне забезпечення, як в процесі проведення фінансової інспекції, так і в процесі інших слідчих, до яких залучається спеціаліст-економіст. Це означає, що між слідчим і спеціалістом повинен бути забезпечений контакт в обміні необхідною інформацією. Спеціаліст-економіст при аналізі документів одержує інформацію про можливі способи вчинення економічних злочинів, а також про ті підприємства, приватних підприємців, з якими господарчий суб'єкт, що перевіряється, вступав у економічні стосунки. Така інформація може бути надана слідчому ще до повного закінчення проведення документальної перевірки. Це сприяє своєчасному плануванню і проведенню слідчих дій, оперативно-розшукових заходів, а також дій організаційного характеру з метою одержання нових доказів про злочинну діяльність, виявлення фактів учинення злочину, вилучення необхідних документів, перевірки діяльності господарчого суб'єкта по документах інших підприємств.

Отже, аналіз наукової літератури дозволяє виділити такі принципи взаємодії слідчого зі спеціалістом-економістом та іншими учасниками досудового слідства в процесі розслідування злочинів:

1. Дотримання законності в процесі розслідування кримінальних справ учасниками взаємодії. Взаємодія слідчого зі спеціалістом-економістом слідства повинне ґрунтуватися на строгому дотриманні й виконанні вказівок закону особливо, положенням кримінально-процесуального закону, а також інших нормативних актів. Вимога дотримання законності в питаннях взаємодії не допускає відступів від даного принципу, незважаючи на термінову та практичну необхідність проведення слідчої дії або оперативно-розшукового заходу.

2. Дотримання конституційних прав і свобод громадян, залучених в процес досудового слідства. В процесі взаємодії слідчій повинен особливо дбати за недоторканістю законних прав і свобод громадян, незважаючи на його процесуальне становище (обвинувачений, підозрюваний, захисник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники, свідок, спеціаліст, експерт тощо).

3. Дотримання кожним учасником взаємодії строго в межах своєї компетенції. Недопустимо змішування слідчої й іншої діяльності, за умови строгого дотримання підслідності. Дотримання цього принципу забезпечується чіткою правовою регламентацією діяльності слідчого і спеціаліста-економіста, контролем із боку керівників органів слідства й дізнання, прокурорським наглядом.

4. Дотримання комплексності використання засобів слідчим і спеціалістом-економістом при здійснені узгодженої діяльності. У процесі розкриття й розслідування злочинів нерідко виникають певні труднощі, вирішити які тільки процесуальними методами неможливо.

5. Процесуальна самостійність і організуюча роль слідчого в прийнятті рішень, за винятком випадків, передбачених кримінально-процесуальним законодавством. Даний принцип взаємодії слідчого з спеціалістом-економістом прямо закріплений у кримінально-процесуальному законодавстві, де зафіксовано, що слідчий всі рішення про напрямок розслідування, проведені слідчих дій приймає самостійно й несе повну відповідальність за їх законне й своєчасне проведення. Організуюча роль слідчого у взаємодії, його процесуальна самостійність – невід'ємні елементи процесуального положення слідчого, зумовленого його функцією в кримінальному судочинстві й разом із тим одна з умов, які забезпечують всебічність та об'єктивність розслідування. Слідчий несе особисту відповідальність за повноту, всебічність й об'єктивність дослідження обставин справи, якісне проведення слідчих дій.

6. Персональна відповідальність слідчого, керівників оперативно-розшукових підрозділів і начальників міліції суспільної безпеки за проведення й результати слідчих дій і оперативно-розшукових заходів.

7. Узгодженості планування і виконання слідчих дій і заходів дослідження документальних даних

спеціалістом-економістом у процесі взаємодії. В процесі розслідування кримінальної справи завдання і мета взаємодії уточнюються й доповнюються, може виникнути потреба змінити коло взаємодіючих суб'єктів, залучити інших спеціалістів або інші засоби. Спільне планування полягає в тому, що спочатку слідчий аналізує наявні в справі відомості, визначає завдання, які вимагають спільної діяльності та конкретних виконавців.

8. Безперервність взаємодії в діяльності з розкриття й розслідування злочинів. Застосування вказаного принципу будується на безперервній взаємодії слідчого й залучених спеціалістів (особливо в процесі проведення фінансової інспекції).

9. Нерозголошення учасниками взаємодії даних процесуальної, оперативно-розшукової та іншої діяльності. Вимога нерозголошення даних досудового слідства та оперативних відомостей, будучи однією з умов успішного здійснення пізнавальної діяльності з встановлення обставин учиненого злочину є одним із принципових положень. Таємниця слідства, як обґрунтовано зазначає А.М. Ларін, це важлива умова виявлення доказів у тому вигляді, у якому вони є, без змін. Злочинці та пов'язані з ними особи не повинні знати про плани, джерела та межі поінформованості слідчого [3, с. 49-50]. Передчасне розголошення може дозволити винним уникнути відповідальності або скомпрометувати добропорядних громадян, якщо стосовно них слідчий одержав недостовірні відомості, що їх ганьблять.

Отже, підбиваючи підсумок викладеному, вважаємо за необхідне відзначити, що в діяльності правоохоронних органів взаємодія між слідчим і спеціалістом-економістом виникає задовго до порушення кримінальної справи, у ході проведення перевірочних та оперативно-розшукових заходів, здійснюється із залученням не тільки спеціалістів-економістів, а також співробітників інших контролюючих органів, громадськості. Взаємодія суб'єктів повинна відбуватися в умовах взаємної відповідальності усіх учасників за обсяг і якість виконуваних ними дій. Процес взаємодії між учасниками обов'язково повинен будуватися на перерахованих принципах для досягнення спільної мети або вирішення окремих завдань, виникаючих на досудовому слідстві.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Бабаев В.К.* Правовая система общества. Общая теория права: курс лекций / В.К. Бабаев. – Н. Новгород, 1993. – 283с.

2. *Герасимов И.Ф.* Взаимодействие органов предварительного следствия и дознания при расследовании особо опасных преступлений: автореф. дис... канд. юрид. наук / И.Ф. Герасимов. – Свердловск, 1966. – 16 с.

3. *Ларин А.М.* Работа следователя с доказательствами / А.М. Ларин. – М., 1966. – 149с.

4. *Матусовский Г.А.* Экономические преступления: криминалистический анализ: монограф. – Харьков: Консум, 1999. – 480с.

5. *Матусовский Г.А.* Организация работы аппаратов дознания и предварительного следствия органов внутренних дел: учеб. пособ. / Г.А. Матусовский, В.Н. Сущенко. – Х., Юрид. ин-т, 1983. – 284с.;

6. *Настільна* книга слідчого: наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів / М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова [та ін.]. – К.: Ін Юре, 2003. – С. 194–195.

7. *Чельцов М.А.* Уголовный процесс / М.А. Чельцов. – М., 1948. – 720с.

8. *Тертышник В.М.* Тайное становится явным: взаимодействие следователя, оперативного работника и эксперта-криминалиста при раскрытии и расследовании преступлений: учеб. пособ. / В.М. Тертышник, С.В. Слинько. – Х.: Гриф, 1997. – 68 с.

9. *Шепітько В.Ю.* Криміналістика. Енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український); за ред. В.Я. Тація / В.Ю. Шепітько. – Х.: Право, 2001. – 560 с.

10. *Шепитько В.Ю.* Криминалистика: курс лекций / В.Ю. Шепитько. – Харьков: Одиссей, 2003. – 352 с.

УДК 351.746.2:343.102

# НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ: ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМНИХ ПИТАНЬ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

**Єськов С. В.,**
кандидат юридичних наук,
вчений секретар секретаріату вченої ради
Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

***Анотація:*** Статтю присвячено аналізу норм, які визначають порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Вказано на недоліки нормативної регламентації. Наведено аргументи щодо уточнення нормативної термінології. Запропоновано зміни та доповнення в Кримінальний процесуальний кодекс України.

***Ключові слова:*** негласні слідчі дії, втручання у приватне спілкування, зняття інформації з каналів зв'язку, конфіденційне співробітництво, нормативна термінологія, кримінальне провадження, Кримінальний процесуальний кодекс України.

***Аннотация:*** Статья посвящена анализу норм, которые определяют порядок проведения негласных следственных (розыскных) действий. Отмечаются недостатки их нормативной регламентации. Приводятся аргументы относительно уточнения нормативной терминологии. Предложены изменения и дополнения в Уголовный процессуальный кодекс Украины.

***Ключевые слова:*** негласные следственные действия, вмешательство в частное общение, снятие информации с каналов связи, конфиденциальное сотрудничество, нормативная терминология, уголовное производство, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

***Annotation:*** The article analyzes the rules that determine the order of the undercover investigation. Specified on the shortcomings of normative regulation undercover investigation. Arguments to clarify the regulatory terminology are given. Changes and additions to the Criminal Procedural Code of Ukraine are proposed.

***Key words:*** undercover investigative actions, intervention in private communication, interception of communications, confidential co-operation, regulatory terminology, criminal proceedings, Criminal procedural code of Ukraine.

---

Знаний дослідник проблем кримінально-процесуального права академік Ю.М. Грошевий на одному з наукових заходів, присвячених реформуванню системи судоустрою, якось зазначив, що подібно до того, як є плями на Сонці, є плями і в певних законах [1, с. 33]. Не втрачає своєї актуальності й гостроти це зауваження й у дискусії щодо переваг та недоліків нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [2]. У той же час з огляду на масштабність новацій, які чекають на кримінальне судочинство, потребує доповнення й іронічно-астрономічне спостереження Ю.М. Грошевого, оскільки, крім «плям», у нормах указаного кодексу з'явилися навіть «чорні діри», «туманності», а можливо, й цілі «сузір'я» протиріч та неузгодженостей. Усе це вимагає детального аналізу змісту Кримінального процесуального кодексу, зокрема глави XXI, що визначає порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, та формулювання пропозиції щодо удосконалення відповідних нормативних положень.

Значний внесок у тлумачення та вдосконалення нормативних засад кримінального процесу внесли Ю.П. Аленін, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, О.Ф. Долженков, В.С. Зеленецький, А.В. Іщенко, Н.С. Карпов, М.Й. Курочка, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маляренко, Д.Й. Никифорчук, В.Т. Нор, Ю.Ю. Орлов, М.А. Погорецький, А.В. Портнов, Б.Г. Розовський, Н.В. Сибільова, С.М. Стахівський, Л.Д. Удалова, Л.В. Черечукіна, В.О. Черков, М.Ю. Черкова, О.М. Чистолінов, М.Є. Шумило та інші вчені. Проте, з огляду на новаторський характер інституту негласного розслідування, нормативні положення, які становлять його зміст, потребують нових досліджень.

Дослідження має на меті пошук вад та недоліків нормативних положень, які визначають загальні засади та порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, що втілиться у формулювання пропозицій щодо удосконалення окремих норм Кримінального процесуального кодексу України.

Під час пошуку хибних формулювань та конструктивно невдалих положень у КПК України, перш за все, звертає на себе увагу назва такої негласної слідчої дії, як «зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж». За нормативним визначенням, транспортна телекомунікаційна мережа – це мережа, що забезпечує передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого роду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами доступу. В свою чергу, телекомунікаційна мережа доступу – частина телекомунікаційної мережі між пунктом закінчення телекомунікаційної мережі та найближчим вузлом (центром) комутації включно. Якщо виходити із назви цієї негласної слідчої дії, втручання у приватне спілкування особи у такий спосіб допускається лише на рівні транспортної телекомунікаційної мережі, але не на рівні кінцевого обладнання. Проте зі змісту ч. 2 ст. 263 КПК України стає зрозумілим, що втручання у приватне спілкування може здійснюватися й на рівні кінцевого обладнання, тобто обладнання, призначеного для з'єднання з пунктом закінчення телекомунікаційної мережі з метою забезпечення доступу до телекомунікаційних послуг. Саме такий зміст вкладено в термін «кінцеве обладнання» Законом України «Про телекомунікації» [3], а види та умови його використання деталізовано у Правилах надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2012 р. № 295 [4]. Отже, виходячи з того, що кінцеве обладнання не входить

*© Єськов С.В., 2012*

до змісту поняття «транспортна телекомунікаційна мережа», назва ст. 263 не відповідає її ж змісту, є надто вузькою, невдалою. Вказавши в назві ст. 263 транспортну телекомунікаційну мережу як об'єкт застосування технічних засобів спостереження, законодавець формально обмежив та виключив застосування (впровадження) спеціальної техніки на кінцевому обладнанні, абонентських лініях зв'язку, абонентській проводці тощо.

Термін «транспортна телекомунікаційна мережа», запозичений, зрозуміло, зі ст.1 Закону України «Про телекомунікації», виявляється також незграбним, оскільки будь-яка телекомунікаційна мережа передбачає маршрутизацію, комутацію, передавання та/або приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого роду по радіо, проводових, оптичних чи інших електромагнітних системах між кінцевим обладнанням, а «передавання», здається, є синонімом «транспортування», через що стає очевидним невиправдане повторення, тавтологія: епітет «транспортні» уявляється зайвим, оскільки не може бути таких телекомунікаційних мереж, які не «транспортують» сигнали, знаки, повідомлення.

Другою очевидною вадою КПК України є недосконаліть його положень щодо визначення максимальної тривалості негласних слідчих (розшукових) дій. Незважаючи на те, що ситуація з регламентацією номінальних строків проведення негласних дій характеризується певною чіткістю та однозначністю, то правила їх продовження такими якостями не володіють. Так, згідно зі ст. 246 КПК України, в рішенні про проведення негласної слідчої (розшукової) дії зазначається строк її проведення, який у разі необхідності може бути продовжений: а) прокурором, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за його рішенням – до вісімнадцяти місяців; б) керівником органу досудового розслідування, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за його або слідчого рішенням – до шести місяців; в) начальником головного, самостійного управління Міністерства внутрішніх справ України, Центрального управління Служби безпеки України, головного управління, управління Міністерства внутрішніх справ України та органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, регіонального органу Служби безпеки України в межах компетенції, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за рішенням слідчого, – до дванадцяти місяців; г) Міністром внутрішніх справ України, Головою Служби безпеки України, керівником органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за рішенням слідчого, – до вісімнадцяти місяців; ґ) слідчим суддею, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться за його рішенням у порядку, передбаченому ст. 249 КПК України.

Отже, для визначення максимально допустимих строків проведення негласних слідчих дій, перш за все, слід з'ясувати порядок прийняття рішень про їх проведення, оскільки саме від цього, залежно від суб'єкта прийняття рішення (слідчий, слідчий суддя або прокурор) і визначатимуться відповідно до ст. 246 КПК України реальні строки їх продовження. Аналіз змісту глави XXI КПК України дає підстави стверджувати, що переважна більшість негласних слідчих дій проводяться на підставі ухвали слідчого судді. До цієї категорії відносяться такі дії: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); арешт, огляд і виїмка кореспонденції (ст. 261, 262); зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274). Виключно прокурором приймаються рішення про здійснення контролю за вчиненням злочину (ст. 271), а у разі, якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися у межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді. На підставі постанови слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування, або постанови прокурора, здійснюється така негласна дія як виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272).

При дослідженні переліку негласних слідчих (розшукових) дій постає також питання, до якої групи негласних слідчих дій виходячи з їх розподілу за суб'єктами прийняття рішення, слід віднести аудіо-, відеоконтроль місця? У ст. 270, яка визначає поняття та порядок проведення цієї негласної слідчої дії, не вказується ані строк його проведення, ані суб'єкт, що приймає рішення про його проведення. Вважаємо, що за своєю сутністю аудіо-, відеоконтроль місця є лише різновидом такої дії, як спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269), а тому і максимальний термін (6 місяців), і суб'єкт прийняття рішення (слідчий суддя) для аудіо-, відеоконтролю місця повинні визначатися виходячи з вимог ст. 269 КПК України.

Таким чином, розмежування негласних слідчих дій за суб'єктами прийняття рішення про їх проведення дозволяє визначити наступні строки їх продовження.

Якщо, наприклад, торкатися негласних слідчих дій, дозвіл на проведення яких дає слідчий суддя, то відповідно до ст. 249 КПК України, загальний строк, протягом якого в одному кримінальному провадженні може тривати проведення цих негласних слідчих (розшукових) дій, не може перевищувати шести місяців.

Загальний термін проведення контролю за вчиненням злочину (ст. 271) виходячи з вимог ст. 246 КПК України, не може перевищувати 18 місяців. Але відносно максимальних термінів проведення цієї негласної слідчої дії повстаємо перед важким вибором: якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину є потреба у тимчасовому обмеженні конституційних прав особи, що, як відомо, допускається лише на підставі рішення слідчого судді, то якими правилами маємо керуватися при продовженні строку проведення цієї негласної слідчої дії: вимогами ст. 246 (тобто 18 місяців) чи ст. 249 (6 місяців)?

Проблемними також є правила продовження строків виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації – єдиної дії з переліку негласних слідчих дій, проведення якої може здійснюватися на підставі постанови слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування. Якщо при продовженні строку проведення цієї дії керуватися положеннями ст. 246 КПК, то максимальний термін виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації має дорівнювати 18 місяців (у разі отримання відповідного дозволу Міністра внутрішніх справ України, Голови Служби безпеки України, керівника органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства). Проте ч. 4 ст. 272 встановлює, що в разі необхідності термін виконання спеціального завдання продовжується слідчим за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурором на строк, який не перевищує строку досудового розслідування. Отже, яким максимальним терміном обмежується виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації – 18 місяцями чи строками досудового розслідування? Це питання здається не таким вже безглуздим і даремним, оскільки строк досудового розслідування може в окремих випадках перевищувати згадані 18 місяців, адже перебіг строків розслідування чітко регламентований лише з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку чи злочину.

Наведене вище дає підстави стверджувати: положення ст. 246 КПК України щодо строків проведення негласних слідчих дій або продовження їх тривалості вступає у протиріччя з деякими положеннями §3 глави XXI КПК України, що стосуються конкретних негласних дій, вносячи лише плутанину з цього питання. З огляду на вищенаведене, вважаємо, що не має потреби в нормі загального характеру, якою є ст. 246 КПК України відносно строків проведення негласних слідчих дій, оскільки положення щодо цих строків або особливостей їх продовження закріплено у спеціальних нормах, які регламентують організацію проведення певної негласної дії, або у нормі, що визначає порядок ухвалення рішення слідчим суддею. Тому варто позбутися згадування строків проведення негласних слідчих дій у ст. 246, що дозволить уникнути плутанини в цьому питанні у правозастосовній практиці.

Далекими від ідеалу є й норми, що регламентують конфіденційне співробітництво. Насамперед, це зауваження стосується закріплення гарантій діяльності представників окремих професій. Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 275 забороняється залучати до конфіденційного співробітництва при проведенні негласних слідчих дій адвокатів, нотаріусів, медичних працівників, священнослужителів, журналістів, якщо таке співробітництво буде пов'язано з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру. Саму по собі заборону залучення до конфіденційного співробітництва носіїв професійної таємниці слід визнати безумовно прогресивною новелою, яка відповідає ідеї справедливості, загальновизнаним демократичним цінностям, духу відкритого суспільства, вільного від атмосфери зайвої підозрілості й тотального контролю, що часто призводить до порушень фундаментальних прав і свобод. З іншого боку, запропонований у кодексі механізм захисту професійної таємниці справляє враження незавершеного, неповного, половинчастого. Наприклад, виникає питання: чому законодавець у визначенні гарантій професійної діяльності осіб, яким громадяни довіряють інформацію особистого характеру, обмежився лише забороною їх залучення до конфіденційного співробітництва, а заборону щодо втручання у приватне спілкування передбачив лише для захисників та священнослужителів? Послідовним та логічним продовженням ідеї надання певних імунітетів у частині конфіденційного співробітництва виглядає запровадження аналогічних застережень і щодо інших носіїв професійної таємниці, оскільки втручання у приватне спілкування містить набагато більше потенційних загроз охоронюваним законом правам та інтересам осіб, що потрапили до поля зору органів розслідування, оскільки є більш інтрузивними, проникаючими до приватної сфери інструментами.

Викликає непорозуміння й те, що, на відміну від законодавчих актів, які безпосередньо стосуються професійної діяльності представників певного фаху, КПК України фактично обмежує коло суб'єктів, зобов'язаних зберігати професійну таємницю певного виду. Так, якщо в ч. 2 ст. 275 згадуються, поруч з іншими фахівцями, адвокати та нотаріуси, то профільні акти, що визначають гарантії діяльності представників зазначених професій, серед носіїв професійної таємниці називають й інших осіб, які формально не мають відповідного статусу, але, виконуючи свої функції, мають доступ до відомостей, що складають професійну таємницю. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про нотаріат» [5] не лише професійні нотаріуси, а також стажисти нотаріуса та особи, які за певних умов виконують функції нотаріуса (наприклад, посадові особи органів місцевого самоврядування, консули, головні лікарі тощо), зобов'язані зберігати нотаріальну таємницю, навіть якщо їх діяльність обмежується наданням правової допомоги чи ознайомленням з документами і нотаріальна дія або дія, яка прирівнюється до нотаріальної, не вчинялась. Згідно зі ст. 10 Закону України «Про адвокатуру» [6] не лише адвокатам, а й помічникам адвоката, посадовим особам і технічним працівникам адвокатських об'єднань забороняється розголошувати відомості, що становлять предмет адвокатської таємниці, і використовувати їх у своїх інтересах або в інтересах третіх осіб. При спробах залучення громадян вказаних категорій до конфіденційного співробітництва вони неминуче постануть перед нерозв'язною дилемою, корені якої містяться у безсистемності правових норм щодо цього питання у КПК України та спеціальних законах, які визначають гарантії професійної діяльності, слабоскоординованості вимог, що містяться в зазначених нормативно-правових актах. У зв'язку з цим пропонуємо уникнути вказаної неузгодженості, а також розширити гарантії недоторканності всіх носіїв професійних таємниць не лише в частині залучення до конфіденційного

співробітництва, а й щодо здійснення відносно них втручання у приватне спілкування.

Варто зазначити, що, окрім КПК України, де у ч. 5 ст. 258 вказуються захисники та священнослужителі в контексті заборони втручання в їх приватне спілкування, такий імунітет запроваджено профільними законами лише для адвокатів, хоча його редакція у Законі України «Про адвокатуру» теж залишає бажати кращого. Так, у ст. 10 вказаного закону міститься заборона прослуховування телефонних розмов адвокатів у зв'язку з оперативно-розшуковою діяльністю без санкції Генерального прокурора України, його заступників, прокурорів Республіки Крим, областей, міста Києва. Але таке формулювання не враховує ані сучасного розвитку телекомунікаційних послуг, ані еволюції оперативно-розшукових заходів, здатних порушити конфіденційність відносин адвоката з клієнтом. Доречним буде зазначити, що у новому Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [7], який набирає чинності 19 листопада 2012 року, цю неузгодженість буде виправлено, а вказана заборона буде розповсюджена на усі види втручань у приватне спілкування адвоката з клієнтом.

До помітних прорахунків нового кримінально-процесуального закону слід віднести також деякі нормативні приписи, які є малопридатними для застосування, невдалими за конструкцією або помилковими за своєю суттю. Беззмістовним, наприклад, уявляється положення ч. 5 ст. 271 КПК України про те, що «порядок та ***тактика*** проведення контрольованого постачання, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину ***визначається законодавством***» (курсив наш – С.Є.). Але ж згідно загальноприйнятного та усталеного тлумачення терміну «тактика», зміст якого визначається як «способи, прийоми досягнення певної мети, лінія поведінки когось» [8, с. 1229] або як «розроблена на основі наукових положень й узагальнень позитивного досвіду оперативно-розшукової практики система спеціальних прийомів, спрямованих на найбільш ефективне рішення конкретних завдань» [9, с. 143-144], навряд чи доцільним та й взагалі можливим є визначення на законодавчому рівні всіх тактичних нюансів проведення таких негласних слідчих дій, як контрольоване постачання, контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину тощо. Більше того, відповідно до наказу Служби безпеки України (далі – СБУ) від 12.08.2005 р. № 440 «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» [10] відомості про організаційні й тактичні аспекти негласних заходів повинні мати гриф секретності «таємно» (п. 4.4.1) або, за певних умов, навіть «цілком таємно» (п. 4.4.4). Зрозуміло, що КПК України має вищу юридичну силу, ніж наказ СБУ, але ж мова йде, насамперед, не про зазначену неузгодженість, а про те, що закон не має суперечити здоровому глузду. Таким чином, доцільним уявляється виключення у ст. 271 КПК України згадки про тактику та потребу її законодавчої регламентації.

Підводячи підсумки висвітленню недоліків регламентації негласних слідчих (розшукових) дій та формулювання пропозицій щодо їх усунення, логічним продовженням викладених у дослідженні міркувань може стати внесення до КПК України змін та доповнень наступного характеру:

| **Існуюча редакція** | **Запропонована редакція** |
|---|---|
| **ст. 263 КПК України** | |
| Стаття 263. Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж<br>1. Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (мереж, що забезпечують передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого виду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами доступу) є різновидом втручання у приватне спілкування … | Стаття 263. ***Зняття інформації з телекомунікаційних мереж***<br>1. ***Зняття інформації з телекомунікаційних мереж*** (мереж, що забезпечують передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого виду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами доступу) є різновидом втручання у приватне спілкування … |
| **ч. 5 ст. 271 КПК України** | |
| Порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством. | ***Порядок та підстави*** проведення контрольованого постачання, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством. |
| **ч. 2 ст. 275 КПК України** | |
| Забороняється залучати до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих дій адвокатів, нотаріусів, медичних працівників, священнослужителів, журналістів, якщо таке співробітництво буде пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру. | Забороняється залучати до конфіденційного співробітництва при проведенні негласних слідчих дій ***адвокатів, помічників адвокатів, посадових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань, нотаріусів, осіб, зазначених у статті 1 Закону України «Про нотаріат», стажистів нотаріусів,*** медичних працівників, священнослужителів, журналістів, – якщо таке співробітництво буде пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру. |

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Грошевий Ю.М.* Реалізація принципу доступності правосуддя у побудові судової системи України / Ю.М. Грошевий // Питання удосконалення судової системи України: матеріали науково-практичної конференції / ред. Колегія: Ю.В. Баулін (голов. ред.) [та ін.]. – Х.: Кроссроуд, 2007. – С. 33-35.

2. *Кримінальний* процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

3. *Закон* України «Про телекомунікації» (з відповідними змінами та доповненнями, в редакції від 13.03.2012 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.

4. *Постанова* Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2012 р. № 295 «Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг» // Офіційний вісник України від 23.04.2012 р. – 2012. – № 29. – С. 21. – Ст. 1074.

5. *Закон* України «Про нотаріат» (з відповідними змінами та доповненнями, в редакції від 17.05.2012 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

6. *Закон* України «Про адвокатуру» (з відповідними змінами та доповненнями, в редакції від 23.09.2010 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 62.

7. *Закон* України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» // Офіційний вісник України від 23.08.2012. – 2012. – № 62. – С. 17. – Ст. 2509.

8. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / укл. і голов.ред. В.Т. Бусел. – К., 2002. – 1440 с.

9. *Оперативно*-розыскная деятельность: словарь-справочник / авт.-сост. В.Ю. Голубовский. – М.: ВНИИ МВД России; СПб.: Лань, 2001. – 384 с.

10. *Наказ* Служби безпеки України від 12 серпня 2005 р. № 440 «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» // Офіційний вісник України від 09.09.2005 р. – 2005. – № 34. – С. 172. – Ст. 2089.

## ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ НАУКИ

УДК 342.9:167.7(477)

# ПОИСК ОПТИМАЛЬНОЙ ДЕФИНИЦИИ ДЛЯ ОБОЗНАЧЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРОЦЕССА – ОДИН ИЗ ПРИОРИТЕТОВ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ

**Коломоец Т. А.,**
доктор юридических наук, профессор,
заведующая кафедрой административного
и хозяйственного права,
декан юридического факультета
Запорожского национального университета

***Анотація:*** Статтю присвячено пошуку оптимальної дефініції стосовно поняття адміністративного процесу. Аналізуються існуючі підходи до вирішення зазначеного завдання. На підставі аналізу вказаних підходів і точок зору вчених-адміністративістів розкривається сутність адміністративного процесу та його структури. Як висновок автором пропонується власний варіант терміна «адміністративний процес».
***Ключові слова:*** адміністративний процес, дефініція, провадження, концепція, структура.

***Аннотация:*** Статья посвящена поиску оптимальной дефиниции для понятия административного процесса. Анализируются существующие подходы к решению указанной задачи. На основании анализа указанных подходов и точек зрения ученых-административистов раскрывается сущность административного процесса и его структуры. В качестве вывода автором предлагается собственный вариант термина «административный процесс».
***Ключевые слова:*** административный процесс, дефиниция, производство, концепция, структура.

***Annotation:*** This paper is devoted to finding the best definition of the concept of the administrative process. The paper analyzes existing approaches to solving this problem. Based on analysis of these approaches and points of view of scientists of administrative law, the essence of the administrative process and its structure. In conclusion, the author offers his own version of the term «administrative process».
***Key words:*** administrative process, definition, production, concept, structure.

---

Смена ориентиров в изучении учебных дисциплин административно-правового блока актуализирует необходимость фундаментального доктринального исследования проблемных вопросов административного права и процесса кардинальный пересмотр положений отечественной теории административного права относительно его сущности, назначения, существенное обновление отечественного административного законодательства. В аспекте заимствования результатов доктринальных правовых исследований зарубежных коллег (в т. ч. стран Западной Европы), разработки нескольких вариантов проектов новых кодифицированных актов (например, Административно-процедурного кодекса Украины, Кодекса Украины об административных проступках и т.д.), принятия Кодекса административного судопроизводства Украины (далее – КАСУ) и формирования системы административных судов все большей остроты приобретают вопросы соразмерности сочетания фундаментальных доктринальных положений, сформированных в свое время советскими учеными и апробированных в нормотворческом процессе и правоприменении, и новейших достижений административно-правовой науки, в т.ч. зарубежной, их заимствования в контексте интеграционных и глобализационных процессов. В данном случае важно не утратить существующие позитивные результаты (отечественные доктринальные, нормотворческие), взвешенно заимствовать зарубежный опыт с акцентом на национальную специфику всех общественных процессов, приемлемость такого опыта для Украины при учете позитивной и воздержании от негативной его составляющих. Все это в полной мере относится и к административному процессу, к которому приковано повышенное внимание административно-правовой научной общественности Украины в свете начала нового этапа обсуждения проекта Административно-процедурного кодекса Украины, усовершенствования нормативных основ административного судопроизводства, обоснования возможности выделения в качестве самостоятельной отрасли права – судебного права, появление новых подходов к пониманию административного процесса. И в этом аспекте опять следует подчеркнуть необходимость учета фундаментальных доктринальных положений относительно сущности, назначения административного процесса, разработанных мэтрами административно-правовой науки, усовершенствование их содержания с учетом потребностей современного периода.

Так, обобщенный анализ имеющихся научных, публицистических источников дает основания утверждать, что понятие «административный процесс» в украинской правовой науке был и остается достаточно «проблемным». В разные исторические периоды не существовало общепринятого его определения. Можно вести речь о выделении т. н. «широкого» и «узкого» понимания административного процесса (характерно для большинства работ отечественных ученых-административистов до 90-х гг. XX ст.), когда «узкое» понимание административного процесса отождествлялось с производством по делам об

*© Коломоец Т.А., 2012*

административных правонарушениях, а «широкое» – с совокупностью разновидностей административных производств по рассмотрению индивидуально-конкретных административных дел (например, работы Л.В. Коваля, Ю.П. Битяка, В.В. Зуй, Н.М. Тищенко, А.С. Васильева и т.д.). В дальнейшем наметилась четкая тенденция к определенной модификации понимания соответствующего вида процесса, выделение т.н. «юрисдикционной» и «управленческой» концепций (положения концепций преимущественно базировались на постулатах, сформулированных Н.Г. Салищевой, В.Д. Сорокиным, правда, с некоторой спецификой подходов к последовательности размещения и названия их особенных признаков). Тяготение к относительно упрощенному подходу в понимании административного процесса в рамках «юрисдикционной» концепции и оставление вне поля зрения т.н. неюрисдикционных производств большинством ученых-административистов обусловило доминирование в течение очень длительного периода (вплоть до конца 90-х гг. XX в.) в среде отечественной административно-правовой научной общественности именно «управленческого» подхода к пониманию административного процесса. Так, например, В.К. Колпаков подчеркивает, что именно широкое понимание административного процесса соответствует современным нормам развития правовой науки и предусмотренным в Концепции административной реформы принципам трансформации государственного управления в действенный инструмент реализации гражданами своих прав и свобод, инструмент защиты человека от неправомерных действий и административных актов со стороны органов управления и их служащих [1, с. 363].

Обращая внимание на достаточно длительное превалирование административной составляющей (с учетом субъекта рассмотрения административного дела) в административном процессе, вполне оправданным можно было бы и в современных условиях считать существование т.н. «управленческой» и «юрисдикционной» концепций понимания административного процесса. Но появление административной юстиции, а, соответственно, и административного судопроизводства, обусловили потребность в переходе к новым ориентирам изучения административного процесса и его обновленного содержательного наполнения. Реальностью становится существование судебного административного (аналога уголовного, гражданского процессов) процесса и административного внесудебного процесса. Так, например, С.В. Кивалов и Л.Р. Била-Тиунова предлагают административный процесс (при этом считают целесообразным использовать дефиницию «административный судебный процесс») рассматривать как «совокупность взаимосвязанных правовых форм деятельности административного суда и других субъектов по осуществлению правосудия в административных делах, урегулированных административно-процессуальными нормами» [2, с. 13-14]. В сравнении с нормативной дефиницией (ст. 3 КАСУ) авторский доктринальный вариант «более содержателен», поскольку охватывает деятельность судов и других органов по рассмотрению дел, по осуществлению правосудия в административных делах, а не ограничивается только административным судопроизводством. Если данный подход считать «широким» пониманием административного судебного процесса, то «узкий» будет логично связан лишь с административным судопроизводством (подтверждением возможности такого понимания могут служить научные работы Р.С. Мельника, В.М. Бевзенко, А.Т. Комзюка и т.д. [3, с. 53]). Не возражая категорично против возможности модификации ориентиров поиска нового названия административного процесса и его содержательного наполнения (обеспечивая одновременно соответствие содержания и названия), в то же время нельзя полностью согласиться с отождествлением административного процесса только с административным судопроизводством, ибо открытым останется вопрос относительно судебного рассмотрения дел об административных правонарушениях. Вполне целесообразным выглядит предложение о возможной корректировке самого терминологического ряда – «административный судебный процесс» (с акцентом одновременно и на сферу и на субъекта рассмотрения) и «административный процесс» (внесудебный). В таком случае достигается определенность в соотношении названий и содержания.

Спорным можно считать и подход законодателя к административно-деликтному производству, регламентировать которое предлагается в новом кодифицированном акте. Если соответствующую категорию дел будет рассматривать только суд, то вышеупомянутое предложение вполне приемлемо, если же дела будут рассматривать и административные органы, тогда обязательным является уточнение, что административный судебный процесс – это деятельность судов в сфере, которая регулируется административно-правовыми нормами, а внесудебных органов – это уже исключительно административный процесс. Не следует забывать и о деятельности административных органов, не связанной с осуществлением правосудия по административным делам. Такая деятельность не является процессуальной (в вышеупомянутом значении), хотя и весьма специфична. Для ее обозначения современными исследователями предлагается использовать термин «процедурная» (например, работы О.В. Кузьменко, А.И. Миколенко, О.П. Тимощука, А.М. Школыка и т.д.) [4, с. 123]. При этом один из фундаторов украинской административно-правовой науки В.Б. Аверьянов четко изложил свою позицию о том, что «если действия направлены на рассмотрение и разрешение конкретных дел (не связанных с правосудием), вполне логичным является использование термина «административная процедура» [5, с. 589]. В целом, все многообразие подходов к понятию административного процесса, его видов, в современной отечественной административно-правовой науке можно представить, перечислив наиболее известные, выделенные и обоснованные их разновидности. Общепризнанным в работах украинских ученых-административистов следует считать комплексный характер административного

процесса, при этом его виды и их содержательное наполнение – предмет многолетней дискуссии. Так, например, С.В. Кивалов, Л.Р. Била-Тиунова выделяют судебный и внесудебные административный процессы [2, с. 13], И.П. Голосниченко – административно-процедурный и административно-юрисдикционный [6, с. 25], В.Г. Перепелюк при узком понимании процесса как «управленческого административного» дополнительно выделяет еще и административное судопроизводство (деятельность по рассмотрению административных дел в административных судах), В.П. Тимощук считает возможным существование административного судопроизводства, «управленческого» (позитивного), «квазиюрисдикционного» и «юрисдикционного» процессов как составляющих единого административного процесса [7, с. 44], при этом ученый-административист в целом отмечает наличие множества различных концепций и пониманий административного процесса, которые условно группирует: деликтной или юрисдикционно-деликтной, юрисдикционной, судопроизводственной, административно-юстиционной, управленческой, широкой [7, с. 34]. С.Г. Стеценко на основе анализа имеющихся относительно этого вопроса подходов в современной специализированной литературе предлагает авторский вариант как базовый для обсуждения, а именно: «административный процесс – это урегулированная нормами административно-процессуального права деятельность органов публичной администрации и некоторых иных властных субъектов, направленная на рассмотрение и разрешение административных дел», который, в свою очередь, состоит из: «административно-судебного процесса (рассмотрение публично-правовых споров в административных судах), административно-управленческого процесса (исполнительно-распорядительная деятельность органов публичной администрации), административно-юрисдикционного процесса (рассмотрение дел об административных правонарушениях и применении мер административного принуждения» [8, с. 43-44]. О.В. Кузьменко в «Курсе административного процесса» отмечает сложную структуру соответствующего вида юридического процесса и возможность ее рассмотрения как по вертикали, так и по горизонтали. Последнюю ученая предлагает рассматривать как совокупность производств; как «системных образований, комплексов взаимосвязанных и взаимообусловленных процессуальных действий» и признает множество авторских вариантов разновидностей таких производств, выделенных учеными-административистами в разные исторические периоды [9, с. 38], предлагает и собственный – в системе административного процесса, по ее мнению, целесообразно акцентировать внимание на административно-процедурных, административно-деликтных и административно-судопроизводственных видах производств [9, с. 40]. В аспекте вертикальной структуры административного процесса акцент внимания сосредотачивается на соотношении административного процесса и административного производства как общего и частного, целого и части, наличии неразрывных взаимообусловленных и системообразующих связей и отношений между ними. При этом каждое производство, в свою очередь, состоит из стадий, а они – из этапов, и, наконец, из процессуальных действий [9, с. 42-44].

Подводя итоги, хотелось бы подчеркнуть необходимость достижения максимальной определенности в терминологическом ряду, непосредственно связанном с административным процессом, что вполне позитивно отразилось бы, в свою очередь, и на специализированных отраслевых правовых исследованиях, и на нормотворчестве. Важно выяснить, что же на сегодняшний день представляет собой административный процесс, каково его реальное содержание, отграничив тем самым его от смежных правовых явлений. В этой связи целесообразно было бы для определения правосудия в административных делах, которое осуществляется в административных судах, использовать термин «административное судопроизводство» (это обеспечило бы соотношение формы и содержания, соответствие нормативной и доктринальной дефиниций), для обобщенного порядка рассмотрения административных дел в судах – «административный судебный процесс», для порядка рассмотрения административных дел субъектами публичной администрации (несудебными органами) – «процедурная деятельность», а отдельных разновидностей такой деятельности – «производства». При этом вполне логично можно рассматривать административный процесс как сложное комплексное понятие, охватывающее все вышеперечисленные составляющие (хотя в аспекте обоснования существования судебного права возможен и «отход» административного судопроизводства), с поддержкой идеи вертикального и горизонтального подходов к его структуре. В данном контексте логично оптимальное сочетание фундаментальных доктринальных положений, сформулированных еще в советский период и модифицированных в последующие годы фундаторами советской, российской и отечественной административно-правовой науки, и новейших научных положений, разработанных с учетом потребностей современного времени и результатов сравнительно-правовых (в т. ч. европейских) тематических исследований, что в конечном итоге будет способствовать формированию составляющей научного фундамента для новейшего отечественного нормотворческого процесса, обеспечивая определенным образом его результативность.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Колпаков В.К.* Адміністративно-деліктний правовий феномен: монограф. / В.К. Колпаков. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 528 с.
2. *Адміністративне* процесуальне (судове) право України: підруч.; за заг. ред. С.В. Ківалова. – Одеса: Юридична література, 2007. – 312 с.
3. *Комзюк А.Т.* Адміністративний процес України / А.Т. Комзюк, В.М. Бевзенко, Р.С. Мельник. – К.: Прецедент, 2007. – 531 с.
4. *Школик А.М.* Порівняльне адміністративне право: навч. посіб. для юрид. ф-тів та ф-тів міжнародних відносин / А.М. Школик. – Львів: ЗУКЦ, 2007. – 308 с.
5. *Адміністративне* судочинство України: підруч. / О.М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О.Н. Панченко,

В.Б. Авер'янов [та ін.]; за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 672 с.

6. *Голосніченко І.П.* Адміністративний процес: навч. посібн.; за заг. ред. І.П. Голосніченко. – К.: ГАН, 2003. – 256 с.

7. *Тимощук В.П.* Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: монографія / В.П. Тимощук. – К.: Конус-Ю, 2010. – 296 с.

8. *Стеценко С.Г.* Сутність адміністративного процесу: теоретичний погляд / С.Г. Стеценко // Право України. – 2011. – № 4. – С. 39-46.

9. *Кузьменко О.В.* Курс адміністративного процесу: навч. посіб. / О.В. Кузьменко. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 208 с.

УДК 343.131

# ПРОЦЕСУАЛЬНА ЕКОНОМІЯ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

**Романюк А. Б.,**
кандидат юридичних наук,
завідувач кафедри цивільного
та господарського права і процесу
Івано-Франківського факультету
Національного університету
«Одеська юридична академія»

**Канюка І. М.,**
аспірант кафедри кримінального права
Прикарпатського національного
університету імені В.Стефаника

***Анотація:*** У статті розкривається природа процесуальної економії, як однієї з основоположних ідей, на яких будується кримінальне судочинство. Обґрунтовується твердження, що процесуальна економія є проявом у кримінальному судочинстві більш загальної ідеї економії ресурсів, притаманної всім видам соціальної діяльності. Аналізується безпосередній вплив, який чинить дана ідея на творення раціональної процесуальної форми, забезпечуючи ріст ефективності судочинства. Однією з ключових складових частин ефективності правової категорії у статті розглядається її економічність, яка і забезпечується за допомогою реалізації у кримінальному судочинстві принципу процесуальної економії.

***Ключові слова:*** економія ресурсів, технологія процесу, процесуальна економія, ефективність кримінального судочинства, економічність, витрати, процесуальна форма.

***Аннотация:*** В статье раскрывается природа процессуальной экономии, как одной из основоположных идей, на которых построено уголовное судопроизводство. Обосновывается утверждение, что процессуальная экономия является проявлением в уголовном судопроизводстве более общей идеи экономии ресурсов, свойственной всем видам социальной деятельности. Анализируется непосредственное влияние, совершаемое этой идеей на создание рациональной процессуальной формы, обеспечивая тем самым рост эффективности судопроизводства. Одним из ключевых элементов эффективности правовой категории в статье рассматривается ее экономичность, которая и обеспечивается с помощью реализации в уголовном судопроизводстве принципа процессуальной экономии.

***Ключевые слова:*** экономия ресурсов, технология процесса, процессуальная экономия, эффективность уголовного судопроизводства, экономичность, затраты, процессуальная форма.

***Annotation:*** In the article the essence of the procedural economy is considered as one of the main ideas, the criminal process is based on. The thesis is grounded that procedural economy is a display of more general idea of economy of resources being inherent in all the social processes. The direct influence of this idea on process of forming the reasonable procedural form is analyzed. One of the main elements of effectiveness of a legal category is efficiency, which is ensured with the help of realization of the procedural economy principle in the criminal process.

***Key words:*** economy of resources, technology of process, procedural economy, effectiveness of criminal process, efficiency, wastes, procedural form.

---

Так традиційно склалося у правовій науці, що питання втілення ідеї процесуальної економії у судочинстві переважно розглядалося у рамках науки цивільно-процесуального права, де ця ідея знайшла визнання серед вчених і багатьма дослідниками трактується як принцип цивільного процесу. Такий підхід не характерний для кримінально-процесуальної науки, хоча окремими вченими проводилися досить ґрунтовні дослідження цієї проблеми, якими підкреслювалося особливе значення реалізації ідеї процесуальної економії у кримінальному судочинстві. Так, до теми процесуальної економії у своїх працях зверталися В.П. Божьєв, Л.В. Головко, А.П. Гуляєв, П.Ф. Пашкевич, М.М. Полянський; М.І. Порубов, О.В. Смирнов, О.Ю. Смолін, М.С. Строгович, В.Т. Томін, І.Я. Фойницький, П.С. Елькінд, М.Л. Якуб та інші. Окремі вчені наполягали на «принциповому» статусі цієї ідеї та включенні її в систему принципів кримінального процесу, інші ж заперечували таку роль процесуальної економії, і такі дискусії продовжуються до сьогодні.

Будучи прихильниками надання ідеї процесуальної економії статусу принципу кримінального процесу, метою даної статті ми визначили дослідження природи ідеї економії

*© Романюк А.Б., Канюка І.М., 2012*

процесуальних засобів у кримінальному судочинстві та її ролі у раціональній побудові кримінально-процесуальної форми через забезпечення однієї з найважливіших складових поняття ефективності кримінального судочинства – його економічності.

Очевидно, що процесуальна економія – це часткове поняття по відношенню до більш широкого поняття «економія». Економія – це бережливість, ощадливість у витрачанні чого-небудь [3, с. 339]. Відповідно, процесуальна економія – бережливість, раціональність при використанні визначених або дозволених законом засобів для досягнення поставлених перед відповідним судочинством цілей.

Спробуємо визначити, наскільки іманентною (внутрішньо властивою) для процесуальної діяльності є подібна вимога.

Взагалі, необхідність економії сил (зусиль, затрат, засобів, ресурсів, енергії тощо) є досить поширеною ідеєю у абсолютно різних сферах матеріального і нематеріального буття.

Так, подібна концепція на науковому рівні (у повсякденному житті та практичній діяльності вона відома, напевне, від моменту виникнення людства) спочатку була сформульована при дослідженні закономірностей існування природи, розглядаючись у якості одного із її законів. Так, ще у 17 ст. один з найвідоміших математиків П'єр Ферма сформулював принцип найменшого часу, суть якого зводилася до того, що світло, яке йде з однієї точки до іншої, поширюється по такому шляху, на подолання якого йде найменше часу, тим самим природа завжди обирає найкоротший шлях [5, с. 364-365]. Відомий французький фізик та математик 18 ст. П. Мопертюї вважав найбільш загальним законом природи принцип найменшої кількості дії, згідно з яким «кількість дії, необхідна для того, щоб здійснити деякі зміни в природі, є найменшою з можливих» [6, с. 51]. Іншими словами, природа побудована настільки просто, наскільки це можливо, і всі закони природи діють з врахуванням названого принципу. В дії цього закону вчений вбачав доказ існування Бога (Верховної Істоти).

Ідея економії затрат стала основою для кількох філософських концепцій – наприклад, емпіріокритицизму Е.Маха та Р.Авенаріуса, у якому принцип «економії мислення» (Е.Мах) чи принцип «економії сили» (Р.Авенаріус) визнається головним принципом пізнання дійсності. Зміст цього принципу можна розкрити таким висловом Авенаріуса: «Якби душа мала невичерпні сили, то для неї, звичайно, було би байдуже, як багато витрачено із цього невичерпного джерела; важливим був би, мабуть, тільки час, необхідно витрачений. Але в силу того, що сили її обмежені, варто очікувати, що душа прагне виконати апперцепційні процеси по можливості доцільно, тобто з порівняно найменшою витратою сил, або, що те ж саме, з порівняно найбільшим результатом» [1, с. 10-11.].

Пізніше принцип економії дій чи економії зусиль у різних своїх варіаціях широко почав розглядатися, як фундаментальне правило різних явищ і процесів у багатьох науках. Так, даний принцип представниками синергетики – міждисциплінарної науки, що вивчає самоорганізацію складних систем – у вигляді принципу економії енергії чи мінімуму дисипації (розсіювання) енергії розглядається як один з основоположних механізмів самоорганізації відкритих систем. Кожна відкрита система має внутрішню потребу впорядковувати саму себе, і принцип економії енергії є одним з ключових у цих цілях. Саме тому еволюція будь-якої живої системи – тваринного, рослинного світу – є по суті процесом її самоорганізації, одним з керівних механізмів якої є дія принципу економії енергії.

Ці правила, спочатку розроблені для природних систем (фізичних, хімічних, біологічних), тепер поширюються синергетикою і на соціальні системи – суспільство, економіку, соціальну діяльність тощо. Під енергією розуміються відповідні ресурси (матеріальні, трудові, енергетичні і т.д.).

В соціології розглядувана ідея зустрічається у модифікації «принцип найменшого зусилля» (автор теорії Дж. Зіпф), суть якого зводиться до того, що всі продуктивні за своєю природою явища – люди, тварини, навики, товари і т.д. – намагаються себе організувати так, щоб звести свою роботу до мінімуму [15].

Тому не безпідставним буде твердження О.Ю. Смоліна, що процесуальна економія є проявом у праві ідеї принципу вищого порядку – так званого «вселенського принципу економії», яка однією з керівних засад існування всього живого у світі [13, с. 14].

Таким чином, як і для будь-якої іншої відкритої системи, для кримінального судочинства самоорганізація є свого роду об'єктивною закономірністю. Одним із напрямків такої самоорганізації є мінімізація витрат на своє функціонування. При цьому, мінімізація витрат не обов'язково означає зменшення витрат порівняно з сучасним станом (процес мінімізації витрат може супроводжуватися і статистичним їх зростанням), а лише обрання найбільш економного варіанту своєї побудови загалом або окремих елементів з усіх можливих на даний момент.

Коли ми говоримо про самоорганізацію кримінального судочинства як об'єктивну закономірність, ми не маємо на увазі те, що ця діяльність відбувається сама собою, і кримінальний процес автоматично, поза волею людини, раціоналізується. Звичайно, кримінальне судочинство є видом соціальної діяльності, і реалізується через свідомі, цілеспрямовані дії людей. Раціоналізація кримінального процесу є наслідком дій людей, напрями та міра його удосконалення визначаються конкретними людьми (науковцями, практиками, законодавцями). Об'єктивний характер закономірності самоорганізації кримінального процесу пояснюється тим, що суспільство змушене вдосконалювати його у своїх же інтересах і цей процес невідворотний. При цьому з абстрактної точки зору дії окремих індивідів, які здійснюють дії, спрямовані на оптимізацію процесу, є деперсоналізовані.

Які ж саме фактори вимагають у суспільства удосконалення кримінального судочинства та кримінально-процесуальної діяльності з врахуванням ідеї процесуальної економії?

Кримінальний процес з точки зору соціології – це вид свідомої соціальної діяльності, яка проводиться з метою встановлення винних у вчиненні злочинів, притягнення їх до кримінальної відповідальності та

відновлення порушених злочинами прав фізичних та юридичних осіб. А фактично будь-яка систематична людська діяльність в результаті (і з метою) неодноразового застосування отримує певну технологію, яка виступає організуючим і спрямовуючим фактором по відношенню до самої діяльності. Самоорганізація соціальної діяльності, на нашу думку, відбувається якраз через удосконалення її технології.

Термін «технологія» в українській мові переважно вживається стосовно матеріального виробництва. Так, Академічний словник української мови давав таке розуміння даного поняття – «сукупність способів обробки або переробки матеріалів, виготовлення виробів, проведення різних виробничих операцій тощо» [12, с. 106]. Поступово термін «технологія» почав застосовуватися і у інших сферах людської діяльності, поширюючись і на сферу нематеріального виробництва – надання послуг, інформаційну діяльність тощо. Сучасний тлумачний словник української мови, наприклад, вже трактує поняття «технологія», як «сукупність способів обробки чи переробки матеріалів, інформації, виготовлення виробів, проведення різних виробничих операцій, надання послуг тощо» [3, с. 1448]. Тим самим, під технологією розуміють спосіб організації будь-якої систематичної людської (соціальної) діяльності, спрямованої на отримання якого-небудь суспільно-корисного результату. Розглядуваний термін не так часто використовується стосовно юридичної діяльності, проте якщо більш абстрактно подивитися на юридичну діяльність, як на вид соціальної діяльності, то цілком очевидно, що все це справедливо і до різних видів правової діяльності, яка спрямована на одержання певного результату – творення норм права, вирішення правового спору, підвищення правової культури населення і т.д. Тим самим, технологія юридичної діяльності – це усталений спосіб її раціональної організації, який дозволяє досягати поставлених перед нею цілей.

Одним з найбільш важливих видів юридичної діяльності є правозастосовча діяльність, видом якої, у своє чергу, є судочинство. Якщо взяти за основу наведене вище поняття технології як способу раціональної організації певної діяльності, то у відношенні судочинства технологією, по суті, виступає процесуальна форма того чи іншого її виду.

Кримінально-процесуальна форма за своєю суттю є технологією кримінального судочинства, встановленим способом його здійснення, його алгоритмом. Ще М.М.Полянський писав: «Оскільки форми організовують і впорядковують діяльність установ та осіб, вони спрощують для них здійснення поставлених завдань, економізують їх сили та енергію» [10, с. 20].

При цьому для будь-якої діяльності важливо створити не просто технологію, а саме ефективну технологію. При регулярному здійсненні певної діяльності неодмінно постає питання удосконалення технології з метою підвищення її ефективності. Те ж саме стосується й удосконалення процесуальної форми.

Питання ефективності правових категорій – права, окремих галузей, правових норм, правозастосовчої діяльності тощо давно підіймається у теорії права і до сьогоднішнього дня вчені не дійшли до спільної позиції, щодо того, що таке ефективність права, які її критерії, які умови.

Проблема визначення ефективності правового регулювання та інших правових категорій (законодавства, правозастосовчої діяльності тощо) обумовила поступове виділення в межах загальноправової науки відносно нового напряму – теорії ефективності права, найбільша активність досліджень якої припала на 60-80-і роки 20 століття. Предметом цієї теорії є вивчення питання, наскільки механізм правового регулювання, в тому числі право і законодавство, їх галузі, інститути, окремі правові норми, діяльність із застосування права тощо здатні досягати поставлених перед ними завдань. Результати таких досліджень покликані дати інформацію про ступінь досягнення цими категоріями мети, про фактори (умови), що впливають на рівень їх ефективності, запропонувати шляхи підвищення цієї ефективності.

Нас, враховуючи специфіку дослідження, цікавить лише один з аспектів теорії ефективності – а саме співвідношення поняття ефективності та економічності правових категорій. Одні автори ознаку економічності дії правових норм включають до поняття їх ефективності, інші ж заперечують залежність ефективності від критерію економічності.

Наприклад, Ф.Н. Фаткулін визначає ефективність процесуально-правової настанови як «здатність з найменшими затратами впливати позитивно на суспільні відносини у заданому напрямку» [14, с. 13]. З подібних позицій виходить П.Ф. Пашкевич, який вважає, що ефективність судочинства «досягається тоді, коли всі його (судочинства) цілі (…) виконані з найменшою шкодою для різних соціальних цінностей з меншими економічними затратами в найбільш короткий строк» [8, с. 16]. Поняття ефективності захисної діяльності у кримінальному судочинстві розглядає з врахуванням фактору затрат Я.С. Аврах [2, с. 83].

Інші вчені вважають, що вищеназвані автори трактують ефективність невиправдано широко, ставлячи її у залежність від економічності. Ефективність визначається як співвідношення цілей і результатів, а економічність – результатів і затрачених ресурсів. А тому економічність, поряд з ефективністю є окремою складовою частиною більш загального поняття «оптимальність» [7, с. 92; 9, с. 130-131]. Як зауважує І.Л. Петрухін, «властивості норм та державних інститутів, що мають економічний характер, і призначених для отримання матеріальної вигоди, необгрунтовано приписуються таким галузям права і державним настановам, які мають зовсім інші завдання» [9, с. 130-131].

На наш погляд, така полеміка викликана неоднозначністю семантичного значення самого поняття «ефективність» і різного змісту, який вкладається у нього в різних науках.

У найбільш широкому розумінні термін «ефективність» (від лат. «ефект» – результат, наслідок) означає «результативність», тобто здатність досягати потрібних, очікуваних результатів. Тобто ефективність не ставиться у залежність від затрат, здійснених на отримання результату. У цьому значенні ефективність ще називають «соціальною ефективністю» – тобто здатність задовольняти потреби суспільства (без врахування затрат). Для

прикладу: і дорогі ліки, і дешеві, якщо вони позитивно впливають на здоров'я хворого, в однаковій мірі вважатимуться ефективними, оскільки дають очікуваний і корисний для особи результат.

У той же час у економічній теорії поняття ефективності здобуло вже нове змістове забарвлення. Економічна ефективність – це центральна категорія економічної теорії, яка означає «досягнення найбільших результатів при найменших витратах живої та уречевленої праці» [4, с. 103].

У випадку права про ефективність економічну говорити буде некоректно – право не спрямоване на отримання прибутку, у нього інше призначення. Судочинство, і кримінальне судочинство зокрема, не є господарською діяльністю, і закони економіки не повинні поширюватися на нього. Не на рівному місці виникла й приказка, що дешеве правосуддя занадто дорого обходиться. Тим не менше, процес правового регулювання неодмінно пов'язаний з використанням певних ресурсів, і причому в умовах обмеженості таких ресурсів. Тому суспільство у значній мірі зацікавлене у тому, якою ціною дається досягнення цілей того чи іншого нормативно-правового акта. Досягнення певної часткової цілі, але за рахунок використання всіх можливих ресурсів, що знаходяться у розпорядженні суб'єкта, можна вважати «пірровою перемогою». Проведені витрати повинні бути співвимірними, пропорційними з досягнутими цілями. Тому прийняттю нормативно-правових актів обов'язково передує оцінка їх фінансово-економічного обгрунтування на предмет необхідності додаткових витрат з бюджету (ч. 3 ст. 91 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України») [11].

Взагалі питання визначення ступеня економічності та ефективності кримінального судочинства є надто непростою справою: по-перше, оцінити співвідношення цілей та результатів дуже складно, оскільки, наприклад, розкриття злочинів і притягнення винних до кримінальної відповідальності, які можна вважати цілями кримінального процесу, ніколи не є результатом виключно дії кримінального судочинства у чистому вигляді. Дуже багато сторонніх факторів впливають на досягнення такого результату. І якість кримінально-процесуального закону та кримінально-процесуальної діяльності далеко не у кожній справі відіграє провідну роль у досягненні потрібного результату.

Нелегко відповісти і на таке гіпотетичне питання – якщо внаслідок збільшення фінансування органів досудового розслідування, кількості слідчих, оперативних працівників вдвоє відсоток розкриття злочинів збільшиться лише на 10% – чи будуть ефективними такі заходи держави?

З одного боку – так, оскільки соціальний ефект від зростання розкриття злочинів само по собі виміряти в грошовому еквіваленті дуже важко. За кожним з додатково розкритих злочинів – захищені інтереси потерпілих, цивільних позивачів, зрештою, всього суспільства, і справа тут не лише в компенсації матеріальних збитків, заподіяних злочинами. З підвищенням відсотка розкриття злочинів зростає довіра до правоохоронної системи держави, що само по собі є достатньо важливим результатом, хоча й не матеріального характеру.

Якщо ж подивитися на це під іншим кутом зору, то відповідь на поставлене вище гіпотетичне питання буде негативною. І справа тут не тільки, і не стільки в неспівпадінні відсотків зростання фінансування і розкриття злочинів. Кожна система – в тому числі і кримінальне судочинство – є елементом системи вищого рівня. Тому збільшення фінансування для цілей судочинства означатиме зменшення фінансування інших бюджетних галузей – освіти, науки, охорони здоров'я, культури, дитячих програм тощо. Чи ефективні в такому разі будуть ці заходи? Зменшення державної підтримки цих галузей неодмінно в майбутньому викличе зростання злочинності, а це в свою чергу позначиться на відсотку розкриття злочинів.

З огляду на це, економічність використання процесуальних засобів у кримінальному судочинстві, без сумніву, підлягає постійному контролю. Держава і суспільство не може дозволити собі надмірне використання ресурсів навіть на таку важливу галузь своєї діяльності, як кримінальне судочинство. І мова тут йде не лише про ресурси держави, а і про витрати учасників процесу, захист прав яких визнається одним із завдань судочинства. Тому в умовах обмеженості ресурсів ефективним вважатиметься тільки таке судочинство, яке при найменших затратах дає найвищий результат. Ідея процесуальної економії (а враховуючи її роль у побудові оптимальної процесуальної форми цю ідею з усією відповідальністю можна назвати принципом кримінального процесу), якраз і виконує функцію раціоналізації витрат з метою підвищення ефективності кримінального судочинства.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Авенариус Р.* Философия как мышление о мире согласно принципу наименьшей меры силы / Рихард Авенариус – СПб.: Образование, 1912. – 111 с.
2. *Аврах Я.С.* Некоторые вопросы эффективности защиты на предварительном следствии / Я.С. Аврах // Вопросы эффективности советского уголовного процесса. – Казань: Издательство Казанского университета, 1976. – С. 75-89.
3. *Великий* тлумачний словник української мови (з дод. і допов.) / Уклад і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: Перун, 2005. – 1728 с.
4. *Економічний* словник-довідник: За ред. С.В. Мочерного. – К. Феміна, 1995. – 368 с.
5. *Краткий словарь* физических терминов / Сост. А. И. Болсун, рец. М. А. Ельяшевич. — Мн.: Вышэйшая школа, 1979. – 416 с.
6. *Мопертюи П.* Законы движения и покоя, выведенные из метафизического принципа / П. Мопертюи // Вариационные принципы механики. – М., «Физматгиз», 1959. – С. 41-56.
7. *Либус И.А.* Эффективность защиты в советском уголовном процессе / И.А. Либус // Советское государство и право. – 1974. – № 3. – С. 91-95.
8. *Пашкевич П.Ф.* Процессуальный закон и эффективность уголовного судопроизводства / П.Ф. Пашкевич. – М.: Юридическая литература, 1984. – 176 с.
9. *Петрухин И.Л.* Понятие оптимальности и эффективности правосудия / И.Л. Петрухин // Проблемы социалистической законности. Вып. 6. – Харьков: Издательство при Харьковском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1980. – С. 126-134.
10. *Полянский Н.Н.* Очерки общей теории уголовного процесса. / Н.Н. Полянский. – М.: Право и жизнь, 1927. – 127 с.
11. *Про Регламент* Верховної Ради України: Закон

України / Верховна Рада України // Офіційний Вісник України 2010. – № 12. – ст. 565.

12. *Словник* української мови. – Т. 10. Т-Ф. – К., Наукова думка, 1979. – 659 с.

13. *Смолин А.А.* Принцип процессуальной экономии в уголовном судопроизводстве России: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.09 / Смолин Алексей Юрьевич. – Нижний Новгород, 2010. – 200 с.

14. *Фаткуллин Ф.Н.* Актуальные вопросы эффективности советского уголовного процесса / Ф.Н. Фаткуллин // Вопросы эффективности советского уголовного процесса. – Казань: Издательство Казанского университета, 1976. – С. 3-27.

15. *Zipf G.K.* Human behavior and the principle of least effort / George Kingsley Zipf. –Cambridge: Addison-Wesley Press, 1949. – 573 pp.

УДК 346.52

# ПОНЯТТЯ ДОКАЗІВ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРОСТУПКИ, ЯКІ ПОСЯГАЮТЬ НА РЕАЛІЗАЦІЮ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Колесніченко В. В.,**
кандидат юридичних наук,
народний депутат України

***Анотація:*** Статтю присвячено обґрунтуванню поняття доказів у справах про адміністративні проступки, які посягають на реалізацію права інтелектуальної власності. Доведено доцільність використання положень доктрин адміністративного права та кримінального процесу у частині визначення загального поняття доказів. Здійснено конкретизацію теоретичних положень із урахуванням вимог чинного законодавства, зокрема, митного, адміністративного. Доведено, що доказами у виділеній категорії справ є фактичні дані, які свідчать про вчинення адміністративного правопорушення, що посягає на реалізацію права інтелектуальної власності, встановлені уповноваженим суб'єктом. Докази у визначеній категорії справ підлягають доказуванню та доказуються з метою отримання законного, обґрунтованого рішення, гарантування законності при притягненні до адміністративної відповідальності за порушення загальнообов'язкових правил у сфері інтелектуальної власності.

***Ключові слова:*** докази, доказування, інтелектуальна власність, законність, протокол про адміністративне правопорушення.

***Аннотация:*** Статья посвящена обоснованию понятия доказательств по делам об административных правонарушениях, которые посягают на реализацию права интеллектуальной собственности. Доказана целесообразность использования положений доктрин административного права и уголовного процесса в части определения общего понятия доказательств. Осуществлена конкретизация теоретических положений с учётом требований действующего законодательства, в частности таможенного, административного. Обосновано, что доказательствами в выделенной категории дел являются фактические данные, свидетельствующие о совершении административного правонарушения, посягающего на реализацию права интеллектуальной собственности, установленные уполномоченным субъектом. Доказательства по выделенной категории дел подлежат доказыванию и доказываются с целью получения законного, обоснованного решения, гарантирования законности при привлечении к административной ответственности за нарушение общеобязательных правил в сфере интеллектуальной собственности.

***Ключевые слова:*** доказательства, доказывание, интеллектуальная собственность, законность, протокол об административном правонарушении.

***Annotation:*** The article is devoted to grounding of definition of proves in cases of administrative misdemeanors in intellectual property rights realization sphere. Reasonability of using of administrative law doctrine propositions and of criminal procedure doctrine propositions about common definition of proves is grounded. Concretization of theoretical propositions with taking into account of effective legislation – custom, administrative – demands is made. There proved that proves in marked out cases category are factual data that are established by authorized subject and testify about commit of administrative misdemeanor in intellectual property rights realization sphere. The proves in such cases category must be proved and are proved for receiving legal and grounded decision, providing legality in attraction to the administrative responsibility in such cases.

***Key words:*** proves, proving, intellectual property, legality, report about administration misdemeanor.

---

Набуття чинності Митним кодексом України [1], принципове оновлення кримінального процесуального законодавства у зв'язку із прийняттям Кримінального процесуального кодексу України від 13.04.2012 р. [2], запровадження інституту кримінальних проступків [3] свідчать про триваючі системні трансформації юрисдикційного законодавства, у тому числі б й у сфері захисту права інтелектуальної власності. Концепцією розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки передбачено посилення законодавчого захисту прав інтелектуальної власності [4]. Вказане свідчить про необхідність поглибленого аналізу проблеми вдосконалення захисту права інтелектуальної власності, у тому числі шляхом застосування адміністративної відповідальності. У провадженні у справі про адміністративні проступки, що посягають на реалізацію права інтелектуальної власності, основу прийняття справедливого рішення становлять докази. У листі Верховного Суду України від 01.01.2006 р. «Узагальнення застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (ст.ст. 51-2, 164-9 КпАП)» серед найпоширеніших недоліків оформлення матеріалів зазначено, зокрема, відсутність у більшості справ доказів на підтвердження реєстрації права інтелектуальної власності щодо конкретного об'єкта [5].

Звернення до наукових здобутків вчених свідчить про те, що проблематика доказів і доказування у справах про адміністративні правопорушення була

*© Колесніченко В.В., 2012*

більшою мірою досліджена у 1990-х роках [6]. Можна назвати роботу С.В. Курильова, виконану у 1955 році, яка присвячена сутності доказування [7]. У сучасних наукових дослідженнях з адміністративного права і процесу проблематика доказів аналізувалась переважно у контексті адміністративного судочинства. Зокрема, слід назвати монографічне дослідження В.К. Колпакова, В.В. Гордєєва [8], основні положення якого покладено в основу більшості подальших наукових праць. Зміст доказування та сутність доказів у справах про адміністративні проступки певною мірою був розкритий О.В. Кузьменко, Т.О. Гуржій у підручнику «Адміністративно-процесуальне право України» (2007) [9]. Звернення до наукових здобутків на рівні дисертаційних досліджень дозволяє виділити ряд робіт, присвячених проблемі адміністративно-правової охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності – О.М.Головкова, І.Г. Запорожець, І.С. Кравченко.

Наукові положення вказаних та інших дослідників, безумовно, складатимуть основу визначення поняття доказів у справах про адміністративні проступки, які посягають на реалізацію права інтелектуальної власності. Разом із тим, мають бути враховані особливості правового регулювання об'єкта проступку.

Необхідність врахування об'єкта адміністративного проступку, що посягає на реалізацію права інтелектуальної власності при формулюванні поняття доказів у таких справах обумовлює визначення кола таких проступків. Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП) [10] передбачено адміністративну відповідальність за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності (ст. 51-2); недобросовісна конкуренція (ст. 164-3); демонстрування і розповсюдження фільмів без державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів (ст. 164-6); порушення умов розповсюдження і демонстрування фільмів, передбачених державним посвідченням на право розповсюдження і демонстрування фільмів (ст. 164-7); недотримання квоти демонстрування національних фільмів при використанні національного екранного часу (ст. 164-8); незаконне розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних (ст.164-9); порушення законодавства, що регулює виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорт обладнання чи сировини для їх виробництва (ст. 164-13).

Специфіка збирання доказів і здійснення доказування по кожній з виділених категорій справ про адміністративні правопорушення визначається врахуванням приписів спеціального законодавства, норми якого визначають правовий режим певного об'єкта інтелектуальної власності. Так, у листі Верховного Суду України від 01.01.2006 р. «Узагальнення застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (ст.ст. 51-2, 164-9 КпАП)» відносно особливостей оформлення матеріалів у справах про порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності (ст. 51-2 КпАП) було відзначено наступне. У зв'язку з тим, що правовідносини щодо окремих груп об'єктів права інтелектуальної власності регулюються спеціальними законами, при провадженні в адміністративній справі слід керуватися положеннями того спеціального закону, яким передбачено охорону особистих немайнових і майнових прав авторів та їхніх правонаступників (права, пов'язані зі створенням та використанням творів науки, літератури і мистецтва), і прав виконавців, виробників фонограм і відеограм та організацій мовлення, а також прав винахідників. Верховний Суд України також звернув увагу на особливість цих правопорушень - наявність потерпілого, права якого порушені, що визначає обов'язкове зазначення у протоколі про адміністративне правопорушення суб'єкта права інтелектуальної власності і повні дані щодо нього (прізвище, ім'я, по батькові, назва юридичної особи, адреса не тільки правопорушника, а й потерпілого, документ, який підтверджує право інтелектуальної власності) [5].

Статтею 251 КпАП надано загальне визначення доказів у справі про адміністративне правопорушення. Такими є будь-які фактичні дані, на основі яких у визначеному законом порядку орган (посадова особа) встановлює наявність чи відсутність адміністративного правопорушення, винність даної особи в його вчиненні та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються, зокрема, протоколом про адміністративне правопорушення, поясненнями особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, потерпілих, свідків, висновком експерта, речовими доказами, протоколом про вилучення речей і документів, а також іншими документами.

Головними ознаками доказу, виходячи зі змісту вказаної норми-дефініції, є: офіційність; наявність даних, які свідчать про наявність чи відсутність факту проступку. Як вірно підкреслюють О.В. Кузьменко, Т.О. Гуржій, інформація може розглядатись як доказ за наявності двох умов: по-перше, якщо вона містить дані про наявність або відсутність адміністративного правопорушення, винуватість особи у його вчиненні та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи; по-друге, якщо вона одержана в порядку та з джерел, передбачених законом [9, с. 250-251].

Отже, ознака офіційності полягає в одержанні доказів тільки у порядку, встановленому законом, а саме – КпАП. Слід вказати про те, що Розділ XIV Митного кодексу України присвячений захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України. Саме тому процедури отримання доказів передбачають їх врегулювання митним законодавством. Так, ст. 399 Митного кодексу України встановлено обов'язок призупинення митного оформлення товарів та їх розміщення на складі митного органу в разі, якщо митний орган на підставі даних митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону, виявляє ознаки порушення прав інтелектуальної власності щодо товарів, пред'явлених до митного контролю та митного оформлення. Наведене означає, що одержання доказів у справах про адміністративні

правопорушення, які посягають на реалізацію права інтелектуальної власності відбувається за процедурами, передбаченими не тільки КпАП, а й Митним кодексом України.

Оцінка доказів здійснюється уповноваженим суб'єктом, який наділений компетенцією щодо вирішення справи про адміністративне правопорушення. Орган (посадова особа) оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному дослідженні всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом і правосвідомістю (ст.252 КпАП). Гарантією належного захисту права інтелектуальної власності виступає норма про обов'язок органу (посадової особи) при виявленні ознак злочину при розгляді справи про адміністративне правопорушення передати матеріали прокурору, органу досудового слідства або дізнання (ст. 253 КпАП).

Якщо звернутись до юридичних енциклопедичних видань із метою опрацювання підходу щодо визначення поняття доказу у справі про адміністративний проступок, що посягає на реалізацію права інтелектуальної власності, можна зазначити про відсутність врахування у них наведених вище приписів КпАП. Натомість надається визначення доказів у цивільному, господарському, адміністративному судочинстві, а також у кримінальному судочинстві. Доказами у цивільному, господарському, адміністративному судочинстві визначено будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, які мають значення для вирішення справи. У кримінальному судочинстві докази – будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно-небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи [11, с. 225].

Сформульоване у юридичному енциклопедичному виданні визначення доказів не протирічить нормі-дефініції ст. 251 КпАП, особливо у тій частині, яка стосується визначення доказів у кримінальному судочинстві. При цьому слід підкреслити, що мова йде про фактичні дані, на підставі яких можна встановити наявність чи відсутність факту вчинення порушення. При цьому встановлено вимогу отримання доказів у встановленому законом порядку.

Незважаючи на достатньо усталені положення про сутність доказів, можна запропонувати доповнити ці положення метою отримання доказів – забезпечення законності при притягненні до адміністративної відповідальності, встановлення підстав прийняття законного, обґрунтованого рішення у справі про адміністративне правопорушення. Доцільність врахування запропонованих положень ґрунтується на законодавчій і доктринальній основах. Так, ст. 245 КпАП визначено завдання провадження у справах про адміністративні правопорушення – своєчасне, всебічне, повне і об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності з законом, забезпечення виконання винесеної постанови, а також виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі додержання законів, зміцнення законності. Звернення до наукових положень дозволяє вказати на підхід Ю.І. Руснака, який виділив головну функцію доказів – пояснення прийнятого рішення шляхом встановлення об'єктивної істини. Саме цим, на думку вченого, визначається спрямування доказів на встановлення обставин справи, а уповноважені та зацікавлені у вирішенні справи по суті особи встановлюють ті фактичні обставини справи, які покладаються в основу рішень, що приймаються у справі [12, с. 59].

Отже, доказами у справах про адміністративні порушення, що посягають на реалізацію права інтелектуальної власності, є фактичні дані, які свідчать про вчинення такого порушення, встановлені уповноваженим суб'єктом, підлягають доказуванню та доказуються з метою отримання законного, обґрунтованого рішення, гарантування законності при притягненні до адміністративної відповідальності за порушення загальнообов'язкових правил у сфері інтелектуальної власності.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Митний* кодекс України від 13.03.2012 № 4495-VI // Офіційний вісник України, 2012. – № 32 (04.05.2012). – Ст. 1175.

2. *Кримінальний* процесуальний кодекс України від 13.02.2012 р. № 4651-VI // Офіційний вісник України, 2012. – № 37 (25.05.2012). – Ст. 1370.

3. *Про рішення* Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»: Указ Президента України від 08.04.2008 р. № 311/2008 [Електронний ресурс] // Офіційний вісник України. – 2008. – № 27. – С. 20. – Ст. 838. – Режим доступу: система інформаційно-правового забезпечення «Ліга-Закон» станом на 30.09.2012 р.

4. *Концепція* розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009 – 2014 роки, схвалена Рішенням колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (Протокол від 11 березня 2009 р. № 11) [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності України. – Режим доступу: http://sips.gov.ua/ua/plans_reports.html

5. *Узагальнення* застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (ст.ст. 51-2, 164-9 КпАП): лист Верховного Суду України від 01.01.2006 р. [Електронний ресурс] // Збірник поточного законодавства, нормативних актів, арбітражної та судової практики. – 2006. – № 32. – Режим доступу: система інформаційно-правового забезпечення «Ліга-Закон» станом на 08.08.2012 р.

6. *Шкарупа В. К.* Доказування та докази в адміністративно-примусовій діяльності органів внутрішніх справ (міліції) [Текст] : монограф. / В. К. Шкарупа. – К. : Українська академія внутрішніх справ, 1995. – 163 с.

7. *Курилев С. В.* Доказывание и его место в процессе познания [Текст] / С.В. Курилев. – Иркутск : Труды Иркутского гос. ун-та, 1955. – 153 с.

8. *Колпаков В. К.* Докази та доказування в адміністративному судочинстві [Текст] : монограф. / В. К. Колпаков, В. В. Гордєєв. – Чернівці : Чернівецький нац.ун-т, 2009. – 128 с.

9. *Адміністративно*-процесуальне право України : підручник [Текст]; за ред. О. В. Кузьменко. – К. : Атіка, 2007. – 416 с.

10. *Кодекс* України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – № 51. –

Ст. 1122. – Режим доступу : система інформаційно-правового забезпечення «Ліга-Закон» станом на 30.09.2012 р.

11. *Великий* енциклопедичний юридичний словник [Текст]; за ред. Ю. С. Шемшученко. – К. : Юридична думка, 2012. – 1020 с.

12. *Руснак Ю. І.* Адміністративно-юрисдикційна діяльність органів державної податкової служби України [Текст] : дис. … канд. юрид. наук 12.00.07 / Руснак Юрій Іванович / Національна академія ДПС України. – Ірпінь, 2004. – 162 с.

УДК 343.13 (477)

# КЛАСИФІКАЦІЯ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

**Бондаренко О. О.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
факультету підготовки фахівців
для підрозділів слідства та дізнання
Харківського національного університету
внутрішніх справ

***Анотація:*** У статті наведено класифікацію судових експертиз. Сформульовано підстави призначення кожної з них. Розкрито зміст підстав проведення судових експертиз. З приводу цього проаналізовано різні точки зору вчених. Викладено власні думки щодо проблемних питань класифікації судових експертиз.

***Ключові слова:*** судова експертиза, спеціальні знання, класифікація судових експертиз, підстави призначення судових експертиз, основна експертиза, додаткова експертиза, первинна експертиза, повторна експертиза, комісійна експертиза, комплексна експертиза.

***Аннотация:*** В статье приведена классификация судебных экспертиз. Сформулированы основания назначения каждой из них. Раскрыто содержание оснований проведения судебных экспертиз. По поводу этого проанализированы разные точки зрения ученых. Изложены собственные мысли относительно проблемных вопросов классификации судебных экспертиз.

***Ключевые слова:*** судебная экспертиза, специальные знания, классификация судебных экспертиз, основания назначения судебных экспертиз, основная экспертиза, дополнительная экспертиза, первичная экспертиза, повторная экспертиза, комиссионная экспертиза, комплексная экспертиза.

***Annotation:*** The article summarizes the results of classification of forensic examinations. Appointment basis of each of them are formulated. Content grounds of judicial expertise are disclosed. With regard to this analysis different perspectives of scientists were analized. Own views on the issues of classification of forensic examinations were expounded.

***Key words*:** forensic expertise, the expertise, the classification of forensic examination, appointment basis of forensic examinations, basic examination, additional expertise, primary examination, reexamination, commission examination, comprehensive examination.

---

Судова експертиза є самостійним комплексним правовим інститутом, використання можливостей якого органами досудового розслідування сприяє підвищенню ефективності їх діяльності. Застосування вказаної форми спеціальних знань дає можливість встановити обставини вчиненого злочину. У зв'язку з цим дослідження положень зазначеного інституту має важливе як теоретичне, так і практичне значення.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» судова експертиза – це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового та судового слідства [1].

У науковій літературі розумінню сутності судової експертизи присвячено чимало праць (Т.В. Авер'янова, В.Д. Арсеньєв, Р.С. Бєлкін, В.М. Галкін, А.В. Дулов, П.П. Іщенко, Ю.Г. Корухов, В.М. Махов, Ю.К. Орлов, І.Л. Петрухін, Р.Д. Рахунов, Є.Р. Росинська, М.О. Селіванов, О.Р. Шляхов та ін.). Однак, незважаючи на це, не склалося єдності щодо класифікації судових експертиз у кримінальному судочинстві, що і є метою даного дослідження.

Так, В.Д. Арсеньєв, беручи за основу особливості проведення окремих видів експертиз, класифікує їх за певними підставами. За обсягом дослідження автор поділяє експертизи на основні та додаткові [2, с. 22-28]. Основною є експертиза, що передує наступній. Згідно з ч. 5 ст. 75 КПК України [3] та п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30.05.1997 р. № 8 [4] додаткова експертиза призначається у випадках неповноти або недостатньої ясності основної, якщо усунути неповноту або неясність шляхом допиту експерта неможливо.

Висновок визнається неповним, коли експерт дослідив не всі подані йому об'єкти чи не дав вичерпних відповідей на порушені перед ним питання. Неясним вважається висновок, який нечітко викладений або має невизначений, неконкретний характер. Незрозумілим слід вважати будь-який висновок, зі змісту якого не можна визначити: є він імовірним чи категоричним, позитивним чи негативним та який конкретно факт ним встановлений.

Проведення додаткової експертизи доручається тому ж експерту, який проводив основну експертизу, або іншому (ч. 5 ст. 75 КПК України).

*© Бондаренко О.О., 2012*

Привертають увагу деякі проблемні питання, що стосуються певної спірності підстав призначення додаткової і повторної експертиз, які розглядалися в роботах Б.М. Ісаковича, М.Я. Сегая, Е.Б. Сімакової-Єфремян [5, с. 128; 6, с. 195-196]. Однозначно можна стверджувати, що вони потребують переосмислення та більш чіткого визначення.

Слід відзначити, що в науковій літературі Ю.Г. Коруховим висловлювалася точка зору щодо необхідності виключення з КПК підстав призначення додаткової експертизи, оскільки, на думку вченого, недостатню зрозумілість треба усувати проведенням допиту експерта, а неповнота має бути підставою для призначення повторної експертизи. Додаткову ж експертизу автор пропонує призначати у разі виникнення нових питань, відповіді на які засновуються на вже проведеному дослідженні, або при появі нових об'єктів, вивчення яких доповнює попереднє дослідження [7, с. 19]. Подібної точки зору дотримуються і М.Я. Сегай, Г.М. Надгорний та Б.М. Ісакович, які пропонують відмовитися від інституту додаткової експертизи та неясність і неповноту висновку вважають підставою для проведення допиту експерта або повернення йому матеріалів експертизи для повного вивчення поставленого завдання [5, с. 128].

У свою чергу М.Г. Щербаковський пропонує доповнити підстави проведення додаткової експертизи випадками, коли виникає необхідність у встановленні нових фактів щодо об'єктів, які були досліджені під час основної експертизи [8, с. 203].

За послідовністю проведення судові експертизи поділяються на первинні та повторні. Згідно з ч. 6 ст. 75 КПК України [3], п. п. 10, 11 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30.05.1997 р. № 8 [4] під первинною слід розуміти експертизу, при проведенні якої об'єкт досліджується вперше. У свою чергу, повторна експертиза призначається, коли є сумніви у правильності висновку експерта, пов'язані з його недостатньою обгрунтованістю чи з тим, що він суперечить іншим матеріалам справи, а також за наявності істотного порушення процесуальних норм, які регламентують порядок призначення і проведення експертизи. Істотними можуть визнаватися, зокрема, порушення, які призвели до обмеження прав обвинуваченого чи інших осіб.

Обгрунтованість висновку експерта – це його аргументованість, переконливість. Висновок може бути визнаний необгрунтованим у випадку, коли відсутня його дослідницька частина, викликає сумнів застосована експертом методика, недостатній об'єм проведених досліджень, висновки експерта не обгрунтовуються результатами дослідження або суперечать ним тощо. Правильність висновку експерта означає його відповідність об'єктивній дійсності [9, с. 14; 10, с. 53].

О.М. Зінін, Г.Г. Омельянюк і О.В. Пахомов поділяють підстави проведення повторної експертизи на фактичні (необгрунтованість і помилковість висновку) та процесуальні (порушення правових норм, що регламентують порядок призначення, проведення експертиз та оцінку висновку експерта) [9, с. 14-15].

У науковій літературі Б.О. Матійченком висловлювалася пропозиція щодо визнання додаткової підстави призначення повторної експертизи: наявність сумніву в обгрунтованості повідомлення про неможливість дачі висновку [11, с. 17]. Доцільним запереченням цьому є твердження В.М. Махова, який вважає, що не може бути й мови про повторну експертизу, якщо ще не була проведена первинна [12, с. 227].

За кількістю експертів, які призначені для проведення досліджень, судові експертизи можна поділити на одноособові та багатоособові. Перші проводяться однією особою, другі – групою експертів (наприклад, комісійні, комплексні, багатооб'єктні).

За характером спеціальних знань, що використовуються, судові експертизи поділяються на однорідні та комплексні. До перших відносять експертизи, що проводяться обізнаними особами з однієї галузі знань. Однорідні експертизи можуть бути комісійними, які відповідно до п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30.05.1997 р. № 8 здійснюються при необхідності проведення досліджень за участю декількох експертів – фахівців у одній галузі знань [4].

Серед учених не склалося єдиної точки зору щодо визначення ознаки комісійної експертизи, яка відрізняла її від досліджень іншого виду. Так, К.К. Абакіров та Р.С. Бєлкін розуміють комісійну експертизу як дослідження, яке проводиться кількома експертами (комісією експертів) однієї спеціальності [13, с. 13; 14, с. 94].

У науковій літературі висловлювалася точка зору, згідно з якою комісійна експертиза є родовою щодо однопредметної, в проведенні якої беруть участь експерти однієї спеціальності, та комплексної [15, с. 6]. М.Т. Білуха, Е.Б. Сімакова-Єфремян ознакою комісійних експертиз називають не використання спеціальних знань із однієї їх галузі, а кількісну характеристику суб'єктів, які проводять дослідження (комісію експертів), відносячи до їх категорії і комплексну експертизу [6, с. 197; 16, с. 8]. Таке порівняння вказаних експертиз є неприпустимим, оскільки вони мають ряд суттєвих відзнак, що обумовлюються галузевим характером спеціальних знань, які використовуються під час їх проведення.

Від комісійних експертиз В.Д. Арсеньєв відрізняє багатооб'єктні, які також проводяться групою експертів. Але, на думку вченого, головна їх відзнака полягає в дослідженні кожним експертом певної групи об'єктів з приводу одних і тих же питань та складанні окремих висновків залежно від обсягу розподіленої роботи [2, с. 22-28]. Думається, що багатооб'єктні експертизи можна віднести до комісійних, оскільки ознака останніх полягає не в складанні всіма експертами єдиного висновку, а в єдиній галузевій сфері використання спеціальних знань.

У п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30.05.1997 № 8 р. «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» зазначено, що комплексні експертизи призначаються у випадках, коли необхідно провести дослідження за участю декількох експертів, які є фахівцями у різних галузях знань [4].

Однією з основних ознак комплексної експертизи Е.Б. Сімакова-Єфремян називає вирішення експертами – фахівцями у різних галузях знань – одного (загального) питання (питань), що відрізняє дану експертизу від комплексу експертних досліджень, під час яких експерти вирішують різні питання. При проведенні комплексної експертизи те чи інше питання вирішується на підставі застосування спеціальних знань у сфері деяких суміжних наук [6, с. 197]. На неприпустимість змішування комплексу експертних досліджень, комплексу експертиз і комплексної експертизи вказували О.М. Зінін, М.П. Майліс [17, с. 201].

На думку О.М. Зініна, М.П. Майліса, Г.Г. Омельянюка і О.В. Пахомова, ознакою експертизи вказаного виду є вирішення суміжних (граничних) завдань різних родів (видів), класів експертиз, що не можна вирішити на основі однієї галузі експертних знань (класу, роду, виду експертизи) [9, с. 16; 17, с. 202].

Ю.К. Орлов визначає комплексну експертизу як таку, в проведенні якої беруть участь декілька експертів із різних або з вузьких спеціальностей (профілів), які проводять дослідження в межах своєї компетенції і складають за його результатами спільний висновок [18, с. 12-13].

П.Т. Землянський, В.П. Лисицин, І.Т. Луцюк під даною експертизою розуміють спільне дослідження і вирішення групою експертів – спеціалістів з різних галузей знань – одного і того ж питання, що необхідне для встановлення істини у справі, в результаті чого на підставі кооперування вказаних знань формулюється загальний висновок [19, с. 82].

Р.С. Бєлкін, М.О. Селіванов та інші вчені комплексну експертизу визначають як дослідження, під час проведення якого ті чи інші питання вирішуються завдяки використанню спеціальних знань із суміжних наук або із однієї галузі, що належать до компетенції двох або більше видів судових експертиз [14, с. 94-95; 20, с. 491].

Б.А. Алімджанов і В.М. Вальдман під вказаним видом експертизи розуміють дослідження, що проводиться одним чи кількома експертами, має єдиний предмет для відповіді на питання, вирішення яких потребує формулювання загального висновку, який базується на різних галузях знань [21, с. 99-98].

Л.М. Дереча, Е.Б. Сімакова-Єфремян, В.О. Татаренко називають комплексними ті експертизи, що проводяться експертами різних спеціальностей і призначаються для вирішення одного й того ж питання стосовно одного й того ж об'єкта (об'єктів) або обставин у межах своєї компетенції в разі, коли питання не може бути вирішено експертами однієї спеціальності або шляхом послідовного проведення кількох експертиз. При цьому авторами вказується обов'язковий принцип проведення експертиз даного виду – можливість отримання об'єктивних висновків тільки при спільній роботі експертів відповідних спеціальностей [22, с. 84].

Думається, що комплексною експертизою є дослідження, під час якого кількома експертами вирішуються питання, що потребують застосування спеціальних знань із різних галузей, стосовно одного об'єкта та формулюється загальний експертний висновок.

Від комплексної експертизи необхідно відрізняти експертизи складних об'єктів, що здійснюються також декількома експертами, але однієї спеціальності, та комплекс пов'язаних між собою експертиз одних і тих же об'єктів. З ознакою комплексності досліджень пов'язують також питання про так звані синтетичні експертизи. При проведенні останніх один з експертів, який є найбільш обізнаним у галузі методології та методики судово-експертного дослідження, може синтезувати висновки інших експертів.

У науковій літературі висловлювалася думка щодо розмежування експертиз залежно від ступеня індивідуалізації об'єктів, що досліджуються, – на ідентифікаційні та класифікаційні. До перших належать криміналістичні експертизи, за допомогою яких встановлюється конкретний об'єкт матеріального середовища. А до класифікаційних відносять дослідження, які встановлюють належність об'єкта до певного класу (групова належність) [15, с. с. 7, 9].

За місцем проведення експертизи О.М. Зінін, Г.Г. Омельянюк, О.В. Пахомов, Б.В. Романюк поділяють їх на дослідження, що проводяться в експертній установі і окремими особами, які призначені експертами у справі [9, с. 14; 23, с. 14].

Слід зазначити, що в новому КПК України [24] взагалі не регламентуються підстави призначення вищевказаних експертиз на відміну від чинного КПК України [3], у ст. 75 якого формулюються підстави призначення лише додаткової та повторної експертизи, що, думається, є прогалиною в кримінальному процесуальному законодавстві.

Таким чином, судові експертизи можна класифікувати за такими підставами:

1. Залежно від об'єму дослідження: основні та додаткові.
2. За послідовністю проведення: первинні і повторні.
3. За кількістю експертів, які призначені для проведення дослідження: одноособові та багатоособові.
4. За характером спеціальних знань, що використовуються: однорідні (комісійні) та комплексні.
5. Залежно від ступеня індивідуалізації об'єктів, що досліджуються: ідентифікаційні та класифікаційні.
6. За місцем проведення: експертизи, що виконуються в експертній установі, і дослідження, що проводяться особами, які не працюють у таких установах.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Про судову* експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 28. – Ст. 232.
2. *Арсеньев В.Д.* Проведение экспертизы на предварительном следствии: учеб. Пособ. / В.Д. Арсеньев. – Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1978. – 93 с.
3. *Кримінально*-процесуальний кодекс України: Закон України від 28 грудня 1960 року // Відомості Верховної Ради Української РСР. – № 2. – Ст. 15.
4. *Про судову* експертизу в кримінальних і цивільних справах: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року № 8 (із змінами, внесеними згідно з Постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 року № 15) // Збірник постанов Пленуму

Верховного Суду України у кримінальних справах: 1963-2008 р.р. – 5 вид., зі змін. та доп. – Х.: Одісей, 2009. – С. 434-443.

5. *Сегай М.Я.* Пропозиції з питань удосконалення регламентації судової експертизи в проектах процесуальних кодексів України / М.Я. Сегай, Г.М. Надгорний, Б.М. Ісакович // Вісник Академії правових наук України. – Х., 1999. – № 2 (17). – С. 124-133.

6. *Сімакова-Єфремян Е.Б.* Шляхи вдосконалення нормативно-правового регулювання судово-експертної діяльності / Е.Б. Сімакова-Єфремян // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 1 (24). – С. 190-197.

7. *Корухов Ю.Г.* Организация и нормативное регулирование криминалистических исследований в деятельности правоохранительных и правоприменительных органов : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Ю.Г. Корухов. – М., 1978. – 52 с.

8. *Щербаковский М.Г.* Правовая регламентация деятельности специалиста и эксперта в проекте уголовно-процессуального кодекса Украины / М.Г. Щербаковский // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ : спеціальний випуск у 4 ч. – Луганськ, 1999. – Ч. 3. – С. 200-207.

9. *Зинин А.М.* Введение в судебную експертизу / А.М. Зинин, Г.Г. Омельянюк, А.В. Пахомов. – М.: Изд-во Московского психолого-социального института; Воронеж : НПО «МОДЭК», 2002. – 240 с.

10. *Орлов Ю.К.* Производство экспертизы в советском уголовном процессе / Ю.К. Орлов. – М.: Всесоюзный юридический заочный институт, 1982. – 77 с.

11. *Матийченко Б.А.* Эффективность проведения судебной экспертизы в советском уголовном процессе / Б.А. Матийченко. – М.: Юридическая литература, 1985. – 86 с.

12. *Махов В.Н.* Использование знаний сведущих лиц при расследовании пре ступлений: монограф. / В.Н. Махов. – М.: Издательство РУДН, 2000. – 296 с.

13. *Абакиров К.К.* Процессуальные и организационные проблемы применения специальных познаний при производстве судебных экспертиз (по материалам Росийской Федерации и Киргизской Республики): автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / К.К. Абакиров. – М., 2000. – 24 с.

14. *Белкин Р.С.* Криминалистическая энциклопедия: 2-е изд. доп. / Р.С. Белкин. – М. : Мегатрон XXI, 2000. – 334 с.

15. *Експертизи* в судовій практиці. – К.: Либідь, 1993. – 196 с.

16. *Білуха М.Т.* Судово-бухгалтерська експертиза: підруч. / М.Т. Білуха. – К.: Вища школа, 1992. – 279 с.

17. *Зинин А.М.* Судебная экспертиза: учебник / А.М. Зинин, Н.П. Майлис. – М. : Право и закон; Юрайт-Издат, 2002. – 320 с.

18. *Орлов Ю.К.* Спорные вопросы судебной экспертизы / Ю.К. Орлов // Российская юстиция. – 1995. – № 1. – С. 11-13.

19. *Землянский П.Т.* Комплексная судебная экспертиза. Вопросы совершенствавания правового регулирования / П.Т. Землянский, В.П. Лисицин, И.Т. Луцюк // Вестник ЛГУ. Серия юридическая. – Львов: Вища школа, 1982. – Вып. 21. – С. 81-88.

20. *Селиванов Н.А.* Основные понятия судебной экспертизы. Общие правила её назначения и оценки / Справочная книга криминалиста / Н.А. Селиванов. – М.: НОРМА, 2000. – С. 489-506.

21. *Алимджанов Б.А.* Компетенция эксперта в уголовном процессе (Теоретические и практические аспекты) / Б.А. Алимджанов, В.М. Вальдман. – Ташкент : Узбекистан, 1986. – 154 с.

22. *Татаренко В.О.* Поняття комплексності застосування спеціальних знань при експертному дослідженні об'єктів контактної взаємодії / В.О. Татаренко, Е.Б. Сімакова-Єфремян, Л.М. Дереча // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики : зб. наук.-практ. матеріалів (до 55-річчя видання роботи С.М. Потапова «Введение в криминалистику») / Міністерство юстиції України; Харківський науково-дослідний інститут судових експертиз ім. засл. проф. М.С. Бокаріуса; ред. колегія: М.Л. Цимбал, Е.Б. Сімакова-Єфремян, В.М. Шерстюк [та ін.]. – Х. : Право, 2001. – С. 83-93.

23. *Романюк Б.В.* Сучасні теоретичні та правові проблеми використання спеціальних знань у досудовому слідстві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Б.В. Романюк. – К., 2002. – 20 с.

24. *Кримінальний* процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року // Голос України від 19 травня 2012 р. – № 90-91.

УДК 343.135 (477)

# ПРИМИРЕННЯ З ПОТЕРПІЛИМ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ В КОНТЕКСТІ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

**Ященко А. М.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права
та кримінології ННІПМК
Харківського національного університету
внутрішніх справ

**Крижановський М. В.,**
адвокат

***Анотація:*** На підставі аналізу положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 року поряд з позитивними моментами виявляються окремі недоліки законодавчої регламентації процедури примирення обвинуваченого з потерпілим і формулюються пропозиції щодо їх усунення.
***Ключові слова:*** угода про примирення, потерпілий, закриття кримінальної справи, вирок на підставі угоди про примирення.

***Аннотация:*** На основании анализа положений Уголовного процессуального кодекса Украины 2012 года наряду с позитивными моментами выделяются отдельные недостатки законодательной регламентации процедуы примирения обвиняемого с потерпевшим и формулируются предложения по их устранению.
***Ключевые слова:*** сделка о примирении, потерпевший, закрытие уголовного дела, приговор на основании сделки о примирении.

***Annotation:*** In accordance with analysis of regulations of Penal Code of Practce of Ukraine, along with positive moments there are some problems of legislative regulations with regard to conciliation of a defendant with a complainant , and there are some offers to prevent them.
***Key words:*** conciliation with a complainant**,** close of criminal case, sentence in accordance with conciliation with a complainant.

Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, інших соціальних цінностей і благ, а також запобігання злочинам. Для здійснення цього завдання законом визначається, які суспільно небезпечні діяння є злочинами, та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили.

Разом з тим, завдання закону України про кримінальну відповідальність можуть бути досягненні не лише зазначеним шляхом, а й завдяки практиці повної або часткової відмови від покарання чи навіть від кримінальної відповідальності. Яскравим прикладом такої практики є застосування до особи, котра вчинила злочин, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим. Відповідно до ст. 46 КК України особа, яка вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані збитки або усунула заподіяну шкоду. Ця кримінально-правова норма є втіленням альтернативного каральному відновного правосуддя, в основі якого лежить інший погляд, інша філософія відповіді суспільства на злочин. Воно зміщує ракурс реагування на вчинений злочин у бік потерпілого, оскільки суспільство має спочатку дбати про інтереси останнього, а вже потім – про публічний інтерес [6, с. 42-43; 8, с. 42-43].

Регламентація в законі вказаного законодавчого положення, на думку деяких науковців, дозволяє говорити про те, що «приватна засада» нарешті отримала офіційний статус у межах публічної галузі матеріального права [20, с. 10]. До появи цієї норми у чинному КК України примирення з потерпілим розглядалося виключно як процесуальна підстава, що виключає провадження у справах приватного обвинувачення.

Згідно чинного кримінально-процесуального законодавства порядок реалізації ст. 46 КК України передбачений декількома загальними нормами. Зокрема, ст. 8 КПК України декларовано, що прокурор, а також слідчий за згодою прокурора має право за наявності підстав, зазначених у ст. 46 КК України, винести мотивовану постанову про направлення справи до суду, за наявності до цього згоди обвинуваченого, підсудного (ч. 3 ст. $7^1$ КПК України), для вирішення питання про звільнення його від кримінальної відповідальності. За наявності підстав, зазначених у ст. 46 КК України, у справах, які надійшли до суду з обвинувальним висновком, суд на підставі ст. ст. 248, 282 КПК України виносить постанову про закриття кримінальної справи.

Із змісту наведених законодавчих приписів можна зробити висновок, що положення чинного кримінально-процесуального законодавства детально не регулюють процедуру закриття кримінальної справи у зв'язку з примиренням із потерпілим. Саме такого висновку доходить і більшість вітчизняних науковців, які у різні часи займались дослідженням проблем закриття кримінальної справа у зв'язку з примирення із потерпілим (І.А. Войтюк, В.В. Землянська, В.Т. Маляренко та ін.) [5; 8]. До подібного висновку, до речі, приходять і деякі російські дослідники, які у своїх працях здійснювали правовий аналіз схожих положень кримінально-процесуального законодавства (Х.Д. Алікперов, А.В. Єндольцева, Б.Б. Самданова та ін.) [1, с. 50-53; 4, с. 120; 15, с. 52]. Без сумніву, це створювало і поки що продовжує створювати певні складнощі в практичному застосування ст. 46 КК України.

*© Ященко А.М., Крижановський М.В., 2012*

У контексті цього, приємно констатувати, що з прийняттям 13 квітня 2012 року нового Кримінального процесуального кодексу України, який незабаром набере чинності, процедура реалізації примирення із потерпілим суттєво змінилася. Сьогодні процесуальне право доповнилось низкою нових законодавчих приписів, які значно розширюють можливість застосування такого унікального правового явища як примирення з потерпілим. Відзначимо, що Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р. без перебільшення є великим досягненням законотворчого процесу України. Він містить низку нових і прогресивних положень, спрямованих на забезпечення прав людини у кримінальному судочинстві, а також на реалізацію демократичних засад кримінального процесу [13, с. 242]. Водночас, як і низка інших важливих законодавчих актів, новий КПК України не є досконалим на 100% і залишає широке поле для діяльності щодо його подальшого вдосконалення [18, с. 275; 19, с. 320].

Мета цієї статті полягає в аналізі процедури застосування примирення із потерпілим згідно Кримінального процесуального кодексу України 2012 р., виявленні позитивних моментів та окремих недоліків її законодавчої регламентації і формулюванні на цій основі пропозицій щодо їх усунення.

Звернемося до деяких законодавчих приписів КПК України 2012 р. Так, ч. 1 ст. 283 КПК України 2012 р. декларує, що особа має право на розгляд обвинувачення проти неї в суді в найкоротший строк або на його припинення шляхом закриття провадження. Відповідно ч. 2 ст. 284 КПК України 2012 р. кримінальне провадження може бути закрито судом, зокрема, у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності. При цьому не допускається закриття кримінального провадження, якщо підозрюваний, обвинувачений проти цього заперечує. В такому разі кримінальне провадження продовжується в загальному порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством (ч. 7 ст. 284 КПК України 2012 р.).

Безпосередньо сама процедура звільнення від кримінальної відповідальності регулюється ст. ст. 285-289 КПК України 2012 р. Тут акцентуємо увагу на тому, що КПК України 2012 р., на відміну від свого попередника, не містить окремої самостійної норми (на кшталт ст. 8 КПК України 1960 р.), яка б регламентувала порядок звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого з потерпілим. Навпаки, ч. 1 ст. 285 КПК України 2012 р. встановлює, що особа звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених законом України про кримінальну відповідальність. Тобто положення ст. 286 «Порядок звільнення від кримінальної відповідальності», ст. 287 «Клопотання прокурора про звільнення від кримінальної відповідальності», ст. 288 «Розгляд питання про звільнення від кримінальної відповідальності» мають застосовуватися при реалізації будь-якої матеріально-правової підстави звільнення від кримінальної відповідальності, при чому передбаченої не лише в Загальній (ст. ст. 45-49, 97), але і в Особливій частині КК України (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258-3, ч. 3 ст. 263, ч. 6 ст. 369 та ін.). На нашу думку, така позиція законодавця не є вдалою, адже наведені матеріально-правові підстави є специфічними за своєю суттю, їх порядок застосування не може бути однаковим. Навряд чи, наприклад, виправдано в один спосіб реалізовувати приписи ст. 46 і ч. 3 ст. 263 або ч. 6 ст. 369 КК України. Підтвердженням вказаного є положення ст. 289 КПК України 2012 р., які додатково закріплюють процедуру відновлення провадження при відмові від поручительства у разі застосування ст. 47 КК України.

Відзначимо, що новелою кримінального процесуального законодавства є положення, згідно якого при розгляді питання про звільнення від кримінальної відповідальності за будь-якою матеріально-правовою підставою (поряд із ст. 46 КК України) необхідна присутність потерпілого. При цьому суд зобов'язаний з'ясувати думку потерпілого щодо можливості звільнення підозрюваного, обвинуваченого від кримінальної відповідальності (ч. 1, 2 ст. 288 КПК України 2012 р.). Нам імпонує подібна позиція законодавця, адже протягом тривалого часу на сторінках юридичних видань лунали заклики про обов'язкове врахування думки потерпілого при звільнення особи від кримінальної відповідальності [3, с. 48; 11, с. 70-71].

Особливої уваги заслуговує глава 35 КПК України 2012 р. «Кримінальне провадження на підставі угод» (ст. ст. 468-476). На наше переконання, закріплення в законі подібних правових норм, без сумніву, можна оцінити лише з позитивної сторони.

Згідно ст. 468 КПК України 2012 р. у кримінальному провадженні можуть бути укладені такі види угод: 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості[1].

Відповідно ч. 1 ст. 469 «1. Угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді).

…

3. Угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої і середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення.

…

5. Укладення угоди про примирення … може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку.

6. У разі недосягнення згоди щодо укладення угоди факт її ініціювання і твердження, що були зроблені з метою її досягнення, не можуть розглядатися як відмова від обвинувачення або як визнання своєї винуватості.

7. Слідчий, прокурор зобов'язані поінформувати підозрюваного, потерпілого про їх право на

примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення.

8. У разі, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо кількох осіб, які підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні одного або кількох кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма підозрюваними чи обвинуваченими, угода може бути укладена з одним (кількома) з підозрюваних чи обвинувачених. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), з якими досягнуто згоди, підлягає виділенню в окреме провадження.

У разі, якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного кримінального правопорушення, угода може бути укладена та затверджена лише з усіма потерпілими.

У разі, якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від різних кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма потерпілими, угода може бути укладена з одним (кількома) з потерпілих. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), яка досягла згоди, підлягає виділенню в окреме провадження».

Відповідно до ст. 471 КПК України 2012 р. в угоді про примирення зазначаються її сторони, формулюється підозра чи обвинувачення та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, істотні для відповідного кримінального провадження обставини, розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строк їх вчинення, узгоджене покарання та згода сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди, передбачені статтею 473 цього Кодексу, наслідки невиконання угоди. В угоді зазначається дата її укладення та вона скріплюється підписами сторін. У ст. 474 регламентується загальний порядок судового провадження на підставі угоди про примирення, а у ст. 476 наслідки невиконання затвердженої угоди.

Із змісту наведених кримінальних процесуальних норм вбачається, що по-перше, нарешті, законом окреслено коло осіб, які можуть бути ініціаторами примирення. Тут лише хотілось би звернути увагу на те, що сьогодні поряд з потерпілим, підозрюваним або обвинуваченим істотну роль у досягненні примирення відіграють спеціальні організації. У п. 21 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» від 16 квітня 2004 року № 5 відзначено, що суди повинні активніше залучати громадськість до вирішення питань, які виникають при розгляді справ стосовно неповнолітніх та при виконанні вироків чи інших судових рішень щодо них. Вища судова інстанція рекомендує судам всіляко підтримувати діяльність вітчизняних громадських організацій, які ставлять за мету до судового розгляду справи досягнути примирення між неповнолітнім, який вчинив злочин, і потерпілим, надавати таким організаціям відповідну інформацію, інформувати підсудних та їхніх законних представників про наявність у районі (місті) таких організацій, надавати можливість потерпілому і обвинуваченому звертатися до цих організацій для вирішення конфлікту та досягнення примирення. Також зазначається, що досягнення за допомогою таких громадських організацій примирення між потерпілим і обвинуваченим (підсудним), відшкодування потерпілому матеріальної та моральної шкоди можуть бути підставами для закриття справи або враховані у якості обставин, що пом'якшують покарання [14, с. 523-531]. Вказані роз'яснення Верховного Суду України, на думку П.П. Пилипчука, стосується не лише неповнолітніх осіб, а і таких, що досягли 18-ого віку [10, с. 3].

Зазначимо також, що сьогодні в Україні виникла мережа обласних громадських організацій з медіації[2] (у Донецьку, Одесі, Харкові, Києві, АРК, Закарпатті). Своїм завданням вони вбачають пропаганду і розповсюдження в Україні досвіду альтернативних способів вирішення конфліктів, що мають низку переваг перед традиційними формами їх вирішення і широко розповсюджені в багатьох країнах світу. Поряд з вказаними організаціями в Україні з 1994 р. успішно працює Український Центр порозуміння, метою діяльності якого є впровадження відновного (примирливого) правосуддя у вітчизняне кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство [8, с. 55-56; 17].

По-друге, юридичним наслідком укладення угоди про примирення може бути виключно призначення покарання, призначення узгодженого покарання або звільнення від відбування покарання з випробуванням. Статтею 475 КПК України 2012 р. в цьому сенсі декларований зміст вироку на підставі угоди про примирення.

Відзначимо, що така позиція законодавця нам імпонує. У свій час науковцями висловлювалася теза про те, що примирення з потерпілим як необхідний атрибут відновного правосуддя знаходить свій вияв не лише у якості обставини, що пом'якшує покарання, але й обставини, що враховується судом при вирішенні питання, зокрема, про звільнення від відбування покарання з випробуванням [8; 21]. Разом з тим, не можна однозначно погодитися із законодавцем в тому, що у змісті угоди про примирення (ст. 471 КПК України 2012 р.) не може бути передбачений, окрім вказаних правових наслідків, ще й такий наслідок як звільнення від кримінальної відповідальності. Уявляється, що положення глави 35 «Кримінальне провадження на підставі угод» мають доповнювати законодавчі приписи параграфу 2 «Звільнення від кримінальної відповідальності» глави 24 «Закінчення досудового розслідування. Продовження строку досудового розслідування» в аспекті звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим.

З іншого боку, слід мати на увазі, що згідно приписів ч. 3 ст. 469 КПК України 2012 р. укладення угоди про примирення, наслідком якої є звільнення особи від відбування покарання з випробуванням, може відбутися лише у разі вчинення особою кримінального проступку або злочину невеликої чи середньої тяжкості. У разі ж вчинення особою тяжкого злочину, за наявності підстав та умов для

застосування ст. 75 КК України, угода про примирення не може бути укладена. З такою позицією законодавця погодитися не можна. На наше переконання угода про примирення повинна бути укладена, за наявності добровільної згоди потерпілого та обвинуваченого, у разі вчинення будь-якого злочину за ступенем тяжкості згідно ст. 12 КК України. Інша справа, що у разі вчинення злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості наслідком досягнутого примирення може стати звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 46 КК України). У випадку вчинення злочину середньої тяжкості або тяжкого злочину – призначення узгодженого покарання або, якщо суд дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, – звільнення від відбування покарання з випробуванням. При цьому, ми не виключаємо у разі вчинення особою злочину середньої тяжкості, за наявності досягнутого примирення з потерпілим разом з іншими передбаченими законом підставами та умовами, звільнення особи від покарання (ч. 4 ст. 74 КК України). При вчиненні особливо тяжкого злочину – досягнуте примирення є підставою для пом'якшення покарання. До цього варто додати й те, що згідно чинного кримінального законодавства досягнуте примирення з потерпілим допускається і враховується судом при застосуванні ст. 75 КК України у разі вчинення особою не лише злочину невеликої чи середньої тяжкості, а й навіть тяжкого злочину. Виходячи з цього положення ч. 3 ст. 469 КПК України 2012 р. повинні бути відповідним чином узгодженні. Як на наш погляд для цього ч. 3 ст. 469 КПК України 2012 р. необхідно викласти у такій редакції: «3. Угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення».

По-третє, Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. допускається поступовий порядок відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди. Зазначимо, що питання про можливість відстрочки чи розстрочки відшкодування збитків або усунення шкоди на певний строк тривалий час обговорювалися в юридичній літературі [1, с. 51; 2, с. 140-141; 9, с. 244-245; 12, с. 8]. Більш того, із змісту ст. 471 КПК України 2012 р. вбачається, що відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди є невід'ємним атрибутом примирення, а не окремим, відірваним від нього явищем. Позитивно оцінюючи подібний спосіб поновлення прав потерпілого та його регламентацію у КПК України 2012 р., хотілось би зауважити, що згідно чинного кримінального законодавства примирення і відшкодування або усунення наслідків злочинного діяння – це самостійні обставини, котрі мають бути доказаними, підтвердженими. Крім того, відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди повинно бути здійснено в узгодженому з потерпілим обсязі до примирення. Про це, зокрема, свідчить те, що у ст. 46 КК України вислів, «… відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду», вживається в минулому часі. Відтак, погодження строку відшкодування збитків або усунення заподіяної шкоди законом України про кримінальну відповідальність не допускається. У цьому контексті вважаємо за необхідне законодавчі приписи ст. 46 КК України уточнити. Таке уточнення може мати наступний вигляд: «Особа, яка вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона, відшкодувавши завдані нею збитки або усунувши заподіяну шкоду, чи погодивши порядок відшкодування збитків або усунення шкоди, примирилася з потерпілим». Зауважимо, що раніше ми вже пропонували відобразити у редакції ст. 46 КК України ці моменти [21].

Вищевикладене, дозволяє зробити висновок: КПК України 2012 р. містить низку нових і прогресивних положень щодо процедури реалізації примирення обвинуваченого з потерпілим. У той самий час, із метою гармонізації приписів матеріального і процесуального права, законодавча регламентація ст. 46 КК України та ч. 3 ст. 469, ст. 471 КПК 2012 р. потребують свого коректування. Як варіант подібні коректування можуть бути здійсненні у запропоновані у цій статті способи.

## ПРИМІТКИ

1. Оскільки нас цікавить порядок реалізації угод про примирення, надалі ми будемо аналізувати ті законодавчі приписи, які стосуються виключно угод цього виду.

2. Термін медіація (лат. – mediatio) означає посередництво у спорі третьої сторони, яка в ньому не бере участі [16, с. 433].

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Аликперов Х.Д.* Освобождение от уголовной ответственности [Текст]: учеб. пособ. / Х.Д. Аликперов. – М.: Московский психолого-социальный институт; ИПК РК Генеральной прокуратуры РФ; Воронеж: Издательство НПО «МОДЭК», 2001. – 128 с.

2. *Баулін Ю.В.* Звільнення від кримінальної відповідальності [Текст]: монографія / Ю.В. Баулін. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.

3. *Бойко А.И.* Пределы терпения потерпевшего от преступления и презумпция его правоты [Текст] / А.И. Бойко // Юридический вестник РГЭУ. – 2003. – № 1. – С. 44-50.

4. *Ендольцева А.В.* Институт освобождения от уголовной ответственности: проблемы и пути их решения [Текст]: монография / А. В. Ендольцева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. – 231 с.

5. *Землянська В.* Запровадження відновлюючих підходів: зміна поглядів на кримінальне судочинство [Текст] / В. Землянська // Право України. – 2003. – № 10. – С. 154-156.

6. *Карнозава Л.,* Максудов Р., Флямер М. Восстановительное правосудие: идеи и перспективы для России [Текст] / Л. Карнозова, Р. Максудов, М. Флямер // Росиийская юстиция. - № 11. – 2000. – С. 42-44.

7. *Кримінальний* процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» [Текст]: станом на 01.06.2012 р.; (відповідає офіц. текстові). – К.: Алерта, 2012. – 304 с.

8. *Маляренко В.Т.*, Войтюк І.А. Відновлювальне правосуддя: можливості запровадження в Україні [Текст] / В.Т. Маляренко, І.А. Войтюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – 8(34). – С. 34-63.

9. *Науково*-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2-х ч.: Загальна частина [Текст] / Під загальною редакцією Потебенька М.О., Гончаренка В.Г. – К.: «ФОРУМ», 2001. – 388 с.

10. *Пилипчук П.П.* На шляху до ювенальної юстиції [Текст] / П.П. Пилипчук // Створення ювенальної юстиції в Україні: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (11-12 квітня 2005 р.). – Київ, 2005. – С. 1-3.

11. *Півненко В.* Встановлення презумпції правоти та пріоритетності прав потерпілого [Текст] / В. Півненко // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 1(31). – С. 68-72.

12. *Підюкова Т.П.* Цивільно-правові наслідки звільнення від кримінальної відповідальності (за нереабілітуючими обставинами) [Текст]: Автореф. дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т.П. Підюкова; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2004. – 19 с.

13. *Погорецький М.А.* Новий КПК України повинен грунтуватися як на європейських стандартах, так і на національних традиціях [Текст] / М.А. Погорецький // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2010. - № 23. – С. 241-250.

14. *Про практику* застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх [Текст]: постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. № 5 / Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972-2007). – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2007. – С. 608-614.

15. *Самданова Б.Б.* Проблемы становления и развития института прекращения уголовного дела в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым в современном российском уголовном процес се [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Б.Б. Самданова; Научно-исследовательский интситут проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ. – М., 2003. – 148 с.

16. *Словарь* иностранных слов [Текст] / Под ред. И.В. Лехина и проф. Ф.Н. Петрова. – М.: Гос. изд-во иностранных и национальных словарей, 1955. – 856 с.

17. *Український* Центр Порозуміння [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uccg.org.ua

18. *Фріс П.Л.* Кримінально-правова політики української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми [Текст]: монограф. / П.Л. Фріс. – К.: Атіка, 2005. – 332 с.

19. *Юхно О.О.* Теоретичні та прикладні аспекти застосування нового Кримінального процесуального кодексу України у кримінальному судочинстві [Текст] / О.О. Юхно // Митна справа. – 2012. – № 4(82), частина 2, книга 2. – С. 320-326.

20. *Якобашвили Г. М.* Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Г.М. Якобашвили; Московская Академия МВД России. – М., 2001. – 24 с.

21. *Ященко А.М.* Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання [Текст]: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.М. Ященко; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 20 с.

УДК 347.9:340.114 (477)

# ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

**Васильєв С. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного процесу,
Національний університет
«Юридична академія України
Імені Ярослава Мудрого»

***Анотація:*** На підставі аналізу наукових досліджень останніх років автор відокремлює головні тенденції розвитку цивільного процесуального права: вплив процесів глобалізації; гармонізація процесуального регулювання; демократизація й гуманізація цих процесів; зміна сфери процесуального регулювання; диференціація і спеціалізація останнього; уніфікація процесуального регулювання; оптимізація правосуддя та ін.

***Ключові слова:*** цивільне судочинство, джерела цивільного процесуального права, цивільне процесуальне законодавство.

***Аннотация:*** На основании анализа научных исследований последних лет автор определяет главные тенденции развития гражданского процессуального права: влияние процессов глобализации; гармонизация процессуального регулирования; демократизация и гуманизация этих процессов; изменение сферы процессуального регулирования; дифференциация и специализация последнего; унификация процессуального регулирования; оптимизация правосудия и др.

***Ключевые слова:*** гражданское судопроизводство, источники гражданского процессуального права, гражданское процессуальное законодательство.

***Annotation:*** On the basis of analysis of scientific researches of the last years the author determines main progress of civil judicial law trends: influence of processes of globalization; harmonization of the judicial adjusting; democratization and humanizing of these processes; change of sphere of the judicial adjusting; differentiation and specialization of the last; standardization of the judicial adjusting; optimization of justice and other.

***Key words:*** sources of law of civil procedure, civil procedure law.

---

У теорії права виокремлюють різні підходи до процесу реформування того чи іншого об’єкта залежно від ознак, обумовлених цілями дослідження. У даному випадку такими ознаками є характер змін (тобто те, як саме буде змінюватись об’єкт) і їх напрямок (як кінцевий стан об’єкта після реформування).

*Характер змін* будь-якого об’єкта, в тому числі й судової системи держави, може бути радикальним, тобто як революційним, так і еволюційним, заснованим на вдосконаленні його діяльності. Вибір змін у процесі реформування за законами діалектики зумовлено рівнем невідповідності форми і змісту об’єкта здійснюваному реформуванню: чим вона

*© Васильєв С.В., 2012*

більша, тим більшою мірою виправдані радикальні реформи. Для України така невідповідність має досить велике значення, оскільки вона вказує на обгрунтованість таких реформ [1, с. 294].

*Напрямок змін* об'єкта в процесі реформування визначається на підставі способів вибору кінцевого стану, тобто ідеальної точки, в напрямку якої буде змінюватиметься реформований об'єкт. Ці способи можуть бути обрані: (а) шляхом запозичення, на засадах аналогії з певним об'єктом, що реформується в подібних умовах за ідентичним алгоритмом; (б) за типовим підходом до групи об'єктів, об'єднаних за конкретними ознаками англо-американської або романо-германської моделі судоустрою; (в) індивідуально для даного об'єкта на підставі аналізу його реального стану й універсального уявлення про його оптимальне функціонування - в даному випадку про справедливе й законне правосуддя [2, с. 295].

Знаний фахівець у галузі конституційного права М. В. Вітрук, розглядаючи перспективи функціонування сучасної науки на прикладі конституційного права, виділяє такі умови цього розвитку: (1) засвоєння прогресивних традицій дореволюційної юридичної науки, що не стояла на узбіччі світового розвитку, активно еволюціонуючи; (2) реалістична оцінка позитивного й негативного в досвіді правової доктрини радянського періоду; (3) врахування надбання світової науки й досягнень дослідників-компаративістів; (4) осмислення й ефективне вирішення проблем, спричинених появою й розвитком нових суспільних відносин, необхідністю побудови демократичної правової держави, а також викликами і проблемами, що постали перед людством у цілому [3, с. 3-5].

Указані положення повністю актуальні й для вивчення перспектив науки цивільного процесуального права України.

О. Г. Лукьянова зазначає, що в сучасному розвитку системи процесуального права спостерігаються відповідні тенденції, як-то вплив процесів глобалізації, і як її наслідок – демократизація й гуманізація юридичного процесу, а також необхідність погодженості й гармонізації його нормативної регламентації. Простежуються також зміни сфери правового регулювання, його диференціації й інтеграції, превалюючими серед яких є диференціація і спеціалізація юридичного процесу [4, с. 155].

Аналіз наукових досліджень останніх років дозволяє виокремити головні тенденції розвитку цивільного процесуального права: вплив процесів глобалізації; гармонізація процесуального регулювання; демократизація й гуманізація цих процесів; зміна сфери процесуального регулювання; диференціація і спеціалізація останнього; уніфікація процесуального регулювання; оптимізація правосуддя та ін.

***Гармонізація процесуального регулювання.*** Фундаментальною умовою, що сьогодні й у найближчій перспективі визначатиме розвиток процесуального права, є зближення структур національного цивільного процесуального права у зв'язку з його глобалізацією. Слушною можна вважати позицію науковців, що у сучасному світі національні підходи до відправлення правосуддя все частіше потребують забезпечення загальних стандартів юридичної безпеки, особисто при розгляді справ, що стосуються транснаціонального бізнесу. Як і у випадку з дотриманням прав людини, на перший план тут виходить ефективність судової та юрисдикційної систем у цілому [5, с. 23]. І дійсно, розв'язання правових спорів між суб'єктами права різних держав, функціонування різних національних правопорядків, а також гарантування права на справедливий судовий розгляд стають можливими завдяки міжнародній гармонізації цивільного процесуального права.

Як зазначає Н. Р. Малишева, гармонізація законодавства – складне, багатоаспектне правове явище, що може виступати в різних формах. Водночас вона не є самоціллю, а лише засобом досягнення гармонії для оптимальної взаємодії правових систем. Гармонізація законодавства – це завжди пошуки балансу між тим, що є необхідним і бажаним з точки зору її цілей, і можливим й доцільними з точки зору інтересів суб'єктів гармонізації, в тому числі внутрішнього розвитку законодавчих систем [6, с. 30-31].

Зближення процесуальних правил обумовлюється в основному потребами економіки й бізнесу, процесами уніфікації як матеріального, так і процесуального права. У той же час деякі фахівці головною причиною зближення називають забезпечення рівного рівня юридичних гарантій і захисту, що має самостійне значення. Загальні процесуальні принципи важливі для того, щоб забезпечити їх однакове вираження в законодавстві й судовій практиці.

У юридичному сенсі глобалізація національного процесуального права може бути виражена в найрізноманітніших формах, як-от: трансформація, рецепція, гармонізація, уніфікація, стандартизація, аккультурація та ін. Її тенденції більшість науковців асоціюють із методами гармонізації й уніфікації.

Терміном «гармонізація» оперують юристи ЄС для опису всіх процесів створення гомогенного правового середовища в межах європейських інтеграційних об'єднань. Оскільки гармонізаційний процес не вимагає від держав-членів прийняття однакових законів, у ЄС застосовується три підходи, засновані на поєднанні норм декількох правових систем, на використанні норм окремої правової системи, а також на впровадженні норм, нових для права держав-членів ЄС [7].

Гармонізація становить собою процес цілеспрямованого взаємо зближення правових систем, затвердження загальних інститутів і норм, усунення протиріч, тобто це свого роду конвергенція систем законодавства, інтегрування їх основних принципів і властивостей з урахуванням національної специфіки.

У правовій науковій літературі виділяють такі вимоги до цього процесу: (а) створення правових передумов для досягнення певної мети чи моделі розвитку; (б) ставка на безперервність гармонізації; (в) її системність; (г) адаптація до національних умов; (д) якісні параметри гармонізації; (е) гармонізація практики [8, с. 5-21]; (ж) закріплення меж гармонізації [9, с. 112-115].

Мета уніфікації – забезпечення вироблення єдиних юридичних норм, процедур, стандартів. Як

бачимо, гармонізації й уніфікації в юридичному плані розрізняються за отриманими результатами: в першому випадку відбувається взаємо зближення права, усунення протиріч, у другому – встановлюються однакові норми. Таким чином, гармонізація законодавства є способом міжнародно-правової уніфікації права, що ґрунтується на зобов'язанні держави при розробленні національного законодавства дотримуватися певного напрямку (принципу) правового регулювання, сформульованого в міжнародній угоді.

Уніфікація внутрішнього і міжнародного законодавства дозволяє:

- забезпечувати розумне поєднання національних і міжнародних інтересів, ураховуючи при цьому потребу держави зберігати власну ідентичність, включаючи засади конституційного ладу, специфіку реалізації державного суверенітету, організації державного устрою й побудови правової системи;

- на підставі можливого балансу інтересів особистості, суспільства й держави конкретизувати основні пріоритети вітчизняної правової політики, маючи на увазі наявність як цілей, що збігаються, так і об'єктивних протиріч між правами і свободами громадян та інтересами національної безпеки [10, с. 24].

Уніфікація цивільного процесуального законодавства – об'єктивно умовлений, значною мірою позитивний процес переходу до нового, вищого рівня відправлення правосуддя. Підтвердженням цього є міжнародні акти, що відчутно вплинули на уніфікацію цивільного процесуального законодавства України.

В. В. Ярков зазначає, що центральними аспектами процесів європеїзації процесуального права є: (а) виділення загальних процесуальних принципів, як-то: доступ до правосуддя, змагальність, усність і писемність, публічність, автономія сторін, процесуальна економія, (б) встановлення меж конституціоналізації процесуального права, і (в) оптимізація цивільного процесу [11, с. 553-554].

***Диференціація судових процедур.*** У зв'язку з інтенсивним розвитком цивільного обороту вбачається необхідним розширення диференціації судових проваджень з урахуванням специфіки спірних правовідносин.

Диференціація відбувається перш за все шляхом розширення автономних судових процедур, які логічно вписуються в рамки єдиної цивільної процесуальної форми, що пов'язано з об'єктивними причинами. Чим вище рівень свободи й автономності суб'єктів правових відносин, тим складніші завдання правосуддя, що, у свою чергу, вимагає вдосконалення процесуальної форми його здійснення.

В. В. Комаров указує, що концептуальний розвиток процесуальних процедур слід пов'язувати з диференціацією цивільної процесуальної форми як базової конструкції цивільного процесу, яка має забезпечувати ефективність судового процесу та його основоположну цінність – право на справедливий судовий розгляд [12, с. 30].

Заслуговує на увагу й позиція С. Л. Дегтярьова, який зазначає, що підставою для диференціації судових процедур є сутність самого спору, всі його складники, саме він визначає діяльність, що виникає з приводу судового провадження. А схожість чи відмінність у цій діяльності дозволяє вести мову про однотипність учинюваних дій чи про їх значну різницю, що й допомагає відокремлювати особливі правила їх учинення й можливість вирізнення особливої процедури їх здійснення й реалізації. Якщо ж відмінності є незначними, то не існує й необхідності в диференціації самих процедур, адже штучне їх розмежування лише ускладнює процесуальну форму [13, с. 13].

Більшість науковців стоять на позиції, що правомірно ставити питання про диференціацію тільки за критерієм спірності предмета спору, з виокремлення при цьому деяких справ безспірного провадження без участі сторін, як і диференціацію всередині спірних проваджень за предметом судової діяльності з метою спеціалізації судів і суддів [14, с. 184-185].

Н. А. Громошина отстоює внутрішню диференціацію процесу – як по вертикалі (його стадії), так і по горизонталі (провадження на рівні суду першої інстанції). Іншими словами, йдеться про внутрішню структурну організацію елементів процесу як системи, включаючи позначення (виділення) елементів (проваджень) і їх взаємозв'язок [15, с. 8].

Поява нових процедур, як і диверсифікація судового процесу в цілому, зумовлена тим правовим середовищем, у якому виконує свою місію суд. Тому, з нашого погляду, найбільш адекватним критерієм поділу судочинства на види сьогодні має залишатися спірність предмета судового розгляду. Що ж до диференціації всередині спірних проваджень, то вона можлива за предметом спору з метою спеціалізації суддів.

Диференціація позовного провадження матиме позитивне значення для цивільного процесу з урахуванням пропозицій деяких науковців про формування спеціалізованих процесів (сімейного, земельного, трудового та ін.) і з прийняттям однойменних із процесом кодексів і створенням відповідних спеціалізованих судів. Ця теза залишається на сьогодні досить спірною.

Отже, визначальним чинником ефективності цивільного судочинства є відповідність процесуального законодавства соціальним потребам доступної, швидкої, заснованої на законі та справедливості процедури відправлення правосуддя.

***Уніфікація процедур судового розгляду.*** Уніфікація має місце в процесі систематизації національного законодавства й виражається в об'єднанні всіх структурних елементів системи законодавства, усуненні розбіжностей в регулюванні схожих явищ, приведенні до ідентичності правових норм нормативно-правового акта, галузей законодавства й національного законодавства в цілому.

Важливий напрямком удосконалення правосуддя названо уніфікацію процедур судового розгляду в п. 4 розд. IV «Судочинство» Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої указом Президента №361/2006 від 10 травня 2006 р. Указувалося на необхідність її здійснення за умови, якщо завдання певного виду процесу не вимагають особливих правил. Яскравим прикладом застосування уніфікації є визначення в

процесуальних кодексах (ст. 355 ЦПК, ст. 111-16 ГПК, ст. 237 КАС) двох підстав, за яких до Верховного Суду України може подаватися заява про перегляд судових рішень після їх перегляду в касаційному порядку одним із вищих спеціалізованих судів. На наше переконання, вказівка на однаковість підстав і процедур у схожих стадіях процесу в цілому сприяє кращому сприйняттю й розумінню судових правил не лише фахівцями, а й пересічними громадянами.

Необхідність розроблення єдиного концептуального підходу до розвитку основних принципів та інститутів процесуальних галузей права досі залишається актуальною. Приміром, й зараз вести мову про такі невиправдані розбіжності в ЦПК та ГПК України:

- по-різному тлумачиться зміст принципу одноособового й колегіального розгляду справ у судах першої інстанції (ч. 2 ст. 18 ЦПК, ч. 1 ст. 4-6 ГПК);
- неоднаково врегульовані можливості застосування судами процесуального законодавства за аналогією (ч. 8 ст. 8 ЦПК, ст. 4 ГПК);
- існує різна урегульованість засобів доказування (ч. 2 ст. 57 ЦПК, статті 30, 32 ГПК;
- наявності розбіжності при встановленні підстав звільнення від доказування (ч. 1 ст. 61 ЦПК, ч. 5 ст. 35 ГПК).

Перелік наведених розбіжностей не є вичерпним. Отже, існує необхідність усунути наведені вище та інші суттєві й невиправдані відмінності в окремих видах судочинства в судах загальної юрисдикції й в господарських судах, тобто треба вжити заходів, спрямованих на уніфікацію цивільного процесу.

Доцільною, на нашу думку, є пропозиція науковців щодо потреби поступового наближення, а згодом і взагалі поєднання в одному кодексі норм цивільного й господарського процесів, оскільки між ними немає суттєвих відмінностей, зумовлених специфікою судочинства. Так, В. В. Комаров слушно зауважує: оскільки в основу конструкції цивілістичних процесів (усіх, крім кримінального) покладені позов і позовне провадження, базові інститути цивільного процесуального права й цивільного процесу можуть стати підґрунтям єдиного процесуального кодексу, який міститиме правила розгляду цивільних, господарських та адміністративних справ [16, с. 555]. Із науковцем полемікує Н. А. Громошина, на думку якої пропозиція про єдиний процесуальний цивілістичний кодекс є правильною по суті, але занадто вже революційна й не відповідає реаліям та обстановці сьогодення. Треба побачити явний знак з існування дублюючих кодексів, щоб виявити найприйнятніший варіант правового регулювання судочинства з метою використання цього як зразка для уніфікації. Поки залишаються в силі і діють обидва кодекси, не слід форсувати тенденцію їх уніфікації [17, с. 86].

***Удосконалення процесуального законодавства,*** необхідність належного нормативного закріплення поняття «нормативно-правовий акт», систематизація нормативно-правових актів за їх юридичною силою, дії нормативно-правого акта в часі, просторі, за колом суб'єктів; техніко-технологічні засоби нормо творення, та правила їх використання і тлумачення викликають потребу прийняття закону «Про нормативно-правові акти».

Ми поділяємо точку зору науковців, які пропонують законодавцеві обов'язково визначити в цьому законі місце актів Конституційного Суду в системі правових актів України й по можливості закріпити судовий прецедент як джерело права.

Як зазначає Р. О. Стефанчук, цілком зрозуміло, що якісна нормо проектна робота повинна ґрунтуватися не на Регламенті Верховної Ради України, а, в першу чергу, на єдиному системоутворювальному законодавчому акті, який, ґрунтуючись на основних положеннях Конституції, має створити надійний фундамент для формування об'єднаної системи якісного законодавства, яка не містить внутрішніх суперечностей. Саме згаданий закон повинен бути спрямований на врегулювання й охорону суспільних відносин, пов'язаних із розробленням нормативно-правових актів, їх прийняттям, набранням ними чинності, державною реєстрацією й обліком і встановлювати єдині вимоги до нормо проектувальної техніки для всіх суб'єктів нормо творчості. Особливо важливо, щоб цим законодавчим актом були визначені система, види й ієрархія нормативно-правових актів [18, с. 16-23].

У концептуальному плані закон «Про нормативно-правові акти» повинен урегулювати проблеми вдосконалення якості підготовки нормативно-правових актів, сприяти підвищенню їх ефективності, впорядкувати їх систему. Тому вбачається доцільним включення до його тексту норм, що визначають: (1) природу й типовидові характеристики нормативно-правових актів; (2) планування їх підготовки і прийняття; (3) правила підготовки й оформлення текстів нормативно-правових актів з імплементацією норм міжнародного права; (4) експертну оцінку цих актів; (5) порядок їх офіційної публікації й набуття чинності; (6) питання реалізації нормативно-правових актів; (7) їх тлумачення; (8) умови зміни нормативно-правових актів; (9) моніторинг реалізації, а також правила про способи усунення колізій; (10) облік нормативно-правових актів; (11) відповідальність органів та осіб у сфері правотворчості й реалізації цих актів.

Верховною Радою України 2 червня 2011 р. прийнято Закон України «Про безоплатну правову допомогу» (набрав чинності 9 липня 2011 р.), в якому розкривається зміст права на правову допомогу, порядок його реалізації, визначаються поняття «безоплатна правова допомога», підстави й порядок її надання. Запровадження інституту безоплатної правової допомоги відповідно до стандартів Ради Європи і практики Європейського Суду з прав людини Парламентська Асамблея Ради Європи у своїх Резолюціях №1466 (2005) та №1755 (2010) розцінює як важливий інструмент покращання доступу до правосуддя. Відповідно до положень ст. 1 Закону категорія «*правова допомога*» тлумачиться як надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав та свобод людини і громадянина, на захист цих прав і свобод та їх відновлення в разі порушення.

Однак в указаному Законі нічого не йдеться про такого суб'єкта цивільного судочинства, як *особа, яка надає правову допомогу*. Крім положень ст. 56 ЦПК про те, що правову допомогу може надавати особа,

яка, є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги, іншої нормативної бази немає.

Право на справедливий судовий розгляд передбачає право кожного на захист і юридичну допомогу, тому введення в дію вказаного Закону є корисним і своєчасним. Водночас зауважимо, що правом на безоплатну правову допомогу в цивільному судочинстві України можуть скористатися не дуже велика чисельність громадян. Із одного боку, з урахуванням сучасного економічного становища в державі наявність у суді особи, яка надає правову допомогу, створює реальну можливість кожному бажаючому отримати її від професіонала і, як правило, за не надто високу винагороду порівняно з послугами адвокатів. Із іншого боку, слід розглянути можливість про впровадження обов'язкової правової допомоги вказаними суб'єктами для осіб, які з тих чи інших причин не змогли скористатися послугами професійних представників (адвокатів, юрисконсультів та ін.), що тільки дійсно сприятиме досягненню змагального процесу.

Існує необхідність закріпити окремим нормативно-правовим актом статус особи, яка надає правову допомогу в цивільному судочинстві. Урегулювання потребують питання як організаційні, так і процесуального характеру.

Ще один аспект поліпшення системи законодавства, на який потрібно звернути увагу, – це проведення моніторингу процесуального законодавства, який слід розуміти як систему постійного відстежування, що включає етапи планування, підготовки, прийняття і введення в дію закону, а також прийняття (з урахуванням внесених до нього змін і доповнень) і його виконання в практичній діяльності.

Мета моніторингу прийнятого процесуального законодавства полягає у встановленні якісно нового стійкого інформаційного зв'язку між законодавчою діяльністю та її кінцевими результатами з метою вдосконалення й розвитку системи законодавства в цілому. Н. А. Сараєва називає такі завдання моніторингу законів: (а) оцінка ефективності їх дії, (б) отримання інформації для комплексного аналізу закону, (в) вироблення на підставі результатів моніторингу пропозицій з його вдосконалення, (г) удосконалення правозастосовної практики в діяльності державних органів, (д) викриття соціальних причин неефективності останньої [19, с. 53].

Таким чином, моніторинг процесуального законодавства є важливим механізмом установлення ефективності законів та інших джерел цивільного процесуального права.

***Подальша систематизація джерел цивільного процесуального права*** передбачає декілька напрямків.

По-перше, потребує вдосконалення ЦПК України як основний кодифікаційний акт цивільного судочинства. Серед головних його інновацій можна назвати:

- введення юридичного глосарію, тобто закріплення в кодексі дефініцій основних термінів, що використовуються в цивільному судочинстві, якщо з тексту або смислу ЦПК не випливає іншого значення. До таких термінів слід віднести: «суд», «суддя», «прокурор», «позовна заява», «розумні строки», «судове доручення», «ухвала суду», «постанова суду» та ін.;

- з метою недопущення непорозумінь між процесуальним законодавством і деякими законами, що містять процесуальні норми, в розділ ІІІ ЦПК «Позовне провадження» ввести главу «Особливості проваджень по окремих категоріях справ». З огляду на специфічність предмета звернення до суду, особливості підготовки і процедури доказування доцільно передбачити виділення таких проваджень, як спори про спадщину, шлюбно-сімейні спори, житлові, земельні, трудові та ін.

По-друге, варто розглянути можливість систематизації правових норм, що регулюють досить специфічну групу правовідносин із чітко окресленим предметом регулювання (мається на увазі виконавче провадження).

На сьогодні деякі фахівці висловлюються за нагальну потребу розроблення Виконавчого кодексу України, який увібрав би в себе перевірені часом положення Законів України «Про виконавче провадження» й «Про державну виконавчу службу», усунув численні недоробки, звів воєдино розрізнені положення законодавства, так чи інакше регулюючі питання виконавчого провадження [20, с. 27-30]. Однак до пропозиції прийняти той чи інший кодифікований акт треба ставитися вкрай обережно. Покликаний бути результатом упорядкування (у чому й полягає сутність кодексів), нерідко на практиці кодекс виникає, так би мовити, на порожньому місці, коли бракує накопиченого нормативного матеріалу й по суті, нічого кодифікувати [21, с. 3]. Коли ж кодифікований акт пропонується прийняти лише як поштовх для подальшого розвитку правової системи, це викликає здивування, оскільки такий шлях суперечить самому кодифікуванню [22, с. 94].

Право має крокувати за змінювальними суспільними відносинами, надаючи їм необхідної форми, сприяюча їх розвитку або ж, навпаки, локалізовувати, усувати правовідносини, що мають суспільно шкідливий характер. Коли в системі таких відносин з'являються нові елементи, виникає потреба змінити існуючі або створити нові правові норми. Те ж саме повинно відбуватися, якщо певні громадські інститути застарівають або вимушені пристосовуватися до нових умов громадського життя.

Фахівці в царині теорії права [23, с. 119-122] відмічають, що зміни у праві – це не завжди позитив, бо вони мають свої мінуси: чим швидше законодавство реагує на зміни зовнішнього середовища, тим швидше система розвивається і змінюється, але така швидкість не завжди відповідає потребам стабільності останньої. Зосередження уваги лише на активному виданні нормативних актів, що стосуються відповідних суспільних відносин, рано чи пізно може призвести до того, що їх виконання стане неможливим через брак механізму їх реалізації. Той чи інший нормативний акт повинен не лише відповідати суспільним потребам, а й бути здійсненним. При його розробленні і прийнятті мають бути враховані не бажані, а реальні наслідки його функціонування.

На закінчення хотілося б навести тезу знаного німецького філософа В. фон Гумбольдта, яка

належала йому понад 200 років тому, але не втратила актуальність й сьогодні: «Рішення спірного права суддею може мати місце лише на підставі певних, законно встановлених ознак істини. Звідси випливає необхідність нового роду законів – саме таких, що наказують надавати юридичним актам певні характеристичні ознаки. При встановленні останніх законодавець повинен завжди керуватися лише тим, щоб належним чином забезпечити достовірність юридичних актів і не занадто утруднити докази в процесі; він має завжди уникати протилежної крайності, тобто занадто великого ускладнення справ, і, нарешті, ніколи не робити таких приписів, які могли б абсолютно припинити хід справи» [24, с. 174-175].

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Москвич Л. М.* Ефективність судової системи: концептуальний аналіз [Текст]: монографія / Л. М. Москвич. – Х.: Видавництво «ФІНН», 2011. – 384 с.
2. Так само. – С. 295.
3. *Витрук Н. В.* Перспективы развития современной отечественной науки конституционного права [Текст] / Н. В. Витрук // Государственная власть и местное самоуправление. – 2010. – №. – С. 3-5.
4. *Лукьянова Е. Г.* Теория процессуального права [Текст] / Е. Г. Лукьянова. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – 240 с.
5. *Комаров В. В.* Цивільний процес у глобальному контексті [Текст] / В. В. Комаров // Право України. – 2011. – №10. – С.22-44.
6. *Малишева Н. Р.* Теоретичні аспекти гармонізації законодавства [Текст] / Р. Н. Малишева / Збірник наукових доповідей членів Академії правових наук України (2008-2009); за заг. ред. В. Я. Тація. – К.: АДЕФ-Україна, 2009. – С. 8-31.
7. *Исаев Д.* Основные теории гармонизации законодательства в процессе формирования общих пространств Россия-ЕС [Електроний ресурс]. – Режим доступу: www.recep.ru\ru\group-se-docs.php?start
8. *Баранов В. М.* Гармонизация правовой системы России: концептуализация категории [Текст] / В. М. Баранов, М. А. Пшеничнов // Вестник Нижегородского гос. ун-та им. Н. И. Лобачевского. – 2000. – №1. – С. 5-21.
9. *Чекмарева А. В.* Унификация гражданского процессуального законодательства и ее пределы в условиях глобализации [Текст] / А. В. Чекмарева // Современное право. – 2011. – №10. – С. 112-115.
10. *Сорокин В. В.* Юридическая глобалистика [Текст] : учебник / В. В. Сорокин : в 2 т. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 24.
11. *Савчук М.* Рецензия на книгу «Procedural Laws in Europe. Towards Harmonization» Marsel Storme. Antwerp-Apeldoorn: Maklu, 2003 [Текст] / М. Савчук, В. В. Ярков // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – №2 (2002-2003). – СПб.: ИД СпбГУ, 2004. – С. 553-554.
12. *Комаров В. В.* Цивільний процес у глобальному контексті [Текст] / В.В.Комаров // Право України. – 2011. – №10. – С. 22-44.
13. *Дегтярев С. Л.* Судебные процедуры в современном гражданском процессе [Текст] / С. Л. Дегтярев // Арбитражный и гражданский процесс. – 2004. – №10. – С.11-13.
14. *Решетникова И. В.* Гражданское право и гражданский процесс в современной России [Текст] / И. В. Решетникова, В. В. Ярков. – М.: НОРМА,1999. – 312 с.
15. *Громошина Н. А.* Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве: моногр. [Текст] / Н. А. Громошина. – М.:Проспект, 2010. – 264 с.
16. *Комаров В. В.* Цивільне процесуальне право: проблеми методології науки, диференції та унікації судових процедур [Текст] / В. В. Комаров // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5-т.; Т.3: Цивільно-правові науки. Приватне право; за заг. ред. Н.С. Кузнєцової. – Х.: Право, 2008. – С. 555.
17. Громошина Н. А. Зазначена робота. – С. 86.
18. *Стефанчук Р. О.* Сім невирішених справ сучасного законотворення (з нагоди 20-ої річниці Незалежності України [Текст] / Р. О. Стефанчук // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 8-9 (вересень). – С.16-23.
19. *Сараева Н. А.* Эффективность законов: постановка проблемы [Текст] / Н. А. Сараева // Університетські наукові записки. – 2007. - №2(22) - С. 51-54.
20. *Бородин И. Л.* Исследование процесса правого регулирования исполнительного производства от прошлого к настоящему [Текст] / И. Л. Бородин // Юридичний вісник. – 2009. - № 1(10). – С. 27 – 30.
21. *Тихомиров Ю. А.* Кодекс среди законов [Текст] / Ю. А. Тихомиров // Право и экономика. – 2002. – №2. – С.3.
22. *Харьковская* цивилистическая школа: в духе традиций [Текст]: моногр.; под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков: Право, 2011. – 296 с.
23. *Кузьмина М. Н.* Юридический конфликт: теория и практика разрешения [Текст] / М. Н. Кузьмина. – М.: Юрлитинформ, 2008. – 256 с.
24. *Гумбольдт В. Ф.* О пределах государственной деятельности; пер. с нем. [Текст] / *В. Ф. Гумболдт*. – Челябинск: Социум, 2009. – 287 с.

УДК:342.565.4

# ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДВІД (САМОВІДВІД) СУДДІ

**Магда С. О.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна

***Анотація:*** Статтю присвячено проблемі відводу (самовідводу) судді в адміністративному процесі. Проаналізовано Кодекс адміністративного судочинства України, внесено відповідні пропозиції щодо удосконалення законодавства.
***Ключові слова:*** суддя, відвід (самовідвід), підстави відводу (самовідводу) судді, заява про відвід (самовідвід) судді, порядок вирішення питання про відвід (самовідвід) суді.

***Анотация:*** Статья посвящена проблеме отвода (самоотвода) судьи в административном процессе. Проанализирован Кодекс административного судопроизводства Украины, внесены соответствующие предложения по усовершенствованию законодательства.
***Ключевые слова:*** судья, отвод (самоотвод), основания отвода (самоотвода) судьи, заявление об отводе (самоотводе) судьи, порядок разрешения вопросов об отводе (самоотводе) судьи.

***Annotation:*** Article is devoted a problem of the problem of removal (rejection) judges in the administrative process. Analysis of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine, make corresponding.
***Key words:*** judge, branch, rejection, bases of branch (rejection) of the judge, statement for removal (rejection) of the judge, order of the solution of questions of removal (rejection) of the judge.

---

При розгляді справи суддею одноособово або колегією суддів склад суду залишається незмінним. Однак існують причини, за наявності яких розгляд справи у первинному складі унеможливлюється. До однієї з таких причин належить відвід (самовідвід) судді.

Серед правознавців вивченням проблем відводу (самовідводу) судді займалися такі провідні вчені, як: В. Б. Авер'янов, В. М. Бевзенко, Д. І. Голосніченко, С. В. Ківалов, А. Т. Комзюк, О. В. Кузьменко, О. І. Миколенко, Д. М. Лук'янець, Ю. С. Педько, В. Г. Перепелюк, В. С. Стефанюк та ін. Водночас певні проблеми як теоретичного, так і практичного характеру залишилися недостатньо дослідженими.

З огляду на зазначене вбачається за необхідне з'ясувати механізм здійснення відводу (самовідводу) судді з метою уникнення винесення незаконних судових рішень і можливості їх скасування вищестоящим судом.

Вивчаючи проблему відводу (самовідводу) судді, необхідно звернутися до етимології слова «відвід».

Відвід у судочинстві – це усунення від участі в процесі окремих його учасників, якщо хтось із них особисто (прямо чи побічно) зацікавлений у справі [1, с. 415]. При цьому, необхідно звернути увагу, що Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України) не дає тлумачення поняття «відвід», обмежуючись лише підставами відводу.

Розглядаючи питання стосовно підстав відводу (самовідводу) судді, необхідно зазначити, що відповідно до ст. 27 КАС України, суддя не може брати участь в розгляді адміністративної справи і відводиться:

1) якщо він брав участь у розгляді цієї справи або пов'язаної з нею справи як представник, секретар судового засідання, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач;

2) якщо він прямо чи опосередковано зацікавлений у результаті розгляду справи;

3) якщо він є членом сім'ї або близьким родичем (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, член сім'ї або близький родич цих осіб) сторони або інших осіб, які беруть участь у справі;

4) за наявності інших обставин, які викликають сумнів у неупередженості судді;

5) у разі порушення порядку визначення судді для розгляду справи, встановленого ч. 3 ст. 15-1 КАС України.

До складу суду не можуть входити особи, які є членами сім'ї, родичами між собою чи родичами подружжя [2, ст. 1918].

Розглянемо більш детально ці положення КАС України. Щодо п. 1 ч. 1 ст. 27 КАС України необхідно визначитись, які особи є представниками, секретарями судового засідання, свідками, експертами, спеціалістами, перекладачами. Відповідно до ст. 56 КАС України, представником може бути фізична особа, яка має адміністративну процесуальну дієздатність та бере участь в адміністративному процесі на основі договору або закону. Секретарем судового засідання є особа, яка здійснює судові виклики і повідомлення; перевіряє наявність та з'ясовує причини відсутності осіб, яких було викликано до суду, і доповідає про це головуючому; забезпечує контроль за повним фіксуванням судового засідання технічними засобами; веде журнал судового засідання; оформляє матеріали адміністративної справи; виконує інші доручення головуючого у справі (ст.63 КАС України). Свідок – це особа, якій можуть бути відомі обставини, що належить з'ясувати у справі (ст. 65 КАС України). Експертом є особа, яка має необхідні знання та якій в порядку, встановленому КАС України, доручається дати висновок з питань, що виникають під час розгляду справи і стосуються

*© Магда С.О., 2012*

спеціальних знань цієї особи, шляхом дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини у справі (ч. 1 ст. 66 КАС України). Спеціалістом є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних засобів і може надавати консультації під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок (ч. 1 ст. 67 КАС України). Перекладачем є особа, що вільно володіє мовою, якою здійснюється адміністративне судочинство, та іншою мовою, знання якої необхідне для усного або письмового перекладу з однієї мови на іншу, а також особа, яка володіє технікою спілкування з глухими, німими чи глухонімими (ч. 1 ст. 68 КАС України) [2, Ст. 1918]. Це положення закону про відвід (самовідвід) судді пов'язано з тим, що у судді, який раніше брав участь як представник, секретар судового засідання, свідок, експерт, спеціаліст та перекладач, може наперед сформуватися правова позиція у справі, що перешкоджатиме йому постановити справедливе та об'єктивне рішення [3, с. 180].

На практиці найчастіше трапляються випадки відводу судді і разі його прямої чи опосередкованої заінтересованості у результаті розгляду справи [4-11 та ін.].

Як вважають автори науково-практичного коментаря Кодексу адміністративного судочинства України, пряма (безпосередня) зацікавленість означає наявність безпосереднього матеріального, практичного або іншого інтересу у результаті розгляду справи. Виявлення й підтвердження таких фактів з очевидністю дозволяє зробити висновок про зацікавленість судді у результаті справи.

Опосередкована зацікавленість є більш прихованою, оскільки вимагає для її виявлення урахування факторів, які, як правило, перебувають за межами даної справи. Наприклад, дружні відносини між суддею і однією із сторін; однією із сторін є кум або далекий родич, який відсутній у переліку членів сім'ї та близьких родичів [3, с. 180].

Щодо такої підстави відводу, як наявність родинних відносин з особами, які беруть участь у справі, необхідно звернути увагу, що п. 3 ч. 1 ст. 27 КАС України застосовується, якщо такі особи є членами родини або близькими родичами сторони або інших осіб, які беруть участь у справі, а саме це: чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, член сім'ї чи близький родич цих осіб. Цей перелік є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Тобто, виходячи з тлумачення цієї статті, якщо суддя є далеким родичем, як-то двоюрідним або троюрідним братом чи сестрою, їх чоловіком, дружиною і т. ін., він не підлягає відводу (самовідводу) за цією нормою. На наш погляд, наведену статтю слід скоригувати, зазначивши, що суддя не може брати участь в розгляді адміністративної справи і відводиться, якщо він є членом сім'ї або близьким родичем до шостого ступеня спорідненості сторони або інших осіб, які беруть участь у справі.

Щодо п. 4 ч. 1 ст. 27 КАС України, тобто за наявності інших обставин, які викликають сумнів у неупередженості судді, на нашу думку, наведене положення є певною мірою спірним, оскільки під цей пункт може підпадати безліч ситуацій, і до якої із них дійсно має бути застосована наведена норма, а до яких випадків її застосовувати недоречно, може бути досить складно вирішити. Ми зустрічали ухвали суду, в яких судді заявляли самовідводи лише на тій підставі, що раніше ними розглядалися аналогічні адміністративні позови [12], ухвали, в яких суд приходить до висновку, що відвід можливий, якщо особа, яка заявила відвід має сумніви щодо винесення судового рішення на її користь [8] і т. ін.

Деякі науковці зазначають, що під цей пункт повинні підпадати товариські або, навпаки, неприязні стосунки з ким-небудь із осіб, що беруть участь у справі, сусідські відносини між суддею і однією зі сторін, наявність трудових відносин у членів сім'ї судді або його близьких родичів з юридичною особою, яка бере участь у справі, тощо [3, с. 181]. На наш погляд, це положення є певною мірою спірним, та, з огляду на наведене, вбачається за необхідне звузити перелік підстав, які можуть підпадати під цю норму закону.

Відповідно до п.5 ч.1 ст. 27 КАС України, суддя відводиться у разі порушення порядку визначення судді для розгляду справи, встановленого ч. 3 ст. $15^1$ КАС України. Тобто визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи повинно здійснюватися автоматизованою системою документообігу суду під час реєстрації відповідних документів за принципом вірогідності, який враховує кількість справ, що перебувають на розгляді у суддів, заборону брати участь у перегляді рішень для судді, який брав участь в ухваленні судового рішення, про перегляд якого ставиться питання, перебування судді у відпустці, на лікарняному, у відрядженні та закінчення терміну повноважень. Після визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи внесення змін до реєстраційних даних щодо цієї справи, а також видалення цих даних з автоматизованої системи документообігу суду не допускається, крім випадків, встановлених законом. Керівник апарату суду несе персональну відповідальність за забезпечення дотримання у судах порядку розподілу судових справ між суддями, передбачених ст. $15^1$ КАС України [2, ст. 1918].

Законодавець також закріпив обмеження стосовно того, що до складу суду не можуть входити особи, які є членами сім'ї, родичами між собою чи родичами подружжя (ч. 3 ст. 27 КАС України).

Суддя, який брав участь у вирішенні адміністративної справи в суді першої інстанції, не може брати участі у вирішенні цієї ж справи в судах апеляційної і касаційної інстанцій, у перегляді справи Верховним Судом України, а також у новому її розгляді у першій інстанції після скасування попередньої постанови або ухвали про закриття провадження в адміністративній справі.

Суддя, який брав участь у вирішенні адміністративної справи в суді апеляційної інстанції, не може брати участі у вирішенні цієї ж справи в судах першої і касаційної інстанцій, у перегляді справи Верховним Судом України, а також у новому її розгляді після скасування постанови або ухвали суду апеляційної інстанції.

Суддя, який брав участь у вирішенні адміністративної справи в суді касаційної інстанції,

не може брати участі у вирішенні цієї ж справи в судах першої і апеляційної інстанцій, у перегляді справи Верховним Судом України, а також у новому її розгляді після скасування постанови або ухвали суду касаційної інстанції.

Суддя, який брав участь у вирішенні адміністративної справи Верховним Судом України, не може брати участі у вирішенні цієї самої справи в судах першої, апеляційної і касаційної інстанцій.

Суддя, який брав участь у вирішенні адміністративної справи в суді першої, апеляційної, касаційної інстанцій, у перегляді справи Верховним Судом України, не може брати участі у розгляді заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами у цій адміністративній справі (ст. 28 КАС України).

При наявності наведених обставин суддя може заявити самовідвід або йому може бути заявлено відвід особами, які беруть участь у справі.

Відвід або самовідвід проголошується за наявності заяви, яка подається учасниками процесу. Така заява про відвід (самовідвід) повинна бути вмотивована, що передбачає наведення в заяві відповідних обставин, які перешкоджають, на думку заявника брати участь зазначеній особі в розгляді справи. Заява про відвід повинна бути подана до початку судового розгляду, тобто, не пізніше попереднього судового засідання. Заявляти відвід (самовідвід) після цього можна лише в разі, якщо про підставу відводу (самовідводу) стало відомо після початку судового розгляду (ст. 30 КАС України).

Дещо спірним є порядок вирішення питання про відвід (самовідвід) судді. Так, після заявлення відводу (самовідводу) судді, суд повинен вислухати особу, якій заявлено відвід, за умови, якщо така особа бажає дати пояснення і думку осіб, котрі беруть участь у справі (ч.1 ст. 31 КАС України). Відповідно до ч.2 ст. 31 КАС України, питання про відвід (самовідвід) судді вирішується в нарадчій кімнаті ухвалою суду, що розглядає справу. Заява про відвід кільком суддям або всьому складу суду вирішується простою більшістю голосів. Наведене положення закону викликає чимало нарікань з боку науковців, практичних фахівців та представників громадськості. На думку науковців, виникає колізійна ситуація, коли відвід, заявлений судді, який розглядає справу одноособово, вирішується тим же суддею, а відвід, заявлений всьому складу суду, вирішується цим же складом суду. На практиці такий стан речей призводить до порушення права людини на справедливий судовий розгляд і, нерідко – до приниження людської гідності. У фаховій літературі пропонується внести зміни до наведеної статті закріпивши, що заява про відвід судді (складу суду) має вирішуватися головою суду, у провадженні якого перебуває справа, або його заступником [3, с. 187]. З огляду на наведене вище, ми приєднуємося до цієї точки зору вчених-правників.

Відповідно до ч.3 ст. 31 КАС України, ухвала за наслідками розгляду питання про відвід (самовідвід) окремо не оскаржується. Заперечення проти неї може бути включене до апеляційної чи касаційної скарги на постанову чи ухвалу суду, прийняту за наслідками розгляду справи [2, ст. 1918].

Таким чином, узагальнюючи результати нашого дослідження зазначимо, що на сьогодні існує потреба в подальшому вдосконаленні КАС України стосовно питання відводу (самовідводу) судді. Внесення відповідних змін дасть змогу в майбутньому уникати прийняття незаконних і необґрунтованих ухвал з приводу відводу (самовідводу) судді, що, в свою чергу, зменшить кількість оскаржених судових рішень з цих підстав.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Юридична* енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Шемшученко Ю. С. (відп. ред.), Зяблюк М. П., Горбатенко В. П. та ін. [Текст]. – К.: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 1998. – Т.1: А-Г. – 672 с.

2. *Кодекс* адміністративного судочинства від 6 липня 2005 року № 2747-IV [Текст] // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Ст. 1918.

3. *Кодекс* адміністративного судочинства України: наук.-практ. комент. / Н. О. Армаш, О. М. Бандурка, А. В. Басов [та ін.]; за заг. ред. А. Т. Комзюка [Текст]. – К.: Прецедент; Істина. – 823 с.

4. *Ухвала* Печенізького районного суду Харківської області від 17 квітня 2012 року № 2031/2-А-970 /11, за адміністративним позовом про визнання незаконними та скасування рішення виконавчого комітету Мартівської сільської ради Печенізького району Харківської області [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/22657818

5. *Ухвала* Сакського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 03 листопада 2011 року № 2-а-0117-10538/11, за адміністративним позовом про зобов'язання вчинення певних дій [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21360881

6. *Ухвала* Окружного адміністративного суду м. Києва від 21 березня 2012 року № 2а-1554/12/2670, за адміністративним позовом про визнання дій та бездіяльності протиправними [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23673601

7. *Ухвала* Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 10 лютого 2011 року № 2-а-14/11, за адміністративним позовом про спонукання прокурора до опротестування постанови про адміністративне правопорушення [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15188592

8. *Ухвала* Любашівського районного суду Одеської області від 30 січні 2012 року, № 1518/83/2012, за позовом про визнання незаконними дій місцевого органу влади та їх скасування [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21101455

9. *Ухвала* Львівського окружного адміністративного суду від 26 вересня 2011 р. № 2а-9746/11/1370, за позовом про визнання неправомірними дій [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18392269

10. *Ухвала* Львівського окружного адміністративного суду від 24 жовтня 2011 року № 2а-11045/11/1370, за позовом про визнання дій та бездіяльності протиправними [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18849118

11. *Ухвала* Закарпатського адміністративного суду від 25 травня 2012 року № 2а-0770/1130/12, за позовом про скасування наказу та зобов'язання вчинити дії [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24285104

12. *Ухвала* Близнюківського районного суду Харківської області від 21 квітня 2011 року №2003/2–а-819/2011, за позовом про скасування постанови адміністративної комісії [Текст] / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15083815

УДК 347.932

# ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОЄЧАСНОГО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ

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

***Анотація:*** Стаття присвячена дослідженню принципу своєчасності судового розгляду цивільних справ. Визначаються фактори, які спричиняють порушення встановлених ЦПК України процесуальних строків. Висвітлюються основні проблеми, пов'язані з дотриманням вказаного принципу. Окреслюються деякі шляхи їх вирішення. Акцентується увага на актуальності вказаної проблематики.

***Ключові слова:*** своєчасність, оперативність, раціональна процесуальна форма, процесуальні строки, цивільне судочинство, скорочення процедури.

***Аннотация:*** Статья посвящена исследованию принципа своевременности судебного разбирательства гражданских дел. Определяются факторы, вызывающие нарушение установленных ГПК Украины процессуальных сроков. Освещаются основные проблемы, связанные с соблюдением этого принципа. Определяются некоторые пути их решения. Акцентируется внимание на актуальности указанной проблематики.

***Ключевые слова:*** своевременность, оперативность, рациональная процессуальная форма, процессуальные сроки, гражданское судопроизводство, сокращение процедуры.

***Annotation:*** The article is devoted to research the principle of timeliness trial of civil cases. The factors that cause violations of the CPC of Ukraine established procedural terms are identified. The main issues related to compliance with specified principle are highlights. Also some solutions of them are defines. Emphasis is on the importance specified issues.

***Key words:*** timeliness, efficiency, rational procedural form, procedural terms, civil litigation, reduction procedure.

---

«Тоді лише пізнається цінність часу,
коли він втрачений»
Г. Сковорода

У ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства визначено справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. Своєчасності судового розгляду цивільних справ сьогодні приділяється багато уваги і законодавцем, і науковцями-процесуалістами, і практиками. Однак проблема порушення судами встановлених цивільним процесуальним законодавством строків та несвоєчасного вирішення цивільних справ, на жаль, залишається невирішеною. Це призводить до зневіри громадян в ефективності цивільного судочинства зокрема та у державі загалом, головним обов'язком якої має бути утвердження і забезпечення прав і свобод людини.

Оскільки аспект своєчасності судового розгляду є наріжною проблемою сучасного судочинства, вона активно досліджується як науковцями (О. Рожновим, С. Сеник, О. Пушняком та ін.), так і практиками, однак потребує подальшого глибокого наукового вивчення як детермінанти якісного, своєчасного та справедливого вирішення цивільних справ судами.

Мета статті полягає в дослідженні процесуальної сутності принципу своєчасності судового розгляду цивільної справи, основних проблем його реалізації в правозастосовній діяльності та окресленні можливих шляхів їх вирішення.

Для вирішення вказаної проблеми насамперед слід звернутися до принципів цивільного процесуального права, що є основою як для нормотворчої, так і правозастосовної діяльності у сфері цивільного процесу.

Серед принципів, закріплених у науці цивільного процесуального права, слід виокремити принцип раціональної процесуальної форми, який спрямований на забезпечення своєчасності, правильності та ефективності цивільного судочинства. Раціональна процесуальна форма визначається стадійністю процесу, строками, передбаченими для конкретних процесуальних дій, у тому числі для оскарження судових рішень та їх перегляду в апеляційній та касаційній інстанції тощо. О. Рожнов дефініює раціональну процесуальну форму як нормативну модель, що організовує й упорядковує процесуальну діяльність через систему законодавчо закріплених вимог, а також рух цивільної справи у часі й просторі [1, с. 4]. Таким чином, ми погоджуємося з цитованим твердженням стосовно того, що вказаний принцип тісно переплітається і з іншими принципами системи цивільного процесуального права (принцип законності, змагальності, диспозитивності), які в результаті забезпечують своєчасність вирішення цивільної справи. Отже, своєчасність судового розгляду і вирішення цивільного спору є елементом забезпечення раціональної цивільної процесуальної форми.

Поряд із тим вважаємо за необхідне уточнити дефінітивний апарат, який має місце, коли йдеться про строки судового розгляду цивільної справи та вирішення її по суті.

Ще в дореволюційній Росії вважалося, що «чим коротший і легший шлях від пред'явлення позову до судового рішення, тим процес досконаліший» [2, с. 329]. З цим твердженням гармонює позиція

*© Вербіцька М.В., 2012*

О. Рожнова щодо виокремлення принципу оперативності у системі принципів цивільного процесуального права. Ми не зовсім погоджуємося з цим науковцем, оскільки з даного приводу вважаємо доречними зауваження І. Турчин-Кукаріної, що об'єктивною необхідністю для цивільного процесу є не стільки оперативність судового розгляду та ухвалення кінцевого рішення у справі, як своєчасність вищевказаної судової діяльності [3, с. 297].

О. Ісаєва вказувала на те, що дуже короткі строки розгляду цивільних справ не завжди забезпечують можливість прийняття судами законних і обґрунтованих рішень, оскільки «швидко – не завжди правильно»[4, с. 18-19].

Таким чином, у ході розгляду кожної конкретної цивільної справи суду доводиться балансувати між забезпеченням швидкого вирішення цивільно-правового спору по суті та прийняттям законного та обґрунтованого рішення.

Саме термін «своєчасність судового розгляду», на нашу думку, максимально відображає таку судову діяльність, коли затрачається мінімум часу, необхідного для встановлення об'єктивної істини у справі і, відповідно, ухвалення законного та обґрунтованого рішення.

На практиці на дотримання принципу своєчасності судового розгляду впливають різні фактори. Ми вважаємо, що усі причини, через які порушується вказаний принцип умовно можна поділити на об'єктивні та суб'єктивні. До об'єктивних причин слід віднести, наприклад, велику завантаженість судів загальної юрисдикції, недосконаліть цивільного процесуального законодавства, відсутність цивільних процесуальних конструкцій, які забезпечуватимуть оперативний судовий захист таких цивільних прав чи інтересів, які є життєво важливими і потребують негайного захисту, тощо. Серед суб'єктивних причин, тобто таких, які залежать від волі суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, необхідно відзначити недобросовісне відношення судді до своїх професійних обов'язків, затягування судового процесу його учасниками (сторонами, третіми особами, свідками тощо).

При цьому зрозуміло, що усунути суб'єктивні причини недотримання принципу своєчасності судового розгляду легше та простіше, ніж об'єктивні. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 27 ЦПК України особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати свої процесуальні обов'язки. А у випадку, коли, наприклад, сторона внаслідок недобросовісної поведінки затягує цивільний процес, суд може застосувати до неї заходи процесуального примусу (вилучити доказ для дослідження, піддати приводу свідка).

Щодо дисципліни суддів хочемо зауважити, що у Постанові Пленуму ВСУ «Про строки розгляду судами України кримінальних і цивільних справ» від 03.12.1997 р. № 12 констатовано, що незадовільна організація судових процесів, зниження рівня виконавчої дисципліни, несвоєчасне оформлення документів, недостатній контроль за цим із боку голів судів, а також поверховий розгляд окремих цивільних справ призводять не лише до скасування судових рішень, а й до затягування остаточного вирішення справ [5].

На усунення вищезазначених обставин спрямовані норми Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (ст. 83 Закону), які регламентують, що у випадку невживання суддею заходів щодо розгляду заяви чи справи протягом строку, встановленого законом, він може притягуватися до дисциплінарної відповідальності [6].

Тобто важелі впливу для усунення суб'єктивних чинників порушення принципу своєчасності судового розгляду передбачені, і ми вважаємо, що вони можуть бути достатньо дієвими.

Набагато складнішою виглядає ситуація щодо усунення об'єктивних причин недотримання принципу своєчасності судового розгляду цивільної справи.

Зокрема, і науковцями-процесуалістами, і суддями, й іншими практикуючими юристами постійно актуалізується питання щодо надмірної завантаженості суддів судів загальної юрисдикції. Так, відповідно до статистичних даних, поданих ВСС України середньомісячне надходження на одного суддю місцевого загального суду у 2011 році становило 139,6 справи і матеріалів (на 15,3 % більше порівняно з аналогічним періодом 2010 року) [7].

Не є виходом із такої ситуації збільшення корпусу суддів, тому шляхи вирішення проблеми слід шукати, наприклад, у законотворенні, спрямованому на спрощення судових процедур, нормативному забезпеченні своєчасності розгляду цивільних справ, у запозиченні досвіду ефективного суддівського адміністрування в зарубіжних країнах тощо.

Хочемо відзначити, що своєрідну панацею запропонував очільник Ради суддів України Я. Романюк. Він рекомендував внести зміни до ЦПК щодо ліквідації інституту наказного провадження, а також до низки інших законів стосовно можливості стягнення заборгованості на підставі виконавчого напису нотаріуса. Я. Романюк наголосив, що «розглядаючи правову природу наказного провадження, яка полягає у задоволенні судом безспірних вимог, варто зауважити, що надання повноважень на видачу судового наказу не узгоджується із призначенням судової гілки влади, завдання якої полягають саме у розгляді та вирішенні спорів про право» [8].

Ми вважаємо вищеописану пропозицію щодо ліквідації інституту наказного провадження спірною, тому що: по-перше, виходячи із останніх змін від 07.07.2010 р., внесених до ст. 96 ЦПК України, із переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, виключили вимоги, що ґрунтуються на письмових правочинах, тому вести мову про передачу повноважень щодо підтвердження безспірності таких вимог до компетенції нотаріусів шляхом вчинення виконавчого напису є недоцільним; по-друге, перелік вимог, визначений ст. 96 ЦПК України, містить п'ять пунктів і за жодною з передбачених у ньому вимог не може стягуватися заборгованість на підставі виконавчих написів нотаріуса; по-третє, автор законопроекту визначає призначенням судової гілки влади – розглядати та вирішувати спори про право, повністю ігноруючи інститут окремого провадження, мета якого –

підтвердження наявності чи відсутності юридичних фактів.

Неоднозначною є позиція деяких процесуалістів щодо того, що наказне провадження є чинником перенавантаження судів, тоді як інші науковці, навпаки, наголошують на тому, що у випадку кредитних договорів механізм видачі судового наказу працював ефективно і злагоджено. Той факт, що сьогодні спори, що виникають із кредитних правовідносин, розглядаються в позовному порядку, не сприяє вирішенню проблеми надмірної завантаженості суддів, швидше – ще більше її загострює.

Ще одним кроком законодавця, спрямованим на вирішення описуваної проблеми, вважаємо Закон України «Про судовий збір», який також опосередковано спрямований на зменшення завантаженості судів, оскільки встановлені ним високі ставки судового збору однозначно впливають на кількість позовів, спрямованих на розгляд до суду. Хоча зрозуміло, що таким чином порушується основоположний принцип цивільного процесуального права про доступність цивільного судочинства, зводиться нанівець конституційне право кожного на захист своїх прав та свобод у суді (ст. 55 Конституції України), порушується норма ч 1. ст. 3 ЦПК, відповідно до якої кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Таким чином, оптимізувати навантаження на суддів, безперечно, необхідно, але не за рахунок конституційних прав та свобод громадян України.

Зокрема, у висновку № 6 Консультативної ради європейських суддів Ради Європи від 24.11.2004 р. «Про справедливий судовий розгляд у розумні строки і роль судів у судових процесах з урахуванням альтернативних способів вирішення спорів» викладено деякі принципи, які стали основою для процесуального законодавства багатьох зарубіжних країн:

- принцип розгляду справи не більше, ніж на двох судових засіданнях – попередньому і основному (для надання доказів, аргументів і винесення рішення);

- принцип припинення будь-яких спроб неправомірного використання судових процедур із застосуванням санкцій відносно сторін і адвокатів;

- принцип активної ролі суду в забезпеченні оперативності судового розгляду з дотриманням при цьому прав сторін і принципу їх рівності;

- принцип свободи визначення суддею форми ведення судочинства (усної чи письмової), за винятком випадків, передбачених законом [9].

Інша пропозиція висунута суддівським співтовариством, і полягає вона в тому, щоб узаконити науково обґрунтовані норми навантаження на суддів, іншими словами – встановити нормативи суддівської діяльності. Звичайно, такі нововведення дійсно спростили та упорядкували би роботу суддів, сприяли би своєчасному розгляду цивільних справ з ухваленням законних та обґрунтованих рішень, служили би захистом для судді, наприклад, у випадку застосування щодо нього дисциплінарного стягнення, якщо кількість справ, що перебувають на його розгляді, перевищує встановлений норматив. Однак невирішеним залишається питання про надлишок цивільних справ, який однозначно з'явиться у випадку встановлення суддівських нормативів і їх застосування щодо суддів.

Ми з приводу можливості розвантаження суддів судів загальної юрисдикції маємо свою точку зору, яка полягає у тому, що недоцільною є подвійна підсудність адміністративних справ, визначена ст. 18, 20 КАС України.

Мета розгляду окремих категорій адміністративних справ місцевими судами як адміністративними полягає в тому, що вони є доступнішими для громадян, оскільки структура системи загальних судів загальної юрисдикції передбачає наявність місцевого суду в кожному районі, районі в місті, у місті, а окружних адміністративних судів створено двадцять п'ять відповідно до визначених Указом Президента України округів.

Однак, на наш погляд, адміністративні позови, які можуть розглядатися в порядку скороченого провадження, передбаченого ст. 183-2 КАС України, можуть надсилатися до окружних адміністративних судів поштою, а всі решта – безпосередньо розглядатися окружними адміністративними судами. Прикладом недоречності зазначеного правила щодо підсудності, виписаного у КАС України, є ситуація, яка склалася у 2010-2011 рр., коли до місцевих судів як адміністративних масово зверталися такі категорії позивачів, як діти війни, працюючі пенсіонери, особи, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, внаслідок чого робота судів була утруднена, а навантаження на кожного суддю та його помічника зростало щодня і вони не могли приділити достатньої уваги справам позовного, наказного провадження тощо.

Слід зауважити, що на вирішення проблеми забезпечення своєчасного судового розгляду цивільних справ спрямовуються зміни до чинного цивільного процесуального законодавства, які є одним із шляхів реалізації судової реформи, курс на проведення якої проголошений нині в нашій державі.

Так, відповідно до змін від 07.07.2010 р. значно скоротилися цивільні процесуальні строки, стали жорсткішими правила щодо оскарження судових рішень.

Ми вважаємо такий підхід до вирішення питання про забезпечення своєчасного судового розгляду цивільних справ формалістським. Неможливо за рахунок суто технічного і не завжди продуманого скорочення процесуальних строків досягти поставленої мети – своєчасного ухвалення судом законного та обґрунтованого рішення. Навпаки, наприклад, скорочення строку на апеляційне оскарження рішення суду першої інстанції до десяти днів на практиці призводить лише до того, що сторони чи інші особи, які мають право на таке оскарження, просто не встигають вчасно подати апеляційну скаргу. Якщо суд першої інстанції проголошує вступну та резолютивну частини ним ухваленого рішення, то відповідно до ст. 209 ЦПК складання повного рішення може бути відкладено на строк до п'яти днів з дня закінчення розгляду справи. Тобто теоретично у потенційного скаржника залишається вже п'ять днів.

Не завжди виправдовують себе й інші шляхи скорочення судової процедури, наприклад, внесені

зміни до ст. 130 ЦПК України дозволяють судді на власний розсуд вирішувати питання про необхідність проведення попереднього засідання. З одного боку, таке правило дозволяє скоротити процедуру розгляду справи судом, а з іншого – призводить до того, що судді не з'ясовують наперед ті важливі питання, які розглядаються на попередньому засіданні, а сторони не можуть зорієнтуватися – до чого їм готуватися: до попереднього засідання чи до початку повноцінного розгляду справи по суті. Тепер у сторін можуть виникнути труднощі з поданням доказів, які мають бути подані на попередньому засіданні, а якщо воно не проводиться, – до початку розгляду справи по суті.

Отже, хоча строки і скоротили, однак це не зовсім якісно вплинуло на дотримання принципу своєчасності судового розгляду цивільних справ.

Так, відповідно до офіційних статистичних даних за 2011 рік із порушенням процесуальних строків, встановлених ЦПК України, у порядку цивільного судочинства розглянуто 135,2 тис., або майже 7 % від загальної кількості розглянутих справ і матеріалів [7].

Іншим прикладом може служити розгляд справ касаційною інстанцією. Часто трапляється, що визначений у ЦПК України місячний строк розгляду касаційної скарги не дотримується внаслідок перевантаження ВСС України.

Отже, пріоритетним напрямом забезпечення дотримання принципу своєчасності судового розгляду цивільних справ має бути удосконалення цивільної процесуальної форми, створення найбільш сприятливого порядку для процесуальної діяльності суду, а не безпідставне скорочення процесуальних строків, що призводить не стільки до досягнення поставленої мети, скільки до порушення конституційних прав і свобод людини. Досягнення оперативності судового розгляду не може йти в розріз з іншими принципами цивільного судочинства. Потребує детального аналізу й удосконалення також і політика суддівського адміністрування. Кожен крок у сфері здійснення судової реформи має бути продуманим, виваженим, позитивно оціненим як науковцями-процесуалістами, так і практиками. Лише в такому випадку ми зможемо прогнозувати сприятливу судову перспективу в Україні.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Рожнов О. В.* Принцип оперативності в цивільному процесуальному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право» / О. В. Рожнов; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2000. – 18 с.

2. *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского процесса / под ред. и с предисловием В. А. Томсинова / Е. В. Васьковский. – М. : Зерцало, 2003. – 464 с.

3. *Турчин-Кукаріна І.* Визначення змісту та обсягу цивільно-процесуального оціночного поняття «розумний строк» / І. Турчин-Кукаріна // Право України. – № 7. – С. 294-301.

4. *Исаева Е. В.* Процессуальные сроки в гражданском и арбитражном процессе : учебно-практ. пособие / Е. В. Исаева. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 224 с.

5. *Про строки* розгляду судами України кримінальних і цивільних справ : Постанова Пленуму ВСУ від 03.12.1997 р. № 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-94

6. *Про судоустрій* і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2453-17

7. *Судова статистика* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html

8. *Піонтківська О.* Процесуальна панацея від навантаженя / О. Піонтківська // Закон і бізнес. – 28.05-03.06.2011. – № 22 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/3305-procesualna_panaceya_vid_navantazhennya.html

9. *Чим більше* справ, тим менша швидкість // Закон і бізнес. – 09.04-15.04.2011. – № 15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/1899-chim_bilshe_sprav_tim_mensha_shvidkist.html

УДК 343.14 + 343.102

# ДОКАЗУВАННЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ КЛОПОТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ТИМЧАСОВОГО ОБМЕЖЕННЯ У КОРИСТУВАННІ СПЕЦІАЛЬНИМ ПРАВОМ

**Гловюк І. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Статтю присвячено дослідженню проблем доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про застосування тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом. Указано на покладення тягаря доказування необхідності застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження на слідчого, прокурора. Указано на визначену у законі активну роль слідчого судді у розгляді клопотання для забезпечення обгрунтованості обмеження прав особи у кримінальному провадженні. Сформульовано пропозиції щодо удосконалення норм КПК щодо застосування тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом.
***Ключові слова:*** досудове провадження, слідчий суддя, підозрюваний, клопотання, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, слідчий, прокурор, тягар доказування.

***Аннотация:*** Статья посвящена исследованию проблем доказывания при рассмотрении следственным судьей ходатайства о применении временного ограничения в пользовании специальным правом. Указано на возложение бремени доказывания необходимости применения этой меры обеспечения уголовного производства на следователя, прокурора. Указано на определенную в законе активную роль следственного судьи в рассмотрении ходатайства для обеспечения обоснованности ограничения прав личности в уголовном производстве. Сформулированы предложения по совершенствованию норм УПК в части применения временного ограничения в пользовании специальным правом.
***Ключевые слова:*** досудебное производство, следственный судья, подозреваемый, ходатайство, временное ограничение в пользовании специальным правом, следователь, прокурор, бремя доказывания.

***Annotation:*** This article covers the study of proofing problems during trial proceedings for temporary special right restriction by investigating judge. It was pointed out that burden of proof for this kind of criminal proceeding measures lies with investigating officer and prosecutor. Active role of investigating judge during consideration of an application for guaranteeing reasonableness of restricting civic rights during criminal proceedings was also specified. Suggestions for improvement of Criminal proceeding law rules in the area of enforcement of temporary special right restriction have been formulated.
***Key words:*** pre-trial proceedings, investigating judge, criminal suspect, petition, temporary special right restriction, investigating officer, prosecutor, burden of proof.

---

Одним із завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК України) 2012 р., є забезпечення того, щоб жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу. У зв'язку із цим КПК детально регламентує підстави та порядок застосування заходів, які мають примусовий характер, у тому числі й заходів забезпечення кримінального провадження.

Проблематика застосування заходів кримінально-процесуального примусу досліджувалася у наукових працях таких вчених, як А.Н. Ахпанов, А.А. Благодир, Б.Б. Булатов, Г.М. Вєтрова, І.Д. Гайнов, П.М. Давидов, З.Д. Єнікєєв, З.З. Зінатуллін, М.І. Капінус, З.Ф. Коврига, В.М. Корнуков, Ф.М. Кудін, Е.К. Кутуєв, О.Є. Михайлова, В.В. Назаров, І.Л. Петрухін, В.В. Рожнова, Т.В. Садова, С.М. Смоков, Н.В. Ткачова, О.Г. Шило та ін.

Новий КПК України у системі заходів забезпечення кримінального провадження передбачив таких захід, як тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Проблематика застосування цього заходу практично не піддавалася спеціальним дослідженням: виключеннями є статті Д. Шкіптана та С. Смокова.

Ст. 148 КПК «Загальні положення тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом та тимчасового вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом» передбачає, що у разі наявності достатніх підстав вважати, що для припинення кримінального правопорушення чи запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, необхідно тимчасово обмежити підозрюваного у користуванні спеціальним правом. Слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа мають право тимчасово вилучити документи, які посвідчують користування спеціальним правом, у законно затриманої ними особи в порядку, передбаченому ст. 208 КПК. Тимчасово вилученими можуть бути документи, які посвідчують користування таким спеціальним правом: 1) право керування транспортним засобом або судном; 2) право полювання; 3) право на здійснення підприємницької діяльності. Тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом може бути здійснене на підставі рішення слідчого судді під час досудового розслідування на строк не більше двох місяців.

Слід зазначити, що ст. 148 КПК фактично передбачає два заходи забезпечення кримінального провадження: 1) тимчасове вилучення документів, що посвідчують користування спеціальним правом, у затриманої особи; 2) тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом.

*© Гловюк І.В., 2012*

Тимчасове вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом, у затриманої особи, здійснюється за наявності достатніх підстав вважати, що для припинення кримінального правопорушення чи запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, необхідно тимчасово обмежити підозрюваного у користуванні спеціальним правом. Тобто цей захід, як правило, передує тимчасовому обмеженню у користуванні спеціальним правом та є підготовчим щодо нього. Тимчасове вилучення здійснюється слідчим, прокурором, іншою уповноваженою службовою особою.

Тимчасове обмеження у користування спеціальним правом – це захід забезпечення кримінального провадження, що полягає у забороні особі користуватися наданим їй спеціальним правом (правом керування транспортним засобом або судном; правом полювання; правом на здійснення підприємницької діяльності) шляхом вилучення документів, що посвідчують це право, на строк, визначений ухвалою слідчого судді, з метою припинення кримінального правопорушення, запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. У літературі цей захід віднесено до групи заходів забезпечення кримінального провадження, які обмежують суспільне і приватне життя громадян [1, с. 629].

Цей захід застосовується за ухвалою слідчого судді у стадії досудового розслідування. Для цього слідчий за погодженням із прокурором, прокурор звертається до слідчого судді із клопотанням про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Клопотання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом має обов'язково містити таку інформацію: 1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання; 2) правова кваліфікація кримінального правопорушення за законом України про кримінальну відповідальність; 3) виклад обставин, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилання на обставини; 4) причини, у зв'язку з якими потрібно здійснити тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; 5) вид спеціального права, яке підлягає тимчасовому обмеженню; 6) строк, на який користування спеціальним правом підлягає тимчасовому обмеженню; 7) перелік свідків, яких прокурор, слідчий вважають за необхідне допитати під час розгляду клопотання.

Клопотання розглядається слідчим суддею за участю прокурора та/або слідчого, підозрюваного, його захисника. При цьому, якщо документи, які посвідчують користування спеціальним правом, не були тимчасово вилучені, воно може розглядатися лише за участю підозрюваного, його захисника. Ця норма спрямована на реалізацію принципу змагальності при розгляді слідчим суддею клопотання шляхом надання сторонам можливості самостійного обстоювання їхніх правових позицій. Тому заперечення викликає пропозиція передбачити право суб'єкта господарювання не виконувати вимог уповноважених осіб у разі прийняття слідчим суддею рішення без повідомлення й участі представників осіб, щодо яких здійснюються такі обмеження [2, с. 10], адже можливість прийняття такого рішення без участі підозрюваного, його захисника законом не передбачена.

Відповідно до ч. 1 ст. 152 КПК слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, якщо слідчий, прокурор не доведуть наявність достатніх підстав вважати, що такий захід необхідний для припинення кримінального правопорушення чи запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Таким чином, саме на слідчого та прокурора покладено тягар доказування необхідності застосування цього заходу. Не розглядаючи детально питання про поняття та зміст тягаря доказування у кримінально-процесуальному доказуванні, зазначимо, що нами підтримується позиція щодо тягаря доказування як такого положення, коли особа, намагаючись довести, аргументувати свою позицію, надає для цього докази, бере участь в їх дослідженні та доведенні їх переконливості, а в тому випадку, коли довести свою позицію її не вдається, настають несприятливі наслідки – суд не погоджується з наведеними доводами і ухвалює інше рішення [3, с. 289].

Саме тому тягар доказування у даному випадку слід розуміти як необхідність для слідчого, прокурора надати належні, допустимі, достовірні та достатні докази того, що застосування цього заходу потрібне для припинення кримінального правопорушення чи запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Відповідно, сторона захисту не зобов'язана доводити протилежне, а недоведення слідчим, прокурором необхідності застосування цього заходу тягне за собою відмову у задоволенні клопотання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Таким чином, аналізуючи ч. 1 ст. 152 КПК, можна стверджувати про встановлену у законі презумпцію не на користь застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження, яка пов'язана із припущенням можливості досягнення цілей – припинення кримінального правопорушення чи запобігання вчиненню іншого, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного щодо перешкоджання кримінальному провадженню, забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням – без його застосування.

У літературі звертається увага на те, що жодних критеріїв визначення підстав (указаних у ч. 1 ст. 148 КПК) у законі не існує, немає й питань, дослідження яких могло б визначити достатність цих підстав. Тому необхідність тимчасового обмеження

підозрюваного в користуванні спеціальним правом, напевно, буде визначатися виходячи із суб'єктивних думок і оціночних суджень слідчих, прокурорів та інших уповноважених службових осіб, які не завжди матимуть неупереджене ставлення до підозрюваних у протиправній поведінці. Це може призвести до зловживання службовим становищем і перетворення розглядуваних положень КПК у засоби впливу на господарську діяльність [2, с. 10]. Із цим твердженням погодитися складно.

У ч. 2 ст. 152 КПК вперше формулюється коло даних, які слідчий суддя повинен ураховувати при вирішенні питання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Наявність у КПК цього формалізованого переліку, безумовно, сприятиме обмеженню розсуду слідчого судді при вирішенні цього питання, що є дуже важливим для обґрунтованого обмеження прав особи, а саме – права керування транспортним засобом або судном, права займатися полюванням, права на здійснення підприємницької діяльності. До цих даних віднесено: правову підставу для тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом; достатність доказів, які вказують на вчинення особою кримінального правопорушення; наслідки тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом для інших осіб. Більше того, ч. 3 ст. 152 зобов'язує слідчого суддю указати в ухвалі за результатами розгляду клопотання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом мотиви застосування або відмови у задоволенні клопотання та перелік документів, які посвідчують користування спеціальним правом та підлягають поверненню особі або вилученню на час тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом.

У літературі пропонується визначити у КПК виключний перелік документів, які можуть вилучатися в суб'єкта господарювання з метою запобігання злочинам чи для їх розслідування [2, с. 10]. Однак це навряд чи є можливим, оскільки встановлення переліку документів, які дають право керування транспортним засобом або судном, право займатися полюванням, право на здійснення підприємницької діяльності, регламентуються іншими галузевими нормативно-правовими актами, які регулюють відповідні адміністративні та господарські відносини, і тому бланкетний характер норми ст. 148 КПК є абсолютно виправданим.

Оцінюючи коло даних, які слідчий суддя повинен враховувати при вирішенні питання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, слід зазначити, що не усі з них можна віднести до локального предмета доказування при вирішенні питання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Так, не є елементом предмета доказування правова підстава для тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом.

Є сумніви і у формулюванні «достатність доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення». Вважаємо, що це формулювання щодо «достатності доказів» вимагає від слідчого судді попереднього висновку про винність підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення. За наявності такої вимоги прийняте рішення про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом може вплинути на суд при розгляді справи по суті (тим більше, що заборона преюдиції висновків слідчого судді встановлена лише для ухвали слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу – ч. 1 ст. 198 КПК). Вважаємо, що вимога про «достатність доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення» потребує коригування, оскільки, по-перше, для повідомлення особи про підозру вже необхідна наявність достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення (п. 3 ч. 1 ст. 276 КПК); по-друге, вона у такому формулюванні встановлює надто високий стандарт доказування для вирішення питання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом; по-третє, вимога про указання достатніх доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення, не пред'являється до клопотання слідчого, прокурора: у клопотанні повинні бути викладені обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилання на обставини. Тому, вважаємо, що вимогу «достатність доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення» необхідно замінити на формулювання «наявність обґрунтованої підозри у вчиненні кримінального правопорушення».

Під час розгляду клопотання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом слідчий суддя має право за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Тобто при розгляді клопотання слідчий суддя може допитати свідків, викликаних за клопотанням сторін або з ініціативи самого слідчого судді, а також дослідити надані сторонами або витребувані матеріали. При цьому слідчий суддя не обмежений волевиявленням сторін, а може здійснити ці дії за власною ініціативою.

Слід підтримати передбачену КПК активність слідчого судді при розгляді клопотання, оскільки вона є необхідною та виправданою. У даному випадку вирішується питання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження, що пов'язаний із обмеження прав підозрюваного – права керування транспортним засобом або судном, права займатися полюванням, права на здійснення підприємницької діяльності. Безумовно, визначений КПК розподіл тягаря доказування є логічним, адже сторона обвинувачення повинна обґрунтувати необхідність обмеження цих прав підозрюваного. Враховуючи те, що на слідчого суддю відповідно до п. 18 ст. 3 КПК, покладено здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, його рішення щодо обмеження цих прав повинні бути не тільки законними, але й обґрунтованими – інакше ці повноваження слідчого судді будуть неефективними та не сприятимуть реалізації завдань кримінального провадження у частині охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження та того, щоб жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу. Тим більше, ст. 94 КПК прямо вимагає у тому числі і

від слідчого судді оцінювати докази за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ із точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Таким чином, можна зробити висновок, що КПК закріплює презумпцію не на користь застосування тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом та встановлює тягар доказування необхідності застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження на слідчого, прокурора. Слідчий суддя при розгляді клопотання не повинен обмежуватися матеріалами, які додані до клопотання або надані сторонами, що презюмує активну роль слідчого судді у розгляді клопотання для забезпечення обґрунтованості обмеження прав особи у кримінальному провадженні. Із метою уточнення локального предмета доказування при вирішенні питання про тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом пропонуємо вимогу «достатність доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення», зазначену в п. 2 ч. 2 ст. 152 КПК, замінити на формулювання «наявність обґрунтованої підозри у вчиненні кримінального правопорушення».

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Смоков С.М.* Види обмежень конституційних прав громадян у новому Кримінальному процесуальному кодексі України // Форум права. – 2012. – №2 / С. М. Смоков // Форум права. – 2012. – № 2. – С. 628–632 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2012-2/12ccmpku.pdf

2. *Шкіптан Д.* Втрата документів і бізнесу. Тимчасове обмеження в спеціальному праві створює механізм усунення конкурентів / Д. Шкіптан // Закон і бізнес. – 2012. – №26. – С. 10.

3. *Кримінально*-процесуальне право України : підручник / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. – Х. : Одіссей, 2009. – 816 с.

УДК 343.121.5

# ПРЕЮДИЦІАЛЬНІСТЬ ЯК ВЛАСТИВІСТЬ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

**Шилін Д. В.,**
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Стаття присвячена розгляду системної концепції преюдицій у кримінальному процесі, визначенню шляхів удосконалення механізму використання преюдиції у кримінальному процесі. Досліджується механізм дії преюдицій в процесі доказування у кримінальних справах. Позначена правова природа преюдиції шляхом чіткого розмежування властивостей судового рішення. Визначається поняття преюдиціальності, як властивості судових рішень.

***Ключові слова:*** преюдиція, преюдиціальність, доказування у кримінальному процесі, властивості судового рішення.

***Аннотация:*** Статья посвящена разработке системной концепции преюдиций в уголовном процессе, определению направлений усовершенствования механизма использования преюдиций в уголовном процессе. Исследуется механизм действия преюдиций в процессе доказывания по уголовным делам. Обозначена правовая природа преюдиции путем четкого разграничения свойств судебного решения. Определяется понятие преюдициальности как свойства судебного решения.

***Ключевые слова:*** преюдиция, преюдициальность, доказывание в уголовном процессе, свойства судебного решения.

***Annotation:*** The article is dedicated to the complex analysis of applying prejudices in criminal procedure. Detection of the possible ways of improvement of the mechanism of realization prejudices in criminal procedure. The author deals the mechanism of realization prejudices in criminal process. Defines the legal nature of the prejudice by clearly distinguishing properties of the judgment Define the concept of property as prejudicial judgment.

***Key words:*** prejudice, prejudicially, proving in criminal process, the properties of the judgment.

Правова природа преюдиціальності у літературі остаточно не визначена. Одні автори визначають її як прояв виключності судового рішення [1, с. 171], як виключність судового рішення [2, с. 487], як прояв обов'язковості судового рішення [3, с. 10], як наслідок неспростовності, виключності та обов'язковості судових рішень [4, с. 64-65], як прояв законної сили судових рішень [5, с. 83], як властивість законної сили судового рішення [6, с. 55], як окрему властивість судового рішення [7, с. 40,41]. Для належного визначення правової природи преюдиціальності слід чітко розмежовувати властивості судового рішення, які є наслідками набрання ним законної сили.

Так, наприклад, як відзначає О.Ю. Гай, законна сила вироку є особливою якістю акту правосуддя у кримінальній справі, що є вираженням сили та авторитету судової влади і яка наділяє вирок такими характерними властивостями, як обов'язковість, неспростовність, виключність та преюдиціальність [8, с. 151]. Безумовно, ці властивості пов'язані між собою, і можна, хоч і умовно, стверджувати, що

*© Шилін Д.В., 2012*

преюдиціальність є дещо вторинною властивістю судового рішення, оскільки рішення набуває властивості преюдиціальності завдяки тому, що воно є обов'язковим, неспростовним та виключним. Однак преюдиціальність є окремою властивістю судового рішення, хоч і тісно пов'язаною з іншими, у системі властивостей судового рішення, яке набрало законної сили. Саме тому преюдиціальність є наслідком законної сили судового рішення і являє собою властивість судового рішення, яке набрало законної сили. Саме законна сила наділяє, зокрема вирок такими характерними ознаками, як загальнообов'язковість, виключність і преюдиціальність.

У зв'язку з цим необхідно визначити поняття преюдиціальності судових рішень. В.Т. Маляренко вважає, що преюдиціальність полягає у тому, що обставини, викладені у вироку, що набрав законної сили, не слід доводити і не можна спростовувати при розгляді інших справ [9, с. 596]. На думку С. Шардико, В. Воложаніна, Є. Матвієнко, преюдиціальність – один із наслідків набрання вироком або рішенням суду законної сили. Вона полягає у наданні обов'язкового значення висновкам суду у даній справі для усіх наступних справ, у межах встановлених вироком або рішенням обставин [10, с. 25]. Г. Резнік відзначає, що преюдиціальність – це обов'язковість встановлених таким, що набрав законної сили вироком (рішенням) суду висновків про факти для усіх інших судових органів та інших організацій при пізнанні даних фактів [3, с. 10].

Як зазначалося вище, слід чітко розмежовувати властивості судового рішення, які є наслідками набрання ним законної сили. Преюдиціальність пов'язана із обов'язковістю рішення, оскільки рішення набуває властивості преюдиціальності завдяки тому, що воно є обов'язковим, неспростовним та виключним, але не поглинається нею. Це пов'язано із тим, що преюдиція не є лише обов'язковою та неспростовною. У останніх наукових дослідженнях вірно звертається увага на те, що застосування преюдицій є правом, але не обов'язок органів досудового розслідування та суду [11, с. 14].

Крім того, обов'язковість судового рішення зокрема, вироку, полягає, у тому, що після набрання вироком законної сили він стає таким самим обов'язковим для всіх державних і громадських підприємств, установ і організацій, посадових осіб та громадян яких стосується, як і закон, і підлягає виконанню на всій території України. Загальнообов'язковість виражає дві тісно пов'язані між собою вимоги. По-перше, вирок у цілому обов'язковий у всіх відносинах для всіх державних і громадських установ, підприємств і організацій, посадових осіб і громадян. По-друге, рішення, що містяться в судовому вироку, підлягають беззастережному виконанню. Ст. 403 КПК закріпляє, що вирок, ухвала і постанова суду, що набрали законної сили, є обов'язковими для всіх державних і громадських підприємств, установ і організацій, посадових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України. Таким чином, преюдиціальність пов'язана із обов'язковістю рішення, але не поглинається нею, оскільки є самостійною властивістю рішення.

З урахуванням вищевикладених визначень преюдиціальності судових рішень, преюдиціальність судових рішень можна визначити як встановлену кримінально-процесуальним законом властивість судового рішення у кримінальній справі, яким справу вирішено по суті, що набрало законної сили, яка відображає можливість використання фактів та правових висновків для встановлення фактичних обставин у іншій кримінальній справі, пов'язаній із раніше вирішеною.

У діючому КПК преюдиціальність судових рішень не визначена. На відміну від КПК України, КПК РФ, Казахстану, Республіки Білорусь містять статтю щодо преюдиціальності та преюдиції.

Так, відповідно до ст. 90 КПК РФ, обставини, встановлені вироком, що набрав законної сили, або іншим судовим рішенням, прийнятим у межах цивільного, арбітражного або адміністративного судочинства, що набрало законної сили, визнаються судом, прокурором, слідчим, дізнавачем без додаткової перевірки. При цьому такі вирок або рішення не можуть визначати наперед винність осіб, що не брали участі раніше у кримінальній справі, що розглядається.

Ст. 131 КПК Республіки Казахстан передбачає, що вирок, який набрав законної сили, а також інше, що набрало законної сили, рішення суду у кримінальній справі, є обов'язковими для усіх державних органів, організацій та громадян стосовно як встановлених обставин, так і їх правової оцінки. Це положення не перешкоджає перевірці, зміні та скасуванню вироку та інших рішень у порядку нагляду за нововиявленими обставинами. Рішення суду у цивільній справі що набрало законної сили, є обов'язковим для органу, що веде процес, при провадженні у кримінальній справі лише з питання, чи мала місце подія або дія, і не повинно передвирішувати висновки про винуватість або невинуватість підсудного. Вирок суду, який набрав законної сили, яким визнається право на задоволення позову, обов'язків у цій частині для суду при розгляді ним кримінальної справи. Постанова органу кримінального переслідування не має для суду обов'язкової сили.

Відповідно до ст. 106 КПК Республіки Бєларусь, вирок, який набрав законної сили у іншій кримінальній справі, є обов'язковими для органу, що веде кримінальний процес, при провадженні у кримінальній справі стосовно як встановлених обставин, так і їх юридичної оцінки. Рішення суду у цивільній справі що набрало законної сили, є обов'язковим для органу, що веде процес, при провадженні у кримінальній справі лише з питання, чи мало місце суспільно небезпечне діяння, передбачене кримінальним законом, про розмір шкоди, і не повинно передвирішувати висновки про винуватість або невинуватість обвинуваченого.

Слід зазначити, що у судових рішеннях судів України наявні посилання на преюдиціальність судових рішень, однак без вказівки на те, якими нормами КПК це регулюється. Так, у Ухвалі від 31 січня 2007 р. № 11-117/2007 р. вказувалося, що «посилання суду на те, що по даній кримінальній справі не призначалась судово-медична експертиза, не може мати вирішального значення, оскільки таку експертизу було призначено і проведено по іншій кримінальній справі, яку

суд міг оцінити відповідно до вимог КПК України. Більш того, висновок експертизи не суперечить даним вступної частини вироку від 17.12.2002 року /а.с. 82 т. 1/. Цей вирок набрав законної сили та має преюдиціальне значення. Відповідно до статті 65 КПК України, доказами в кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Саме з урахуванням зазначеної норми закону слідчим на досудовому слідстві було прийнято до уваги попередній вирок в якості обставини, що має значення для правильного вирішення справи, з урахуванням того, що вирок від 17.12.2002 має преюдиціальне значення для цієї справи». У цій справі постановою Шевченківського районного суду міста Запоріжжя від 05 грудня 2006 року кримінальну справу щодо ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 народження, який народився в м. Славянську Донецької області, проживає в місті Запоріжжі, АДРЕСА_1, який не має освіти, раніше не судимого, в силу статті 89 КК України, – обвинуваченого за частиною 2 статті 307, частини 2 статті 309 КК України, направлено на додаткове розслідування „прокурору Шевченківського району м. Запоріжжя" для додаткового вирішення питання щодо встановлення повних даних про особистість обвинуваченого. Згідно постанови, ОСОБА_1 27 грудня 2003 року, приблизно о 10-30 годин, по вулиці Естонській в м. Запоріжжі придбав у неустановленої слідством особи наркотичну речовину – смолу каннабіс (гашиш), вагою 1,2 гр. та каннабіс (марихуану), вагою 7 гр., які зберігав без мети збуту, в дворі свого будинку в місті Запоріжжі, по АДРЕСА_1. Крім того, ОСОБА_1 21 травня 2004 року в місті Запоріжжі, в дворі будинку АДРЕСА_2 збув наркотичну речовину особі, яка проводила оперативну закупку. В апеляції на це судове рішення, прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, просив його скасувати і справу направити на новий судовий розгляд. Стверджується про те, що суд не позбавлений можливості встановити вік обвинуваченого, назначениям судово-медичної експертизи. У судовому засіданні апеляційної інстанції, вислухавши доповідь судді щодо постанови, ким і в якому обсязі її було оскаржено, та основних доводах апеляції і заперечень інших учасників процесу: прокурор підтримав доводи апеляції та зазначив, що свідоцтво про народження ОСОБА_1 було виписано зі слів його батьків, а паспорт було видано в 2006 році /Т. 2, а.с. 66, 137/ адвокат та обвинувачений знайшли судове рішення законним й обґрунтованим, а обвинувачений наголосив на тому, що паспорт він отримав в 2006 році, оскільки раніше не було бланків. Перевіривши матеріали справи, апеляційний суд побачив підстави до задоволення апеляції. Суд не позбавлений можливості розглянути справу за суттю обвинувачення. В той же час, якщо у суду першої інстанції будуть сумніви щодо даних про особу обвинуваченого ОСОБА_1, суд не позбавлений можливості призначити відповідну судово-медичну експертизу [12].

У Ухвалі апеляційного суду Чернігівської області від 27 липня 2006 р. також відмічається преюдиціальність вироку: «справа за цими фактами відносно ОСОБА_4 і ОСОБА_5 розглядалася по суті апеляційним судом Чернігівської області. Особи, що скоїли злочин засуджені. Кримінальна справа за касаційними скаргами розглядалась Верховним Судом України і вирок апеляційного суду залишено без змін. При цьому ОСОБА_1 в своїй касаційній скарзі звертала увагу Верховного Суду України на те, що апеляційним судом не надано оцінки діям ОСОБА_3 і просила скасувати вирок суду. Однак, вирок в цій частині залишено без змін і він набрав законної сили. Вказані судові рішення мають преюдиціальне значення по даній справі. Постанова слідчого прокуратури Чернігівської області за заявами ОСОБА_1 про відмову в порушенні кримінальної справи від 26.12.2004 року в частині незаконного позбавлення волі ОСОБА_6, що супроводжувалося заподіянням останньому фізичних страждань – скасована з одночасним порушенням кримінальної справи стосовно ОСОБА_3 по ст. 146 ч.2 КК України, а в іншій частині обґрунтовано відмовлено в порушенні кримінальної справи» [13].

У літературі зазначається, що «Оскільки суд не може передрішувати правові висновки слідчого, то преюдиція буде мати місце в тому випадку, якщо по багатоепізодним справам суд виділяє в окреме провадження справу, щодо деяких епізодів і повертає на додаткове розслідування, а щодо інших епізодів продовжує розгляд справи і виносить вирок. У таких випадках, факти встановлені вироком суду будуть мати преюдиціальне значення для слідчого, який провадить додаткове розслідування» [14, с. 122]. Але якщо йдеться про деякі епізоди, щодо яких справу повернено на додаткове розслідування, а щодо інших епізодів постановлено вирок, то це можливо за наявності сукупності злочинів. Лише за наявності реальної сукупності злочинів можна виділити справу у окреме провадження та повернути її на додаткове розслідування. Але якщо це реальна сукупність злочинів, то вирок щодо іншого злочину не може містити фактів та правових висновків щодо виділеної справи, оскільки, відповідно до ст. 275 КПК, розгляд справи проводиться відносно підсудних і тільки в межах пред'явленого їм обвинувачення.

Таким чином, преюдиціальність вироку ні у літературі, ні у судовій практиці не заперечується. Однак, крім вироку, преюдиціальними є й інші судові рішення.

Відповідно до ст. 248 КПК, при наявності обставин, передбачених статтею 6, частиною першою статті 7, статтями $7^1$, $7^2$, 8, 9, 10 і $11^1$ КПК, суддя своєю мотивованою постановою закриває справу, скасовує запобіжні заходи, заходи забезпечення цивільного позову і конфіскації майна, а також вирішує питання про речові докази, зокрема про гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом. Ст. 282 КПК передбачає, що якщо під час судового розгляду справи будуть установлені підставі для закриття справи, передбачені пунктами 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 статті 6 і статтями 7, $7^2$, 8, 9, 10, $11^1$ КПК, суд, вислухавши думку учасників судового розгляду і висновок прокурора, своєю мотивованою ухвалою, а суддя – постановою, закриває справу. Суд своєю ухвалою (постановою) закриває справу, якщо прокурор відмовився підтримувати державне обвинувачення, а потерпілий не бажає скористатися правом, передбаченим частиною другою статті 267

КПК. Суд своєю ухвалою (постановою) закриває справу про злочин, зазначений у частині першій статті 27 КПК, за примирення сторін чи у зв'язку з неявкою потерпілого в судове засідання без поважних причин.

Преюдиціальними є судові постанови та ухвали про закриття кримінальної справи за п. 1, 2, 5, 8 ст. 6 КПК України; постанови про закриття кримінальної справи у зв'язку із звільненням від кримінальної відповідальності; постанови про застосування примусових заходів виховного характеру у порядку ст. $7^3$, 447 КПК; постанови про застосування примусових заходів медичного характеру; постанови про закриття кримінальної справи за ч. 3 ст. 421 КПК.

Обставини, передбачені ст. 6 КПК, є обставинами, які виключають провадження у справі. Як уявляється, правова природа обставин, передбачених п. 1, 2, 5, 8 ст. 6 КПК України, є дуалістичною: вони є преюдиціальними фактами (оскільки якщо щодо особи буде порушено справу по тому ж обвинуваченню, по якому є вже нескасована ухвала чи постанова суду про закриття справи з цієї ж підстави, то не буде необхідності повторно збирати, перевіряти та оцінювати докази щодо конкретної особи по тому ж обвинуваченню; тобто у даному випадку закриття справи не потребують повторно збирання, перевірки та оцінки доказів щодо наявності події, складу злочину тощо) та обставинами, що виключають провадження у кримінальній справі.

Що стосується постанови про закриття кримінальної справи у зв'язку із звільненням від кримінальної відповідальності, то цією постановою особа фактично визначається винною у вчиненні злочину, хоча ст. 62 Конституції пов'язує визнання особи винною у вчиненні злочину лише із вироком суду. Пленум Верховного Суду України у постанові № 12 від 23.12.2005 р. «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» зазначив, що звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави від застосування щодо особи, котра вчинила злочин, визначених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України у порядку, встановленому Кримінально-процесуальним кодексом України. Підхід про визнання особи винною постановою про закриття кримінальної справи у зв'язку із звільненням від кримінальної відповідальності підтримується у літературі [15], недивлячись на те, що традиційною є протилежна точка зору [16, с. 197, 257-258]. Цією постановою справа вирішується по суті, і саме тому можна стверджувати про її преюдиціальність у кримінальному процесі. При цьому слід звернути увагу на те, що вказана постанова не є преюдиціальною для інших видів судочинства. «Таке становище на практиці зумовлює певні проблеми, адже при розгляді справ у цивільному, господарському чи адміністративному судочинстві може виникнути необхідність встановити, що мав місце злочин і що його вчинила певна особа. На сьогодні потрібно фактично повторно доводи обставини, які уже були встановлені іншим рішенням суду, адже ані суд, ані сторони не можуть посилатися на згадану постанову. Однак цілком ймовірно, що у зв'язку з різними обставинами, зробити це буде надзвичайно складно, а то й зовсім неможливо (наприклад, від часу вчинення злочину пройшло багато часу; особа, яка звільнялася від кримінальної відповідальності померла або виїхала за кордон; така особа на момент розгляду справи уже заперечує факт вчинення нею злочину тощо). Зважаючи на це, а також керуючись принципом процесуальної економії, про який дедалі частіше згадують у процесуальній літературі, видається доцільним надати преюдиційності постанові (ухвалі) суду про закриття кримінальної справи, що набула законної сили, з питань, чи мали місце дії та чи вчинені вони відповідною особою» [17, с. 279].

Преюдиціальними є і постанови судді про відмову у порушенні кримінальної справи у справах приватного обвинувачення за п. 1, 2, 5, 8 ст. 6 КПК України. Обставини, закріплені цією статтею, є одночасно преюдиціальними фактами (оскільки якщо щодо того ж факту буде подано іншу скаргу, або щодо особи буде порушено справу по тому ж обвинуваченню, по якому є вже нескасована постанова судді про відмову у порушенні справи, то не буде необхідності повторно збирати, перевіряти та оцінювати докази щодо конкретної особи по цій же скарзі; тобто у цьому випадку відмова у порушенні справи не потребує повторного збирання, перевірки та оцінки доказів щодо наявності події, складу злочину тощо) та обставинами, що виключають провадження у кримінальній справі.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Штутин Я.Л.* Предмет доказывания в советском гражданском процессе / Штутин Я.Л. – М., 1963. – 187 с.
2. *Фаткуллин Ф. Н.* Обвинение и судебный приговор / Фаткуллин Ф.Н. – Казань: Изд - во Казанского ун-та, 1965. – 532 с.
3. *Резник Г.* Внутреннее судейское убеждение и преюдиция / Г. Резник // Советская юстиция. – 1971. – №7. – С. 10-11.
4. *Чечина Н.А.* Норма права и судебное решение / Чечина Н.А. – Ленинград, 1961. – 78 с.
5. *Дорохов В.Я.* Законная сила приговора в советском уголовном процессе / В.Я. Дорохов // Советское государство и право. – 1954. – №6. – С. 80-86.
6. *Тарбагаева Е.Б.* Истинность, преюдициальность и законная сила судебного решения / Е.Б. Тарбагаева // Проблемы доказывания по уголовным делам: межвуз. сб. науч. тр. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1988. – С. 52-60.
7. *Маляренко В.Т.* Обов'язковість рішення суду як одна з основних конституційних засад судочинства / В.Т. Маляренко // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – №3 (13). – С. 40-44.
8. *Гай О.Ю.* Законная сила приговора в уголовном процессе: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Гай Ольга Юрьевна. – Саратов, 1999. – 179 с.
9. *Кримінальний* процес України: Підручник / Коваленко Є.Г. Маляренко В.Т. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.
10. *Шардыко С.* Преюдициальный характер решений и приговоров, вступивших в законную силу / С. Шардыко, В. Воложанин, Е. Матвиенко // Социалистическая законность. – 1956. – №6. – С. 25-30.
11. *Ивенский А. И.* Приговор – акт правосудия, осуществляемого в общем и особом порядках судебного разбирательства: автореф. дис. на соискание ученой степени кандидата юридических наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; Криминалистика и судебная экспертиза; Оперативно-розыскная деятельность» / А. И. Ивенский. –

Саратов, 2006. – 20 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1282157

12. *Ухвала* колегії суддів Апеляційного Суду Запорізької області від 31 січня 2007 року у кримінальній справі за апеляцією прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції на постанову Шевченківського районного суду міста Запоріжжя від 05 грудня 2006 року (справа № 11-117/2007р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/679204

13. *Ухвала* апеляційного суду Чернігівської області від 27 липня 2006 р. у справі за апеляцією скаржниці ОСОБА_1 на постанову Новозаводського районного суду м. Чернігова від 30 травня 2006 року (справа № 11-533-2005 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/132785

14. *Бережний О.І.* Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Бережний Олександр Іванович. – Х., 2003. – 191 с.

15. *Макаркин А. И.* Состязательность на предварительном следствии дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Макаркин Андрей Игоревич. – СПб., 2001 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://kalinovsky-k.narod.ru/b/makar-d.htm

16. *Курс уголовного* судопроизводства: учеб.: В 3 т.; под ред. В. А. Михайлова. – Т.1: Общие положения уголовного судопроизводства. – М.: Издательство Московского психолого-социального института; Воронеж: МОДЭК, 2006. – 824 с.

17. *Яворський Б.* Принцип презумпції невинуватості потребує удосконалення / Б. Яворський // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2008. – Вип. 47. – С. 271–282.

УДК. 343.133 (477)

# ОСОБЛИВОСТІ ВІДНОСИН ПРОКУРОРА З ОРГАНАМИ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ОПЕРАТИВНЕ СУПРОВОДЖЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

**Юрчишин В. М.,**
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри спеціально-правових дисциплін
Чернівецького факультету
Національного університету
«Одеська юридична академія»

***Анотація:*** Взаємодія органів досудового слідства з органами, що проводять оперативно-розшукову діяльність, сприяє розкриттю кримінальних правопорушень. Негласні слідчі (розшукові) дії можуть проводитися як самим слідчим, так і уповноваженими працівниками оперативно-розшукового органу за письмовим дорученням слідчого. З метою забезпечення законності в їх діяльності, прокурору надано право забороняти проведення або припинення подальшого проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

***Ключові слова:*** прокурор, слідчий, слідчий суддя, працівники оперативних підрозділів.

***Аннотация:*** Взаимодействие органов досудебного расследования с органами которые ведут оперативно-розыскную деятельность позволяет раскрывать уголовные правонарушения. Негласные следственные (розыскные) действия производятся как следователем самостоятельно, так и уполномоченными работниками оперативно-розыскного органа по письменному поручению следователя. С целью обеспечения законности в их деятельности, прокурору предоставлено право запрещать производство или прекращать дальнейшие проведение следственных (розыскных) действий.

***Ключевые слова:*** прокурор, следователь, следственный судья, работники оперативных подразделений.

***Annotation:*** Interaction of criminal investigation agencies that carry out operational activities contribute to solving criminal offenses. Undercover investigators (ODA) actions can be performed both by the investigator and authorized employees of operational and investigative authority on the written instructions of the investigator. In order to ensure the legality of their activities, the prosecutor have the right to prohibit conduct or discontinuance of further undercover investigation (detective) actions.

***Key words:*** prosecutor, investigator, investigating judges, operational units.

---

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) значно розширив правові основи для використання результатів оперативно-розшукової діяльності при формуванні доказової бази органами досудового розслідування. Пов'язано це з тим, що сучасна криміногенна ситуація в Україні характеризується постійним і послідовним зростанням кримінальних правопорушень, особливо організованих, удосконаленням способів їх вчинення і приховування, корумпованістю в органах державної влади [1, с. 6]. Все це негативно позначається на результатах протидії кримінальним правопорушенням. Велика кількість цих правопорушень продовжує залишатися не виявленою, а її виявлених і зареєстрованих – нерозкритою. Таке положення негативно впливає на всі сфери життєдіяльності держави і суспільства, суттєво гальмує проведення соціально-економічних і політичних перетворень в Україні, підриває її міжнародний авторитет.

Щоб забезпечити виявлення і розкриття кожного вчиненого кримінального правопорушення необхідно постійно покращувати діяльність як органів досудового розслідування, так і органів, які проводять оперативно-розшукову діяльність, повністю використовувати резерви, що закладені в ефективному виконанні ними своїх основних функцій. Удосконалення роботи органів досудового

*© Юрчишин В.М., 2012*

розслідування і органів, які проводять оперативно-розшукову діяльність, пов'язано з подальшим розвитком і поглибленням їх узгодженої діяльності, безпосередньо спрямованої на швидке розкриття і успішне розслідування кримінальних правопорушень[2, с. 196-198], способи вчинення яких стають дедалі витонченими, технічна оснащеність правопорушників часом сягає верхівок сучасного науково-технічного прогресу і іноді перевищує можливості наших правоохоронних органів по власному забезпеченню транспортом, засобами зв'язку та спостереження. Це вимагає необхідності консолідації сил і засобів, що є у розпорядженні правоохоронних органів, розробки нових форм і методів протидії кримінальним правопорушенням, комплексного використання слідчих і оперативно-розшукових заходів у доказуванні [3, с. 35].

Інакше кажучи, в умовах ескалації в Україні кримінального насилля, посилення організованої злочинності і її протидії кримінальній юстиції, збільшення кількості неочевидних кримінальних правопорушень все більшого значення набуває узгодженість дій слідчих і працівників органів, які проводять оперативно-розшукову діяльність, зі встановлення осіб, вчинивши кримінальні правопорушення, та повного і всебічного дослідження обставин кримінального правопорушення, що розслідується. Сьогодні виявлення, розкриття і розслідування тяжких кримінальних правопорушень із застосуванням лише кримінально-процесуальних методів без використання можливостей оперативних підрозділів практично неможливе.

На практиці оперативно-розшукова діяльність нерідко передує кримінально-процесуальній і майже завжди супроводжує останню. В ході оперативної роботи виявляється підготовка і вчинення кримінальних правопорушень, здійснюється оперативне їх припинення, створюються передумови для проведення досудового розслідування, встановлюється місце знаходження знарядь правопорушення, виявляються можливі свідки, предмети та документи, що можуть мати доказове значення. Без узгодженої діяльності слідчого з працівниками органів, які проводять оперативно-розшукову діяльність, неможливо уявити практику розслідування жодного тяжкого кримінального правопорушення. Цілеспрямована, узгоджена діяльність органів досудового розслідування з органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, в науці і на практиці визначається терміном «взаємодія». І хоч це поняття не трапляється в нормах кримінально-процесуального законодавства, що визначають загальні положення і регламентують взаємовідносини органів досудового розслідування з органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, воно вдало відображає сутність злагоджених дій цих органів у ході розкриття і розслідування кримінальних правопорушень [4, с. 6]. Вищевказаний термін давно введено в науковий обіг. Він займає стійке місце в юридичній літературі і традиційно використовується для характеристики узгодженої діяльності означених органів.

Зміст взаємодії визначається її цілями. В одних випадках такою ціллю може бути успішне проведення окремої слідчої (розшукової) дії, в інших – отримання необхідної інформації оперативним шляхом; розшук підозрюваного чи обвинуваченого, речових доказів, документів, цінностей тощо. У зв'язку з цим, взаємодія може бути як разового, короткострокового характеру, так і здійснюватися на постійній основі протягом тривалого часу – до повного розслідування конкретного злочину або групи злочинів одного виду.

Інститут взаємодії ґрунтується на ряді норм діючого кримінально-процесуального законодавства та законодавств про оперативно-розшукову діяльність. Разом із тим, відсутність чіткої законодавчої регламентації питань взаємодії органів досудового розслідування з органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, нерідко породжує невірне розуміння сутності цієї взаємодії, а прокурори не завжди приділяють необхідну увагу забезпеченню засобами прокурорського нагляду додержання законності на цьому надзвичайно важливому напрямку діяльності, у зв'язку з чим міцний потенціал оперативно-розшукових органів у процесі досудового розслідування використовується далеко не повно [5, с. 37].

Головна мета взаємодії – розкриття кримінального правопорушення, а це значить, що при вчиненні такого правопорушення в умовах очевидності коли відсутня необхідність в його розкритті, а слідчий негайно приступає до розслідування, потреба взаємодії слідчого з органом, який проводить оперативно-розшукову діяльність, може або зовсім не виникати, або вона може виражатися лише в разових дорученнях слідчого. При вчиненні ж кримінального правопорушення в умовах неочевидності розкрити його без тісної взаємодії слідчого з працівниками оперативно-розшукового органу практично неможливо. Правильно зазначав В.Т. Томін, що «уголовный процесс без ОРД в большинстве случаев по серьезным делам бессилен, а деятельность ОРД без уголовного процесса бесплодна»[6, с. 116]. Його підтримує М.А. Погорецкий та інші [7, с. 338]. Дійсно не процесуальна діяльність без наступного використання її результатів у досудовому розслідуванні є безцільною, а тому український законодавець при прийнятті нового КПК України значно розширив використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у досудовому провадженні. Більше того, негласні слідчі (розшукові) дії можуть проводитися як самим слідчим, що здійснює досудове розслідування злочину, так і уповноваженими працівниками оперативно-розшукового органу за письмовим дорученням слідчого, а прокурору надано право забороняти проведення або припиняти подальше проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ч. 3 ст. 246 КПК України) [8].

Із цього випливає, що використання негласних слідчих дій та оперативно-розшукових даних у доказуванні вимагає великої обережності. Не можна не відзначити наявність значних ризиків і побічних наслідків цієї діяльності. Негласний характер, обмежене коло осіб, закритість, відсутність високих гарантій тощо, несуть значну небезпеку від цих дій для прав і свобод громадян. Разом із тим, український законодавець урахував всі ці проблеми і допустив використання деяких колишніх оперативно-

розшукових заходів у ході доказування, надавши їм слідчого характеру, встановивши надійний прокурорський нагляд, а також відомчий і судовий контроль за їх виконанням (ст. 246-275 КПК України).

Все це покладає на наглядаючого прокурора особливу відповідальність за додержанням законності при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій та за забезпечення дієвої взаємодії слідчого з уповноваженими особами органів, які здійснюють оперативне супроводження досудового розслідування. Виходячи з вимог закону про всебічне, повне і об'єктивне дослідження всіх обставин кримінального правопорушення (ч. 2 ст. 9 КПК України), прокурору необхідно приймати заходи з тим щоби взаємодія між слідчими і оперативними підрозділами здійснювалася в усіх необхідних випадках. Така необхідність в узгодженій діяльності повинна визначатися на базі доказів та інших даних, що перебувають в його розпорядженні слідчого, а також з урахуванням конкретної ситуації та стану розслідування кримінального правопорушення. Завдання прокурора – наглядовими засобами забезпечити своєчасність початку цієї взаємодії.

Наступним етапом прокурорської діяльності є перевірка правильності визначених слідчим суб'єктів взаємодії, якими можуть бути як підрозділи по боротьбі з організованою злочинністю, з кримінальними правопорушеннями в сфері економіки, кримінального розшуку, безпеки дорожнього руху тощо. Після цього прокурор вивчає план узгоджених дій взаємодіючих сторін і домагається обов'язкового внесення до нього: висунутих слідчих і розшукових версій: переліку обставин, що підлягають встановленню по кожній із версій; комплексу слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій з допомогою яких повинні бути встановлені і досліджені ці обставини; викладення обставин, що підлягають встановленню не процесуальними засобами (самі не процесуальні засоби в плані не називаються); строки виконання – проміжні, кінцеві; порядок коректування плану; виконавці по кожному пункту плану. План має бути узгоджений за часом, місцем, кінцевим строком та виконавцями.

У подальшому прокурор здійснює нагляд за додержанням законності при використанні сторонами процесуальних, так і не процесуальних форм взаємодії. Перш за все він звертає особливу увагу на забезпечення чіткого розмежування компетенції слідчих і працівників оперативних підрозділів, бо поєднання цих функцій завжди тягне за собою порушення законності з тяжкими наслідками. Діяльність прокурора з нагляду за додержанням законності під час взаємодії слідчих і оперативних працівників умовно можна розділити на два періоди: в період досудового розслідування; після прийняття слідчим рішення про зупинення досудового розслідування.

Оперативні дані, які були отримані до початку досудового розслідування з різних негласних джерел інформації, вимагають самої ретельної перевірки з точки зору їх повноти і об'єктивності, бо необ'єктивні або недостатні оперативно-розшукові відомості можуть привести до необгрунтованого початку розслідування і незаконного притягнення громадян до кримінальної відповідальності. З урахуванням цих обставин, прокурор, з одного боку, не має права залишати без реагування дані про вчинення кримінального правопорушення і перешкоджати початку досудового розслідування, а з іншого боку, ні в якому разі не допускати досудового розслідування без законних на те підстав. Особливу непримиренність прокурор повинен проявляти до випадків, коли працівники оперативних підрозділів, отримавши достовірні дані про вчинення кримінального правопорушення, під виглядом перевірки фактично проводять досудове розслідування з метою отримання більш «переконливих результатів».

Під час проведення досудового розслідування постійно використовуються такі процесуальні форми взаємодії слідчих із працівниками оперативних підрозділів: виконання оперативними підрозділами слідчих (розшукових)дій за письмовим дорученням слідчого і прокурора; виконання оперативними підрозділами негласних слідчих (розшукових дій за письмовим дорученням слідчого і прокурора; надання допомоги слідчому в проведенні окремих слідчих (розшукових) дій; розшук підозрюваного; спільна робота у складі слідчо-оперативних груп тощо. Необхідність виконання письмових доручень слідчого про виконання оперативними підрозділами слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій передбачена п. 3 ч. 2 ст. 40 та ст. 41 КПК України. Таке доручення слідчого не лише визначає завдання перед оперативним підрозділом, а й зобов'язує його дотримуватися визначеного КПК України кримінального-процесуального порядку проведення цих дій, бо під час виконання доручень слідчого або прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого (ч. 2 ст. 41 КПК України). Разом із тим, співробітник оперативного підрозділу, що виконує письмове доручення слідчого, не має права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою. Він також позбавлений права звертатися з клопотанням до слідчого судді чи прокурора за отриманням дозволу на проведення будь-якої слідчої (розшукової) або негласної слідчої (розшукової) дії (ч. 2 ст. 41 КПК України). Доручення слідчого, як і прокурора, щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання оперативними підрозділами (ч. 3 ст. 41 КПК України). У той же час законодавець України не встановив строк для виконання доручення. Цей строк визначається слідчим та прокурором.

Системний аналіз норм нового КПК України дозволяє дійти висновку, що слідчий має право не тільки доручати оперативним підрозділам виконання окремих слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а й давати інші доручення пов'язані зі сприянням йому в реалізації передбачених законом примусових заходів процесуального характеру, участі співробітників оперативних підрозділів в операціях із затримання озброєного злочинця, його переслідуванні (засідки, погоні, облави, різні перехоплювальні заходи), охорона місця події, місця проведення обшуку, припинення випадків непокорі слідчому. Слідчому

надано право доручати оперативним підрозділам здійснювати розшук підозрюваного (ст. 281 КПК України) тощо.

Порівняння вказаних у КПК України форм взаємодії слідчого з оперативними підрозділами з реально існуючими на практиці формами такої взаємодії показує, що в практичній діяльності їх існує набагато більше. Це і робота слідчого та оперативного працівника у складі слідчо-оперативної групи; спільне вивчення оперативно-розшукових матеріалів перед початком розслідування; взаємний обмін інформацією, узгоджена діяльність спрямована на встановлення місця знаходження підозрюваного після зупинення досудового розслідування тощо. При цьому багато форм взаємодії ґрунтуються як на письмових, так і усних дорученнях слідчого. Ці форми взаємодії відпрацьовані роками і дають позитивні результати. Ніяких питань тут не виникає.

У той же час український законодавець, допустивши використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у досудовому розслідуванні, допустив і значне відставання правового регулювання відношень слідчого з працівниками оперативних та інших підрозділів спільного правоохоронного відомства при розкритті та розслідуванні кримінальних правопорушень. Ця прогалина частково усувається відомчими нормативними актами. Так, в п. 48 «Інструкції по організації діяльності органів досудового слідства в системі МВС України і взаємодії їх з іншими службами органів внутрішніх справ України» затвердженої наказом Міністра внутрішніх справ України від 25 листопада 1992 року № 745, наводиться перелік деяких форм взаємодії та визначається, що з метою розкриття і розслідування злочинів можуть застосовуватися і інші форми взаємодії, які виправдали себе на практиці і не суперечать закону. З урахуванням особливостей кримінально-процесуальної діяльності така форма її правової регламентації є неефективною. Цей вид державно-правової діяльності вимагає лише інтенсивного законодавчого врегулювання. Разом із тим, у новому КПК України питання правового регулювання вказаної взаємодії не знайшли повного відображення. В тексті кодексу термін «взаємодія» зовсім не використовується. Український законодавець зосередив основну увагу лише на такій формі взаємодії як надання слідчим відповідним оперативним підрозділам письмових доручень про проведення окремих слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій (п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України).

Представляється, що для підвищення якості письмових доручень слідчого оперативним підрозділам про виконання ними окремих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а також для підвищення відповідальності працівників вказаних підрозділів за їх виконання, копії таких доручень слід надсилати прокурору, який може доповнити доручення чи скасувати його та проконтролювати своєчасність, якість та законність виконання. В КПК України необхідно визначити, що строк виконання письмових доручень встановлює слідчий і, що цей строк може бути продовжений начальником оперативного підрозділу за згодою слідчого. Спірні питання, які можуть виникнути при цьому, розглядаються прокурором. В Законах України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про міліцію», «Про Службу безпеки України» та про органи, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства слід визначити вичерпний перелік підрозділів, які мають право проводити оперативно-розшукову діяльність та компетенцію кожного з них, а також порядок їх взаємодії з органами досудового розслідування.

Ефективність же взаємодії слідчих з оперативними підрозділами, як відзначалося вище, в великий мірі залежить від рівня прокурорського нагляду за додержанням законів в їх діяльності перш за все прокурор зобов'язаний забезпечити своєчасне застосування норм кримінально-процесуального законодавства, дозволяючи об'єднати зусилля слідчих і працівників оперативних підрозділів при розкритті і розслідуванні кримінальних правопорушень. Прокурорським наглядом має бути охоплена вся їх діяльність, пов'язана з досудовим розслідуванням. При взаємодії, в якій би формі вона не протікала, прокурор зобов'язаний забезпечити неухильне додержання правових норм, регламентуючих взаємовідносини слідчих з оперативними підрозділами при проведенні досудового розслідування. Незалежно від того, хто в процесі взаємодії порушив закон - слідчий чи працівник оперативного підрозділу прокурор повинен усунути таке порушення самостійно чи вжити відповідних заходів до цього, а також притягти винуватих посадових осіб до встановленої законом відповідальності. Свої наглядові повноваження із забезпечення законності взаємодіючими сторонами прокурор виконує з моменту початку досудового розслідування і до його закінчення: направлення матеріалів у суд або закриття кримінального провадження. Прокурор виявляє і попереджає порушення норм КПК України при взаємодії шляхом перевірки кримінального провадження, доручень слідчого, матеріалів виконання їх оперативними підрозділами, а також у разі надходження сигналів на порушення законів взаємодіючими суб'єктами. Всі його вказівки відносно взаємодії, дані відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України, є обов'язковим для виконання.

Прокурорський нагляд розповсюджується на всіх учасників взаємодії – слідчих і працівників оперативних підрозділів, незалежно від їх відомчої підпорядкованості. Будь-які вказівки, дані прокурором стосовно узгодженої діяльності слідчих і оперативних працівників, є обов'язковими не лише для них, а й для керівників слідчого та оперативного підрозділів. Цілеспрямована, узгоджена діяльність слідчих ss працівниками оперативних підрозділів – обов'язкова умова всебічного, повного і об'єктивного розслідування кримінального правопорушення, а дієвий прокурорський нагляд – міцна гарантія забезпечення законності в цій надзвичайно відповідальній діяльності.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Прокуратура* розуміє роль ЗМІ в суспільстві: інтерв'ю Генерального прокурора України В. Пшонки // Урядовий кур'єр. – 2011. – № 224. – 1 грудня. – С. 6.
2. *Такун В.І.* Влада і злочинність / В.І. Такун. – К.: 1997.

3. Зеленецький В.С. Возбуждение уголовного дела / В.С. Зеленецкий. – Х.: КримАрт, 1998. – 340 с.

4. *Колесник В.А.* Використання оперативно-розшукової інформації при розкритті і розслідуванні тяжких злочинів / В.А. Колесник // Матеріали навчально-методичного семінару прокурорів-криміналістів. – К., 1998. – С. 35-43.

5. *Балашов А.Н.* Взаимодействие следователей и органов дознания при расследовании преступлений / А.Н. Балашов. – М.: Юрид. лит., 1979. – 110 с.

6. *Желєзов Є.С.* До питання про правове регулювання взаємодії слідчого та органу дізнання при розкритті злочинів / Є.С. Желєзов // Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих вчених. – Х.: Університет внутрішніх справ, 1997. – Вип. № 2. – С. 32-38.

7. *Томин В.Т.* Острые углы уголовного судопроизводства / В.Т. Томин. – М.: Юрид. лит., 1991. – 240 с.

8. *Погорецкий М.А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: моногр. / М.А. Погорецький. – Х.: Арсіс; ЛТД, 2007. – 576 с.

9. *Кримінальний* процесуальний кодекс України // Голос України. – 2012. – № 90.91. – 19 травня

## СУДОУСТРІЙ

УДК 347.963:[347.991:347.95](477)

# ПРАВО ПРОКУРОРА НА ЗВЕРНЕННЯ ПРО ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

**Руденко М. В.,**
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри правосуддя
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна,
Заслужений юрист України

***Анотація:*** У статті досліджено проблемні питання щодо визначення права прокурора на перегляд судових рішень Верховним Судом України та механізму його реалізації у відповідних судових процедурах. Визначаються прогалини у чинному законодавстві та пропонуються шляхи його удосконалення з зазначеного питання.
***Ключові слова:*** прокурор, судові рішення, Верховний Суд України, заява, законність.

***Аннотация:*** В статье исследуются проблемные вопросы, касающиеся права прокурора на пересмотр судебных решений Верховным Судом Украины, а также механизма реализации этого права в соответствующих судебных процедурах. Определяются пробелы в действующем законодательстве и предлагаются пути его совершенствования по данному вопросу.
***Ключевые слова:*** прокурор, судебные решения, Верховный Суд Украины, заявление, законность.

***Annotation:*** This article explores the problematic issues related to the right to the prosecutor for judicial review by the Supreme Court of Ukraine, as well as the mechanism for the implementation of this law in the relevant legal procedures. Identifies gaps in the current legislation, and suggests ways to improve on this issue.
***Key words:*** attorney, court decisions, the Supreme Court of Ukraine, the claim legitimacy.

---

На теоретичному рівні проблематика права прокурора на перегляд судових рішень Верховним Судом України та механізму його реалізації мають епізодичний характер дослідження та дискусійність сформульованих положень. Окремі аспекти зазначеного питання з'ясовувались у працях Д. Луспеника, В. Сердюка, М. Смоковича, О. Ткачука, Г. Юровської та ін. Однак єдиного (цілісного) підходу до розуміння сутності цього права та механізму його реалізації при перегляді Верховним Судом України судових рішень у цивільних, господарських, адміністративних, кримінальних справах ще не вироблено. Тому метою цієї статті є аналіз правового регулювання права прокурора на звернення про перегляд судових рішень Верховним Судом України та механізму його реалізації у відповідних судових процедурах.

Насамперед, згідно положень статті 121 Конституції України Прокуратура України становить єдину систему, на яку, зокрема, покладається представництво інтересів громадянина або держави у суді у випадках, визначених законом. Це представництво, як зазначено у частині 1 статті 36-1 Закону України від 5 листопада 1991 року №1789-XII «Про прокуратуру», полягає у здійсненні прокурором від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист у суді інтересів громадянина або держави, а згідно положень частини 3 статті 36-1 цього Закону, однією з форм представництва вказаних інтересів у суді є внесення прокурором апеляційної, касаційної скарги на судові рішення або заяви про їх перегляд за нововиявленими обставинами, заяви про перегляд Верховним Судом України судового рішення.

Отже, з метою представництва інтересів громадянина або держави прокурор у межах повноважень визначених законом, за наявності певних приводів та підстав, може подавати заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України (після їх перегляду в касаційному порядку), тобто бути одним із суб'єктів права ініціювання цього провадження (екстраординарної стадії) у цивільному, господарському, адміністративному, кримінальному судочинствах.

Парадоксально, що надаючи це право прокурору за положеннями частини 2 статті 45 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), частини 2 статті 60 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС) (у редакції Закону України від 20 грудня 2011 року №4176-VI «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку здійснення судочинства»)), законодавцем водночас не виділяється спеціальна особа «прокурор» серед кола осіб, які мають право звернутися із заявою про перегляд судових рішень Верховним Судом України, тобто у главі 3 розділу V ЦПК та главі 3 розділу IV КАС (у редакції Закону України від 7 липня 2010 року №2453-VI «Про судоустрій і статус суддів», зі змінами, внесеними Законом України від 20 жовтня 2011 року №3932-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним Судом України»). Цими главами, як відомо, встановлено порядок перегляду судових рішень у цивільних та адміністративних справах Верховним Судом України і врегульовано допуск Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ

*© Руденко М.В., 2012*

та Вищим адміністративним судом України відповідної справи до провадження.

Зокрема, частиною 1 статті 354 ЦПК та частиною 1 статті 236 КАС передбачено, що право на звернення про перегляд Верховним Судом України судових рішень у цивільних та адміністративних справах із підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах, мають сторони та інші особи, що брали (беруть) участь у справі. Звідси, право прокурора на звернення про перегляд судових рішень Верховним Судом України збігається з колом осіб, які брали (беруть) участь у справі цивільної чи адміністративної юрисдикції.

Так, відповідно до положень статті 26 ЦПК особами, які беруть участь у справі, крім сторін, є треті особи, представники сторін та третіх осіб – у справах позовного провадження; заявники, інші заінтересовані особи, їх представники – у справах наказного та окремого провадження. Згідно статті 47 КАС особами, які беруть участь у справі, є сторони, треті особи, представники сторін та третіх осіб. У справах можуть також брати участь органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, до яких, за логікою кодексів відносять й прокурора (ст. ст. 45, 46 ЦПК, ст. ст. 60, 61 КАС).

Отже, правом на звернення про перегляд Верховним Судом України судових рішень у цивільних та адміністративних справах із підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах, наділений прокурор саме як особа, що брала (бере) участь у справі. Проте, згідно частини 5 статті 36-1 Закону України «Про прокуратуру», частини 4 статті 46 ЦПК та частини 4 статті 61 КАС, прокурор має право звернутися із заявою про перегляд судових рішень Верховним Судом України і в тому випадку, коли він не брав (раніше) участі у справі.

Заяви про перегляд судових рішень у цивільних та адміністративних справах із підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні відповідної справи судом (п. 2 ч. 1 ст. 355 ЦПК, п. 2 ч. 1 ст. 237 КАС) можуть бути подані прокурором до Верховного Суду України в інтересах особи, на користь якої ухвалено рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною. У цьому разі не вимагається, щоб рішення суду, про перегляд якого подається заява, було переглянуто в касаційному порядку. Такі заяви можуть бути подані прокурором на будь-які рішення у цивільних та адміністративних справах, у т.ч. із підстав порушення норм процесуального права. В адміністративних справах, прокурор може звернутися з відповідною заявою в інтересах держави, у тому числі й в особі органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, якщо вони виконують делеговані повноваження держави та брали участь у справі (пункт 2 постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України від 13 грудня 2010 р. №2 «Про судову практику застосування статей 235-240 Кодексу адміністративного судочинства України»; пункт 2 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 вересня 2011 р. «Про судову практику застосування статей 353-360 Цивільного процесуального кодексу України»).

Таким чином, аналіз норм ЦПК (ст. ст. 26, 45, 46, 354) та норм КАС (ст. ст. 47, 60, 61, 236) у поєднанні зі статтею 121 Конституції, статтею 36-1 Закону України «Про прокуратуру» дає всі підстави вважати беззаперечним правом прокурора на звернення до Верховного Суду України із заявою про перегляд судових рішень у цивільних та адміністративних справах. А тому, на наш погляд, законодавцю слід узгодити нормативні положення частини 1 статті 354 ЦПК та частини 1 статті 236 КАС із відповідними положеннями ч. 2 ст. 45 ЦПК та ч. 2 ст. 60 КАС. На це вже звертається увага в літературі.

Більш «заплутаними» у площині подальшого викладення (і тут постає питання з'ясування у цілому поняття (терміну) «прокурор») виглядають нормативні положення глави 32-1 розділу IV Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) (у редакції Закону України від 7 липня 2010 року №2453-VI «Про судоустрій і статус суддів», зі змінами, внесеними Законом України від 20 жовтня 2011 року №3932-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним Судом України»)), якою встановлено порядок перегляду судових рішень у кримінальних справах Верховним Судом України і врегульовано допуск Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ справи до провадження.

Як зазначено у статті 400-13 КПК право на звернення про перегляд Верховним Судом України судових рішень у кримінальних справах із підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень, мають особи, коло яких визначено статтею 384 КПК. До таких осіб належить прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанції; а також Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, міст Києва і Севастополя, прирівняні до них прокурори та їх заступники в межах їх повноважень – незалежно від їх участі в розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанції.

Стаття 56 Закону України «Про прокуратуру» (заголовок статті – роз'яснення поняття «прокурор») вказує, що під поняттям «прокурор» слід розуміти таких службових осіб органів прокуратури як: Генеральний прокурор України та його заступники, підпорядковані прокурори та їх заступники, старші помічники і помічники прокурора, начальники управлінь та відділів, їх заступники, старші прокурори і прокурори управлінь і відділів, які діють у межах своєї компетенції. Згідно пункту 6 статті 32 КПК у розумінні терміну «прокурор» у

кримінальному судочинстві є: Генеральний прокурор України; прокурор Автономної Республіки Крим; прокурор області; прокурор міста Києва; районний, міський прокурор; військовий прокурор; транспортний прокурор; інші прокурори, прирівняні до прокурорів областей, районних або міських прокурорів; їх заступники і помічники; прокурори управлінь і відділів прокуратур, які діють у межах своєї компетенції.

Участь у розгляді кримінальної справи судом першої інстанції беруть здебільшого прокурори районної (міської ланки), прирівняні до них, їх заступники, помічники (старші помічники). У провадженні з перегляду судових рішень у кримінальних справах (апеляційному, касаційному) приймають участь службові особи органів прокуратури вищого рівня, зокрема, прокурори (старші прокурори) галузевих відділів та управлінь прокуратур обласного рівня, прирівняних до них, Генеральної прокуратури України.

Виходячи з цього, із заявою про перегляд судових рішень у кримінальних справах Верховним Судом України може звернутися прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої, апеляційної, касаційної інстанції, тобто районний, міжрайонний, міський прокурори, військовий прокурор, транспортний прокурор, природоохоронний прокурор, їх заступники, старші помічники, помічники, прокурори (старші прокурори) управлінь і відділів, начальники управлінь і відділів прокуратур обласного рівня та їх заступники, а також службові особи органів прокуратури вищого рівня: Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, міст Києва та Севастополя, прирівняні до них прокурори та їх заступники в межах повноважень – незалежно від їх участі в розгляді кримінальної справи судом першої, апеляційної, касаційної інстанції.

Отже, у кримінальному судочинстві, на відміну від адміністративного і цивільного судочинства, законодавцем проводиться чітка градація службових осіб органів прокуратури, які вправі звернутися із заявою до Верховного Суду України про перегляд судових рішень у кримінальних справах. Це пов'язане із специфікою організації підтримання державного обвинувачення у суді і розподілом прокурорської праці з цього питання. Цивільне процесуальне законодавство і адміністративне процесуальне законодавство такої градації (поділу) не передбачають, дане питання врегульоване відповідним галузевим наказом Генерального прокурора України, за положеннями якого таке право використовується виключно Генеральним прокурором України або його заступником. Підпорядковані прокурори можуть лише звертатися до заступника Генерального прокурора України з клопотанням про порушення питання про перегляд судових рішень Верховним Судом України.

Так, у наказі Генерального прокурора України №6 гн від 29.11.2006 р. «Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень» сказано, що заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України у цивільних, господарських та адміністративних справах вносяться за підписом Генерального прокурора України, його заступників, у тому числі за мотивованим клопотанням прокурорів обласного рівня. На сьогодні до прокурорів такого рівня відносяться військові прокурори регіонів (Центрального, Західного, Південного), прокурор Військово-Морських Сил України, Дніпровський екологічний прокурор. Проте, це питання вимагатиме свого вирішення на законодавчому рівні.

Найбільш вдало, на нашу думку, норми щодо права прокурора на звернення про перегляд судових рішень Верховним Судом України виписані законодавцем у господарському судочинстві. Так, правом на звернення із заявою про перегляд Верховним Судом України судових рішень господарських судів наділено сторін у справі та Генерального прокурора України (частина 1 статті 111-15 розділу XII[2] Господарського процесуального кодексу України (далі - ГПК) ( у редакції Закону України від 7 липня 2010 року №2453-VI «Про судоустрій і статус суддів», зі змінами, внесеними Законом України від 20 жовтня 2011 року №3932-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним Судом України»)). Цим розділом встановлено порядок перегляду судових рішень господарських судів Верховним Судом України і запроваджено допуск Вищим господарським судом України справи до провадження.

Зі змісту пункту 2 статті 121 Конституції, статей 2 і 29 ГПК та пункту 5 статті 36-1 Закону України «Про прокуратуру», а також рішення Конституційного Суду України від 08.04.1999 №3-рп/99 випливає, що Генеральний прокурор України може звернутися з відповідною заявою до Верховного Суду України лише в інтересах громадянина або в інтересах держави в особі органу, уповноваженого державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах.

Заява про перегляд Верховним Судом України судових рішень господарським судом може бути подана Генеральним прокурором України після їх перегляду в касаційному порядку (стаття 111[15] ГПК), тобто лише після прийняття Вищим господарським судом України постанови за наслідками розгляду касаційної скарги.

Оскільки треті особи у господарській справі користуються правами і несуть обов'язки сторін (статті 26 і 27 ГПК), то й вони мають право на звернення з такими заявами або Генеральний прокурор України на їх користь (пункт 2 постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 11 жовтня 2011 р. №2 «Про деякі питання практики застосування розділу XII[2] Господарського процесуального кодексу України»).

Підсумовуючи певною мірою викладене, вважаємо за необхідне передбачити у ЦПК (ст.354), ГПК (ст.111[15]), КАС (ст. 236) положення про те, що право на звернення із заявою про перегляд судових рішень Верховним Судом України у цивільних, господарських, адміністративних справах має лише Генеральний прокурор України чи його заступник. Адже з практичної точки зору тут потрібен, як правило, вищий фаховий рівень.

У подальшому необхідно зупинитися на деяких аспектах щодо формального, строкового та

змістовного характеру заяви прокурора про перегляд судових рішень Верховним Судом України.

Зрозуміло, що ця заява подається до Верховного Суду України у письмовій формі через Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий адміністративний суд України, Вищий господарський суд України і за змістом повинна відповідати вимогам статей 357 ЦПК, 239 КАС, $111^{18}$ ГПК, $400^{15}$ КПК. Наприклад, як зазначено у пункті 11 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.12.2011 р. №15 «Про судову практику застосування статей $400^{11}$-$400^{18}$ Кримінально-процесуального кодексу України», прокурор на бланку відповідної прокуратури подає заяву установленого зразка із зазначенням вихідного номеру та дати.

Слід звернути особливу увагу на те, що заява прокурора повинна містити не тільки прохання про допуск, але й обґрунтування, в чому саме полягає неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах (п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК, п.1 ч.1 ст. 237 КАС, п.1 ч.1 ст. $111^{16}$ ГПК, п. 1 ч. 1 ст. $400^{12}$ КПК) чи необхідності перегляду судових рішень у зв'язку з ухваленням рішенням міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною (п. 2 ч. 1 ст. 355 ЦПК, п. 2 ч. 1 ст. 237 КАС, п. 2 ч. 1 ст. $111^{16}$ ГПК, п. 2 ч. 1 ст. $400^{12}$ КПК).

*Так, у заяві про перегляд Верховним Судом України постанови суду касаційної інстанції на підставах, передбачених п. 1 ст. $111^{16}$ ГПК, з посиланням на неоднакове застосування судом касаційної інстанції положень ст. 1 Закону від 19 червня 2003 р. №963-IV «Про державний контроль за використанням та охороною земель», статей 124, 125 Земельного кодексу України, Генеральний прокурор України порушив питання про скасування постанови Вищого господарського суду України від 26 листопада 2009 р. та направлення справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції. Як приклад неоднакового застосування судами норм матеріального права до поданої заяви Генеральний прокурор України долучив копії постанов Верховного Суду України від 10 березня 2009 р. та від 28 березня 2006 р., а також копії постанов Вищого господарського суду України від 26 липня та від 11 серпня 2010 р., в яких суди касаційної інстанції за тих самих обставин, застосувавши ті самі положення закону, зробили протилежні та, на його думку, правильні висновки про відсутність підстав для відмови у задоволенні позовів про звільнення зайнятих земельних ділянок за відсутності у відповідача правовстановлюючих документів на цю земельну ділянку. Ухвалою від 13 вересня 2010 р. Вищий господарський суд України допустив до провадження господарську справу для перегляду Верховним Судом України постанови Вищого господарського суду України від 26 листопада 2009 р., а постановою від 22 листопада 2010 р. Верховний Суд України заяву Генерального прокурора України задовольнив: постанову Вищого господарського суду України від 26 листопада 2009 р. скасував, а справу передав на новий розгляд до суду касаційної інстанції*[3].

У разі надходження заяви прокурора, не оформленої відповідно до вимог статей 357, 358 ЦПК, 239, $239^{1}$ КАС, $111^{18}$, $111^{19}$ ГПК, $400^{15}$, $400^{16}$ КПК, мають застосовуватися, зокрема, положення ст.ст. 121 ЦПК, 108 КАС, 63 ГПК, тобто суддя-доповідач у відповідному судочинстві повинен постановити ухвалу, якою прокурор повідомляється про недоліки заяви та про строк, упродовж якого він зобов'язаний їх усунути. Як слушно зазначається у літературі (і ця думка поділяється й у названих постановах Пленумів Вищих спеціалізованих судів України), тривалість вказаного строку визначається в кожному конкретному випадку з урахуванням характеру недоліків, реальної можливості отримання копії ухвали, яка повинна бути надіслана заявнику негайно, та усунення цих недоліків. Отже, цей строк повинен бути розумно необхідним, тобто достатнім для усунення всіх недоліків заяви з урахуванням тривалості поштового обігу.

Якщо Генеральним прокурором України (його заступником) здійснено вступ у справу цивільної, господарської, адміністративної юрисдикції шляхом подання заяви до Верховного Суду України про перегляд судового рішення (де підпорядковані прокурори раніше не брали участь у розгляді відповідної справи) він, на нашу думку, повинен надати Верховному Суду України докази, які підтверджують неможливість особи самостійно звернутися для захисту своїх прав, свобод та інтересів до Верховного Суду України.

За наслідками розгляду заяви прокурора про перегляд судового рішення Верховним Судом України приймається одна з постанов: про повне або часткове задоволення заяви; про відмову в задоволенні заяви (ч. 1 ст. 360-3 ЦПК, ч. 1 ст. 242 КАС, ч. 1 ст. 111-24 ГПК, ч. 1 ст. 400-21 КПК).

*Так, 21 лютого 2011 р. Верховний Суд України відмовив у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України про скасування постанови Вищого адміністративного суду України у справі за позовом прокурора м. Коростеня Житомирської області до відділу державної виконавчої служби Коростенського міськрайонного управління юстиції (далі - ВДВС), в якому порушувалося питання про зобов'язання начальника ВДВС надати прокурору для ознайомлення виконавчі провадження, відкриті відповідачем за виконавчими листами у кримінальних справах про стягнення штрафів, конфіскацію майна як видів кримінального покарання та судових витрат на користь держави. Постанова Верховного Суду України у цій справі (№21-10а11) мотивована тим, що виконавче провадження в Законі від 21 квітня 1999 р. №606-XIV «Про виконавче провадження» - завершальна стадія судового провадження (ст. 1). А це узгоджується з практикою Європейського суду щодо застосування ст. 6 Конвенції, яка гарантує право на справедливий суд. Так, у рішенні від 19 березня 1997 р. у справі «Горнсбі проти Греції» (Case of Hornsby v. Greese) Європейський суд зазначив, що для цілей ст. 6 Конвенції виконання рішення, ухваленого судом, має розцінюватися як складова частина «судового розгляду». Разом із цим національне законодавство України не наділяє прокуратуру повноваженнями щодо нагляду за додержанням і застосуванням законів у ході судового провадження. Таким чином,*

*до повноважень прокуратури України не віднесено нагляд за законністю виконавчого провадження у кримінальних справах, відкритого за виконавчими листами про стягнення штрафів, конфіскацію майна як видів кримінального покарання та судових витрат на користь держави. Такий нагляд поширюється лише на виконання судових рішень у кримінальних справах, які пов'язані із обмеженням особистої свободи громадян.*

Згідно до положень частини 1 статей $360^7$ ЦПК, $111^{28}$ ГПК, $244^2$ КАС, $400^{25}$ КПК рішення Верховного Суду України, прийняте за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права, та для всіх судів України. Отже, практика Верховного Суду України розглядається законодавцем як джерело правозастосування.

І насамкінець. У відповідності до п. 11 ч. 1 ст. 5 Закону України від 8 липня 2011 року №3674-IV «Про судовий збір» органи прокуратури звільняються від сплати судового збору при здійсненні представництва інтересів громадянина або держави в суді, а тому вимоги п. 11 ч. 2 ст. 4 цього Закону у даному випадку не застосовуються.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Смокович М.* Судова реформа. Допуск адміністративної справи до провадження у Верховному Суді України / М. Смокович // Вісник прокуратури. – 2011. – №12. – С. 82.

2. *Ткачук О.С.* Перегляд судових рішень Верховним Судом України: проблемні питання правозастосування / О.С. Ткачук, Д.Д. Луспеник // Право України. – 2011. – №10. – С. 110.

3. *Рішення* у господарських справах… (редакційна) // Вісник Верховного суду України. – 2012. – №1 (137). – С. 18-19.

4. *Юровська Г.* Допуск цивільних справ до провадження у ВСУ / Г. Юровська // Юридичний вісник України №39 (847), 1-7 жовтня 2011 року.

5. *Про вимоги* прокурора надати для ознайомлення виконавчі провадження: постанова Верховного Суду України від 21.02.2011 р. // Юридичний вісник України, 7-13 травня 2011 р., №19.

УДК 342.56

# ЄДНІСТЬ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ЯК ОСНОВА ВЗАЄМОДІЇ СУДІВ З ІНШИМИ ОРГАНАМИ ВЛАДИ ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНОГО РІВНЯ

**Вільгушинський М. Й.,**
кандидат юридичних наук,
заступник голови Вищого
спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ

***Анотація:*** Проаналізовано основні питання єдності державної влади як основи взаємодії судів з органами влади загальнодержавного рівня, зокрема, з Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України. Звернуто увагу на значення у вказаній взаємодії Конституційного Суду України як представника судової влади.
***Ключові слова:*** єдність державної влади, взаємодія судів, державні органи загальнодержавного рівня.

***Аннотация:*** Проанализированы основные вопросы единства государственной власти как основы взаимодействия судов с органами власти общегосударственного уровня, в частности, с Верховной Радой Украины, Президентом Украины, Кабинетом Министров Украины. Обращено внимание на значение в указанном взаимодействии Конституционного Суда Украины как представителя судебной власти.
***Ключевые слова:*** единство государственной власти, взаимодействие судов, государственные органы общегосударственного уровня.

***Annotation:*** The main issues analyzed unity government as a basis for interaction ships with by government of national level bodies, in particular with the Verkhovna Rada of Ukraine, the President of Ukraine, and the Cabinet of Ministers of Ukraine. Attention is drawn to the value indicated in the interaction of the Constitutional Court of Ukraine as a representative of the judiciary.
***Key words:*** unity government, cooperation between courts, state-level government agencies.

Як відомо, у зв'язку з судовою реформою сьогодні надзвичайно актуальною є проблема взаємодії судів із державними органами загальнодержавного рівня. Зокрема, це питання: взаємодії судів із Верховною Радою України, Президентом України та Кабінетом Міністрів Украйни; дослідження форм взаємодії судів із центральними органами виконавчої влади та прокуратурою; адміністративно-правові засади взаємодії вищих спеціалізованих судів, Верховного Суду України та Конституційного Суду України. Разом із тим, в основі цих проблемних питань, як нам вбачається, дуже актуальним є дослідження єдності державної влади саме як основи взаємодії судів з іншими органами влади загальнодержавного рівня, що і є метою цієї статті.

Варто зазначити, що вказаній проблемі були свого часу призначені наукові праці В.Б. Авер'янова, Г.В. Атаманчука, О.М. Бандурки, В.Д. Бринцева,

*© Вільгушинський М.Й., 2012*

В.Н. Гаращука, П.Ф. Карпечкіна, Н.Р. Нижник, В.Ф. Погорілка, М.В. Савчина, А.О. Селіванова, В.О. Серьогіна, А.А. Стрижака, Ю.М. Тодики, Ю.С. Шемшученка, у яких досліджуються окремі питання взаємодії судів з іншими державними органами, але не розкриваються у повному обсязі.

Тому насамперед необхідно нагадати, що відповідно до ч. 1 ст. 6 Конституції України [1]державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову; що органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Разом із тим В. Невідомий зауважує, що «ця класифікація не дає змоги (чи взагалі, чи, принаймні, однозначно) віднести до певного її видового відгалуження ряд існуючих у нашій державі органів влади. До останніх належать такі органи, як Прокуратура, Конституційний Суд, Уповноважений Верховної Ради з прав людини, Рахункова палата і навіть Президент України. Адже їхні функції не видається можливим чітко кваліфікувати як законодавчі, виконавчі чи судові» [2].

Попри все, варто зазначити, що єдність державної влади в України є базовим, ключовим поняттям, яке не тільки унормоване конституційно та законодавчо, але й, що важливо, підкріплено щоденною державотворчою практикою. Тому розуміння єдності державної влади включає в себе поняття органу державної влади, що сприймається як «відносно самостійна і відокремлена частина єдиної системи органів державної влади, державного механізму, яка створена відповідно до Конституції й чинного законодавства, офіційно виступає та діє від імені держави у межах своїх повноважень і встановленого законом порядку, має свій державно-правовий статус, виконує відповідні завдання, функції та політику держави у різних сферах державного та суспільного життя» [3]. Це визначення, де вдало використовується загальновідоме усереднене управлінське поняття системи як складової сукупності окремих елементів, об'єднаних між собою певними зв'язками та виконуючих знов таки певні функції, як окремого системного елемента, стосовно до теми дослідження припускає наявність саме кількох органів державної влади. Звідси, ці органи державної влади повинні мати такі характеристики та властивості, що дозволяють їх вважати системними утвореннями.

Більше того, В.В. Кравченко, позначаючи, що органи державної влади утворюють певну систему, яка характеризується функціональною та організаційною єдністю, підкреслює, що «функціональна єдність системи органів державної влади передбачає спільність їхніх завдань і функцій, у процесі їх реалізації вони діють спільно, тісно взаємодіють між собою. Організаційна єдність системи органів державної влади виявляється в тім, що одні органи обираються або призначаються іншими, одні керують діяльністю інших, одні підзвітні та підконтрольні іншим тощо» [4].

Його підтримує М.М. Вегеш, який, перш за все, вказує на таку ознаку функціональної єдності органів державної влади, як «забезпечення реалізації функцій держави». І, по-друге, – на вже згадану таку особливість організаційної єдності системи органів державної влади, як підконтрольне обрання чи створення, керування або підзвітність і підконтрольність [3].

У цілому, в Україні органи державної влади класифікуються за соціальною природою – як первинні та вторинні; за способом утворення – як виборні, призначувані та успадковані; за способом прийняття рішень – як колегіальні та єдиноначальні; за територіальними межами – як центральні й місцеві; за часом дії – постійні та тимчасові; за функціональним призначенням – законодавчі, виконавчі та судові; за обсягом повноважень – загальної та спеціальної компетенції тощо.

Варто мати на увазі, що під державним органом у цілому розуміється суб'єкт або група суб'єктів, призначених для реалізації державної влади в передбачених законом випадках. До числа державних органів належать, наприклад, суд, президент, парламент і т.д.

М.М. Вегеш додатково наводить ознаки системи органів державної влади, які ми б позначили такими, що характеризують її єдність [3]:

– компетенція органів державної влади та управління суспільством як носіїв влади;

– структурна організація органів, єдність кінцевої мети й взаємодії та орієнтація на забезпечення реалізації функцій держави;

– наявність між державними органами організаційно-правового зв'язку;

– можливість модифікації державних органів.

Оскільки згідно зі ст.1 Конституції України наша держава є правовою і демократичною, для неї є характерним як поділ влади у вигляді структурного відокремлення та функціональної спеціалізації державного механізму (виходячи з того, що під ним розуміють сукупність різноманітних державних структур, що забезпечують економічні, соціальні, політичні та правоохоронні функції), так і взаємодія у виконанні функцій влади. Саме виходячи з основних функцій влади (або держави) здійснюється її поділ на законодавчу, виконавчу та судову.

Взаємодія судів з іншими державними органами загальнодержавного рівня є предметом цього дослідження, тому слід ще раз особливо підкреслити, що до таких державних органів загальнодержавного рівня належать Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Прокуратура України та органи, що безпосередньо уособлюють в собі судову владу, – Конституційний Суд України, Верховний Суд України та вищі спеціалізовані суди.

Вочевидь що, на нашу думку, виходячи з висловленого принципу єдності державної влади та одночасного її поділу на владні гілки, найбільшу за пріоритетом – першочергову загальнодержавну значущість – набуває взаємодія судів із законодавчою гілкою влади, потім – із виконавчою, і далі – всередині власне судової, тобто з різними судовими органами.

Разом із тим така пріоритетність розподілу значущості взаємодії судів є досить умовною і цілком залежить від конкретних політичних ситуацій в державі. Так, наприклад, повністю визнаючи головним принцип єдності державної влади, слід погодитись, що останнім часом в Україні при вирішенні конституційних, адміністративних, господарських і навіть політичних питань, поступово

набуває найбільшого значення саме взаємодія Конституційного Суду України, Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів. При цьому ця теза підтверджується думкою В. Невідомого, який зазначає, що «сьогодні судова влада стає все більш підконтрольною виконавчій владі; громадяни практично позбавлені права прямого звернення до вищих судових інстанцій, а положення ч. 4 ст. 124 Конституції України про те, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів та присяжних, залишається поки що суто декларативним (цей інститут не тільки не імплементований, а й досі навіть не прописаний процесуально)» [2].

Поглиблюючи судження щодо основних функцій влади, О.Ф. Фрицький зазначає, що функція забезпечення єдності державної влади поділяється на три підфункції: 1) координацію діяльності всіх гілок влади; 2) урівноважування гілок влади, створення балансу сил; 3) припинення дій органів, які порушують єдність влади [5, с.364].

Незважаючи на те, що в Конституції України вказані підфункції забезпечення єдності державної влади спеціально не визначені, підкреслимо їх важливість у побудові демократичної держави. Характерним є те, що реалізацію цих підфункцій науковці відносять переважно до компетенції Президента, зазначаючи, що «кожна з названих підфункцій може бути наповнена значною кількістю повноважень: починаючи від права на достроковий розпуск парламенту до права на звернення до Конституційного Суду України. В результаті це має забезпечувати належне функціонування усього державного механізму, всіх його гілок і підсистем» [6]. Означена взаємодія Конституційного Суду України з Президентом України ставить за мету полегшення діяльності усіх гілок влади та одночасно створення умов для ефективного правозастосування, в тому числі, й перевіркою конституційності нормативно-правових актів і офіційним нормативним тлумаченням Конституції України та законів України. І, відповідно, побічно впливає на забезпечення єдності державної влади.

Так, наприклад, координаційна підфункція включає в себе координацію діяльності всіх гілок влади та владних інституцій: парламенту, судів, органів виконавчої влади; її призначення вбачається у досягненні найбільш ефективної діяльності та позитивних загальнодержавних результатів.

Розгляньмо приклади взаємодії органів влади загальнодержавного рівня, що підтверджують її єдність.

Так, Президент України у взаємодії з Верховною Радою України має право законодавчої ініціативи, конституційне право вето, право призначати всеукраїнський референдум щодо змін до Конституції України. Крім того, взаємодія Президента України з Верховною Радою України відбувається через Постійного представника Президента України у Верховній Раді України [7, с. 112], уповноваженого Президентом України забезпечувати взаємодію між ним і Верховною Радою України щодо розв'язання питань, які виникають у взаємовідносинах Президента України та Верховної Ради України. Основні завдання Постійного представника визначені Указом Президента України «Про Положення про Представника Президента України у Верховній Раді України» від 15.02.2008 р. № 133/2008 [8]. Варто зазначити, що засади такої взаємодії розкриті в окремій науковій праці [9].

У свою чергу, взаємодія Верховної Ради України з Президентом України відбувається на конституційно визначених засадах. Зокрема, науковці, досліджуючи зазначену взаємодію, розглядають її виключно з позицій превалювання Президента України над Верховною Радою, що, на нашу думку, є помилкою. Слід ураховувати, що «важливим моментом, що визначає взаємодію Верховної Ради України і Президента України, є однотипний спосіб їх легітимізації: Верховна Рада України і Президент України обираються народом України шляхом загального голосування» [10]. У взаємодії Верховної Ради України з Президентом України Верховна Рада може ініціювати референдум самостійно або на вимогу трьох мільйонів виборців; при потребі – оголосити процедуру імпічменту, тобто дострокового припинення повноважень Президента України, тощо. При цьому, як зазначає Л.І. Полякова, «важливо звернути увагу на роль Конституційного Суду у взаємовідносинах Верховної Ради і Президента. Конституційний Суд повинен виступати як справедливий і неупереджений суддя у розв'язанні конфліктів між гілками влади».

Взаємодія Президента України та Кабінету Міністрів України ґрунтується, крім Конституції України, на нормах низки законів, зокрема, ст. 6 чинного досі Закону Української РСР від 05.07.1991 р. № 1295-XII «Про Президента Української РСР» [11], яка визначає, що Президент здійснює свої повноваження, спираючись на Кабінет Міністрів. Зокрема, йдеться про повноваження глави держави з утворення, реорганізації та ліквідації органів виконавчої влади й щодо скасування актів Кабінету Міністрів України; про спрямовану на поглиблення підконтрольності Кабінету Міністрів України, діяльність Адміністрації Президента України, створення механізмів його залежності від робочого апарату глави держави; перехід до нових методів конструктивної співпраці Адміністрації та Уряду. Взаємодія Президента України з Кабінетом Міністрів України набула нового значення з появою спеціального інституту представників Президента з відповідних питань, зокрема, щодо зв'язків Президента з Кабміном [12]. Разом із тим варто звернути увагу на недосконалу практику діяльності Представника Президента у Кабміні через невірно розставлені пріоритети його роботи, а також значну безпосередню залежність від Адміністрації Президента та її керівника.

Сьогодні основою діяльності Кабінету Міністрів України щодо як його взаємодії з Президентом України, так і Президента України з Кабінетом Міністрів України, є положення ч. 1 ст. 4 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 07 жовтня 2010 року № 2591-VI [13], відповідно до якого Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією України, цим Законом, іншими законами України, а також актами Президента України.

У найзагальнішому вигляді взаємодія судових органів із органами влади загальнодержавного рівня найбільш яскраво простежується на прикладі

діяльності Конституційного Суду України. Так, Рішенням Конституційного Суду від 30.09.2010 р. [14] була повернута редакція ст.ст. 113–116 Конституції України, яка діяла до 8 грудня 2004 р. У ст. 113 знову визначено, що Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади; Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України та підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених у ст.ст. 85, 87 Конституції України; Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією і законами України, актами Президента України тощо.

Таким чином, виходячи з принципу єдності державної влади та одночасного її поділу на владні гілки найбільшу за пріоритетом – першочергову загальнодержавну значущість набуває взаємодія судів із законодавчою, а потім – із виконавчою гілкою влади. Разом із тим така пріоритетність значущості взаємодії судів є умовною, оскільки останнім часом в Україні важливого значення поступово набуває взаємодія Конституційного Суду України, Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів. Ця взаємодія потребує не тільки додаткового наукового досліжження, а й належного законодавчого закріплення. Більш чіткого нормативного визначення потребують також взаємовідносини Президента України та Верховної Ради України. У той же час загалом можна констатувати, що сьогодні єдність державної влади в Україні є достатньо законодавчо обгрунтованою.

## ЛІТЕРАТУРА

1. *Конституція* України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Невідомий В.* Структурні трансформації сучасного суспільства та реформування конституційних основ української держави / В. Невідомий [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/publish/article/16738549. – 06.09.2011.

3. *Політологія*: підручник / [М. М. Вегеш та ін.] ; ред. М. М. Вегеш. – 3-тє вид., перероб. і доповн. – К. : Знання, 2008. – 384 с.

4. *Кравченко В. В.* Конституційне право України : навчальний посібник / В.В. Кравченко. – 3-тє вид., виправл. та доповн. – К. : Атіка, 2004. – 512 с.

5. *Фрицький О. Ф.* Конституційне право України : підручник / О. Ф. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 536 с.

6. *Інтерв'ю* завідувача кафедри державного будівництва Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого С. Серьогіної головному редакторові журналу «Право України», академіку О. Святоцькому // Право України. – 2009. – № 12. – С. 6–17.

7. *Колодій А. М.* Державне будівництво і місцеве самоврядування: навч. посіб. / А.М. Колодій, А.Ю. Олійник. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 304 с.

8. *Про Положення* про Представника Президента України у Верховній Раді України: Указ Президента України: від 15.02.2008 р. № 133/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 13. – Ст. 323.

9. *Полякова Л. І.* Аспекти взаємодії Президента України і Верховної Ради. Спроба посилення президентської влади (1994–2004) / Полякова Л. І. // Управління розвитком. – 2012. – № 8 (129). – С. 23–24.

10. *Полякова Л. І.* Аналіз механізмів взаємодії Верховної Ради і Президента України (1991–2004 рр.) / Полякова Л. І. // Гілея: наук. вісник. – 2010. – Вип. 35 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2010_35/Gileya35/I14_doc.pdf.

11. *Про Президента* Української РСР: Закон УРСР від 5 липня 1991 р. № 1295-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 33. – Ст.446.

12. *Про Положення* про Представника Президента України у Кабінеті Міністрів України: Указ Президента України від 15 лютого 2008 року № 132/2008 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.president.gov.ua/ru/documents/7470.html

13. *Про Кабінет* Міністрів України: Закон України від 7 жовтня 2010 року № 2591-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 9. – Ст.58.

14. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України)»: від 30.09.2010 р., № 20-рп/2010 // Вісник Конституційного суду України. – 2010. – № 5. – Ст. 36.

## ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

УДК: 341.1/.8

# НАЦІОНАЛЬНЕ САМОВИЗНАЧЕННЯ ТА УКРАЇНСЬКА ДЕРЖАВНІСТЬ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ПІДХІД

**Задорожній О. В.,**
кандидат юридичних наук,
професор, завідувач кафедри
міжнародного права
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

***Анотація:*** У статті з точки зору міжнародного права розглянуті історичні умови реалізації принципу національного самовизначення у створенні української незалежної держави. Обгрунтовується тисячорічний досвід державотворення на українських землях та об'єктивний характер формування української державності.

***Аннотация:*** В статье с точки зрения международного права рассмотрены исторические условия реализации принципа национального самоопределения в создании украинского независимого государства. Обосновывается тысячелетний опыт государства на украинских землях и объективный характер формирования украинской государственности.

***Annotation:*** The article from the point of view of international law considered the historical conditions of the principle of national self-determination in the creation of an independent Ukrainian state. Substantiated Millennium Experience state of Ukrainian lands and objective character of Ukrainian statehood.

Двадцятирічний досвід новітнього українського державотворення доводить, що у XXI столітті нещодавні державні утворення, попри міжнародне визнання їхнього суверенного статусу, мусять звертатися до своїх історичних витоків як з точки зору внутрішньої легітимності, так і зовнішньої. Попри зовні усталені норми міжнародного права, сьогодні усе частіше виринають терміни «держава, що не відбулася», «невдалий державний проект» та інші подібні. Зміна геополітичних реалій та сфер впливу провідних держав знову ставлять руба питання джерел і підстав легітимності української державності. У науковій літературі політологічного або правового характеру це може аргументуватися по-різному. Висловлюються думки про загальну кризу інституту національної держави, яка стала продуктом XIX століття, реалізувалася як концепція у XX, але за умов глобалізації, держава втрачає інструменти впливу на економічні та політичні процеси, заступаючись наднаціональними утвореннями політичного, військового або економічного характеру. Новітня мода на геополітичний аналіз впроваджує терміни на кшталт «обмежений суверенітет», повертає до концепції «сфер впливу великих держав» і створює у загалу уявлення про штучність та скороминущість тих невеликих держав, що складають переважний обсяг політичної карти світу.

Проте принцип національного суверенітету не видається нам таким вже історично штучним або ж скороминущим. Принаймні саме він сьогодні формує критерії легітимності міжнародної системи, і апеляція до нього залишається необхідною умовою світової стабільності. І якщо не спиратися лише на прецеденти сумнівної суверенізації чи помітного застосування подвійних стандартів, він зберігає свою актуальність. Альтернативою може бути лише повернення до ситуації поліетнічних імперій столітньої давнини, але форми інтеграції XXI ст. та їх ідеологічне обгрунтування не дозволяють повернутися до такого структурування політичного простору та відповідних правових аргументів. Сучасний політичний і правовий лексикон цивілізованого світу не схильний глорифікувати термін «імперія» [1, с. 283-324]. Але цей факт не позбавляє політичних акторів відповідальності за відтворення легітимності їхніх політичних просторів. Таким простором є й сучасна українська держава, яка, попри усі відомі суперечності власного розвитку займає цілком легітимне місце на карті.

Однією з ілюзій у ставленні до сучасної української суб'єктності є ототожнення факту двадцятирічної незалежності нашої держави з її «історичною новизною». Якщо у Росії можуть традиційно вважати, що її державність має тисячолітню історію від Київської Русі, то Україна попри своє місцезнаходження в історичному осередку Русі та спільну з нею столицю, сприймається як щось відірване від свого ґрунту. Зрозуміло, що таке уявлення – хибне, і засноване лише на реліктах радянської історичної міфотворчості, які відтворювали давнішу ідеологію Російської імперії. Тому звернення до проблематики «історичної легітимності» України у міжнародно-правовому сенсі лишається одним із необхідних завдань для вітчизняної історії права.

Розвиток правосвідомості загалом, не говорячи про теоретичний рівень правознавства та міжнародного права, пройшов на українських теренах дуже різні змістовні етапи. Це змушує розставляти різні акценти в аналізі історичних періодів та звертати увагу передовсім на ключові, етапні моменти. Єдиним вихідним критерієм для нас виступив статус суб'єкта міжнародних відносин для етнічно українського державного утворення (Русь, Гетьманат, Українська Народна Республіка, УРСР).

*© Задорожній О.В., 2012*

Т.зв. «періоди бездержавності» або квазідержавності (як за часів СРСР) для нас важливі в сенсі або збереження певних форм суб'єктності, або визрівання, формулювання її правових підстав.

Критерій «етнічності» державного утворення ми визначаємо у наступний спосіб. За всіх часів існування держав на території сучасної України ми не зможемо назвати таку, населення якої було б етнічно однорідним. Проте ретроспективно ми можемо стверджувати, що той політичний клас, який утворював дану форму держави, переважно належав до українців або їхніх безпосередніх предків, або ж ставав таким внаслідок асиміляції. Критерій у вигляді назви «Україна» для нас є відносним, адже до XX ст. не існувало держави або адміністративної одиниці з такою назвою. Попередніми етнічними назвами українців були «Русь», «русини». Назвою козацької держави було «Військо Запорозьке». Поширення самоназви «українці» на всі групи населення, що розмовляло українською мовою, припадає на XIX ст. Проте така ситуація не змінює факту спадковості населення як в етнічному сенсі, так в ідеологічному усвідомленні ним своєї історичної традиції та правових прецедентів. Провід козацького Гетьманату постулював свою спадковість від давньоруських князів, а українська держава XX ст. рахує за собою саме тисячу років державницької традиції [2, с. 5]. А з точки зору подібних прецедентів факт зміни назви народу та країни не є в європейській історії чимось ексклюзивним. Достатньо пригадати створення модерної румунської держави у сер. XIX ст. на основі історичних територій Валахії, Молдавії та згодом, у XX ст. – Трансильванії за умов, коли назва «Румунія» до цього не вживалася. Але вона стала назвою модерного національного проекту східнороманського етносу.

Провідною проблемою в сучасному дискурсі про легітимність тих чи інших державних утворень зазвичай є конфлікт не в різній оцінці правових категорій, а конфлікт історичних міфологій, актуалізований на рівні міждержавних відносин. І проблему становить не наявність «історичної міфології» як такої (на рівні масових уявлень її існування є усталеною практикою, тобто – нормою), а її втручання у царину офіційних чи «неофіційно підтриманих владою» правовідносин, які втрачають свій об'єктивно історичний (а тому мінливий в часі) характер. Коли явища, досліджувані історією права, перестають мати історичний характер, вони переходять у царину ідеологічних конфліктів та пропагандистських кампаній.

Розкриємо цю тезу. Підстави легітимності державних утворень у різні історичні періоди були різними. Якщо сама концепція державного суверенітету стала формально визнаною з часів Вестфальської системи (1648), то уявлення про джерела та суб'єкт суверенітету з тих часів суттєво змінилися. У довестфальські часи міжнародні правовідносини ґрунтувалися на засадах монархічного легітимізму, що перетворює сам термін «система міжнародних відносин» щодо тих часів на сучасний анахронізм. Відносини були міждержавними, а не міжнародними, бо виходили з підтримання принципу поєднання династичних (сімейних) інтересів та інтересів локальних територіальних еліт. «Династичну порожнечу» могли собі дозволити старі впливові олігархічні республіканські режими (Венеція, Генуя, Швейцарія). В інших випадках доля правлячої династії могла стати вирішальною для очолюваного нею державного утворення (політії): Галицько-Волинська держава після переривання династії Романовичів у 14 ст. перетворилася на об'єкт цілком легітимних зазіхань з боку Польщі, Литви та Угорщини.

Адже ситуація з утворенням олігархічного боярського режиму на чолі з Дмитром Дєтьком, попри її імовірну «демократичність», не могла сприйматися як легітимний акт. Держава потребує легітимної династії, а не сумнівних новотворів або, як би сказали сьогодні, «конституційних експериментів». І з точки зору тодішньої правосвідомості, наприклад, перехід Волині до рук литовця Любарта Гедиміновича (що робило її складовою вже не «Руської держави», а Великого князівства Литовського) через династичний шлюб був цілком законним. Місцева спільнота сприймала цей перехід як незаперечно легітимний, хоча сьогодні це могло б сприйматися як втрата національного суверенітету. Після монголо-татарської навали 1239-1241 рр., згідно звичної «історичної міфології» розпочалося «монголо-татарське іго» (термін, впроваджений істориком Карамзіним на поч. XIX ст.). Але з точки зору тодішньої правосвідомості завойовники на підкорених теренах Наддніпрянщини отримували повну легітимність влади, оскільки усунули місцеву еліту і запровадили нову систему владарювання, заперечити яку не було кому. Система правил, яка йде від тих, хто встановив владну ієрархію, сприймалася як легітимна. Тому хани Золотої орди для усіх руських земель від Києва до Москви були законними «царями» [3, с. 5-7].

Яскравим прикладом цього є історія Куликовської битви 1380 р. Дмитрій Донськой виступив не проти влади татар і за «визволення від іга», а проти узурпатора ханської влади Мамая. Законним царем був Тохтамиш, який і спалить Москву через два роки після поля Куликова. І за це не здобуде помітного в тодішніх джерелах осуду: цар може чинити як вважає за необхідне. Нової Куликовської битви не відбулося. Під час «великої замятні» (громадянсько-династичної війни) в Орді у сер. 14 ст. у Наддніпрянщині встановлюється литовсько-татарський «кондомініум» – спільне володіння територією, коли безпосередньо урядують литовці князя Ольгерда, але сплачують за це грошовий «вихід» в Орду. Очікуване «звільнення від іга» не викликало помітного ентузіазму пригноблених татарами русинів-українців: вельми «м'яка» влада литовців здобула підтримку «народних мас», коли Орда фактично відступилася Україною на користь Гедиміновичів. Тоді цілковито легітимною стала литовська династія, за яку воювали українські воїни у збройних конфліктах наступних двохсот років [4, с. 88]. У Галицько-Волинській державі ситуація була іншою, оскільки там до переривання лінії Романовичів залишалася власна династія, – то й розподіл «галицько-волинської спадщини» відбувався за іншим сценарієм.

Якщо теорія суспільного договору Томаса Гоббса (сер. 17 ст.) стала перехідною в історії політико-правової думки, то подібна теорія Жана-Жака Руссо (сер. 18 ст.) через сто років позначила тенденцію до

зміни джерел легітимності та суверенітету. У Гоббса спільнота громадян делегує суверенітет абсолютному монарху, а у Руссо вона вже повинна сама формувати владні інститути за республіканською моделлю. Тому модель Руссо ставала у правовій думці кроком до появи ідеї «міждержавних відносин на засадах народного (нединастичного) суверенітету» [4, с. 19-27]. Попри те, що початкові засади міжнародного права були сформульовані у Ius gentium («права народів») стародавніх римлян, слово «народи» було характеристикою варварських спільнот (племен), чужих щодо розвинутого цивільного права римського народу. Сам же останній як єдиний цивілізований «народ» недарма позначався зовсім іншим словом: populus. Республіканські традиції Риму з його ритуалом будування легітимації правових рішень за принципом «Волею народу і сенату Риму» («Senatus populusque Romanum»), у середні віки загубився на тлі визрівання європейського феодального права, джерелом якого окрім традиції, було й уявлення про усталену соціальну ієрархію. Ідеї Руссо традиційну династичну ієрархію заміняли демократією. Подальші події нам відомі: Велика французька революція і нетривале панування ідеї громадянської нації. При чому зазначимо, що ця «нація» була дійсно громадянською (в сенсі рівності прав громадян), а не етнічною (в сенсі врахування етнічних претензій на самостійність).

В перебігу всеєвропейської експансії Франції передбачалося давати свободу не народам, а громадянам: свобода в сенсі рівних прав надавалися усім незалежно від етнічного походження в межах правового простору Французької республіки (потім імперії). Тому поширення Кодексу Наполеона на усі завойовані («звільнені від тиранії») народи скоріше було рімейком римської практики єдиного імперського правового простору з часів надання римського громадянства усім підданим імперії у 4 ст. н.е. Тим більше, що політика Франції після 1804 р. у тому ж просторі воєнно-політичного контролю відтворювала вже не нові республіки, а монархії на чолі з представниками сім'ї Бонапартів.

Принцип «національного суверенітету» в сенсі перетворення на суб'єкти міжнародно-правових відносин етнічні спільноти поступово визріває протягом першої половини XIX ст. із поширенням ідеології модерного націоналізму. Руссоїстська ідеологія громадянської рівності членів спільноти накладається на ідеї Гердера та німецьких романтиків щодо рівності етнічних спільнот, які мусять інтегруватися в державних утвореннях не за принципом династичного легітимізму, а за принципом національного суверенітету. Усі німці – в межах демократичної єдиної Німеччини. Надалі цей принцип найкраще опише Джузеппе Мадзіні: Європа мусить стати конгломератом вільних національних демократій [5, с. 106]. «Весна народів» 1848 р. виведе питання «національного звільнення» з-під влади монархій та імперій на чоло актуальних політичних перетворень, а об'єднання Італії та Німеччини створять прецеденти створення «національних держав» на майбутнє [6, с. 303-307].

Принцип національного самовизначення, як підстава для легітимної процедури утворення нових суверенних держав, на підставі етнічної окремішності населення певних територій, набув поширення після Великої французької революції 1789 р. Щоправда, більшість сучасних незалежних держав скористалися цими підставами набагато пізніше Французької революції і лише внаслідок складного поєднання внутрішньо- та зовнішньополітичних чинників. Зокрема, Україна скористалася шансом унезалежнення лише у 1991 р., а попередня спроба 1917-1920 рр. виявилася невдалою. Своєрідним проявом цього принципу став той історичний факт, що попри його задекларовану наявність у публічних уявленнях та громадській думці вже протягом двох століть, його реальна дія відбувалася лише за умов кардинального зламу існуючих систем міжнародних відносин на користь нових. Тому, з точки зору сучасного історичного досвіду, не буде коректним говорити про те, що будь-яка етнічно відмінна спільнота (етнонація) «приречена» чи «запрограмована» на самовизначення, суверенність та незалежність. Результати, успішність цього процесу залежать від складного комплексу об'єктивних та суб'єктивних, зовнішніх та внутрішніх чинників.

Найбільше породили нових суб'єктів міжнародних відносин перша (1914-1918) світова війна та, меншою мірою, друга (1939-1945), процес деколонізації у «третьому світі» (Азія, Африка, Латинська Америка у 1947-1980-х рр.) та доба завершення «холодної війни» (кін. 1980 – поч. 1990-х рр.). Утворення нових національних держав відбувалося внаслідок певних «спалахів» чи «парадів суверенітетів».

Іншою особливістю дії принципу національного самовизначення стало те, що жоден інший принцип міжнародного права не викликав настільки багато розбіжностей у його теоретичному тлумаченні та практичному застосуванні. Не буде помилкою вважати, що сама ідея національного самовизначення та різні тлумачення підстав цілісності існуючих держав (що є законним прагненням до визволення, а що – безпідставним сепаратизмом) спричинили протягом XX-XXI ст. величезну і переважну кількість збройних конфліктів. І при цьому не було запропоновано якогось іншого принципу чи підходу до формування міжнародної системи суверенних держав. А це робить самовизначення за національною ознакою недосконалим, але єдиним рецептом суверенізації певної спільноти та, врешті, підставою легітимності існуючої міжнародної системи. Остання, як відомо, об'єднує саме *націй.*

Популярний та впливовий американський президент Вудро Вільсон під час першої світової війни у 1917 р. висунув цей принцип як єдину підставу справедливого післявоєнного врегулювання, як шлях до «кращого світу», – світу без війн й за панування демократії [7, с. 358-376]. Натомість державний секретар його адміністрації Роберт Лансінг мав певні небезпідставні сумніви. Він підозрював, що принцип самовизначення «закладе вибухівку» і буде здатен призвести до великого кровопролиття через те, що «може породити набагато більше сподівань, котрі не будуть здатні реалізуватися» [8, с. 15].

Принцип національного самовизначення як *моральна (неправова) позиція* домінував у політичній думці Європи протягом другої половини XIX ст. і, врешті, перехід до цих поглядів В.Вільсона не був

випадковим. Загалом, прагнення президента зупинитися на якомусь одному принципі розбудови міжнародних відносин можна зрозуміти. Під час першої світової війни у кривавому конфлікті в Європі зійшлися держави різного політичного устрою та помітно різних підстав легітимації своїх політичних режимів. Велика Британія та Франція були розвинутими демократіями без помітних внутрішніх розколів, а от Австро-Угорська, Російська та Османська імперії становили собою поліетнічні утворення, які трималися купи, допоки у їхніх народів зберігалася давня, ще середньовічна віра у законність та непохитність монархічної влади правлячих династій Відня, Петербургу/Петрограду чи Стамбула. Існували усі підстави підозрювати, що негаразди тривалої виснажливої війни зруйнують стабільність цих імперій, незалежно від того, до якого військового блоку вони приєдналися. Очікуваному хаосу і дестабілізації треба було дати якусь раду, а нові невідворотні конфлікти спрямувати у русло легітимного розв'язання. Гасло «Свободу народам!» ставало усе більш популярним та затребуваним.

В цьому сенсі у 1917 р. позиції президента США та фундатора радянської державності, провідника більшовицької революції Володимира Леніна декларативно мало чим відрізнялися. Протиставляючи себе «буржуазним демократіям» Заходу, російські більшовики також висували «принцип національностей» та «звільнення народів» як засадничий для майбутнього світу соціалізму. Проте, на практиці по закінченні світової війни цей принцип застосовувався вкрай вибірково, втілюючись у «подвійних стандартах» щодо різних народів Європи (зокрема й тих же українців).

Але, попри наявність «у вжитку» в час між першою та другою світовими війнами, моральний *принцип* національного самовизначення ще виразно не набув статусу юридичного *права*. Переламним у цьому процесі стало вже утворення *Організації Об'єднаних Націй* (Сан-Франциско, 1945). Необхідність впровадження більш дієвих та життєздатних підстав міжнародного устрою, аніж це було у 1919-1939 рр., породила низку гучних декларацій загальнодемократичного змісту. «Хартія Об'єднаних Націй» говорила про «*принцип* рівних прав у самовизначенні народів», у той час як Міжнародна Рада з прав людини при ООН стверджувала, що «усі народи та нації *мають право* на самовизначення» [9].

Щоправда, в подальшій інтерпретації цих міжнародно-правових документів нам варто не забувати про те, що, залежно від обставин, терміни «народ» та «нація» можуть тлумачитися дуже довільно та мати різні визначення. Як іронічно зазначають дослідники міжнародного права, практика засвідчує, що досі не існує згоди щодо того, чим саме є усі складові назви цього принципу: «національне», «само» та «визначення». Це дозволяє правознавцям стверджувати, що в силу вказаних причин принцип національного самовизначення принаймні не є *одним-єдиним принципом, який підходить до усіх ситуацій та обставин* [10, с. 7-9].

У цьому контексті відрізняють «*зовнішнє самовизначення*» («право кожного народу обирати собі верховну/суверенну владу на своїй території (to choose sovereignty under which they live)» та «*внутрішнє самовизначення*» («право кожного народу обирати свою власну форму урядування»). Зовнішнє самовизначення передбачає набуття підкореною, залежною або номінально незалежною державою права на правдиву незалежність (через це окупація однієї держави іншою не вважається легітимним актом), у той час як внутрішнє національне самовизначення може передбачати регіональні автономії в межах більшої держави або федеративний устрій останньої з широкими правами для місцевих громад.

Відмінності поміж *державами* і *етнічними націями* (або народами, національностями, етнічними групами, меншинами або іншими етнокультурно відмінними спільнотами) з огляду на національне самовизначення є ключовими та принциповими [11]. У той час, як у світі існують тисячі націй в етнічному сенсі цього слова (принаймні зараз нараховується бл. 5 тисяч мов/народів/етнічних груп), і усі вони теоретично є потенційними кандидатами на зовнішню суверенність або внутрішню автономію, – тим не менше, існує усього лише 200 суверенних держав.

Традиційно це число визначається за кількістю держав-членів ООН. Вихідним критерієм їхнього суверенітету є міжнародно-правове визнання. І серед них лише близько півтора десятка держав є етнічно однорідними, коли простір держави і ареал етнічної нації просторово збігаються (у Європі це, зокрема, Польща та Італія). Решта ж є потенційно проблемним простором для різних варіантів застосування принципу національного самовизначення.

Що ж до української ситуації, то історична ретроспектива процесів державотворення українців протягом тисячі років писаної історії свідчить, що ми пройшли усі вищезгадані історичні форми легітимації держави і суверенності. Доба Давньої Русі показує нам феодально-родові підстави державності, побудовані на легітимності династії Рюриковичів. Право Києва вважатися «столицею» Русі та мати безперечне політичне «старійшинство» ґрунтувалося як на історичній традиції, так і на статусі православного сакрального центру. Через це Середня Наддніпрянщина залишалася територіальним ядром Руської держави («Руською землею»), а решта земель-князівств залишалися периферією. Їхня самостійність і власні нові державні проекти, власні «претензії на давньоруську спадщину», попри вже тривалу роздробленість центральної влади, легітимно розв'ються лише внаслідок падіння Києва у 1240 р., та зміни міжнародної ситуації через створення Золотої Орди. Проте у подальшому проекти «відновлення Русі» стануть полем збройних, ідеологічних та правових конфліктів. Найбільш легітимними спадкоємцями Русі лишаться князівства Гедиміновичів-Рюриковичів у межах Великого князівства Литовського та згодом козацькі державні проекти, спрямовані на встановлення «Великого князівства Руського» із центром у Києві.

Литовсько-польська доба стала часом впровадження західноєвропейських міжнародно-правових норм, за чинності яких династичні форми суверенітету поступово заступаються державними, що й дозволить врешті створити позбавлену правлячої династії козацьку державність, яка пройде складні етапи міжнародного визнання [12, с. 18].

Важкі воєнно-політичні колізії 17 – поч. 18 ст. суттєво обмежать зовнішньополітичну суб'єктність Гетьманщини, але створять низку правових прецедентів, на які потім буде спиратися модерний український національний рух [13]. Зокрема у виборюванні права на автономію у складі Росії будуть неодноразово згадуватися умови Березневих статей 1654 р. як засади правових відносин України та Росії.

Система адміністрації Російської імперії у 18-19 ст. буде спрямована на соціальну та правову уніфікацію українських земель, їх повну інкорпорацію до складу російської держави. Проте неефективність цієї системи співпаде в часі з поширенням модерного націоналізму та популярністю принципу національного самовизначення. На поверхню цей конфлікт вийде під час першої світової війни та російської революції 1917 р. Виникає нова історична форма української державності – Українська Народна Республіка (1917-1920), яка намагається поширити свій суверенітет на етнічні українські землі. Попри зміни політичних режимів (Центральна Рада, гетьман П.Скоропадський, Директорія УНР) та воєнні дії арсенал прецедентів визнання української державності суттєво збільшиться за рахунок Брестського миру 1918 та інших міжнародно-правових угод, що регулювали статус та територіальні межі України. В обґрунтуванні свого права на незалежність керівництва українських державних утворень того часу апелюватимуть як до давньоруських традицій, так і досвіду козацької державності [14, с. 8].

Тривала і важка боротьба за Україну змушує провід російських більшовиків створити у територіальних межах УНР форму радянської квазісуверенної державності – Українську Соціалістичну Радянську Республіку. Остання бере участь у підписанні низки міжнародно-правових угод паритетно із Радянською Росію. Проте ця ситуація триває недовго: закінчення громадянської війни та стабілізація радянського режиму дозволяють позбавити національні республіки міжнародної суб'єктності, яка передається у 1922 р. Союзному центру внаслідок утворення СРСР [15, с. 38-56]. Союзний договір передбачав вільне входження і вихід зі складу Союзу, проте за тоталітарного режиму ці умови лишалися декларативною формальністю. Однак нова міжнародна політична ситуація і суттєві зміни міжнародної системи змушують декларативно поновити суверенітет УРСР з метою збільшення впливу СРСР в новоствореній Організації Об'єднаних Націй (1945). Ставши де-юре однією з держав-засновниць ООН, УРСР, звісно, не могла позиціонуватися у міжнародних відносинах окремо від Москви. Проте й ці умови створили у зародку певні інституційні утвори (зокрема МЗС, представництва у міжнародних організаціях), які після 1991 р. спростять входження України до світу суверенних держав.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Ливен Д.* Империя, история и современный мировой порядок / Д. Ливен // Мифы и заблуждения в изучении империи и национализма. – М., 2010.

2. *Акт* проголошення незалежності України // Конституція України. К., 1996.

3. *Черкас Б.* Синьоводська битва 1362 року. Нарис політичних відносин Золотої Орди та Великого князівства Литовського. К., 2012.

4. *Мере Ж.* Принцип суверенітету. Історія та основи новітньої влади. – Львів, 2003.

5. *Варварцев М.* Джузеппе Мадзіні. Мадзінізм і Україна. – К., 2005.

6. *Озмент С.* Новая история германського народа. М., 2007.

7. *Дюрозель Ж.* Історія дипломатії від 1919 року до наших днів. К., 1995. – С.8-32; История дипломатии. М., 1945. – Т.2.

8. *Nations* and Nationalism: a Global Historical Overview. NY., 2008. Vol.1.

9. *Статут* Організації Об'єднаних Націй та Міжнародного Суду. Нью-Йорк: Серктаріат ООН, 1995.

10. *Мере Ж.* Принцип суверенітету.

11. *Мала енциклопедія* етнодержавознавства. К., 1998.

12. *Сас П.* Політична культура українського народу 16-17 ст. К., 1996.

13. *Переяславська* рада українсько-російська угода українського народу 16-17 ст. К., 1996.

14. *Бойко О.* Формування державної території України у 1917-1921 рр. К., 2000.

15. *Україна і Росія* в історичній ретроспективі. «Радянський проект» для України. К., 1998.

УДК 343.973

# КОНВЕНЦІЙНИЙ МЕХАНІЗМ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У БОРОТЬБІ З ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОЮ ОРГАНІЗОВАНОЮ ЗЛОЧИННІСТЮ

**Новікова Л. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри міжнародного права
факультету міжнародних економічних
відносин та туристичного бізнесу
Харківського національного університету
імені. В.Н. Каразіна

***Анотація:*** У статті висвітлюється конвенційний механізм міжнародного співробітництва у боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю, проаналізовано основні положення Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 року та вказані основні форми міжнародного співробітництва держав у боротьбі із транснаціональною організованою злочинністю.
***Ключові слова:*** транснаціональна організована злочинність, конвенційний механізм, міжнародне співробітництво, корупція, фінансування тероризму.

***Аннотация:*** В статье освещается конвенционный механизм международного сотрудничества в борьбе с транснациональной организованной преступностью, проанализированы основные положения Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 года и указаны основные формы международного сотрудничества государств в борьбе с транснациональной организованной преступностью.
***Ключевые слова:*** транснациональная организованная преступность, конвенционный механизм, международное сотрудничество, коррупция, финансирование терроризма.

***Annotation:*** This article highlights the conventional mechanism of international cooperation in combating transnational organized crime, the analysis of the main provisions of the UN Convention against Transnational Organized Crime of 15 November 2000, and are the main forms of international cooperation in combating transnational organized crime.
***Key words:*** transnational organized crime, conventional mechanism, international cooperation, corruption, terrorism financing.

---

Міжнародне співробітництво в боротьбі зі злочинністю є важливою сферою міжнародних відносин, що забезпечує міжнародний правопорядок, сприяє міжнародній і національній безпеці. В сучасному світі важливим фактором, що чинить негативний вплив на всі сфери економічного, соціального, політичного та духовного життя суспільства, стала організована злочинність, розвитку та поширенню якої практично не створюють перешкод державні кордони. Злочинні співтовариства і злочинні організації (особливо транснаціональні) займають домінуюче становище в кримінальному середовищі. Вони систематично здійснюють свою злочинну діяльність, як правило, на території декількох держав і, витягуючи кримінальні доходи, контролюють величезні фінансові кошти, зіставні з розмірами валового внутрішнього продукту деяких розвинених країн [1]. При цьому організована злочинність не є проблемою лише для країн третього світу або перехідного типу. Вона є й загрозою для країн, які традиційно належать до числа розвинених. Зазначені обставини негайно вимагають як від окремих держав, так і від усього світового співтовариства рішучого засудження тероризму та транснаціональної організованої злочинності. Як зазначено у Панамській декларації, прийнятої на Другій конференції міністрів щодо питань міжнародного співробітництва у боротьбі з тероризмом та транснаціональною організованою злочинністю від 29 травня 2008 року світова спільнота рішуче засуджує тероризм і організовану транснаціональну злочинність в особливості за вчинення насилля та корупцію, які серйозно підривають процес укріплення демократії, порушують основні права і свободи людини, а також негативно впливають на розвиток людства [2].

У сучасних умовах важливим завданням для міжнародної спільноти має стати ефективна боротьба з транснаціональною організованою злочинністю, адекватне реагування її різноманітним проявам як на національному так і на міжнародному рівнях. У зазначеному контексті ***актуальним завданням є дослідження основних форм міжнародного співробітництва держав у боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю.***

Саме на виконання цього завдання розрахована обрана тематика статті, ***метою якої є з'ясування і висвітлення ключових елементів конвенційного механізму реалізації міжнародного співробітництва в боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю.***

У різний час теоретичним дослідженням проблем попереджувальної діяльності займалися видатні українські та російські вчені. Серед них слід виділити І.В. Годунова, Н.А. Зелінської, В.В. Лунєєва, В.С. Овчинського, В.В. Меркушіна, В.М. Номоконова, Б.М. Нургалієва, В.Н. Кудрявцева, В.М. Поповича, І.І. Лукашука, К.С. Родіонова, К.С. Бельського, Д.І. Амінова, В.С. Мацишина, Я.М. Бєльсона та інших.

Міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю є складною системою відносин, що включає узгоджену політику, законодавство, правозастосовчу та організаційно-управлінську, інформаційну та науково-дослідницьку діяльність держав, державних органів і посадових осіб, а також міжнародних організацій щодо попередження злочинності, боротьбі з нею та поводження з правопорушниками. У рамках цієї системи на

*© Новікова Л.В., 2012*

сьогодні склався певний механізм реалізації міжнародного співробітництва в боротьбі зі злочинністю. Цей механізм включає договірно-правової (конвенційний) і організаційно-правової (інституційний) елементи здійснення спільної діяльності [3].

Конвенційний елемент механізму міжнародного співробітництва в боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю, на наш погляд, включає в себе :

***1) Міжнародні універсальні угоди, що передбачають координацію зусиль держав у цьому питанні.***

Найважливішим міжнародним документом, спрямованим на боротьбу з цім явищем, є Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (резолюція 55/25 Генеральної Асамблеї) від 15 листопада 2000 року, яку ратифікували майже 100 держав-членів в тому числі у 2004 році й Україна [4].

Метою цієї Конвенції, як вказано у ст. 1, є сприяння співробітництву в справі більш ефективного попередження транснаціональної організованої злочинності та боротьби з нею. Ця Конвенція визначила такі форми міжнародного співробітництва держав:

1) *Укладення угод.* Ст. 17 надає можливість укладання двосторонніх або багатосторонніх угод чи домовленостей про передачу осіб, засуджених до тюремного ув'язнення або інших видів позбавлення волі за злочини, що охоплюються цією Конвенцією, для того щоб вони могли відбувати строк покарання на їхніх територіях.

2) *Надання правової допомоги.* Ст. 18 надає право державам здійснювати найширшу взаємну правову допомогу в розслідуванні, кримінальному переслідуванні та судовому розгляді у зв'язку зі злочинами, що охоплюються цією Конвенцією, і які є транснаціональними за своїм характером, і на взаємній основі надають одна одній іншу аналогічну допомогу, у тому числі, що потерпілі, свідки, доходи, засоби вчинення злочинів або докази щодо таких злочинів знаходяться у запитуваній Державі-учасниці, а також що до вчинення цього злочину причетна організована злочинна група.

3) *Створення органів із проведення спільних розслідувань.* Відповідно до ст. 19 Держави-учасниці розглядають можливість укладання двосторонніх або багатосторонніх угод чи домовленостей, в силу яких у зв'язку зі справами, що є предметом розслідування, кримінального переслідування або судового розгляду в одній або декількох державах, заінтересовані компетентні органи можуть створювати органи з проведення спільних розслідувань.

4) *Спеціальні методи розслідування.* Ст. 20 допускається що кожна Держава-учасниця, у межах своїх можливостей і на умовах, встановлених її внутрішнім законодавством, вживає необхідних заходів для того, щоб дозволити належне використання контрольованих поставок, а також використання інших спеціальних методів розслідування, таких, як електронне спостереження або інші форми спостереження, а також агентурні операції, її компетентними органами на її території з метою проведення ефективної боротьби проти організованої злочинності.

5) *Взаємна передача документів і надання відомостей про судимість* Відповідно до ст.ст. 21-22 Держави-учасниці розглядають можливість провадження з метою кримінального переслідування у зв'язку зі злочином, що охоплюється цією Конвенцією, а також надання відомостей про судимість.

6) З*ахист посадових осіб судових або правоохоронних органів, також захист свідків і надання допомоги потерпілим*. У ст.ст. 23-25 цієї Конвенції кожної Державі-учасниці надається можливість вживати у межах своїх повноважень належних заходів, спрямованих на забезпечення ефективного захисту як посадових осіб, так і свідків і здійснювати допомогу потерпілим.

7) *Співробітництво між правоохоронними органами.* Ст. 27 закріплює, що Держави-учасниці тісно співробітничають одна з одною, діючи відповідно до своїх внутрішніх правових та адміністративних систем, з метою підвищення ефективності правозастосовних заходів для боротьби зі злочинами, що охоплюються цією Конвенцією.

8) *Збір та аналіз інформації про характер організованої злочинності та обмін такою інформацією.* Ст. 28 кожній Державі-учасниці надається можливість проведення у консультації з науково-дослідними колами аналізу тенденцій в галузі організованої злочинності на своїй території, умов, в яких діє організована злочинність, а також вивчення залучених професійних груп і технологій, що використовуються.

9) *Підготовка кадрів і технічна допомога***.** Кожна Держава-учасниця у необхідних межах здійснює, розробляє чи вдосконалює конкретні програми підготовки персоналу правоохоронних органів, у тому числі працівників прокуратури, слідчих і співробітників митних органів, а також інших співробітників, що відповідають за попередження, виявлення і припинення злочинів, що охоплюються цією Конвенцією.

Крім вказаних вище форм міжнародного співробітництва Конвенція містить положення про запровадження кримінальної відповідальності за організацію та участь в злочинних співтовариствах, відмивання грошей, корупцію та протидію правосуддю. Організація Об'єднаних Націй до транснаціональних відносить близько двадцяти злочинів, а найбільш небезпечними є тероризм, незаконна торгівля наркотиками, зброєю, вибуховими речовинами, торгівля людьми, нелегальна міграція та інші.

***2). Міжнародні конвенції (договори, угоди), в яких є норми про відповідальність за окремі злочини*.** Зокрема, Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003, яка ратифікована Україною 18 жовтня 2006 року, відіграє важливу роль у міждержавній співпраці в боротьбі з корупцією. Відповідно до статті 3 ця Конвенція застосовується згідно з її положеннями до запобігання, розслідування та кримінального переслідування за корупцію та до призупинення операцій (заморожування), арешту, конфіскації та повернення доходів від злочинів, визнаних такими згідно із цією Конвенцією [5]. Безпосередньо

питанням протидії фінансуванню тероризму присвячена Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму, яку прийнято резолюцією 54/109 Генеральної Асамблеї ООН від 09 грудня 1999 року [6] і ратифіковано Україною 12 вересня 2002 року. Ця Конвенція наполегливо рекомендує усім державам-учасницям встановити у власному національному законодавстві кримінальну відповідальність за фінансування тероризму.

***3) Регіональні конвенції*** (договори, угоди), що мають, цільовий характер, тобто передбачають норми про відповідальність за окремі види злочинів або регламентують інші питання боротьби у рамках певного регіону. Наприклад, Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 року [7], Шанхайська конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом і екстремізмом від 15.06.2001 року[8].

Таким чином, вказані міжнародні договори (угоди) становлять єдиний комплекс договірно-правової основи міжнародного співробітництва у боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю. Станом на початок XXI ст. міжнародна спільнота під егідою ООН виробила значний масив міжнародно-правових актів, положення яких створили нормативно-правову основу для боротьби з транснаціональною організованою злочинністю. Центральне місце серед таких актів посідає Конвенція Організації Об'єднаних Націй по боротьбі з транснаціональною злочинністю та протоколів, що її доповнюють (Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї і Протоколу проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю). Оскільки організована злочинність має значну кількість форм прояву і у переважній більшості характеризується транснаціональним характером діяльності, міжнародна спільнота здебільшого орієнтується на вирішення проблем подолання ***незаконного обігу наркотичних засобів, торгівлі людьми, корупції, відмивання коштів, тероризму.*** Так, у Декларації Наради на високому рівні Генеральної Асамблеї ООН про верховенство права на національному і міжнародному рінях від 24 вересня 2012 року (проект резолюції) [9] підкреслюється важливість зміцнення міжнародного співробітництва на основі принципів загальної відповідальності і відповідно до норм міжнародного права в цілях ліквідації незаконних мереж і боротьби з наркотиками у всьому світі і з транснаціональною організованою злочинністю, включаючи відмивання грошей, торгівлю людьми, оборот зброї та інших форм організованої злочинності, оскільки всі вони створюють загрозу для національної безпеки і підривають сталий розвиток і верховенство права. Також в Декларації звертається увага на негативні наслідки корупції, яка перешкоджає економічному зростанню і розвитку, підриває довіру суспільства, заважає прийняттю справедливих і ефективних законів, а також їх застосування. Рішуче засуджується тероризм у всіх його формах і проявах, незалежно від того, хто, де і з якою метою здійснює його, оскільки він є однією з найбільш серйозних загроз для міжнародного миру та безпеки.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Третьяков В.И.* Транснациональная организованная преступность и особенности легализации криминальных доходов [Текст] : автореф. дис. … д-ра юрид. наук:(12.00.08 – уголовное право та криминология; уголовно-исполнительное право) / Третьяков Владимир Иванович; Ростовский юридический інститут МВД России. – Ростов-на-Дону, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://dissers.ru/avtoreferati-dissertasii-yridicheskie/a246.php

2. *Панамская* декларация по вопросу о международном сотрудничестве в борьбе с терроризмом и организованной транснациональной преступностью от 28 мая 2008 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/panama_declaration.shtml

3. *Уголовная* политика и ее реализация органами внутренних дел [Текст] : ученик; под ред. проф. Л.И. Беляевой. – М.: Академия управления МВД России, 2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.pravo.vizlib.org/book_z837_page_1.html

4. *Конвенция* ООН против транснациональной организованной преступности (принята резолюцией №55/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 15.10.2000г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/dokuments/decl_conv/conventions/.shtml

5. *Конвенція* Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

6. *Международная* конвенция о борьбе с финансированием терроризма. Принята резолюцией №54/109 Генеральной Ассамблеи ООН от 09 декабря 1999 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/russian/dokumen/gadocs/54sess.

7. *Конвенція* Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws.

8. *Шанхайська* Конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом і екстремізмом від 15.06.2001 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pavlodar.com/zakon/dok=01817ogl=all

9. *Декларация* Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровняхь (Проект резолюции, представленный Председателем Генеральной Ассамблеи) от 24 сентября 2012 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N12/516/53/PDF/N1251653.pdf?OpenElement

УДК 361.645

# ПРАВОВОЙ СТАТУС ЭКСПЕРТА В МЕЖДУНАРОДНОМ УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

**Сыроед Т. Л.,**
доктор юридических наук, профессор
кафедры государственно-правовых дисциплин
Харьковского национального университета
внутренних дел

***Анотація:*** У статті проаналізовано правові акти, що регламентують діяльність міжнародних кримінальних трибуналів і судів, щодо правового становища експертів, зроблено відповідні висновки та дано рекомендації, спрямовані на удосконалення окремих положень цих актів.
***Ключові слова:*** експерт, міжнародні трибунали і суди, правовий статус, стадії судочинства.

***Аннотация:*** В статье проанализированы правовые акты, регламентирующие деятельность международных уголовных трибуналов и судов, относительно правового положения экспертов, сделаны соответствующие выводы и даны рекомендации, направленные на усовершенствование отдельных положений этих актов.
***Ключевые слова:*** эксперт, международные трибуналы и суды, правовой статус, стадии судопроизводства.

***Annotation:*** This paper analyzes the legal acts regulating the activities of international criminal tribunals and the courts, the legal status of experts, draw conclusions and recommendations aimed at improving the individual provisions of these acts.
***Key words:*** expert, international tribunals and the courts, the legal status, the stage of the proceedings.

---

В процессе осуществления производства в международных органах уголовной юрисдикции существенную помощь в удостоверении данных, фиксации доказательств, предоставлении иной технической помощи оказывают эксперты. Они могут привлекаться по решению соответствующих должностных лиц международных уголовных трибуналов и судов на любом из этапов судопроизводства. Характерной особенностью этих участников является то, что они, не имея собственного интереса в результатах рассмотрения дела, оказывают существенную помощь в формировании и фиксации доказательственной базы, обеспечивают полноту, всесторонность и объективность исследования всех обстоятельств происшедшего. Эксперты – это лица, обладающие специальными знаниями, присущими различным видам профессиональной деятельности, за исключением знаний, являющихся профессиональными для следователей, судей, используемых при расследовании и рассмотрении уголовных дел в суде в случаях и порядке, установленных правовыми актами. В уставных и процедурно-процессуальных актах международных уголовных трибуналов и судов применительно к этой категории участников, в отличие от национального законодательства государств, которое предусматривает участие и специалиста, и эксперта, в основном применяется общий термин «эксперт». Несмотря на допустимость и возможность их участия в деле, в актах ни одного из существующих международных органов уголовной юрисдикции не дано определение понятия «эксперт», а также не прописаны права и обязанности этой категории участников уголовного судопроизводства. Поэтому, затруднительным является определение категории лиц, которые могут привлекаться в качестве экспертов; порядка привлечения их в дело; значение результатов и требования к форме фиксации их работы (мнение или заключение).

Следует отметить, что в современной науке международного права указанной тематике не уделялось должного внимания. Только некоторые авторы (Ш. Бассиуни, О. Касынюк, Н. Костенко, И. Марусин, О. Рабцевич и др.) затрагивали ее, и то в аспекте общей проблематики деятельности международных уголовных трибуналов и судов. На сегодняшний день имеются лишь специальные исследования, посвященные правовому статусу экспертов и специалистов в национальном уголовном процессе (А. Винберг, Н. Громов, Е. Зайцева и др.), однако для юристов-международников они малопригодны в силу специфики правовых систем и соответствующей нормативной базы.

С учетом изложенного выше, **цель** настоящего исследования заключается в выявлении правового положения экспертов в международных уголовных трибуналах и судах, их роли в осуществлении международного уголовного правосудия на современном этапе, а также формулировании выводов и рекомендаций, направленных на совершенствование международно-правовой базы в данной сфере.

Приступая к изучению данной тематики, необходимо отметить, что, несмотря на нормативное закрепление термина «специалист» в национальном законодательстве государств, содержание этого понятия является спорным. В научной литературе разных лет ученые-процессуалисты предлагали свои формулировки понятия специалиста. К примеру, профессор А.И. Винберг подразумевал под этим понятием «лицо, не подменяющее следователя, сведущее в определенной области, призванное своими специальными познаниями помочь следователю во всех случаях, когда по вопросам, имеющим значение для дела, требуется его помощь и когда при этом нет необходимости в назначении следователем экспертизы» [1, с. 32]. По мнению Е.А. Зайцевой, данное определение представляется не вполне удачным, так как оно не содержит некоторых принципиальных положений, раскрывающих сущность понятия специалиста как участника

*© Сыроед Т.Л., 2012*

уголовного процесса. Автор утверждает, что «специалист – это независимое, компетентное, незаинтересованное в исходе дела лицо, обладающее специальными познаниями, в использовании которых возникла необходимость при производстве по уголовному делу, действующее под руководством органа, ведущего процесс, или защитника и оказывающее им научно-техническую и консультативную помощь» [2, с. 77]. Вместе с тем, специалист должен обладать не только специальными знаниями, но и навыками их применения [3, с. 62].

В соответствии с нормой, закрепленной в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации, специалист – это лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном уголовно-процессуальным кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, постановки вопросов эксперту, а также разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию (ст. 58 УПК РФ) [4].

Из приведенного определения следует, что наиболее часто специалисты привлекаются для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, являющихся доказательствами по уголовному делу. Это может быть содействие при проведении каких-то следственных действий (например, участие врача при освидетельствовании лица); применение видео-, аудио- и фототехники для фиксации хода и результатов следственного действия (например, следственного эксперимента); помощь бухгалтера в отыскании для последующего изъятия каких-либо бухгалтерских документов и т.д.

Для применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела специалист может привлекаться в случаях, если в материалах уголовного дела имеются какие-то вещественные доказательства: выявление меток, которые требуют применения специальных химических, радиоизотопных или инфракрасных технических средств, либо, например, определения изъятого вещества на предмет его отношения к наркотическим средствам путем проведения экспресс-анализа до возбуждения уголовного дела и получения заключения эксперта и т.д.

Кроме того, специалисты могут привлекаться для оказания помощи сторонам и суду в постановке и формулировке вопросов в постановлении (определении) о назначении экспертизы. От правильности постановки вопроса эксперту зачастую зависят ход и направление его исследований, а следовательно, и сам результат исследования, поэтому участие специалиста необходимо для исключения возможности неправильного толкования поставленных вопросов, их разночтения.

Специалист действует под руководством органа, ведущего процесс. Так как его участие в уголовном процессе является чаще всего составной частью следственного действия, то в процессуальном смысле он должен подчиняться распоряжениям лица, осуществляющего производство по делу (органа, осуществляющего расследование, прокурора, судьи), чтобы в действиях специалиста и других участников следственного действия были согласованность и целенаправленность.

В научной литературе эксперты чаще всего определяются как лица, приглашаемые к следствию или суду для дачи заключения об определенных фактах, для изучения которых требуются специальные знания и особая подготовка. Эксперты могут быть приглашены как органом, производящим предварительное следствие, так и судом. Они привлекаются не как свидетели для сообщения о воспринятом ими, а для дачи заключения об известных фактах, для формулирования тех выводов, которые могут быть сделаны из этих фактов. Они приглашаются как лица, имеющие специальные сведения, которых недостает следователям или судьям, обладающие какими-либо специальными научными знаниями, опытностью в каком-либо виде искусства, ремесла и т.д. [5, с. 131-133].

Действующий Уголовно-процессуальный кодекс Украины в данном вопросе вполне лаконичен: эксперт – это любое лицо, имеющее необходимые знания и вызванное для дачи заключения по исследуемым вопросам (ч. 2 ст. 75) [6].

В итоге становится очевидным, что между специалистом и экспертом нет четкого разграничения деятельности. Специалист, подобно эксперту, играет в уголовном процессе существенную роль. В литературе, однако, высказывается и иная точка зрения, согласно которой процессуальная функция и деятельность специалиста нетождественны процессуальной функции и деятельности эксперта, суть которых заключается в выработке ответов на основе специальных исследований, чаще всего научных. В отличие от экспертизы, наблюдения специалиста по ходу следственного действия не являются исследованием, а выводы, которые он может сделать, основываясь на своих специальных познаниях и установленных в ходе следственного действия фактах, в теории доказательств однозначно расцениваются как консультации, не имеющие доказательственного значения и не подлежащие фиксации в процессуальных документах [3, с. 63].

Учитывая вышеизложенное, необходимо подчеркнуть, что специалисты и эксперты, привлекаемые к делу, должны обязательно быть компетентны в своем деле, т.е. обладать специальными познаниями в той мере, в какой это необходимо для качественного проведения следственного или процессуального действия, а также для дачи высококвалифицированной консультации или заключения. Кроме того, в ходе проведения следственного действия они выполняют свои процессуальные обязанности самостоятельно, независимо от чьих-либо интересов.

Уставные документы Международного трибунала по бывшей Югославии (далее – МТБЮ), Международного уголовного трибунала по Руанде (далее – МУТР), Международного уголовного суда (далее – МУС), по аналогии с универсальными актами Организации Объединенных Наций предусматривают возможность привлечения для оказания помощи при осуществлении судопроизводства экспертов. Указанные лица не являются постоянными штатными сотрудниками судебных учреждений и выполняют свою миссию на

временной основе. Что касается категорий экспертов, которые могут привлекаться для участия в международном уголовном судопроизводстве, то они определяются Секретарем соответствующего судебного органа.

Так, Секретарь МУС составляет список экспертов для постоянных органов суда и всех участников судебного разбирательства (положение 44 Регламента Суда) [7]. С целью составления такого списка, Секретарь пытается определить аккредитованных экспертов и экспертных органов в следующих областях: судебная медицина, баллистика, военная наука, полиция, политика и геополитика, судебные системы, история, лингвистика, финансы, репарации, графология, психология. Это не исключает предоставления заявок от представителей иных областей знаний. Они могут представить свои заявки для включения в список, но должны объяснить, каким образом их области знаний имеют отношение к уголовным делам, рассматриваемым международными уголовными судебными учреждениями, в частности МУС.

Лица, желающие быть включенными в список экспертов, должны соответствовать следующим требованиям: иметь высшее образование; стаж работы в соответствующей сфере не менее семи или девяти лет; знание одного или двух рабочих языков Суда. Они должны представить: подробную автобиографию; доказательства своей квалификации; надлежащее свидетельство о наличии опыта в соответствующей области; и в соответствующих случаях – заявление относительно того, включено ли данное лицо в какой-либо список экспертов, работающих в любом национальном суде. При формировании штата экспертов Суд учитывает справедливое представительство мужчин и женщин.

Решение о включении лица в список экспертов доводится до его сведения. В случае отклонения просьбы Секретарь сообщает о причинах решения и информирует данное лицо о процедуре обращения в Президиум с просьбой о пересмотре этого решения в течение 15 календарных дней с даты уведомления о нем.

Эксперт может быть исключен из списка Секретарем в том случае, если он: перестает соответствовать предъявляемым требованиям; признан виновным в совершении преступления против отправления правосудия (в соответствии со ст. 70 (1) Статута МУС; или навсегда лишен права выполнять свои функции в Суде в случае умышленного отказа выполнять устное или письменное распоряжение Суда (в соответствии с правилом 171 (3) Правил процедуры и доказывания). Решение Секретаря может быть обжаловано экспертом в Президиум в течение 15 календарных дней с даты уведомления о нем (положение 56 Регламента Секретариата Суда) [8].

Анализ положений процедурно-процессуальных актов МУС позволяет сделать вывод о том, что эксперты могут быть привлечены для участия в деле на основании постановления Палат Суда на любой стадии судопроизводства, а также по ходатайству Прокурора и сторон (обвиняемого, адвоката, потерпевшего и его представителя). Палаты суда могут издавать любые распоряжения и указания экспертам. Участники процесса могут делать замечания по докладу эксперта и просить провести дополнительную экспертизу. В случае необходимости эксперты могут быть допрошены Судом (например, для разъяснения и уточнения выводов или заключения).

Проведение экспертизы может быть поручено одному или нескольким лицам из списка экспертов, утвержденных Секретарем, или эксперта, утвержденного Палатой предварительного производства Суда по просьбе стороны. Эксперты могут привлекаться для определения объемов и размера ущерба, убытков и увечья, причиненных пострадавшим; оказания медицинской, психологической помощи обвиняемым (заключенным под стражу) и т.д.

Вместе с тем, необходимо отметить, что ни в статьях, определяющих доказательства, ни в перечне следственных и судебных действий, не предусматривается ни экспертиза, ни форма выводов, к которым пришел эксперт, а также их значение в деле (ст. 69 Статута МУС [9]; правило 63 Правил процедуры и доказывания [10] и др.). Исключение составляют нормы, регламентирующие сотрудничество государств, которые в качестве доказательств предусматривают «мнения» экспертов или «заключения» экспертизы (ст. 93 (1) (b) Статута МУС).

Статут МУС относит к доказательствам в основном показания свидетелей и документы. При этом под термином «документ» подразумевается любое ходатайство, заявление, обращение, просьба, ответ, возражение, замечание, сообщение фактов или сведений и любое другое представление, оформленное таким образом, чтобы оно могло поступить в Суд в письменном виде (положение 22 Регламента Суда). Имеющаяся на сегодняшний день неточность как в терминологии, так и форме фиксации результатов работы эксперта (в документах МУС используются различные термины: заключения эксперта, заключения специалиста, доклады, мнения), неизбежно приведет к определенным трудностям, связанным с оценкой доказательств, что не может не сказаться на качестве судопроизводства.

Для реализации возложенных на экспертов обязанностей необходимы соответствующие условия. С этой целью экспертам, явившимся в международные органы уголовной юрисдикции, обеспечивается гарантия того, что они не будут подвергаться преследованию, заключению под стражу или любому другому ограничению личной свободы со стороны судебного органа в отношении любого действия или упущения, которые имели место до отбытия указанных лиц из запрашиваемого государства. Эта норма содержится в большинстве международных соглашений, регламентирующих оказание правовой помощи и осуществление сотрудничества. В отношении свидетелей-экспертов, которые приезжают для дачи показаний или по причинам, связанным с оказанием специализированной помощи МУС, МТБЮ, МУТР, в случае необходимости обеспечиваются соответствующие меры безопасности.

Указанные лица имеют право на беспрепятственный въезд в государство пребывания международных уголовных трибуналов и судов и выезд из него, перемещение по его территории по

мере необходимости и для целей деятельности судебного органа (за исключением случаев, предусмотренных законодательством государства пребывания). При необходимости им бесплатно и в кратчайшие сроки выдаются визы (Глава V, ст. 38.) [11]. Им также предоставляется материальная гарантия – выплата годовых окладов. Кроме того, к основной сумме предусматривается выплата компенсаций в размере 40% от заработной платы в случае обвинения. Кроме того, подлежат возмещению расходы, связанные с поездками экспертов в местопребывание суда или в места проведения им расследований (выплачиваются суточные) [12].

Эксперты, выполняющие поручения международных органов уголовной юрисдикции, пользуются привилегиями, иммунитетами и льготами в той степени, в какой это необходимо для независимого выполнения их функций в течение командировок, в том числе во время разъездов в связи с выполнением поручений указанных органов. Например, экспертам МУС предоставляются*:* a) иммунитет от личного ареста или задержания и от изъятия личного багажа; b) всякого рода судебно-процессуальный иммунитет в отношении всего сказанного или написанного ими и всех действий, совершенных ими при выполнении поручений Суда, причем этот иммунитет продолжает предоставляться даже после того, как они уже не выполняют поручения Суда; c) неприкосновенность документов, бумаг и материалов в любой форме, связанных с выполнением поручений Суда; d) для целей сношений с Судом право получать и отправлять бумаги и документы в любой форме и материалы, связанные с выполнением поручений Суда, с курьером или в запечатанных вализах и т.д.

МУС выдает экспертам документ, удостоверяющий, что они выполняют поручения Суда, и указывающий срок, в течение которого они будут продолжать выполнять такие поручения [13, Ст. 21]. Аналогичные иммунитеты и привилегии предоставляются в случае необходимости для экспертов, работающих в МТБЮ и МУТР [14, Ст. VI].

Одной из гарантий добросовестного выполнения обязанностей экспертами является возложение на них ответственности. Как и свидетель, эксперт принимает на себя обязательство давать правдивые показания в соответствии с правилом 66 (1) ППД МУС. Эксперт подлежит уголовной ответственности в случае дачи ложных показаний, а также предоставление заведомо ложных и сфальсифицированных доказательств (ст. 70 (a), (b) Статута МУС; правила 91 Правил процедуры и доказывания МТБЮ и МУТР [15]).

Учитывая то обстоятельство, что эксперты, привлекаемые для участия в работе МУС и других международных органов уголовной юрисдикции, являются сотрудниками соответствующих национальных учреждений, меры, направленные на обеспечение ответственности указанных категорий лиц, возлагаются и на государств-участников. Так, в соответствии со ст. 70 (4) Статута МУС, каждое государство-участник распространяет свое уголовное законодательство, устанавливающее меры наказания за преступления, направленные против проведения расследований и осуществление судопроизводства, на преступления против отправления правосудия, совершенные его гражданами либо на его территории. Меры, направленные на совершенствование норм, предусматривающих уголовную ответственность экспертов, предприняты и на уровне ООН, в рамках которой приняты резолюции, обязывающие государства устанавливать подсудность преступлений серьезного характера, которые совершили их граждане, будучи должностными лицами или экспертами в командировках ООН, а также направленные на усовершенствование сотрудничества государств и ООН с целью облегчения следствия в отношении таких лиц и их судебного преследования [15].

Проведенный анализ правового положения экспертов в международных уголовных трибуналах и судах дает основания для вывода о том, что его нормативная регламентация на сегодняшний день не соответствует важности их роли в осуществлении международного уголовного правосудия и требует серьезного пересмотра. Уставные и процедурно-процессуальные акты международных уголовных трибуналов и судов, в том числе и МУС, не содержат четкого перечня прав и обязанностей эксперта, что существенно снижает эффективность их деятельности.

Для надлежащего осуществления возложенных на него обязанностей эксперту должны быть предоставлены соответствующие права. В частности, представляется целесообразным закрепить в уставных документах международных органов уголовной юрисдикции положения о том, что эксперт вправе: знакомиться с материалами уголовного дела, относящимися к предмету исследования (судебной экспертизы); ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения, либо о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов; с разрешения органов, осуществляющих расследования, Прокурора, палат участвовать в производстве следственных и судебных действий и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы; давать заключение в пределах своей компетенции; знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он принимал участие, и делать подлежащие занесению в протокол заявления и замечания; приносить жалобы на действия органов, осуществляющих расследование, Прокурора и палат, ограничивающие его права; отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями, а также в случаях, если предоставленные ему материалы недостаточны для дачи заключения.

Вышеизложенные права необходимы для проведения полноценной экспертизы путем исследования предоставленных материалов (предметы, признанные вещественными доказательствами по делу; следы, изъятые с места происшествия; образцы для сравнительного исследования и др.) и дачи в форме заключения ответов на вопросы, сформулированные в постановлении о назначении экспертизы. Наиболее важные обстоятельства совершения преступления, необходимые эксперту, должны излагаться в постановлении о назначении экспертизы.

Следует иметь в виду, что судопроизводство – сложная деятельность, в которой взаимодействуют различные субъекты. Современные условия развития общества требуют от судебного процесса повышения эффективности и качества, что невозможно без использования последних достижений науки и техники. В том числе, современным условиям должны соответствовать и правовые нормы, регулирующие судопроизводство. Имеющаяся на сегодняшний день неточность в правовом регулировании деятельности эксперта порождает на практике определенные трудности, связанные с оценкой доказательств, что не может не сказаться на качестве всего процесса судопроизводства по делу.

**ЛИТЕРАТУРА**

1. *Винберг А. И.* Специалист в процессе предварительного следствия [Текст] / А. И. Винберг // Соц. законность. – 1961. – №1. – С. 32-36.

2. *Зайцева Е. А.* Процессуальный статус специалистов и иных сведущих лиц в современном уголовном судопроизводстве [Текст] / Е. А. Зайцева // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2006. – №3. – С. 77-86.

3. *Данилова Л. С.* Об универсальности термина «специалист» [Текст] / Л. С. Данилова, Н. А. Громов // Современное право. – 2006. – № 8. – С. 62-64.

4. *Уголовно*-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с изм. и доп.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.interlaw.ru/law/docs/1202517

5. *Познышев С. В.* Элементарный учебник русского уголовного процесса [Текст] / С. В. Познышев. – М.: Изд. Г.А. Лемана; Типо-литография торгового дома «Я. Данкин и Я. Хомутов», 1913. – 336 с.

6. *Уголовно*-процессуальный кодекс Украины (по состоянию на 13.11.2011 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001-05/page4

7. *Регламент* Суда [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.iccnow.org/documents/RegulationsCourt_Russian.pdf

8. *Регламент* Секретариата Международного уголовного суда ICC-BD/03-01-06-Rev.1 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A57F6A7F-4C20-4C11-A61F-759338A3B5D4/140147/ICCBD_030106Rev1_Russian.pdf

9. *Римский* статут Международного уголовного суда A/CONF.183/9. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icc-cpi.int./NR/rdonlyres/0D8024D3-87EA-4E6A-8A27-05B987C38689/0/RomeStatuteEng.pdf

10. *Правила* процедуры и доказывания Международного уголовного суда ICC-ASP/1/3 (part II-A). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icc-cpi.int./NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E8B115E886/140168/Rules_of_procedure_and_Evidence_Russian.pdf

11. *Резолюция* ICC-ASP/5/Res.3 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Resolutions/

12. *Информационные* материалы МУС. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Registry/Experts/

13. *Соглашение* о привилегиях и иммунитетах Международного уголовного суда ICC-ASP/1/3 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Documentation/

14. *Конвенция* о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций 1946 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_36306.html

15. *Rules* of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icty.org/sid/136/

16. *Уголовная* ответственность должностных лиц и экспертов в командировках Организации Объединенных Наций A 63/119; A/64/183; A/64/183/Add.1. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/63/119,...A/64/183,…A/64/183/Add.1

УДК 341.1

# ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ МІЖНАРОДНОГО ТА КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

**Білоскурська О. В.,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри економічної теорії
Чернівецького торговельно-економічного інституту
Київського національного торговельно-
економічного університету

***Анотація:*** У статті аналізуються питання взаємодії міжнародного права з конституційним правом України. Розглядаються теорії співвідношення національного і міжнародного права. Деталізується механізм імплементації норм міжнародного права у конституційне право України. Показано взаємодію конституційного права України та конституційного права ЄС. Із метою збереження норм міжнародного права, що імплементовані в конституційне право України пропонується, створювати механізми їх реалізації на практиці.

***Ключові слова:*** міжнародне та конституційне право, теорії співвідношення національного та міжнародного права, імплементація норм, міжнародний договір, верховенство права, механізми взаємодії, конституційне право ЄС.

***Аннотация:*** В статье анализируются вопросы взаимодействия международного права с конституционным правом Украины. Рассматриваются теории соотношения национального и международного права. Детализируется механизм имплементации норм международного права в конституционное право Украины. Показано взаимодействие конституционного права Украины и конституционного права ЕС. С целью сохранения норм международного права, имплементированных в конституционное право Украины, предлагается создавать механизмы их реализации на практике.

***Ключевые слова:*** международное и конституционное право, теории соотношения национального и международного права, имплементация норм, международный договор, верховенство права, механизмы взаимодействия, конституционное право ЕС.

***Annotation:*** The interaction of international law with constitutional law of Ukraine is analyzed in the article. The survey of theories of national and international law is made. Mechanism of implementation of international law in constitutional law of Ukraine is detailed. We considered the interaction of constitutional law of Ukraine and constitutional law of EU. In order to preserve the norms of international law, constitutional law implemented in Ukraine we offered to create mechanisms for their implementation in practice.

***Key words:*** international and constitutional law, theory of correlation of national and international law, implementing regulations, international treaty, rule of law, arrangements, EU constitutional law.

---

Україна входить у світову спільноту, зобов'язуючись співпрацювати в рамках міжнародних організацій, покладаючи на себе та виконуючи обов'язки, що випливають із загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів, учасником яких вона стає. Беручи на себе обов'язки міжнародного характеру, держава повинна приводити свою систему законодавства до відповідності з принципами та нормами міжнародного права. Як звертає увагу Б. Л. Зімненко, взаємодія міжнародного та внутрішньодержавного права носить взаємообумовлений характер, зміст якого полягає в тому, що на сьогодні реалізація міжнародного права не може бути належним чином забезпечена без допомоги внутрішньодержавного права, як і останнє, буде відчувати значні труднощі у функціонуванні без сприяння міжнародного права [1, с. 9]. І хоча в юридичній науці виокремлюють кваліфікуючі ознаки внутрішньодержавного, тобто національного, та міжнародного права як двох самостійних правових систем [2, с. 348], разом із тим існує доволі багато теорій співвідношення національного і міжнародного права та форми їх взаємодії. Крім того, постійно зростаючий вплив норм міжнародного права на прийняття значної кількості законодавчих актів, на існуючий правопорядок у суспільстві, а також бурхливий розвиток інноваційних процесів, що викликають імплементацією норм міжнародного права в чинне законодавство України та ряд інших чинників є підставами виникнення наукового інтересу щодо питань взаємодії міжнародного та конституційного права України.

Загалом в юридичній науці значна частина наукових праць присвячена безпосередньо дослідженню питань взаємодії та співвідношення міжнародного і національного (внутрішньодержавного) права в цілому. Вагомий внесок у вивчення проблеми зробили такі відомі вчені-науковці, як Ю. О. Волошин, В. Н. Денисов, Б. Л. Зімненко, І. А. Конюхова, Л. А. Луць, Р. А. Мюллерсон, В. Ф. Погорілко, П. М. Рабінович, О. В. Скрипнюк, Ю. А. Тіхоміров, Ю. М. Тодика, В. Л. Федоренко, С. В. Черніченко та інші. Разом із тим, дослідженню питань взаємодії міжнародного та конституційного права України приділялося значно менше уваги в теорії вітчизняного конституційного права.

Метою статті є дослідження питань взаємодії міжнародного права саме з конституційним правом України, а не з внутрішньодержавним правом в цілому.

Сьогодення характеризується тісною взаємодією міжнародного та конституційного права України. Підтвердженням цього слугує узгодження законодавства України з правовими актами провідних міжнародних організацій Європи. Визначні сучасні вітчизняні науковці наголошують, що форми взаємодії національного конституційного і міжнародного права України залежать від концепцій співвідношення внутрішньодержавних і міжнародних правових систем, що втілюються в національних правових доктринах, системах національного законодавства та юридичній практиці кожної окремої держави світу [2, с. 349].

*© Білоскурська О.В., 2012*

Зазначимо, що розроблено достатньо багато теорій співвідношення національного і міжнародного права. В юридичній літературі ці питання деталізовано висвітлюються в працях як вітчизняних, так і зарубіжних учених [2, с. 349–351; 3, с. 237–238; 4, с. 65–67; 5, с. 114–116; 6, с. 303–306]. Основоположними теоріями залишаються моністична та дуалістична теорії, хоча вони певною мірою суперечать одна одній. Інші ж теорії є більш гнучкими і спрямовані на спрощення недоліків основних теорій, для яких характерним є більш лояльний характер взаємозв'язку міжнародного та національного права. Найпоширенішими з них є теорії трансформації, інкорпорації, імплементації міжнародних і внутрішньодержавних норм [4, с. 65], рецепції, гармонізації [5, с. 116]. В. Л. Федоренко звертає увагу на те, що саме теорія імплементації на сьогодні залишається найбільш вживаною на практиці [7, с. 66], з чим неможливо не погодитися.

Окремі автори схиляються до думки, що наявність великої кількості теорій само за себе говорить про складність проблеми, про неоднозначність її вирішення в науці [3, с. 238]. Інші ж, навпаки, вважають, що необхідно відмовлятися від певної політичної чи ідеологічної абсолютизації тієї чи іншої теорії, і об'єктивно існує потреба у формуванні більш гнучких концепцій [6, с. 306]. У цілому таке розмаїття теорій необхідно враховувати й при розгляді питання про взаємодію міжнародного та конституційного права України.

У науковій юридичній літературі наголошується, що первинними внутрішніми актами, які підлягають адаптації до міжнародного права, перш за все, виступають конституції (конституційні акти) й тісно пов'язані з ними найважливіші національні закони, що становлять джерела конституційного права. В свою чергу, розвиток конституційного права всередині держав сприяє зміні і вдосконаленню міжнародних правил, надихає міжнародну спільноту на запозичення передового національного досвіду з метою надання йому характеру універсальних принципів і норм [8, с. 12]. Отже, взаємодія конституційного права України і міжнародного права є актуальною темою дослідження для юридичної науки також і тому, що Конституція України виступає основоположним Законом держави, який повинен відповідати прийнятими державами міжнародним зобов'язанням та принципам.

Однією із переваг чинної Конституції України є попередньо закладена вдосконалена база правової системи держави з врахуванням норм міжнародного права. Положення Основного Закону України скеровані на врахування міжнародно-правових норм, що викликано значимістю спільних інтересів держави та необхідністю укріплення міжнародного правопорядку. В умовах євроінтеграційних процесів взаємодія конституційного права України з міжнародним правом визначається окремими правовими механізмами, що закріплені в Основному Законі України. Особливе місце належить механізму імплементації норм міжнародного права у конституційне право України. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 9 Основного Закону України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, а ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» закріплює положення про те, що, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Доцільно зауважити, що безпосередньо конституції, а не окремі законодавчі акти, багатьох держав світу, зокрема Болгарії, Греції, Естонії, Німеччини, Франції, містять норми, в яких зазначено, що належним чином ратифіковані міжнародні договори мають вищу юридичну силу, ніж закони держави.

Відносини України з іноземними державами світу ґрунтуються, перш за все, на основі ст. 18 Конституції України, яка закріплює положення про те, що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права.

Існує іще декілька статей Основного Закону України, в яких здійснюється посилання до міжнародних договорів. Так, наприклад, ст. 26 Конституції України закріплює, що іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. В ч. 4 ст. 55 наголошується, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Як зауважує Ю. М. Тодика, наведені конституційні формулювання підтверджують належність України світовому правопорядку, що відображений в міжнародних договорах і в загальновизнаних принципах міжнародного права [3, с. 244]. Крім Конституції України, значна частина конституційних актів містить норми, що імплементують норми міжнародного права. Така тенденція найбільше прослідковується у сфері основних прав і свобод людини і громадянина, хоча Конституція України безпосередньо не встановлює зв'язок між основними правами людини і громадянина з міжнародним правом. Загалом специфіка взаємодії міжнародного права та конституційного права України реалізується на основі вже сталих принципів їх взаємодії.

Слід зауважити також, що передумовою закріплення на конституційному рівні принципу верховенства права було визнання такого принципу міжнародною спільнотою фундаментальним принципом демократії. Так, поняття принципу верховенства права в Конституції України у світлі пріоритету міжнародного права у внутрішньому праві відповідає сучасній доктрині та практиці міжнародного права [9, с. 32].

При розгляді питання взаємодії міжнародного та конституційного права України доцільно враховувати міркування О. В. Скрипнюка. Перспективним, на його думку, напрямом взаємодії конституційного права

України та конституційного права ЄС буде саме імплементація певних договорів ЄС конституційного змісту в чинне законодавство України [5, с. 116], оскільки питання взаємодії конституційного права України із конституційним правом ЄС перебуває в площині теорії та практики співвідношення внутрішньодержавного (національного) та міжнародного (наднаціонального) права. Адже конституційне право ЄС і Євроконституція є явищами наднаціонального права і, відповідно, співвідносяться і взаємодіють з національним правом України, як й інші акти міжнародного права [5, с. 113]. Підтвердженням цього є наявний конституційний досвід держав-учасниць ЄС, що свідчить про внутрішньодержавне конституційне право як відкриту систему, що перебуває у постійному розвитку та взаємодії з міжнародною правовою системою. Таким чином, на думку окремих науковців, зближення національних і міжнародних правових систем сприяє сумісності різних за типологічними та іншими ознаками правових систем та здатності їх взаємодіяти між собою, а також сприяє скороченню відставання ряду національних правових систем від сучасних надбань і вимог правового розвитку людської цивілізації [10, с. 400].

Дослідження з питань взаємодії міжнародного та конституційного права України має вагоме значення, оскільки безпосередньо пов'язане з державою, суспільством, людиною, громадянином. Від ефективної реалізації зазначеної взаємодії залежить розвиток як системи національного законодавства, так і законодавства інших країн світу. Така взаємодія реалізується через чітко визначені правові механізми, найвагомішим з яких є імплементація норм міжнародного права в конституційне право України, що визначає сутність, зміст і форми взаємодії. Не виключено, що в майбутньому буде здійснено деталізацію окремих механізмів взаємодії та виявлено найбільш ефективні з них, наприклад, на рівні конституційного права та законодавства. Разом із тим, наскільки б не були бездоганними норми міжнародного права, вони втрачають свою вагу та право на існування, якщо належним чином не реалізуються на практиці, реально не втілюються в життя. Відповідно, поряд із імплементацією норм міжнародного права у конституційне право України, доцільно створювати механізми, що забезпечують реалізацію вказаних норм на практиці.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации: Общая часть: курс лекций / Б. Л. Зимненко. – М. : Статут; РАП, 2010. – 416 с.
2. *Погорілко В. Ф.* Конституційне право України : Академічний курс : підручник : у 2 т. / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко; за ред. В. Ф. Погорілка. – К. : Юридична думка, 2006–2008. – Т. 1. – 2006. – 544 с.
3. *Тодыка Ю. Н.* Конституция Украины – Основной Закон государства и общества : учеб. пособ. / Ю. Н. Тодыка. – Харьков: Факт, 2001. – 382 с.
4. *Гаврилов В. В.* Теории согласования международных и внутригосударственных норм / В. В. Гаврилов // Государство и право. – 2005. – № 12. – С. 61, 65–67.
5. *Скрипнюк О. В.* Курс сучасного конституційного права України : академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х. : Право, 2009. – 468 с.
6. *Волошин Ю. О.* Особливості формування моністичних концепцій співвідношення міжнародного та внутрішньонаціонального права та їх роль у розвитку міждержавної інтеграції / Ю. О. Волошин // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 1. – С. 303–307.
7. *Федоренко В. Л.* Національне і міжнародне конституційне право: порівняльно правові аспекти / В. Л. Федоренко // Порівняльно-правові дослідження. – 2006. – № 2. – С. 65–67.
8. *Конюхова И. А.* Международное и конституционное право: теория и практика взаимодействия / И. А. Конюхова. –М. : Формула права, 2006. – 496 с.
9. *Денисов В. Н.* Статус міжнародних договорів в Конституції України/ В. Н. Денисов // Вісник Академії правових наук України. – 1997. – № 1. – С. 29–36.
10. *Луць Л. А.* Проблеми взаємодії національних та міждержавних правових систем / Л. А. Луць // Правова держава. – 2002. – Вип. 13. – С. 394–400.