МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 70

Одеса
«Юридична література»
2013

УДК 340(063)
ББК 67.0я43
А 437

У черговому збірнику наукових праць відображені сучасні проблеми державотворення та конституціоналістики, питання реформування чинного цивільного законодавства, актуальні проблеми господарського, екологічного права, питання удосконалення адміністративного та фінансового права, новітні напрями розвитку системи кримінальної юстиції України, наводяться результати досліджень з інших сфер сучасної юриспруденції.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, студентів вищих навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться актуальними напрямами розвитку сучасного права України.

Редакційна колегія:
д-р юрид. наук, проф. ***С. В. Ківалов*** *(головний редактор), д-р юрид. наук, проф.* ***В. М. Дрьомін*** *(заступник головного редактора), д-р юрид. наук, проф.* ***Ю. П. Аленін****, канд. юрид. наук, проф.* ***М. Р. Аракелян****, канд. юрид. наук, проф.* ***Л. Р. Біла-Тіунова****, д-р юрид. наук, проф.* ***О. К. Вишняков****, д-р юрид. наук, проф.* ***М. А. Дамірлі****, д-р юрид. наук, проф.* ***Є. В. Додін****, канд. юрид. наук, проф.* ***В. В. Завальнюк****, канд. юрид. наук, проф.* ***І. І. Каракаш****, д-р юрид. наук, проф.* ***Ю. М. Оборотов****, д-р юрид. наук, проф.* ***М. П. Орзіх****, д-р юрид. наук, проф.* ***О. П. Подцерковний****, канд. юрид. наук, проф.* ***Ю. Є. Полянський****, д-р юрид. наук, проф.* ***В. В. Тіщенко****, д-р юрид. наук, проф.* ***В. О. Туляков****, д-р юрид. наук, проф.* ***Є. О. Харитонов****, д-р юрид. наук, проф.* ***О. І. Харитонова****, д-р юрид. наук, проф.* ***Г. І. Чанишева***

Відповідальний за випуск
доктор юридичних наук
В. М. Дрьомін

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України,
свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу інформації
серія КВ № 16844-5606 ПР від 29.06.2010 р.
Постановою Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.1999 р.
збірник внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

© НУ ОЮА, 2013

ПЕРЕДМОВА

Особливості сучасного правового життя України вимагають виходу вітчизняної юриспруденції на нові рубежі, пов'язані зі змінами методології дослідження правових явищ і державних інститутів, дослідженням правового інструментарію, що відповідає процесам індивідуалізації сучасного суспільства. У зв'язку із цим важливу роль відіграють розробки в галузі філософії права, генезису права, загальної теорії права, які є не лише стимулом для розгортання галузевих і спеціальних досліджень, але й змінюють зміст професіональної правової культури юристів із сучасним правовим мисленням.

Українські правознавці все більше замислюються над змінами, які відбуваються в правовому й державному житті сучасної України. При цьому віддається належне дослідженням у сфері прав людини, які принципово змінили відношення до інститутів державної влади.

Представлений збірник «Актуальні проблеми держави та права» відзначений численними дослідженнями, спрямованими на розкриття сучасних граней існування права, особливостей змін у державі та проблем державності, а також спробами своєрідних рішень і пропозицій, що стосуються розвитку української правової системи. Помітно також все більше використання досягнень сучасної європейської правової думки, а також практики правового розвитку найбільш розвинених країн сучасного світу, здійснення порівняльно-правових досліджень, розробка дієвих механізмів та методів реалізації різних сфер національної державно-правової політики з урахуванням зарубіжного досвіду.

У цьому збірнику наукових праць представлені публікації, у яких аксіологічна проблематика пов'язана з практикою законотворчості, реалізацією законодавства, ефективністю застосування правових установлень у нашій державі, а також із реалізацією більш дієвих, чітких нормативів, інтерпретацій та рішень.

Особливого значення набуває подальше реформування адміністративного права, зокрема трансформація його соціального призначення, спрямованого на забезпечення реалізації та захисту прав, свобод та законних інтересів людини й громадянина у сфері державного управління; удосконалення та систематизація адміністративного законодавства; становлення й розвиток інституту адміністративних послуг та реформування інституту адміністративної відповідальності, становлення окремих інститутів податкового та фінансового права, аспекти валютного регулювання й контролю.

Не залишаються поза увагою дослідників процеси в державі, пов'язані з орієнтацією суспільних інтересів на використання інформації, знань та інформаційно-комунікаційних технологій. Виникнення якісно нових можливостей для здійснення комунікативних обмінів на глобальному, регіональному й національному рівнях потребує запровадження політико-правових заходів регулювання суспільних відносин в інформаційному суспільстві на міжнародному та національному рівнях.

Основну увагу науковці приділяють методологічним проблемам вітчизняної юриспруденції та вдосконаленню її категоріального апарату, збереженню вітчизняних правових традицій і розумному запозиченню досягнень інших правових культур, втіленню міжнародних стандартів прав людини та права Європейського

Союзу в механізм дії українського права. Учені стверджують, що погодження положень чинного законодавства України з положеннями міжнародно-правових актів, імплементація міжнародно-правових норм, зокрема щодо прав і свобод людини, у національне законодавство України, їх реалізація в національній сфері відповідають тенденціям поглиблення взаємозв'язку міжнародного й національного права, затвердження міжнародних стандартів у вітчизняній правовій системі та застосування цих стандартів на практиці державними органами.

У статтях збірника з різних точок зору та з різних напрямів представлені підходи науковців-юристів до питань реформування правової системи України. У зв'язку із цим знаковими є оприлюднені в статтях результати наукових досліджень юристів, які визначають удосконалення законодавства та практику його використання в Україні.

Автори статей намагалися поставити питання, що мають безпосереднє значення для їх практичного втілення та подальшого розвитку юридичної науки, та запропонувати їхнє вирішення. Вітчизняна цивілістична думка повинна відігравати визначальну роль у викладанні цивільного та інших пов'язаних із ним галузей права, а також у розробці цивільного законодавства та спрямуванні правозастосовної практики. Досягнення перерахованих цілей ставить питання про необхідність перегляду багатьох положень юридичної доктрини, розповсюдження її на нові с фери відносин, пошук вирішення великої кількості нових для цивілістики та вельми непростих проблем.

До уваги читача представлені наукові дослідження у сфері наук кримінального циклу. Так, увагу авторів привернули актуальні питання відповідальності юридичних осіб у межах кримінального права, суддівського розсуду під час призначення покарання, компенсаційної функції кримінальної відповідальності в кримінальному праві, примусових заходів медичного характеру, доказів та доказування в кримінальному процесі України, категорії невербальної інформації під час розслідування злочинів, оперативно-розшукового забезпечення кримінального провадження, насилля в сім'ї.

Концептуальний характер мають дослідження науковців у сфері реформування та організації діяльності правоохоронних органів, органів прокуратури та суддівського корпусу.

Вважаю, що представлені в збірнику статті буде прийнято представниками як вітчизняної, так і зарубіжної юриспруденції, студентами юридичних вузів та всіма, хто зацікавлений у стабільному правовому житті сучасної України.

Сергій КІВАЛОВ,
президент Національного університету
«Одеська юридична академія»,
народний депутат України,
голова комітету Верховної Ради України
з питань верховенства права та правосуддя,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПН України

Розділ 1

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ДОСЛІДЖЕННЯ РОЗВИТКУ ДЕРЖАВНОСТІ І ПРАВА

УДК 3.34.340

В. В. Горленко

ОРГАНИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ Й МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО

Колишній Надзвичайний і Повноважний Посол Федеративної Республіки Німеччина в Україні Д. Штюдеманн про значення українського громадянського суспільства в змінах у житті держави зазначив таке: «Політичні, суспільні зміни в Україні будуть здійснюватися не через політичні еліти, а через громадянське суспільство. Оскільки ці політичні еліти не придатні, не спроможні. А суспільство – це продукт змін у ментальності. Вони починаються ще серед дітей у родині, продовжуються на вулиці, у школах, де діти вчаться, у суспільному оточенні. Це тривалий і складний процес, але я вважаю, що для цього потрібно 200 років» [8, с. 11]. З дечим із наведеного висловлення можна погодитись, проте не з усім. Правдивим є твердження про те, що зміни в українській державі здійснюватимуться насамперед через громадянське суспільство, а не шляхом змін в еліті. У зв'язку із цим дослідження стану органів влади й місцевого самоврядування в контексті становлення українського громадянського суспільства є актуальним.

Держава безпосередньо впливає на формування громадянського суспільства та взаємно пов'язана з ним. З огляду на це метою дослідження є аналіз засобів і способів, якими держава може вплинути на побудову громадянського суспільства через органи, що покликані здійснювати реалізацію її функцій (органи державної влади), а також органи, що покликані представляти інтереси місцевої громади (органи місцевого самоврядування).

Укорінення засад республіканізму, а отже, становлення дієвого громадянського суспільства потребує зміни філософії влади. Вона, не очікуючи тиску знизу, повинна першою на практиці перейти на засади відкритості й прозорості, продемонструвати, що сприймає громадянина та громадянське суспільство як рівноправних державі суб'єктів державотворчого процесу. Адже громадянська активність, інноваційний пошук, соціальна взаємодія значною мірою залежить від позиції влади.

Загалом процеси трансформації громадянського суспільства на шляху утвердження демократії потребують удосконалення політики сприяння його розвитку. Є необхідність повноцінного законодавчого забезпечення суспільних відносин у цій сфері та модернізації чинного національного законодавства [10, с. 41].

У зв'язку із цими стратегічними цілями державної політики має бути виконано такі дії:

1) розширення можливостей для підвищення політичної активності та самореалізації громадян, для здійснення суспільних ініціатив;

2) подолання аномії, формування в суспільстві атмосфери довіри між громадянами, між громадянами та державою, утвердження авторитету влади;

3) розвиток усіх рівнів місцевого самоврядування;

4) дотримання балансу суспільних інтересів у діяльності органів влади та в інституціях, що справляють вплив на державну політику;

© В. В. Горленко, 2013

5) убезпечення громадянина від будь-якого тиску на нього, надання йому повного правового захисту;

6) удосконалення законодавчого врегулювання сфери громадянської активності;

7) подолання дефіциту фінансової, інформаційної, організаційної підтримки громадянського суспільства, зобов'язуючи до відповідних дій органи влади та заохочуючи вітчизняний бізнес;

8) розвиток інституціональних механізмів забезпечення участі громадськості у виробленні, ухваленні та реалізації політико-управлінських рішень, популяризація відповідних складників діяльності органів влади;

9) розвиток інститутів, що забезпечують стабільний соціальний діалог між владою та різними суспільними групами;

10) заохочення нових і вдосконалення наявних форм самоорганізації громадян для вирішення питань з організації та облаштування свого життя [9, с. 14–15].

Органи державної влади поділяються на законодавчі та виконавчі. До законодавчих належить Верховна Рада України; до виконавчих – Кабінет Міністрів України та центральні органи виконавчої влади (міністерства, служби, агенції, інспекції). Крім того, до органів державної влади можна віднести також місцеві державні адміністрації: обласні, міські, районні, районні в містах.

До органів місцевого самоврядування належать місцеві ради: обласні, міські, районні, районні в містах, селищні, сільські.

На сьогодні органи державної влади й місцевого самоврядування відірвані від потреб населення та здійснюють обслуговування виключно інтересів своїх керівників. Кардинально змінити ситуацію, що склалася в цій сфері, можна через розширення можливостей громадської участі, перетворення громадян на впливових суб'єктів трансформації, формування в суспільстві усвідомлення підзвітності влади та можливості впливати на неї. Досягнення цієї мети потребує глибоких і системних змін усіх основних складників політичної сфери суспільного життя.

На рівні політичних інститутів необхідне посилення представницьких органів влади з одночасним зміцненням механізму громадського контролю. На рівні відносин між органами влади й громадянським суспільством – підвищення відкритості та прозорості влади, удосконалення механізмів участі громадськості в розробленні, ухваленні та реалізації управлінських рішень, механізмів громадського контролю. На рівні політичної культури – подолання патерналістського комплексу в ставленні громадян до влади, становлення активістського типу політичної культури з одночасним зростанням у середовищі представників влади та управління почуття відповідальності за результати своєї діяльності [9, с. 12].

Верховна Рада України як орган законодавчої влади та місцеві ради як органи місцевого самоврядування формуються шляхом виборів. На жаль, виборча система нашої держави є недосконалою та потребує значного вдосконалення.

Розглянемо виборчу систему місцевих рад. Для того щоб визначити, якою має бути виборча система в місцевих радах, розглянемо основні завдання, які мають виконувати ці ради. Тут ми звернемося до праць великого українського філософа М. Драгоманова.

Вважливе місце в «драгоманівському» варіанті конституційного устрою України посідали органи місцевого самоврядування. Саме на них мислитель

покладав найбільші надії на створення громадянського суспільства. Тому у своєму конституційному проекті реформ М. Драгоманов передбачав для органів місцевого самоврядування такі повноваження:

1) управління справами місцевого громадського господарства;

2) здійснення управлінських функцій щодо початкової та середньої освіти;

3) контроль за всією економічною діяльністю на території громади;

4) вжиття заходів щодо збереження природних багатств;

5) нагляд за діяльністю громадських організацій.

Для того щоб місцеві громади могли реалізувати зазначені повноваження, необхідно приділити значну увагу процесу формування місцевих органів управління. Таке формування має відбуватися виключно на основі загального й рівного виборчого права. Це у свою чергу сприятиме позбавленню можливості втручання центральної державної влади в регулювання питань, які належать до компетенції виключно місцевих громад. У відповіді на привітання з нагоди 30-річчя літературно-наукової діяльності М. Драгоманов зазначив: «Щоб установа з більш широким колом дій не була начальством над установами з менш широким колом дії, а щоб кожна мала можливо повну самостійність у своєму колі, особливо в справах, які вона оплачує своїми засобами <...>» [6, с. 252–256].

Реформи виборчої системи мають спрямовуватися на створення можливостей для громадськості брати участь у формуванні органів самоврядування. Посприяти цьому може впровадження мажоритарної виборчої системи, коли виборець буде голосувати не «сліпо», за «список» не відомих йому людей, а обиратиме конкретного представника, який буде здатний представляти його інтереси. Вибори до місцевих органів самоврядування в 2010 р. відбувалися за змішаною (мажоритарно-пропорційною) системою для депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах рад та за мажоритарною системою для депутатів сільських і селищних рад, оскільки такі норми встановив прийнятий у 2010 р. Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів». Варто зауважити, що вибори за змішаною системою депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах рад є невиправданими, оскільки така система робить значне навантаження на виборчий процес. До місцевих органів самоврядування всіх рівнів варто проводити вибори виключно за мажоритарною системою. У зв'язку із цим вбачається за доцільне до статті 71 Конституції України внести положення такого змісту: «Вибори до органів місцевого самоврядування відбуваються за мажоритарною системою». Відповідні зміни має бути внесено й до Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів».

У статті 123 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30.01.1937 р. передбачено норму, якою встановлюється, що кожний депутат зобов'язується звітувати перед виборцями про свою роботу та про роботу Ради депутатів трудящих і може в будь-який час бути відкликаним за рішенням більшості виборців у встановленому законом порядку [7, с. 89]. Зазначена норма стосувалася не лише депутатів місцевих рад, а й депутатів Верховної Ради УРСР. Вона забезпе-

чувала контроль із боку громадськості за виконанням своїх обов'язків її представниками. Тому вважаємо, що статтю 71 Конституції України необхідно доповнити ще й положенням такого змісту: «Народний депутат України та депутат органів місцевого самоврядування зобов'язаний звітувати перед виборцями про свою роботу два рази на рік та у випадку неналежного виконання своїх обов'язків може бути відкликаний за рішенням більшості виборців у встановленому цією Конституцією порядку». До розділу III «Вибори. Референдум» має бути внесено статтю, яка визначить такий механізм відкликання виборцями свого представника в парламенті чи місцевій раді за неналежне виконання обов'язків.

Доцільно було би збільшити прохідний бар'єр для партій до 7%. Це сприяло би підвищенню відповідальності партій та їхніх лідерів перед своїми виборцями, а також підвищенню ефективності законотворчої діяльності народних депутатів.

Підсумовуючи сказане, можемо зробити висновок, що редакція статті 71 Конституції України має виглядати так: «Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними й відбуваються на основі загального, рівного й прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Виборцям гарантується вільне волевиявлення. Вибори до Верховної Ради України здійснюються за мажоритарно-пропорційною системою. Вибори до органів місцевого самоврядування відбуваються за мажоритарною системою. Народний депутат України та депутат органів місцевого самоврядування зобов'язаний звітувати перед виборцями про свою роботу два рази на рік та у випадку неналежного виконання своїх обов'язків може бути відкликаний за рішенням більшості виборців у встановленому цією Конституцією порядку».

Здійснення пропонованих змін виборчої системи сприятиме утвердженню представницьких органів влади в Україні як інститутів громадянського представництва, підвищенню рівня підзвітності й підконтрольності влади, розвитку демократичної партійної системи, посиленню впливу громадян на процеси формування органів влади, практичній реалізації конституційної норми про народ як джерело влади [9, с. 19].

Досліджуючи питання діяльності Верховної Ради України, доцільно звернутися до іноземного досвіду. Для прикладу візьмемо Швейцарську Конфедерацію. Одним із головних надбань швейцарського народу є механізм народної ініціативи. На вимогу 50 тисяч громадян або 8 кантонів повинні організовуватися факультативні референдуми з будь-яких питань внутрішнього життя країни. Народна ініціатива вважається схваленою в разі її підтримання або більшістю громадян, які взяли участь у голосуванні, або більшістю кантонів. Зазначена процедура є виявом норми прямої демократії.

Для України також виникає необхідність запровадження механізму прямої демократії. Проте варто передбачити певне коло питань, які можуть бути предметом такої ініціативи.

Продовжуючи тему адаптації іноземного досвіду до українських реалій, звертаємо увагу на законодавство Чеської Республіки, де парламент розпускається в таких випадках: якщо він висловлює вотум недовіри новоствореному уряду; якщо його главу призначено президентом; протягом трьох місяців він не спроможний ухвалити рішення щодо урядового законопроекту, з обговоренням якого уряд пов'язує питання довіри; засідання сесії припинено більше як на припустимий період (понад три місяці немає кворуму).

З метою підвищення ефективності роботи Верховної Ради України було б доцільно впровадити чеський досвід, а саме надати право Президенту України на розпуск парламенту у випадку його неспроможності протягом трьох місяців ухвалити рішення щодо урядового законопроекту, з обговоренням якого уряд пов'язує питання довіри.

Говорячи про органи виконавчої влади (далі – ОВВ), необхідно наголосити на тому, що в Україні відсутній центральний ОВВ, який має відповідати за реалізацію державної політики у сфері громадянського суспільства. У багатьох іноземних державах діють установи, завданням яких є сприяння вдосконаленню громадянського суспільства. Наприклад, у Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії при Лондонській школі економіки діє Центр громадянського суспільства. Доволі цікавим є досвід Французької Республіки, де було створено спеціальну Державну раду. Зазначений орган має консультативно-дорадчий статус при французькому уряді, його завданням є аналіз законопроектів щодо їх відповідності Конституції та законам Французької Республіки. В Україні були спроби створити подібний орган. 06.03.1992 р. Президент України Л. Кравчук своїм розпорядженням № 37/92-рп створив Державну думу України, яка мала статус консультативного органу. Проте проіснувала Державна дума всього лише 8 місяців, і Указом Президента України від 27.10.1992 р. № 544/92 «Про реорганізацію Адміністрації Президента України» її було ліквідовано. 26.01.2012 р. створено Координаційну раду з питань розвитку громадянського суспільства.

Проте країні потрібен окремий орган виконавчої влади, який повинен відповідати за громадянське суспільство. У країнах Європейського Союзу таку функцію виконують різні міністерства й відомства (від міністерства регіонального розвитку до міністерства юстиції). В Україні, враховуючи сучасну систему ОВВ, варто створити Державну службу України з питань розвитку громадянського суспільства. Координацію діяльності цього органу буде здійснювати міністр юстиції України. До повноважень згаданої служби, окрім реалізації державної політики у сфері розвитку громадянського суспільства, мають входити також повноваження щодо контролю за виконанням ОВВ законодавства про громадянське суспільство.

Враховуючи той факт, що при ОВВ створюються громадські ради, слід зупинитися на недоліках процедури їх створення. Так, Постанова Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» від 03.11.2010 р. № 996 відкриває перед громадськими радами широкі горизонти: ради створюються для того, щоб суспільство контролювало чиновників, а ті у свою чергу враховували думку громадськості під час реалізації державної політики. Так, окрім усього іншого, ОВВ в обов'язковому порядку повинні виносити на громадське обговорення проекти регуляторних актів, проекти нормативно-правових актів, які мають важливе суспільне значення та стосуються конституційних прав і свобод громадян, а також актів, що передбачають надання пільг, або навпаки, встановлюють обмеження для інститутів громадянського суспільства. Також обговоренню підлягають звіти головних розпорядників бюджетних коштів про те, на що ці кошти було витрачено.

Постанова, яка на папері виглядає як бажання «вдихнути життя» в розвиток громадянського суспільства, насправді перетворюється на спробу його «приручити». Це виявляється в тому, що місцеві чиновники втручаються в процес обрання громадських рад, просуваючи в їх керівництво перевірених людей, від яких можна не боятися серйозної критики. Механізм з утвердження «своєї» людини на чолі громадської ради є простим: на засновницькі збори разом із керівниками діючих та активних неурядових організацій приходять представники численних організацій-«пустушок», які в результаті опиняються в більшості та без зусиль забезпечують потрібний результат [11, с. 4]. Для виправлення ситуації необхідно в підпункті 4 пункту 7 Типового положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді Міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київський та Севастопольській міській, районній, районній у містах Києві та Севастополі державній адміністрації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 03.11.2010 р. № 996, зазначити таке: «До складу громадської ради може бути обрано лише представника від інституту громадянського суспільства, який здійснює свою діяльність протягом останніх трьох років та надасть вичерпний звіт про свою діяльність протягом зазначеного періоду». Така норма допоможе відсіяти інститути громадянського суспільства, які створюються виключно для лобіювання чиновниками своїх інтересів.

Отже, ми бачимо, що засоби й способи формування органів влади та місцевого самоврядування безпосередньо впливають на стан громадянського суспільства. Основною умовою процедури виборів має стати наявність рівних можливостей для участі в них, а також можливість виборців контролювати своїх обранців. Саме на цих принципах має відбуватися реформа виборчого законодавства.

Література

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про реорганізацію Адміністрації Президента України : Указ Президента України від 27.10.1992 р. № 544/92 // Збірник розпоряджень Президента України. – 1992. – № 4. – Ст. 4.
3. Про затвердження Положення про Державну думу України, матеріальне забезпечення Державних радників України, фонд заробітної плати та чисельність апарату Державних радників України : Розпорядження Президента України від 06.03.1992 р. № 37/92-рп // Збірник розпоряджень Президента України. – 1992. – № 1. – Ст. 11.
4. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10.07.2010 р. № 2487-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35. – Ст. 491.
5. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 17.11.2011 р. № 4061-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 10. – Ст. 73.
6. Драгоманов М. Документи і матеріали (1841–1994 рр.) / М. Драгоманов ; упор. : Г. Болотова, І. Бутич, Н. Грабова, О. Купчинський, Д. Пельц, Г. Сорока. – Львів : Інститут української археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського НАН України, 2001. – 732 с.
7. Історія Української Конституції / упор. : А. Слюсаренко, В. Томенко. – К. : Право, 1997. – 277 с.
8. Леонід Данилович постійно боявся СБУ – і що? // Газета по-українськи. – 2012. – № 1382. – С. 5.
9. Модернізація України – наш стратегічний вибір : щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України / відп. за випуск В.М. Сизонтов. – К. : НІСД, 2011. – 416 с.
10. Про стан розвитку громадянського суспільства : доповідь / А.В. Єрмолаєв, Д.М. Горєлов, О.А. Корнієвський та ін. – К. : НІСД, 2012. – 56 с.
11. Сергієнко І. Влада створює псевдогромадянське квазісуспільство / І. Сергієнко // Коментарі. – 2011. – № 7. – С. 4.

Анотація

Горленко В. В. **Органи державної влади й місцевого самоврядування та громадянське суспільство.** – Стаття.

Статтю присвячено розгляду проблемних питань формування органів державної влади та місцевого самоврядування в процесі становлення громадянського суспільства. Автор статті робить висновки, що основною запорукою становлення й розвитку громадянського суспільства має стати забезпечення однакових можливостей для участі громадян у формуванні органів державної влади та місцевого самоврядування, а також контролю за їх діяльністю.

Ключові слова: вибори, громадянське суспільство, депутат, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, партія.

Аннотация

Горленко В. В. **Органы государственной власти и местного самоуправления и гражданское общество.** – Статья.

Статья посвящена рассмотрению проблемных вопросов формирования органов государственной власти и местного самоуправления в процессе становления гражданского общества. Автор статьи делает вывод, что основным залогом становления и развития гражданского общества должно стать обеспечение равных возможностей для участия граждан в формировании органов государственной власти и местного самоуправления, а также контроля за их деятельностью.

Ключевые слова: выборы, гражданское общество, депутат, органы государственной власти, органы местного самоуправления, партия.

Summary

Gorlenko V. V. **Public authority and local self-government and civil society.** – Article.

The article is devoted public authority and local self-government form in civil society form process. The author concludes that the main key to the formation and development of civil society should be to ensure equal opportunities for citizens to participate in the formation of state and local governments, as well as control over their activities.

Key words: civil society, deputy, election, local self-government authority, party, public authority.

УДК 347.963(477).001.73

В. Г. Андрусяк

ПРАВОЗАЩИТНАЯ ФУНКЦИЯ ПРОКУРАТУРЫ КАК ИНСТИТУТА СОВРЕМЕННОГО УКРАИНСКОГО ГОСУДАРСТВА

Актуальность темы. Прокуратура Украины занимает особое место в государственном механизме, не принадлежа ни к одной из ветвей власти, и одновременно играет важную роль в развитии правового, демократического и социального государства. Ее деятельность направлена на всемерное утверждение верховенства закона, укрепление правопорядка, защиту гарантированных Конституцией Украины, другими законами Украины и международно-правовыми актами социально-экономических, политических и личных прав и свобод человека.

Процесс реформирования прокуратуры Украины носит комплексный и длительный характер. В последнее время в связи с требованиями, выдвинутыми Советом Европы, в частности Венецианской комиссией, актуализировались дискуссии об избрании эффективной модели прокурорской системы в Украине с целью приведения ее функций и роли в государственном механизме Украины к европейским стандартам.

Степень научной разработанности проблемы. Изучение процесса функционирования института прокуратуры как важного элемента правозащитной системы

© В. Г. Андрусяк, 2013

украинского общества получило всестороннее освещение в работах таких современных ученых: С.В. Бабенко, Л.Р. Грицаенко, Л.М. Давиденко, В.В. Долежана, П.М. Кариача, С.В. Кивалова, В.М. Костюты, В.Т. Маляренко, И.Е. Марочкина, В.В. Мойсика, С.В. Прилуцкого, Ю.Е. Полянского, В.В. Сухоноса, С.Г. Стеценко, Р.В. Шарова, М.К. Якимчука и других.

Цель работы заключается в том, чтобы на основании комплексного и системного анализа изучить сущность и содержание правозащитной функции прокуратуры как основополагающего института современного украинского государства. Для достижения поставленной цели исследования необходимо последовательное решение следующих задач:

– раскрыть основное функциональное назначение прокуратуры Украины;

– исследовать теоретико-правовое содержание правозащитной функции прокуратуры в современной юридической литературе;

– изучить правовые основы правозащитной функции как приоритетного направления деятельности прокуратуры Украины.

Изложение основного материала. Исследование правового статуса института прокуратуры Украины не возможно вне контекста социально-политических условий ее функционирования, национальных традиций, особенностей правовой культуры народа. Учитывая важность поставленных перед прокуратурой задач, любое реформирование и любые изменения в организации, основах и порядке ее деятельности могут происходить лишь на серьезной научной почве.

На наш взгляд, очерчивая функциональную специфику деятельности органов прокуратуры, можно четко определить содержание основных функций этого органа государственной власти, а также выяснить, обеспечивают ли эти функции защиту прав и интересов граждан, не противоречат ли они основополагающим принципам правового государства.

Для выявления сущности и содержания правозащитной функции прокуратуры как института современного украинского государства необходимо исходить из того, что эта функция выступает в качестве одной из центральных. Защитные правоотношения возникают как реакция государственных и общественных органов на противоправное поведение субъекта права. А формы и способы охраны и защиты зависят от полномочий каждого правоохранительного органа, в том числе и органов прокуратуры.

В современных условиях прослеживается тенденция к изменению правозащитной функции современного государства. Так, она наполняется новым содержанием в результате появления новых прав и свобод, гарантированных государством. Косвенным подтверждением этому служит динамика изменения подхода к пониманию содержания общепризнанных прав и свобод, юридически закрепленных в международных актах и нормах внутригосударственного права за последние десятилетия.

Необходимо обратить внимание на то, что ряд исследователей выделяют в основе общего надзора правозащитную функцию в связи с тем, что надзор за соблюдением законов представляет собой наиболее эффективную и последовательную форму контроля государства в сфере обеспечения законности, которая осуществляется

постоянно и не требует особой процедуры. Утверждая верховенство закона, прокурорский надзор в пределах предоставленных полномочий выступает действенным и необходимым инструментом защиты прав и свобод человека и гражданина, общества и государства [3, с. 11].

Правозащитная деятельность прокуратуры связана не только с правами, но и с обязанностями граждан, поскольку последние, осуществляя свои права, принимают на себя соответствующие обязанности, а также с ограничением прав и свобод граждан.

Наличие правозащитной функции у прокуратуры возникает как следствие распространения после Второй мировой войны по всему миру принципов гуманности и приоритетности стандартов прав человека. Деятельность прокуратуры в рамках правозащитной функции распределяется по следующим направлениям: правотворчество, правоприменение и правореализация.

Органы прокуратуры в пределах своей компетенции также защищают права и свободы граждан на началах их равенства перед законом независимо от национального или социального происхождения, языка, образования, отношения к религии, политических убеждений, служебного или имущественного положения и других признаков. Принимаются меры к устранению нарушений закона, восстановлению нарушенных прав и привлечению в установленном законом порядке к ответственности лиц, допустивших эти нарушения. Органы прокуратуры действуют гласно, информируют государственные органы власти и общественность о состоянии законности и мерах по ее укреплению [5].

Перед прокуратурой законодатель ставит общие цели и задачи, главными из которых являются верховенство права и закона, защита прав и свобод человека, укрепление законности. Эти задачи решаются с учетом специфических форм, способов и методов работы органов прокуратуры.

Осуществляя правозащитную деятельность, прокурор рассматривает и проверяет заявления, жалобы и другие сообщения о нарушении прав и свобод человека и гражданина, разъясняет пострадавшим порядок защиты их прав и свобод, принимает меры по предупреждению и пресечению нарушений прав и свобод человека и гражданина, привлечению к ответственности лиц, нарушивших закон, и возмещению причиненного ущерба. Надзирая за исполнением законов, прокурор опротестовывает противоречащие закону правовые акты, а также применяет другие меры прокурорского реагирования.

Одна из предусмотренных Законом Украины «О прокуратуре» мер реагирования прокурора – обращение в суд для защиты нарушенных прав и свобод человека и гражданина. Однако законодательная регламентация порядка и оснований таких обращений вызывает вполне обоснованное возражение у научной общественности и работников прокуратуры [3, с. 24]. Проблема состоит в ограничении действующим законодательством круга субъектов, в защиту которых прокурор вправе обратиться в суд. По справедливому замечанию С.Г. Бывальцевой, в этом случае надзор может осуществляться за соблюдением прав и свобод именно этих граждан, поскольку при отклонении (а то и просто игнорировании) органом или должностным лицом соответствующего акта реагирования прокурор лишен возможности обратиться в суд и восстановить нарушенное право в отношении других граждан. Между тем очевидно,

что любое полномочие по реагированию, не подкрепленное реальными мерами ответственности за неисполнение законных требований прокурора или правом обращения в суд, не может быть достаточно эффективным [2, с. 20–22].

Необходимо рассматривать правозащитную функцию современного государства не только в узком смысле, то есть сводить ее лишь к пресечению нарушения и восстановлению нарушенного права посредством адекватных мер, принимаемых от имени государства публичными субъектами. Понимание правозащитной функции современного государства предполагает широкий подход к ее трактовке. Правозащитная функция государства отражает сущностную характеристику государства, соответствует определенному этапу развития общества и государства, она постоянно трансформируется под влиянием внутренних и внешних факторов и наполняется новым содержанием. Правозащитная функция – это комплекс мер правового характера, направленных на всестороннюю защиту прав и свобод человека и гражданина и осуществляемых правозащитными структурами.

Деятельность прокуратуры в рамках правозащитной функции распределяется по трем направлениям: правотворчество, правоприменение и правореализация.

Правотворчество органов прокуратуры осуществляется путем подготовки законопроектов с их последующим внесением на рассмотрение субъектам законодательной власти; подготовки заключений на законопроекты, представленные органами государственной власти; подготовки заключений на проекты ведомственных нормативных правовых актов.

Правоприменение и правореализация осуществляются органами прокуратуры путем рассмотрения и проверки заявлений, жалоб и других сообщений о нарушении прав и свобод человека и гражданина, разъяснения пострадавшим порядка защиты их прав и свобод, принятия мер по предупреждению и пресечению нарушений прав и свобод человека и гражданина, привлечению к ответственности лиц, нарушивших закон, и возмещению причиненного ущерба.

Суть правозащитной деятельности органов прокуратуры заключается в осуществлении на всей территории государства специфической деятельности, направленной на изучение информации о нарушении законов, на получение и анализ различных материалов, статистических данных о работе объектов, которые могут содержать сведения, указывающие на необходимость проведения проверок своими силами или с привлечением контролирующих органов, в оценке правовых актов с позиции их соответствия действующему законодательству, а также в применении мер прокурорского реагирования с целью устранения выявленных нарушений, отмены незаконных решений и привлечения виновных к установленной законодательством ответственности, для защиты законных прав, свобод и интересов человека и гражданина.

Укрепление института прокуратуры является не только обязательством нашего государства, взятым при вступлении в Совет Европы, но и насущной необходимостью, вызванной закономерностями развития украинского общества. Без совершенствования статуса и функций прокуратуры (одновременно в контексте всесторонней реформы системы правоохранительных и правозащитных органов) не возможно становление и функционирование правового и демократического государства, а также создание гражданского общества.

В заключении Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 190 от 26 сентября 1995 года о вступлении Украины в Совет Европы и в Резолюции № 1244(2001) о выполнении обязанностей и обязательств Украины отмечалось, что роль и функции Генеральной прокуратуры Украины должны быть изменены путем преобразования этого института в орган, который будет отвечать принципам и стандартам Совета Европы [1]. Несогласие Парламентской Ассамблеи Совета Европы вызывало и продолжает вызывать законодательное закрепление функции общего надзора, поскольку считается, что это не соответствует провозглашенным принципам правового государства и верховенства права.

Мировой опыт свидетельствует о национальном своеобразии и неповторимости моделей института прокуратуры в различных правовых системах. Особенности моделей прокуратуры являются продуктом исторического развития конкретной страны и отражают особенности ее истории, экономики, политической системы, культурные и местные традиции, климатические и природные условия, стереотипы массового сознания населения, национальный менталитет народа. Поэтому при изучении и использовании зарубежного опыта необходимо в полной мере учитывать социально-экономические, политические и духовно-культурные аспекты, возможности и пределы заимствования моделей прокуратуры из других правовых систем современности.

Вот почему при заимствовании тех или иных достижений зарубежных моделей функционирования прокуратуры не допустимы дилетантизм, крайности, односторонний, поверхностный подход. Чтобы избежать этого, необходимо прежде всего знать историю формирования института прокуратуры в тех или иных странах, специфику его функционирования, конкретики, наиболее общие тенденции его развития. Несмотря на то, что одной из современных тенденций является тенденция к сближению и единообразию в вопросах моделирования органов прокуратуры, необходимо учитывать особенности правовой традиции, достижения отечественной школы права, которая сформировалась на идеях классиков советской юриспруденции. Следует учитывать, что заимствование тех или иных достижений в области реформирования органов прокуратур Украины из опыта более «передовых» стран не приведет к такому же результату, как это наблюдается в практике последних. Если речь идет о слепом заимствовании, то подобные нововведения будут отторгаться «народным духом».

Выводы. Прокуратура Украины является одним из основных государственных институтов, прямое назначение которого состоит в обеспечении законности, защите прав и свобод граждан и публичных интересов. Соответственно, реформирование прокуратуры требует продуманных, согласованных государственных усилий с учетом национальных особенностей и международных обязательств Украины.

Роль прокуратуры за годы независимости Украины претерпела существенные изменения, которые были направлены на трансформацию отечественной модели прокуратуры, развитие ее правозащитного потенциала в сфере охраны прав и свобод человека, усиление позиций в системе обеспечения национальной безопасности. Вместе с тем конституционно-правовой статус и функции прокуратуры требуют дальнейшего совершенствования, учитывая социально-экономические, политиче-

ские и правовые изменения в жизни страны. Реформирование прокуратуры должно быть комплексным, системным и научно обоснованным, базироваться на ценностях демократического общества, международных обязательствах Украины, учитывать особенности исторического развития страны и ее правовой системы [3, с. 119].

Прокуратура является действенным компонентом в системе правозащиты, а суть правозащитной деятельности органов прокуратуры заключается в осуществлении на всей территории государства специфической деятельности, направленной на изучение ими информации о нарушении законов, в получении и анализе различных материалов, статистических данных о работе объектов, которые могут содержать сведения, указывающие на необходимость проведения проверок своими силами или с привлечением контролирующих органов, в оценке правовых актов с позиции их соответствия действующему законодательству, а также в применении мер прокурорского реагирования с целью устранения выявленных нарушений, в отмене незаконных решений и привлечении виновных к установленной законодательством ответственности [5], для защиты законных прав, свобод, интересов человека и гражданина.

Правозащитная функция, направленная на защиту прав и свобод человека и гражданина, является приоритетным направлением развития любого демократического государства, а выделение учеными и правовое закрепление правозащитной функции – главным вектором реформирования прокуратуры.

Литература

1. ЄС критикує закон про прокуратуру як «неєвропейський» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.radiosvoboda.org/content/article/24716199.html.
2. Бывальцева С.Г. Защита прав и свобод человека / С.Г. Бывальцева // Законность. – 2008. – № 9. – С. 20–22.
3. Вырастайкин В.С. Как прокурору защитить человека, закон и интересы государства? / В.С. Вырастайкин // Законность. – 2007. – № 12. – С. 32–34 ; Мельников Н.В. Прокурорская власть / Н.В. Мельников // Государство и право. – 2002. – № 2. – С. 24.
4. Долежан В.В. Конституційні аспекти удосконалення прокурорської системи України / В.В. Долежан // Стратегічні пріоритети. – 2008. – № 2. – С. 119.
5. Шевчук А.В. Правозахисна діяльність органів прокуратури України / А.В. Шевчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.zvyagel.com.ua/?p=5012.

Аннотация

Андрусяк В. Г. **Правозащитная функция прокуратуры как института современного украинского государства.** – Статья.

В статье исследованы сущность и содержание правозащитной функции, направленной на защиту прав и свобод человека и гражданина, являющейся приоритетным направлением функционирования прокуратуры Украины как института современного украинского государства.

Ключевые слова: современное государство, институт прокуратуры, функции государства, правозащитная функция прокуратуры, права и свободы человека.

Анотація

Андрусяк В. Г. **Правозахисна функція прокуратури як інституту сучасної української держави.** – Стаття.

У статті досліджено сутність і зміст правозахисної функції, спрямованої на захист прав і свобод людини й громадянина, що є пріоритетним напрямом функціонування прокуратури України як інституту сучасної української держави.

Ключові слова: сучасна держава, інститут прокуратури, функції держави, правозахисна функція прокуратури, права і свободи людини.

Summary

Andrusyak V. G. **Human rights function of the public prosecution as an institute of the modern Ukrainian state.** – Article.

The article investigates the nature and the content of human rights function which is directed to the protection of the rights and freedoms of individuals and citizens, which is a priority for the functioning of the public prosecution of Ukraine as an institute of the modern Ukrainian state.

Key words: modern state, institute of public prosecution, state functions, human rights function of the public prosecution, human rights and freedoms.

УДК 342.56

О. І. Махніцький

СУДОВА ВЛАДА: СУТНІСТЬ, ЗМІСТ ТА ПОНЯТТЯ

У сучасних умовах конституційних перетворень в Україні судова влада як складний та багатогранний соціально-правовий феномен потребує комплексного підходу до її вивчення, адже розвиток сильної й розгалуженої системи органів судової влади є обов'язковою умовою формування й розвитку правової держави.

Конституційна модернізація судової влади в Україні, яка сьогодні відбувається, має ґрунтуватись на розумінні її сутності, змісту та ролі в процесі розвитку правової та демократичної державності.

Судова влада завжди привертала увагу вчених та політиків, адже вона відноситься до тих соціально-правових феноменів, інтерес до яких не тільки не згасає із часом, а навпаки, підвищується, особливо в складних умовах політико-правових реформ та конституційних модернізацій.

Так, цю проблему всебічно досліджували відомі філософи, правознавці, політологи та соціологи різних історичних епох: Арістотель, Б. Спіноза, Т. Гоббс, Ж.-Ж. Руссо, А. де Токвіль, Е. Дюркгейм, І. Ільїн, В. Соловйов, М. Вебер, Ф. Хайєк, М. Байтін, К. Гаджієв та інші.

Поняття судової влади, її структуру та місце в системі державної влади розглядали в працях такі сучасні українські й російські учені, як В. Авер'янов, В. Бабкін, А. Безнасюк, В. Бринцев, Г. Єрмошин, В. Єршов, А. Коваленко, М. Козюбра, А. Колодій, І. Кресіна, Л. Кривенко, М. Малишко, Г. Мурашин, М. Панов, О. Петришин, І. Петрухін, В. Погорілко, А. Селіванов, В. Сердюк, В. Сіренко, О. Скрипнюк, В. Смородинський, В. Тацій, В. Тихий, Ю. Тодика, В. Цвєтков, В. Шаповал, Ю. Шемшученко, Н. Чепурнова та інші.

Утім, незважаючи на істотний у кількісному вимірі доробок, є підстави констатувати: у конституційно-правовій доктрині відсутня єдина, злагоджена позиція щодо визначення сутності, змісту та відповідного уніфікованого поняття судової влади.

Системний аналіз наукових підходів та доктрин щодо дефініціювання судової влади надає можливість виокремити низку напрямів сутнісно-змістовної характеристики судової влади.

Так, розповсюдженим є підхід, відповідно до якого судова влада ототожнюється із системою органів, які її опосередковують (судовою системою). Зокрема, Н. Власенко та А. Власенко сукупність судів, організованих на демократичних принци-

© О. І. Махніцький, 2013

пах з урахуванням національно-державного та адміністративно-територіального устрою держави, називають судовою системою [1, с. 41]. Г. Мурашин називає судову владу системою незалежних державних органів – судів, зобов'язаних від імені держави здійснювати правосуддя, вирішувати в судових засіданнях правові спори й конфлікти [2, с. 68]. На думку російських дослідників Ю. Дмитрієва та Г. Черемних, судова влада є публічно-правовим утворенням, що являє собою систему спеціальних державних і муніципальних органів, наділених передбаченими законом владними повноваженнями, які спрямовані на встановлення істини, відновлення справедливості, вирішення спорів і покарання винних, рішення яких є обов'язковими для виконання всіма особами, яких вони стосуються [3, с. 48].

Варто відзначити, що такий же підхід до визначення судової влади знайшов втілення й у першому документі, що містив її визначення, а саме в Концепції судово-правової реформи в Україні 1992 р.: «Судова влада – система незалежних судів, які в порядку, визначеному законом, здійснюють правосуддя. Суди мають владні повноваження для поновлення порушеного права й справедливості» [4].

Проте, як справедливо зазначають К. Гуценко та М. Ковалев, «...є помилковим зводити владу до суду як установи, державного органу. Владою треба вважати не орган чи посадову особу, а те, що вони можуть і спроможні зробити. Фактично це повноваження, функція, але не її виконавець» [5, с. 44]. Більше того, суд чи суддя є лише органом, що її опосередковує, виражає судову владу, первинним джерелом якої є народ.

Отже, суб'єктний підхід до визначення судової влади охоплює лише «зовнішню», формальну ознаку її суб'єктів – судову систему, не враховуючи особливостей її функціонування.

Судова влада за своєю суттю в демократичній правовій державі належить до системи народовладдя. Вона забезпечує реалізацію найважливіших конституційних прав і свобод людини та громадянина, прав спільнот й народу в цілому. Демократичні основи організації та функціонування судової влади (наявність народних засідателів і присяжних, незалежність суддів, змагальність сторін тощо) надають можливість розглядати її як «особливий канал реалізації влади народу» [6, с. 344]. Так, Конституція України поряд із закріпленням ознаки державності для судової влади своїми нормами водночас більш детально впроваджує й принцип первинності народовладдя в реалізації судової влади. Так, у ст. 124 Конституції України проголошується правило обов'язковості судових рішень до виконання на всій території України (що забезпечується силою примусу державної влади України) і водночас встановлюється принцип ухвалення судових рішень судами іменем України.

У сучасній літературі виокремлюється й інший підхід щодо визначення судової влади. Зокрема, її зміст виражається через специфіку владних повноважень судових органів чи форму судової діяльності. Наприклад, В. Бринцев розглядає судову владу як законну діяльність усіх ланок судової системи із забезпечення й реалізації конституційного, господарського, кримінального, адміністративного та цивільного правосуддя [7, с. 25–36].

Прагнучи більш чітко виразити сутність судової влади, В.А. Лазарева пише: «Виходячи із сучасних уявлень про правосуддя як про вирішення соціально-по-

літичних конфліктів у суспільстві та про суд як орган, що здійснює в специфічній процесуальній формі функцію соціально-політичного арбітражу, судову владу можна визначити і як виключне повноваження суду з вирішення соціальних конфліктів правового характеру» [8, с. 27].

Вважаємо, такий «функціональний» підхід щодо визначення судової влади є спірним, адже в цьому випадку відбувається ототожнення судової влади з правосуддям.

Варто зазначити, що явище судової влади не варто ототожнювати з правосуддям. Воно є ширшим за змістом і більш загальним за природою. Крім цього, вірним вважаємо твердження В. Шевцова, згідно з яким правосуддя є не синонімом судової влади, а її виключною компетенцією [9, с. 186].

Дійсно, здійснення правосуддя займає центральне місце у функціонуванні судової влади та являє собою правозастосовну діяльність суду з розгляду й вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних та адміністративних справ із метою охорони прав і свобод людини та громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави [10, с. 697].

Поряд із цим слід звернути увагу також на те, що судова влада наділена ще й конституційними можливостями здійснювати активний вплив на рішення та дії законодавчої та виконавчої влади, «врівноважувати» їх [11, с. 29; 12, с. 23].

Здається, правосуддя необхідно визнавати однією з кількох функцій судової влади. Зокрема, поряд із правосуддям під час визначення судової влади необхідно враховувати ще й таку її важливу функцію, як контрольна – здійснення конституційного та іншого судового контролю за актами, рішеннями та діями органів законодавчої й виконавчої влади та їхніх посадових осіб. Саме в цьому вигляді судової діяльності відображується місце судової влади в системі розподілу влад та специфіка їхньої взаємодії.

Проте в розділі VIII «Правосуддя» Конституції України вербальна конструкція «судова влада» не застосовується взагалі, незважаючи на те, що в ст. 6 Конституції України як самостійна гілка державної влади виділяється судова влада. Крім того, у чинному законодавстві України цей термін використовується. Так, у Преамбулі та ст. 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» йдеться про «засади організації судової влади». Безумовно, Конституція України повинна чітко визначити суд самостійною й незалежною державною владою, що у свою чергу допускає й чітке визначення його конституційного статусу, тим паче функціональна характеристика суду дає можливість обґрунтувати його позицію як самостійної гілки державної влади.

Правосуддя та судова влада – це пов'язані, проте не тотожні поняття. Правосуддя – це діяльність судових органів (виключно судів), що здійснюють судову владу. Судова влада у свою чергу, відповідно до теорії й практики розподілу влади, є самостійною незалежною сферою публічної влади, яка створена для вирішення на основі закону соціальних конфліктів, контролю за конституційністю законів, захисту прав та свобод людини й громадянина тощо.

Судова влада в Україні реалізується шляхом правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного су-

дочинства. У свою чергу правосуддя є однією з форм реалізації судової влади поряд із такими формами, як конституційний контроль, формування суддівського корпусу та органів суддівського самоврядування, тлумачення (та роз'яснення) законодавства, організаційне та інформаційно-аналітичне забезпечення судів (узагальнення судової практики, аналіз судової статистики тощо).

Вірним є висновок, що судова влада, яка інституціонально представлена системою судових органів, реалізує функцію правосуддя (судочинства), а також низку допоміжних функцій, що створюють умови належного кадрового, матеріально-технічного, інформаційного-аналітичного та іншого забезпечення судової діяльності [13, с. 24].

Усі функціональні напрями судової діяльності, тобто форми реалізації судової влади, можна узагальнити такою юридичною категорією, як «судочинство». Зокрема, це поняття вживається в тексті Конституції України: «судочинство здійснюється конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції» (ст. 124).

Поширеним у сучасній конституційно-правовій науці є підхід визначення сутності та змісту судової влади в контексті теорії та практики поділу державної влади на три самостійні гілки: законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України). На сьогодні принцип розподілу влади закладений в основу державного механізму більшості країн світу.

У цьому випадку судова влада визначається через категорію «гілки державної влади», тобто насамперед підкреслюється місце судової влади в системі розподілу влад, поряд із чим вказуються особливості, що спонукають її виділяти з-поміж інших видів державної влади. Наприклад, Ю. Грошевий та І. Марочкін тлумачать судову владу як специфічну гілку державної влади, що здійснюється уповноваженими на те державними органами – судами – і призначенням якої є розв'язання правових конфліктів та здійснення судового контролю [14, с. 6]. І. Петрухін визначає судову владу як самостійну й незалежну гілку державної влади, створену для вирішення на підставі закону соціальних конфліктів між державою й громадянами, самими громадянами, юридичними особами; контролю за конституційністю законів, захисту прав громадян у їх взаємовідносинах з органами виконавчої влади та посадовими особами; контролю за дотриманням прав громадян під час розслідування злочинів і проведення оперативно-розшукової діяльності; встановлення найбільш значущих юридичних фактів і станів [13, с. 81]. Для В. Чіркіна судова влада є різновидом державної влади, що взаємодіє поряд із законодавчою та виконавчою владою й реалізується засобами діяльності такого спеціалізованого державного механізму, як суди [15, с. 42].

Як різновид державної влади, яка є системою державних органів, що покликані здійснювати правосуддя в Україні, розглядає судову владу Н. Юзікова [16, с. 29].

Більш широко за сутністю та змістом, утім теж у контексті поділу влади, розглядає судову владу В. Стафанюк, визначаючи, що судова влада – це той новий політичний і правовий феномен, який адекватно відображає прагнення побудувати на українській землі правову державу, засновану на доктрині поділу влади. Судова влада за своїм призначенням, функціональними особливостями має особливу перевагу перед іншими гілками влади. Полягає ця перевага в тому, що не існує такої діяльності держави в особі їхніх органів, яка не підлягала б судовому контролю [17, с. 15].

Судова влада, згідно з теорією поділу державної влади, – самостійна й незалежна сфера публічної влади, яка виконує функцію правосуддя, що й визначає її роль та місце в системі публічної влади.

У контексті сказаного сучасні дослідники зазначають, що судовій владі доводиться постійно перебувати у сфері соціально-економічних, політичних конфліктів та балансувати на межі найбільшої гостроти правовідносин. Таким чином, знаходячись стороннім, незалежним та об'єктивним спостерігачем та арбітром на стику різноманітних відносин державно-правового буття, маючи владно-імперативний вплив на них, судова влада сама повинна діяти в межах, вихід за які унеможливлює виконання її основних функцій – правосуддя, охорони прав та свобод людини тощо.

Безумовно, судова влада є самостійною гілкою державної влади, яка має всі основні загальні риси, що притаманні владі. Водночас судовій владі властиві специфічні ознаки, що відрізняють її від інших гілок державної влади. Насамперед її специфіка визначається в особливій процедурі, процесуальній формі здійснення її повноважень. Крім того, судова влада відрізняється особливим статусом та режимом діяльності її посадових осіб – суддів, які здійснюють цю владу. Специфічною ознакою судової влади є й особлива система контролю за її діяльністю. Такий контроль може бути тільки правовим контролем за законністю судових рішень та дотриманням судами процедури їх прийняття. Це виключає будь-яку можливість втручання у відправлення правосуддя з боку інших гілок державної влади.

Теорія поділу влади передбачає створення такого організаційно-правового механізму, як «стримувань та противаг», який би дозволяв контролювати державну владу та водночас обмежував її, передусім для того, щоб всі її органи здійснювали свої повноваження виключно на підставі й відповідно до Конституції України й законодавства, не намагаючись узурпувати владні повноваження один одного. Система стримувань та противаг допускає наявність компетенційних можливостей взаємного впливу цих органів. Так, на думку В. Шаповала, «...стримування й противаги – це конституційно визначені компетенційні взаємозв'язки між державними органами (насамперед між вищими органами держави) у контексті принципу розподілу влади» [18, с. 114].

У цьому аспекті судова влада – це найбільш раціональна й ефективна форма контролю державної влади. Як соціальний феномен судова влада являє собою гілку державної влади, діяльність якої спрямована на захист і суспільства, і держави, їхніх інтересів, прав, свобод, конституційного ладу на основі верховенства закону й прийнятих процесуальних форм. Особливе значення щодо здійснення конституційного контрою має Конституційний Суд України.

Таким чином, Конституція України, не зводячи судову владу до судової системи, наділяє її функціями врівноваження, збалансування законодавчої та виконавчої гілок влади, контролю над ними з метою недопущення порушення конституційних положень, перевищення своїх та привласнення повноважень інших гілок влади.

Основною метою принципу поділу державної влади в концепції сучасного конституціоналізму є її обмеження (самообмеження) на користь громадянського суспільства, прав та інтересів людини через попередження й обмеження можливості

прагнення тих або інших сил до безмежної, свавільної влади. Невипадково у світовій конституційно-правовій практиці поділ влади сприймається як одна з ознак правової держави.

Враховуючи, що метою конституційних перетворень в Україні є формування та розвиток сучасного українського конституціоналізму, особливого значення набуває визначення сутності та змісту судової влади в контексті формування та розвитку громадянського суспільства та розгляд судової влади як соціального феномену. Так, на думку сучасних вчених, суттєвими причинами трансформації судової влади з політико-правового в соціальний інститут є різке зростання суспільної потреби в допомозі суддівству, активність громадян у відстоюванні своїх прав і регулювання конфліктів за допомогою суду. Іншими словами, становлення судової влади як соціального інституту пов'язане з розвитком демократичних принципів суспільного життя, правосвідомістю громадян та їхньою правовою культурою. Соціальний інститут судової влади включає в себе професіоналізовану групу юристів, інтегруючим організаційним чинником є їхня діяльність, а соціальна роль визначається цілями діяльності. Системоутворюючим ядром соціального інституту судової влади є цінності права [19]. У цьому сенсі важливою є «якість» суб'єктного складу судової влади, яка визначається професійністю суддівського корпусу, формування якого набуває вирішального значення щодо ефективної діяльності судової влади.

З огляду на викладене слід зробити висновок, що судова влада в демократичній правовій державі за своєю суттю є проявом влади народу та включається в систему народовладдя як самостійна гілка державної влади, яка забезпечує вирішення конфліктів, що виникають у суспільстві на основі права. Основне призначення судової влади – це охорона людини від будь-якого свавілля, причому як із боку інших членів суспільства, так і від неправових дій держави, її органів та посадових осіб. Без здійснення такої діяльності держава не може вважатися правовою. Наявність ефективної судової влади є однією з найважливіших ознак демократичної, правової держави та водночас однією з передумов формування та розвитку сучасного українського конституціоналізму.

Література

1. Власенко Н.А. Судебная власть и судебная деятельность в Российской Федерации : [краткий курс лекций] / Н.А. Власенко, А.Н. Власенко. – М. : Российская академия правосудия, 2005. – 48 с.
2. Мурашин Г.О. До питання реформування судової влади / Г.О. Мурашин // Правова держава. – К., 1997. – Вип. 7. – С. 68–75.
3. Дмитриев Ю.А. Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека / Ю.А. Дмитриев, Г.Г. Черемних // Государство и право. – 1997. – № 8. – С. 48–53.
4. Про Концепцію судово-правової реформи в Україні : Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 30. – Ст. 426.
5. Гуценко К.Ф. Правоохранительные органы / К.Ф. Гуценко, М.А. Ковалев. – М. : БЕКД. – 1995. – 320 с.
6. Конституционное право : [учебник] / отв. ред. А.Е. Козлов. – М. : БЕК, 1996. – 464 с.
7. Бринцев В.Д. Судебная власть. Правосудие: пути реформирования в Украине / В.Д. Бринцев. – Х. : Ксилон, 1998. – 186 с.
8. Лазарева В.А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе / В.А. Лазарев. – Самара : Самарский государственный университет, 1999. – 136 с.
9. Шевцов В.С. Право и судебная власть в Российской Федерации / В.С. Шевцов. – М. : Профобразование, 2003. – 344 с.

10. Маляренко В.Т. Правосуддя // Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2007. – 992 с.
11. Савицкий В.М. Организация судебной власти в Российской Федерации / В.М. Савицкий. – М. : БЕК, 1996. – 320 с.
12. Стефанюк В.С. Судова система України та судова реформа / В.С. Стефанюк. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 176 с.
13. Абова Т.Е. Судебная власть / [Т.Е. Абова, Е.Б. Абросимова, М.В. Бобровский и др.] ; под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ООО «ТК Велби», 2003. – 720 с.
14. Грошевий Ю.М. Органи судової влади в Україні / Ю.М. Грошевий, І.Є. Марочкін. – К. : ІнЮре, 1997. – 20 с.
15. Чиркин В.Е. Основы государственной власти / В.Е. Чиркин. – М. : Юриста, 1996. – 112 с.
16. Юзікова Н.С. Судові та правоохоронні органи України / Н.С. Юзікова. – 4-е вид. перероб. і доп. – К. : Істина, 2006. – 320 с.
17. Стефанюк В.С. Судова влада як основна юридична категорія захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні / В.С. Стефанюк // Право України. – 2001. – № 1. – С. 15–18.
18. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм / В.М. Шаповал. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 560 с.
19. Туркіна І.Є. Судова влада як соціальний феномен / І.Є. Туркіна [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/db/2011-1/doc/5/04.pdf.

Анотація

Махніцький О. І. **Судова влада: сутність, зміст та поняття.** – Стаття.

У статті розкривається сутність, зміст та поняття судової влади. Аналізується її місце в системі поділу державної влади на три самостійні гілки, а також її роль у механізмі стримувань та противаг. На основі системного аналізу наукових підходів щодо визначення судової влади робиться висновок, що судова влада в демократичній правовій державі за своєю суттю є проявом влади народу та включається в систему народовладдя як самостійна гілка державної влади, яка забезпечує вирішення конфліктів, що виникають у суспільстві на основі права. Констатується, що основне призначення судової влади – це охорона людини від будь-якого свавілля, причому як із боку інших членів суспільства, так і від неправових дій держави, її органів та посадових осіб.

Ключові слова: судова влада, народовладдя, державна влада, система стримувань та противаг, судова система, правосуддя, органи судової влади, судді.

Аннотация

Махницкий О. И. **Судебная власть: сущность, содержание и понятие.** – Статья.

В статье раскрывается сущность, содержание и понятие судебной власти. Анализируется ее место в системе разделения государственной власти на три самостоятельные ветви, а также ее роль в механизме сдержек и противовесов. На основе системного анализа научных подходов к определению судебной власти делается вывод, что судебная власть в демократическом правовом государстве по своей сути является проявлением власти народа и включается в систему народовластия как самостоятельная ветвь государственной власти, которая обеспечивает разрешение конфликтов, возникающих в обществе на основе права. Констатируется, что основное назначение судебной власти – это охрана человека от любого произвола, причем как со стороны других членов общества, так и от неправовых действий государства, его органов и должностных лиц.

Ключевые слова: судебная власть, народовластие, государственная власть, система сдержек и противовесов, судебная система, правосудие, органы судебной власти, судьи.

Summary

Makhnitskyy O. I. **Judiciary: the nature, content and concept.** – Article.

The article investigates the essence, content and notion of judicial power, its place in the system of branches of government and the role in the mechanism of checks and balances. On the basis of systematic analysis of approaches to defining judicial power the author arrives at the conclusion that under the rule of law judicial power is the manifestation of the power of the people built into the system of this power as a separate branch of government to ensure dispute resolution according to the law. The author emphasizes that the main purpose of judicial power is to protect an individual from arbitrariness on the part of other individuals and on the part of unlawful actions of the government bodies and officials.

Key words: judicial power, power of people, state power, system of checks and balances, judicial system, justice, bodies of judicial power, judges.

УДК 340.155.2(091):349.6

Є. А. Безкровний

НАГЛЯД ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ ЗА ДОТРИМАННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗВЕРНЕННЯ

Постановка проблеми. Конституцією України проголошуються принципи правової та демократичної держави, у якій права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Серед особистих прав і свобод людини й громадянина особливе місце посідає право на звернення. Воно залишається одним із найбільш важливих способів реалізації та відстоювання прав і законних інтересів. На думку В.П. Таранухи, звернення є спеціальним юридичним засобом, що сприяє підвищенню рівня розвитку суспільства й добробуту народу [1, с. 4].

У системі гарантій прав і свобод особи значна роль належить органам прокуратури, на які покладено нагляд за дотриманням прав і свобод людини й громадянина, дотримання законів із цих питань органами виконавчої влади й місцевого самоврядування та їх посадовими й службовими особами.

Актуальним у цьому аспекті постає питання взаємовідносин між прокуратурою та численними владними структурами, які здійснюють контролюючі функції та на які законодавством покладено розгляд і вирішення звернень. Перенесення «центру тяжіння» наглядової діяльності на ефективне виконання контрольними структурами покладених на них законом обов'язків дозволило б кардинально вирішити важливу проблему – усунення фактів підміни й дублювання прокуратурою діяльності контролюючих органів.

Стан дослідження. Загалом питання прокурорського нагляду за дотриманням законодавства про звернення досліджувалися такими науковцями, як В.Б. Авер'янов, В.І. Антипов, О.Д. Березовська, О.Д. Берензон, М.Н. Берідзе, В.В. Долежан, С.В. Ківалов, І.С. Ковальчук, М.В. Косюта, І.Є. Марочкін, О.Р. Михайленко, Ю.Є. Полянський, М.В. Руденко, С.Б. Соболева, Є.О. Шевченко, М.К. Якимчук та інші.

Метою статті є дослідження й аналіз прокурорського нагляду за дотриманням законодавства про звернення як один із важливих напрямів діяльності органів прокуратури України. Не менш важливим завданням є розгляд проблеми підміни й дублювання органами прокуратури функцій контролюючих органів та надання пропозицій щодо її вирішення.

Насамперед потрібно усвідомити, що нагляд за дотриманням законодавства про звернення як напрям прокурорської діяльності спеціально виділено в Законі України «Про прокуратуру» та Законі України «Про звернення громадян». Згідно зі статтею 12 Закону України «Про прокуратуру» прокурор здійснює нагляд за дотриманням вимог законодавства щодо порядку розгляду скарг всіма органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами. У статті 29 Закону України «Про звернення громадян» вказано, що нагляд за дотриманням законодавства про звернення громадян здійснюється Генеральним прокурором України та підпорядкованими йому прокурорами. Відповідно до наданих їм чинним законодавством повноважень вони вживають заходи щодо поновлення порушених прав, захисту законних інтересів громадян, притягнення порушників до відповідальності.

© Є. А. Безкровний, 2013

Суть нагляду за дотриманням і правильним застосуванням законів в Україні полягає в здійсненні Генеральним прокурором України та підлеглими йому прокурорськими працівниками від імені держави на всій її території специфічної діяльності, скерованої на вивчення ними інформації про порушення законів, в отриманні й аналізі різноманітних матеріалів, статистичних даних про роботу підконтрольних об'єктів, які можуть містити відомості, що вказують на необхідність проведення перевірок своїми силами або із залученням контролюючих органів, в оцінці правових актів із позиції їх відповідності до законів, а також у застосуванні заходів прокурорського реагування з метою усунення виявлених порушень, скасування незаконних рішень та притягнення винних до встановленої законодавством юридичної відповідальності [2].

Статтею 1 Закону України «Про прокуратуру» встановлено, що Генеральним прокурором України й підпорядкованими йому прокурорами здійснюється нагляд за дотриманням і правильним застосуванням законів Кабінетом Міністрів України, міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, органами державного й господарського управління та контролю, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, місцевими радами, їх виконавчими органами, військовими частинами, політичними партіями, громадськими організаціями, масовими рухами, підприємствами, установами й організаціями незалежно від форм власності, підпорядкованості та приналежності, посадовими особами та громадянами.

Наведена норма закону повністю дублюється в пункті 3 наказу Генерального прокурора України № 3гн від 07.11.2012 р. [3]. Це свідчить про пріоритетність наведеного напряму прокурорської діяльності.

Водночас пунктом 4 наведеного наказу Генерального прокурора України прокурорський нагляд за забезпеченням права громадян і юридичних осіб на звернення серед основних напрямів наглядової діяльності прокурора не вказується. Автор розділяє думку Є.О. Шевченка, що це є упущенням. Є.О. Шевченко зазначає, що право особи на звернення «є зв'язуючим елементом усієї системи основних прав і свобод людини і громадянина. Адже тільки за умови його додержання можна вести мову про фактичну реалізацію особистих, політичних, соціальних, економічних, екологічних та культурних прав і свобод, переважна більшість яких реалізується громадянами саме шляхом звернення до органів місцевого самоврядування» [4, с. 103–104].

Заслуговує на увагу позиція О.П. Копилової, яка вказує: «Робота зі зверненнями (заявами, скаргами, повідомленнями) про порушення прав та свобод громадян є специфічним правом для нагляду за додержанням прав та свобод людини і громадянина. При цьому робота зі зверненнями громадян розглядається як елемент прокурорського нагляду за дотриманням прав та свобод людини і громадянина» [5, с. 35–37].

Варто зазначити, що пунктом 1.7 наказу Генерального прокурора України № 9гн від 21.06.2011 р. органи прокуратури зобов'язуються систематично організовувати та проводити перевірки дотримання законодавства про звернення громадян органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності [6].

Цікаво, що організація перевірок щодо дотримання законодавства про звернення як елемента наглядової діяльності регламентується саме в наказі Генерального про-

курора України № 9гн від 21.06.2011 р., а не згаданим наказом Генерального прокурора України «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів» № 3гн. Це явище пов'язується насамперед із певною паралеллю, яка проводиться між цією сферою наглядової діяльності та саме організацією роботи з розгляду й вирішення звернень, особистого прийому в органах прокуратури.

Другим аспектом нашого дослідження є проблема підміни прокуратурою інших органів під час здійснення прокурорського нагляду за дотриманням законодавства про звернення. Варто зазначити, що в статті 19 Закону України «Про прокуратуру» сказано: «Прокуратура не підміняє органи відомчого управління та контролю і не втручається у господарську діяльність, якщо така діяльність не суперечить чинному законодавству». Також це питання піднімається в пункті 6.2 згаданого наказу Генерального прокурора України № 3гн, де встановлено: «Не допускати підміни органів державного нагляду (контролю) та управління, не дублювати їх функцій. Не відображати роботу цих органів як результати нагляду за додержанням і застосуванням законів».

Серед науковців тривають дебати з приводу наявності нагляду не лише в діяльності прокуратури, а й в інших державних органах. Наприклад, Л.А. Ніколаєва [7, с. 17], Д.Н. Бахрах [8, с. 79] вважають, що законодавство свідчить не лише про прокурорський, а й про судовий та адміністративний нагляд.

Іншої точки зору дотримуються А.Т. Боннер [9, с. 25] та П.Я. Трубніков [10, с 5], наполягаючи на тому, що нагляд притаманний виключно прокуратурі. В.Н. Гаращук також стверджує, що нагляд є прерогативою лише одного органу – прокуратури: «Усі інші форми діяльності по відстеженню процесів, які зараз відбуваються в суспільстві, а також спеціалізовані структури, на які покладені такі завдання, як би їх діяльність не називалася, здійснюють не нагляд, а контроль» [11]. Із цією позицією важко не погодитися.

Законодавство України не дає відповіді на питання про те, що таке нагляд, а що – контроль, де здійснюється нагляд, а де – контроль. Зокрема, у статті 21 Закону України «Про прокуратуру» мова йде про органи державного нагляду (контролю). Водночас відповідно до положень Конституції України Верховну Раду України, Президента України, Кабінет Міністрів України та інші органи виконавчої влади наділено функцією контролю, а не нагляду. У зв'язку із чим автор вважає, що наведені державні органи здійснюють фактично адміністративний контроль, а не нагляд.

Так, у статті 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» щодо основних повноважень Кабінету Міністрів України зазначено, що він здійснює контроль за дотриманням законодавства органами виконавчої влади, їх посадовими особами, а також органами місцевого самоврядування з питань виконання ними делегованих повноважень органів виконавчої влади, вживає заходи щодо захисту прав і свобод людини й громадянина.

У свою чергу в статті 1 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» вказано, що парламентський контроль за дотриманням конституційних прав і свобод громадян здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини.

З огляду на повноваження Конституційного Суду України, закріплені в статті 13 Закону України «Про Конституційний Суд України», він також є виключно контролюючим органом.

Таким чином, з Конституції України та наведеного законодавства вбачається, що Конституційний Суд України, Кабінет Міністрів України, органи виконавчої влади й місцевого самоврядування та Уповноважений Верховної Ради України з прав людини наділені саме функцією контролю та жодним чином не здійснення нагляду.

Водночас у деяких законах вільно трактуються терміни «нагляд» і «контроль», при цьому не приділяється жодної уваги суттєвій різниці смислів цих понять.

Зокрема, відповідно до статті 1 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» державний нагляд (контроль) – це діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їх територіальних органів, державних колегіальних органів, органів виконавчої влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування (далі – органи державного нагляду (контролю)) у межах повноважень, передбачених законом, щодо виявлення й запобігання порушенням вимог законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства.

З огляду на наведений закон органи виконавчої влади й місцевого самоврядування, а також державні інспекції (податкова, пожежна, екологічна та інші) фактично наділяються одночасно функціями нагляду й контролю.

На думку автора, у Законі України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» необхідно провести розмежування понять нагляду й контролю, оскільки нагляд притаманний лише одному державному органу – прокуратурі України. Трактування «державний нагляд як діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їх територіальних органів, органів місцевого самоврядування» не відповідає Конституції України, а тому підлягає вилученню з тексту закону із залишенням лише здійснення ними державного контролю.

Такий висновок постає також із самого визначення контролю й нагляду.

Контроль – це система відносин, у яких контролюючий орган наділено правом на скасування актів підконтрольного органу. Нагляд – це система відносин, у яких наглядовий орган звертає увагу на допущені порушення вимог чинного законодавства, проте скасувати або змінити їх повинен безпосередньо піднаглядний орган.

У контексті наведеного виникає питання про суть, зміст і функції наглядових і контрольних форм юридичної діяльності.

Незважаючи на зовнішню схожість і наявність загальних рис, контроль і нагляд – це самостійні форми юридичної діяльності. Вони мають загальну мету упередження й припинення порушення законності, однак досягаються застосуванням специфічних для кожного засобів і методів. Реалізація контролюючими органами своїх функцій переслідує не лише встановлення законності та правопорядку, а й забезпечення ефективності та доцільності державного управління. Метою нагляду є точне й неухильне виконання законів (у тому числі й законодавства про звернення) без дослідження при цьому доцільності дій посадових або службових осіб державних органів. Нагляд і контроль різняться також за об'єктом їх діяльності. Нагляд

обмежується перевіркою дотримання законодавчо закріплених норм. Для контролю важливо не лише з'ясування питання про порушення суб'єктом управління діючого законодавства, а й питання слушності, доцільності й ефективності використання ним наданих правових норм; органи контролю займаються, як правило, з'ясуванням питань господарської діяльності.

Відмінність нагляду від контролю проявляється також у тому, що прокуратура є самостійним органом, який не належить до жодної з гілок державної влади. Органи державного контролю належать до системи виконавчої влади та здійснюють свою діяльність під безпосереднім керівництвом Кабінету Міністрів України.

Характерною особливістю контролю є наділення контролюючих органів певними адміністративними й управлінськими повноваженнями виконавчої влади та правом застосовувати адміністративні санкції. У свою чергу органи прокуратури, здійснюючи нагляд за дотриманням законодавства, у тому числі про звернення громадян, не наділяються адміністративними й управлінськими повноваженнями. Спільним для нагляду й контролю є те, що їх діяльність урегульовано відповідними нормами права. Діяльність органів контролю й прокуратури є публічною та державно-владною, проте владність їх суттєво різниться між собою.

Висновки. Таким чином, організація роботи органів прокуратури України щодо здійснення нагляду за дотриманням законодавства про звернення повинна не підмінювати контролюючі органи в розгляді й вирішенні звернень громадян і юридичних осіб, а переносити «центр її тяжіння» на законність їх діяльності та органів виконавчої влади й місцевого самоврядування. Водночас для досягнення ефективності в наведеному пріоритетному напрямі прокурорської діяльності важливим є проведення в діючому законодавстві чіткого розмежування понять контролю та нагляду, а також виключення з нього не властивої для органів виконавчої влади й місцевого самоврядування та державних органів контролю функції нагляду.

Література

1. Тарануха В.П. Звернення громадян як засіб забезпечення законності в діяльності місцевих органів виконавчої влади : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В.П. Тарануха ; Нац. академія ДПС України. – К., 2003. – 231 с.
2. Прокурорський нагляд в Україні : [курс лекцій для студ. юрид. вищ. навч. закл.] / [В.Т. Нор, Я.О. Бернський, І.І. Когутич, З.Д. Котик, М.В. Гузела, А.А. Павлишин, Н.П. Анікіна, С.І. Писарчук] ; за ред. В.Т. Нора. – Львів : Тріада плюс, 2002. – 280 с.
3. Про організацію прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів : Наказ Генерального прокурора від 07.11.2012 р. № 3гн [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gr.gov.ua.
4. Шевченко Є.О. Прокурорський нагляд за додержанням законодавства про звернення громадян : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Є.О. Шевченко ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – 175 с.
5. Копылова О.П. Прокурорский надзор : [учеб. пособие] / О.П. Копылова. – Тамбов : Изд-во Тамбовского гос. техн. ун-та, 2007. – 164 с.
6. Про організацію роботи з розгляду і вирішення звернень та особистого прийому в органах прокуратури України : Наказ Генерального прокурора України від 21.06.2011 р. № 9гн [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gr.gov.ua.
7. Николаева Л.А Судебный надзор за законностью в советском государственном управлении / Л.А. Николаева. – Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – 64 с.

8. Бахрах Д.Н. Судебный надзор за законностью применения мер административного принуждения / Д.Н. Бахрах. – Минск : Изд-во БГУ, 1969. – 81 с.
9. Боннер А.Т. Судебный контроль в области государственного управления : [учеб. пособие] / А.Т. Боннер, В.Т. Квиткин. – М. : Изд-во МГУ, 1973. – 111 с.
10. Трубников П.Я. Дальнейшее совершенствование основ гражданского судопроизводства / П.Я. Трубников // Основы гражданского судопроизводства и развитие гражданского процессуального законодательства и теории : сб. науч. трудов / под ред. М.С. Шакаряна. – М., 1982. – С. 16–23.
11. Гаращук В.Н. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В.М. Гаращук ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 413 с.

Анотація

Безкровний Є. А. **Нагляд органів прокуратури за дотриманням законодавства про звернення.** – Стаття.

У статті розкрито актуальність організації роботи органів прокуратури України з нагляду за дотриманням законодавства про звернення як один із способів захисту прав, свобод і законних інтересів громадян та юридичних осіб. Акцентовано увагу на вирішенні проблеми з усунення фактів підміни й дублювання органами прокуратури діяльності контролюючих органів у розгляді й вирішенні звернень. Показано, що терміни «контроль» і «нагляд» мають суттєву різницю, та є необхідність проведення чіткого розмежування цих понять у діючому законодавстві України.

Ключові слова: громадяни, юридичні особи, звернення, контроль, нагляд.

Аннотация

Безкровный Е. А. **Надзор органов прокуратуры за соблюдением законодательства об обращениях.** – Статья.

В статье раскрыта актуальность организации работы органов прокуратуры Украины по надзору за соблюдением законодательства об обращениях как одном из способов защиты прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц. Акцентировано внимание на разрешении проблемы по устранению фактов подмены и дублирования органами прокуратуры деятельности контролирующих органов в рассмотрении и разрешении обращений. Показано, что понятия «контроль» и «надзор» имеют существенную разницу, и есть необходимость проведения четкого их размежевания в действующем законодательстве Украины.

Ключевые слова: граждане, юридические лица, обращение, надзор, контроль.

Summary

Bezkrovniy Ye. A. **Prosecutor's supervision on compliance with the legislation on appeals.** – Article.

In this paper revealed the relevance of the organization of work of the prosecution on the supervision of legislation of appeals as a way to protect the rights, freedoms and legitimate interests of citizens and legal persons. Attention is focused on solving the problem by eliminating duplication and substitution of facts prosecutors of regulatory bodies in the consideration and resolution of complaints. It is shown that the notions of "control" and "supervision" are essential difference, and there is a need for a clear demarcation of the current legislation of Ukraine.

Key words: citizens, legal persons, appeals, control, supervision.

УДК 349.6:504:342.4(477)

П. А. Березинский

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ ЭКОЛОГИИ И ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА УКРАИНЫ

Постановка проблемы. На сегодняшний день в отрасли экологии и экологического права действует масса разрозненных нормативно-правовых актов, однако самым важным, как и в любой другой отрасли права, является, безусловно, Конституция Украины (далее – КУ). Однако нормы, касающиеся вопросов экологии, довольно хаотично разбросаны в тексте Основного Закона Украины, что не позволяет с удобством ими пользоваться. В связи с этим возникает необходимость в классификации (упорядочении) групп конституционных норм в экологической сфере с целью максимально удобного и полного их применения.

Анализ последних исследований и публикаций. Вопрос о конституционных основах экологии и экологического права исследовали в своих работах такие ученые, как О.С. Бабьяк, П.Д. Биленчук, Ю.Д. Бойчук, Я.З. Гаецкая-Колотило, Н.В. Илькив, М.И. Малышко, О.О. Сурилова, М.В. Шульга и другие.

Цель статьи – классифицировать и подробно проанализировать группы конституционных норм экологии и экологического права Украины.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

– исследовать различные классификации конституционных норм экологии и экологического права Украины, на основе этих исследований предложить свою классификацию, которая будет наиболее четкой и полной;

– составить схему, которая отображала бы группы и примеры эколого-правовых норм, содержащихся в действующей Конституции Украины.

Изложение основного материала. Независимой Украине досталось тяжелое наследие. Нынешние экологические беды – это прямое следствие безмерной эксплуатации природных ресурсов, беспорядочного промышленного развития, пренебрежения законами природы и элементарными потребностями людей. Советскими законодательными актами не было прямо задекларировано право граждан на благоприятную окружающую среду, не говоря уже о применении такого права. В 1958–1960 гг. было принято ряд природоохранных законодательных актов. Так были совершены первые шаги на пути к формированию экологического законодательства. Однако эти акты вступали в существенное противоречие с реальной практикой планового социалистического устройства страны. Проблемы природопользования стремились решать с помощью не экономических, а административных мер [1, с. 4].

Только в середине XX в. возникает новое видение природы. Она стала восприниматься как окружающая среда и внешнее необходимое условие жизни человека, которому угрожает опасность, а поэтому ему необходима защита. Формулируются первоочередные задачи по охране природы. Формируется экологическое право как отрасль права. Огромное влияние на изменение мировосприятия общества произвела работа «Пределы роста» («The Limits to Growth») под редакцией Д. Медоуза (Нью-Йорк, США), увидевшая свет в 1972 г., в которой предусматривалась деградация природной среды [2, с. 5].

© П. А. Березинский, 2013

Для Украины же только с момента принятия 16.07.1990 г. Декларации о государственном суверенитете Украины и провозглашения 24.08.1991 г. Акта независимости, который был одобрен 01.12.1991 г. на Всеукраинском референдуме, начался качественно новый этап ее исторического развития как суверенного, независимого, демократического правового и *экологического* государства [3, с. 3]. Таким образом, впервые право украинцев на благоприятную окружающую природную среду было провозглашено именно в седьмом разделе Декларации о государственном суверенитете Украины.

На сегодняшний день важнейшие общественные экологические отношения урегулированы в Конституции Украины, которая, будучи Основным Законом страны, является нормативно-правовым актом высшей юридической силы [4, с. 267].

В частности, в ст. 3 КУ закреплено: «Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью» [5]. Таким образом, защита человека, охрана его жизни и здоровья от негативного воздействия окружающей природной среды являются приоритетным направлением государственной политики, в том числе в сфере экологической безопасности и охраны окружающей среды. Так, в ст. 50 КУ отмечается: «Каждый имеет право на безопасную для жизни и здоровья окружающую среду и на возмещение причиненного нарушением этого права вреда. Каждому гарантируется право свободного доступа к информации о состоянии окружающей природной среды, о качестве пищевых продуктов и предметов быта, а также право на ее распространение. Такая информация никем не может быть засекречена». В свою очередь в ч. 3 ст. 13 Закона Украины «Об информации» отмечается: «Информация о состоянии окружающей среды, кроме информации о местоположении военных объектов, не может быть отнесена к информации с ограниченным доступом» [6].

В ст. 13 КУ закреплено: «Земля, ее недра, атмосферный воздух, водные и иные природные ресурсы, находящиеся в пределах территории Украины, природные ресурсы ее континентального шельфа, исключительной (морской) экономической зоны являются объектами права собственности *Украинского народа*».

Кроме того, существует также Постановление Верховной Рады Украины «Об основных направлениях государственной политики Украины в области охраны окружающей среды, использования природных ресурсов и обеспечения экологической безопасности», в котором указано, что основные направления государственной политики Украины в сфере охраны окружающей природной среды, использования природных ресурсов и обеспечения экологической безопасности разработаны в соответствии со ст. 16 Конституции Украины, где говорится, что «обеспечение экологической безопасности и поддержание экологического равновесия на территории Украины, преодоление последствий Чернобыльской катастрофы – катастрофы планетарного масштаба, сохранение генофонда Украинского народа является обязанностью государства» [7].

Проанализируем определение понятия «конституционные основы экологического права».

Например, Н.В. Илькив и Я.З. Гаецкая-Колотило предлагают следующее определение: «Конституционные основы экологического права – это совокупность норм Конституции, регулирующих основы экологических общественных отношений, которые включают отношения по охране окружающей природной среды, обеспечению экологической безопасности, рациональному использованию и охране природных ресурсов» [8, с. 25]. Однако мы уже акцентировали внимание на том, что *защита человека,* охрана *его жизни* и *здоровья* от негативного воздействия окружающей среды также являются приоритетным направлением государственной политики, в том числе и в сфере экологической безопасности и охраны окружающей среды. Поэтому определение этих ученых не является полным, хотелось бы его несколько расширить.

Таким образом, под *конституционными основами экологии и экологического права Украины* следует понимать совокупность норм Конституции Украины, которые регулируют основы экологических общественных отношений, включающих отношения по охране жизни и здоровья граждан и их окружающей природной среды, обеспечению экологической безопасности, рациональному использованию и охране природных ресурсов.

Конституция Украины как источник экологического права включает в себя важнейшие нормы, регулирующие отношения в области взаимодействия человека и окружающей природной среды. Эти нормы должны рассматриваться так: а) как конституционные основы экологического права; б) как специальные предписания высшей юридической силы относительно отдельных экологических отношений и их объектов.

Как источник права высшей юридической силы Конституция Украины содержит комплекс таких норм:

а) которые выделяются как особая конституционная функция охраны окружающей природной среды (далее – ОПС);

б) устанавливают общеправовой принцип приоритета охраны ОПС;

в) закрепляют ответственность нынешнего поколения перед будущим;

г) предусматривают экологический суверенитет государства и обязанности его защиты государством во внутренних и внешних отношениях.

Тем самым Конституция Украины устанавливает конституционный экологический правопорядок [8, с. 25].

Обычно, когда характеризуют конституционные основы экологического права, нормы Конституции Украины, которые прямо или косвенно касаются экологии, классифицируют по группам.

Разные авторы и ученые приводят различные классификации. В частности, С.А. Боголюбов условно разделяет конституционные нормы на три группы:

1) гуманитарные (закрепляющие экологические права и обязанности граждан);

2) природноресурсные (которые определяют формы собственности на природные объекты);

3) компетенционные (устанавливающие компетенцию различных государственных органов в области охраны ОПС) [8, с. 25].

Приведем похожую классификацию в виде схемы, а затем охарактеризуем каждую отдельно взятую группу норм Конституции Украины:

Конституционные основы экологии и экологического права Украины

– это совокупность норм Конституции Украины, которые регулируют основы экологических общественных отношений, включающих отношения по охране жизни и здоровья граждан и их окружающей природной среды, обеспечению экологической безопасности, рациональному использованию и охране природных ресурсов.

Нормы КУ, устанавливающие экологическую основу конституционного строя Украины

Ст. ст. 1, 16, 92 – ч. 1, пп. 5, 6, 19

Нормы КУ, устанавливающие формы собственности на природные ресурсы в Украине

Ст. ст. 13, 14, 41 – понятие и формы собственности на природные ресурсы:
– частная;
– коммунальная;
– государственная;
– Украинского народа

Нормы КУ, закрепляющие экологические права и обязанности граждан Украины

Ст. ст. 50, 66

Нормы КУ, закрепляющие полномочия государственных органов и органов местного самоуправления в сфере охраны ОПС, природопользования и обеспечения экологической безопасности

Ст. 85 – пп. 6, 31, 36 (ВРУ),
ст. 106 – пп. 1, 20, 21 (ПУ),
ст. 116 – пп. 1, 3, 5 (КМУ),
ст. 119 – пп. 3 (местные государственные администрации),
ст. 137 – пп. 1, 2, 4-9,
ст. 138 – пп. 5, 6, 10 (АРК)

Таким образом, в эколого-правовой литературе нам предлагаются различные классификации конституционных норм, однако наша задача состоит в том, чтобы обобщить и выделить следующие наиболее важные группы конституционных экологических норм:

а) нормы КУ, устанавливающие экологическую основу конституционного строя Украины;

б) нормы КУ, устанавливающие формы собственности на природные ресурсы в Украине;

в) нормы КУ, закрепляющие экологические права и обязанности граждан Украины;

г) нормы КУ, определяющие полномочия государственных органов и органов местного самоуправления в сфере охраны ОПС, обеспечения экологической безопасности и рационального природопользования.

Выводы. Таким образом, предложено определение «конституционные основы экологического права». Приведена наиболее оптимальная, полная по содержанию и удобная в применении классификация групп конституционных экологических норм (как словесно, так и в виде схемы), охарактеризована каждая из групп с иллюстрированием примерами конкретных статей КУ и норм этих статей, которые прямо или косвенно касаются регулирования эколого-правовых вопросов и отношений.

Как известно, жизнь не стоит на месте. Безусловно, будут необходимы дальнейшие разработки в этом направлении, так как возможно, что в будущем расширится, например, круг экологических прав и обязанностей граждан, полномочий государственных органов и органов местного самоуправления в сфере экологии, а также будут созданы новые органы по охране ОПС. Поэтому такое направление всегда актуально и открыто для дальнейших исследований и разработок как на уровне украинского законодательства, так и в сравнении с конституционным экологическим законодательством зарубежных стран, поскольку перенимание таких знаний, особенно в экологической сфере, было бы крайне ценным и полезным для Украины.

Литература

1. Баб'як О.С. Екологічне право України : [навч. посібник] / О.С. Баб'як, П.Д. Біленчук, Ю.О. Чирва. – К. : Атіка, 2000. – 216 с.
2. Сурілова О.О. Порівняльне екологічне право : [навч. посібник] / О.О. Сурілова. – О. : Юридична література, 2005. – 104 с.
3. Малишко М.І. Основи екологічного права України : [навч. посібник] / М.І. Малишко. – К. : МАУП, 1999. – 152 с.
4. Основи екології та екологічного права : [навч. посібник] / [Ю.Д. Бойчук, М.В. Шульга, Д.С. Цалін, В.І. Дем'яненко] ; за заг. ред. Ю.Д. Бойчука і М.В. Шульги. – 2-ге вид., випр. і допов. – Суми : ВТД «Університетська книга» ; К. : ВД «Княгиня Ольга», 2005. – 368 с.
5. Конституция Украины. – Х. : Одиссей, 2012. – 56 с.
6. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.
7. Про основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки : Постанова Верховної Ради України від 05.03.1998 р. № 188/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 38–39. – Ст. 248.
8. Ільків Н.В. Екологічне право України : [навч. посібник] / Н.В. Ільків, Я.З. Гаєцька-Колотило. – К. : Істина, 2008. – 296 с.

Аннотация

Березинский П. А. **Конституционные основы экологии и экологического права Украины.** – Статья.

Статья посвящена классификации и подробному анализу (характеристике) групп конституционных норм экологии и экологического права Украины.

Ключевые слова: Конституция Украины, конституционные основы экологического права, конституционный экологический правопорядок, экологические права, экологические обязанности.

Анотація

Березінський П. А. **Конституційні основи екології та екологічного права України.** – Стаття.

Статтю присвячено класифікації та докладному аналізу (характеристиці) груп конституційних норм екології й екологічного права України.

Ключові слова: Конституція України, конституційні основи екологічного права, конституційний екологічний правопорядок, екологічні права, екологічні обов'язки.

Summary

Berezinsky P. A. **The constitutional foundations of ecology and environmental law of Ukraine.** – Article.

The article focuses on the classification and detailed analysis (characterization) of groups of constitutional rules of ecology and environmental law in Ukraine.

Key words: Constitution of Ukraine, constitutional foundations of environmental law, constitutional environmental legal order, environmental rights, environmental responsibilities.

УДК 342.922:(377.754:656.61)

О. В. Бондар

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТА НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ МОРСЬКОГО ТРАНСПОРТУ

Постановка проблеми. Актуальність наукового аналізу проблеми вдосконалення адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту визначається насамперед необхідністю запровадження європейської концепції належного урядування на демократичних засадах взаємовідносин між такими суб'єктами, що належать до органів публічної влади, та споживачами адміністративних послуг у цій сфері.

Сучасні положення щодо стандартів належного урядування передбачають належне законодавство, законність, участь, прозорість процесу прийняття рішень, доступ до інформації, належну адміністрацію, належний персонал, належний фінансовий і бюджетний менеджмент, ефективність, відповідальність та нагляд [1, с. 55]. З огляду на це в частині, що стосується надання адміністративних послуг, належне урядування полягає у формуванні законних, прозорих процедур, які здійснюються кваліфікованим персоналом в оптимальні строки та з мінімальними витратами. Реалізація стратегічного завдання запровадження належного урядування передбачає прозорість формування й функціонування суб'єкта урядування. Зокрема, у сфері морського транспорту завдання щодо надання адміністративних послуг має виконувати Державна інспекція України з безпеки на морському та річковому транспорті (Укрморрічінспекція), що прямо передбачається чинним законодавством [2]. Однак постійні реорганізації, які відбуваються в системі органів виконавчої влади від часу здобуття Україною незалежності, свідчать про постійний пошук шляхів удосконалення організаційної побудови системи, хоча подекуди такий пошук має ситуативний характер і спрямовується на адаптацію діяльності окремих органів виконавчої влади до поточних проблем державного управління.

© О. В. Бондар, 2013

Стрімкий характер організаційних перетворень спостерігається також у системі органів управління транспортом. Так, протягом 1992–1993 рр. у підпорядкуванні Кабінету Міністрів України була Державна адміністрація морського транспорту України (Укрморфлот), яку надалі було реорганізовано в Державний департамент морського та річкового транспорту. Зміни було внесено також до підпорядкування цього департаменту, що знаходився в складі Міністерства транспорту та зв'язку України. Згодом у складі Міністерства інфраструктури України було сформовано Державну інспекцію України з безпеки на морському та річковому транспорті. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 10.09.2014 р. № 442 утворено Державну службу України з безпеки на транспорті шляхом злиття Державної інспекції з безпеки на морському та річковому транспорті, Державної інспекції з безпеки на наземному транспорті та підпорядкування їй Державної спеціальної служби транспорту [3]. Внаслідок зазначених організаційних перетворень відбулося поєднання в одному органі виконавчої влади інспекційних (контрольних) та організаційних повноважень і зміна підпорядкування органу управління у сфері морського транспорту.

Наявність таких змін свідчить переважно про ситуативний пошук оптимальних державно-управлінських зв'язків у галузі морського транспорту та ефективної організаційної побудови відповідних суб'єктів управлінської діяльності, що у свою чергу визначає необхідність поглибленого наукового опрацювання проблеми адміністративно-правового статусу суб'єкта управління у сфері морського транспорту, особливо в частині наділення й реалізації компетенції щодо надання адміністративних послуг, зважаючи на те, що в цій сфері також мають компетенцію різні органи виконавчої влади.

У 2010 р. було схвалено Транспортну стратегію України, де зазначено про необхідність реформування системи управління залізничним, морським та автомобільним транспортом, дорожнім господарством, визначено пріоритети розвитку морського транспорту [4]. Успішна реалізація визначених і закріплених чинним законодавством стратегічних завдань щодо розвитку морського транспорту передбачає проведення відповідного поглибленого наукового обґрунтування шляхів і засобів їх реалізації.

Звернення до наукових публікацій дозволяє говорити про недостатній рівень опрацювання проблем, пов'язаних із визначенням шляхів удосконалення адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту. Наукові праці стосувалися переважно проблем державного управління транспортною системою (В.Й. Развадовський), розвитку транспортного права (Е.Ф. Демський, В.К. Гіжевський, А.В. Мілашевич), окремих питань правового регулювання діяльності морського транспорту (О.О. Зотенко, Д.А. Іванов та інші вчені).

Мета статті полягає у визначенні особливостей адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.

Виклад основного матеріалу. Теоретичні положення про сутність та елементи адміністративно-правового статусу суб'єкта адміністративного права обґрунтовували В.Б. Авер'янов, Д.М. Бахрах, Ю.П. Битяк, І.П. Голосніченко, С.В. Ківалов, Т.О. Коломоєць, О.І. Харитонова та інші дослідники.

До поняття адміністративно-правового статусу включають комплекс конкретно визначених суб'єктивних прав та обов'язків, закріплених за відповідними суб'єктами за допомогою норм адміністративного права. Тому В.Б. Авер'янов підкреслює необхідну ознаку набуття особою адміністративно-правового статусу – наявність конкретних суб'єктивних прав та обов'язків, що реалізуються особою в адміністративних правовідносинах і поза ними [5, с. 188]. Наведений підхід можна вважати достатньо усталеним, оскільки в інших публікаціях зустрічаємо теоретичні положення, які не суперечать йому. Зокрема, до структури адміністративно-правового статусу відносять права й обов'язки у сфері публічного адміністрування. Такий висновок можна зробити, виходячи з результатів логіко-смислового аналізу теоретичних положень щодо адміністративно-правового статусу фізичної особи, органів виконавчої влади України, інших органів публічної адміністрації, викладених Т.О. Коломоєць, П.С. Лютіковим, О.Ю. Меліховою [6, с. 41–70]. Як узагальнені можна розглядати положення про сутність адміністративно-правового статусу, викладені в енциклопедичних юридичних виданнях. Так, Ю.С. Шемшученко та Н.М. Пархоменко визначають, що правовий статус (лат. status – становище) є сукупністю прав та обов'язків фізичних і юридичних осіб [7, с. 717]. Правовий статус особи (англ. legal status of personality) визначається як комплекс соціально-економічних, політичних, культурних та інших громадянських прав і свобод, а також обов'язків [8, с. 735]. Останнє визначення структури правового статусу особи передбачає наявність такого елемента правового статусу, як «свобода», що свідчить про конституційно-правове значення правового статусу.

Дещо ширше, ніж у науковому підході В.Б. Авер'янова, структуру адміністративно-правового статусу визначено В.С. Четвериковим. Щодо такого статусу фізичних осіб учений говорить про належність до структури, крім законодавчо визначених прав та обов'язків, державних гарантій їх здійснення [9, с. 104]. Це означає, що якщо адміністративно-правовий статус суб'єкта адміністративного права розглядати як систему в сукупності певних елементів, то гарантії доречно визначати «зовнішніми» елементами, які впливають і пов'язуються з «внутрішніми» елементами – правами та обов'язками, встановленими адміністративно-правовими нормами. Аналогічним можна назвати підхід щодо визначення структури адміністративно-правового статусу, який запропоновано А.М. Подолякою. Дослідник пропонує включити до неї такі елементи статусу: компетенцію, правозастосування та юридичну відповідальність [10, с. 8]. Тому такий елемент, як «правозастосування», хоч і сприймається досить спірним, можна віднести до «зовнішніх» елементів адміністративно-правового статусу як системи.

Не заперечуючи в цілому проти теоретичного підходу, запропонованого В.С. Четвериковим, доцільно зазначити про дискусійність включення державних гарантій здійснення прав і свобод до структури адміністративно-правового статусу, оскільки такі гарантії самі являють собою систему певних умов і засобів впливу на реалізацію адміністративно-правового статусу.

Викликає зацікавленість запропонований Т.О. Мацелик науковий підхід щодо визначення правового статусу суб'єкта адміністративного права як інтегративної категорії, конструкцію якого представляють такі блоки: 1) статусні елементи (адміністративно-правові норми, правосуб'єктність, громадянство тощо); 2) основні

елементи (права, обов'язки, відповідальність); 3) забезпечувальні елементи (гарантії). Правовий статус суб'єкта адміністративного права визначено найбільш важливою та органічною частиною загального правового статусу. Дослідник наголошує на конкретизації прав та обов'язків в адміністративно-правовому статусі з урахуванням галузевої правосуб'єктності. Адміністративно-правовий статус розглядається в поєднанні з реалізацією у сфері публічного адміністрування прав і свобод, компетенцій, а також виконанням покладених на суб'єкта обов'язків [11, с. 104].

Цей підхід фактично містить у собі теоретичну конструкцію адміністративної правосуб'єктності, власне адміністративно-правового статусу та гарантій реалізації статусу. Тим самим Т.О. Мацелик пропонує застосовувати «широкий» підхід до визначення елементів правового статусу суб'єкта адміністративного права, що дозволяє відтворити як статику, так і динаміку формування, визначення й реалізації правового стану суб'єкта адміністративного права в правовідносинах. Водночас, розглядаючи адміністративно-правовий статус і характеризуючи його специфіку порівняно із загальною категорією правового статусу суб'єкта адміністративного права, автор не вказує про відповідальність як про один з основних елементів статусу. Безумовно, наукові положення, обґрунтовані Т.О. Мацелик, хоч і є спірними, проте можуть розглядатись як джерело подальшої наукової розвідки в напрямі визначення сутності адміністративно-правового статусу суб'єкта адміністративного права. Зокрема, не суперечать достатньо усталеному підходу щодо структури адміністративно-правового статусу положення про основні елементи правового статусу суб'єкта адміністративного права, сформульовані науковцем.

Викликають зацікавленість такі положення, обґрунтовані Т.О. Мацелик, як структура статусу індивідуального суб'єкта адміністративного права, до якої запропоновано віднести певні елементи, зокрема адміністративні права, до яких можуть входити й пільги, та обов'язки суб'єкта, які включають також право обмеження [11, с. 105]. Виділяючи основну відмінність між структурою адміністративно-правового статусу індивідуальних і колективних суб'єктів, Т.О. Мацелик зауважує про більш складний правовий статус останніх та про належність такого елемента, як компетенція [11, с. 114]. Слід навести також позицію О.П. Альохіна, А.О. Кармолицького та Ю.М. Козлова, які зазначали про похідний характер правового стану державного службовця від державного органу, у якому він працює [12, с. 106].

Наведені теоретичні здобутки, хоч і не є вичерпними, надають можливість стверджувати, що підхід В.Б. Авер'янова найкраще відтворює специфіку адміністративно-правового статусу як категорії, яка позначає місце суб'єкта адміністративного права в правовідносинах (не лише адміністративних). Водночас доцільно включити до складу елементів адміністративно-правового статусу відповідальність, що дозволяє врахувати наявність охоронної складової адміністративно-правових відносин. Під час формування складу елементів такого статусу плідним є запропонований Т.О. Мацелик підхід щодо диференціації складу залежно від виду суб'єкта адміністративного права – індивідуального або колективного, зокрема належності компетенції як елемента адміністративно-правового статусу колективного суб'єкта. Також необхідно враховувати думку О.П. Альохіна, А.О. Кармо-

лицького та Ю.М. Козлова під час встановлення й характеристики адміністративно-правового статусу посадової особи як суб'єкта адміністративного права.

Отже, адміністративно-правовий статус суб'єкта адміністративного права являє собою комплекс елементів: прав, обов'язків, компетенції, відповідальності та правообмежень, встановлених адміністративно-правовою нормою. Склад елементів адміністративно-правового статусу є диференційованим залежно від того, яким є суб'єкт адміністративного права (фізична або юридична особа). Якщо суб'єктом адміністративного права виступає посадова особа, її права й обов'язки мають бути похідними від прав та обов'язків державного органу, у якому вона працює.

Висновки. Сформульований підхід може бути покладено в основу визначення особливостей адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту, а саме:

– встановлення адміністративно-правовою нормою прав, обов'язків, компетенції, відповідальності та правообмежень відповідного суб'єкта у визначених правовідносинах;

– ці правовідносини стосуються надання адміністративних послуг;

– якщо суб'єктом надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту є посадова особа, її права та обов'язки мають похідний характер щодо прав та обов'язків державного органу, у якому вона працює, у цій сфері;

– відповідальність та правообмеження як елементи адміністративно-правового статусу мають специфіку встановлення й реалізації залежно від того, яким є суб'єкт надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту (посадова особа або державний орган);

– наявність компетенції як елемента адміністративно-правового статусу характерна для державного органу, уповноваженого щодо надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.

Сформульовані положення не є інформативними, проте вони дозволяють окреслити межі наукового аналізу, здійснення якого дозволить охарактеризувати вказаний статус і встановити прогалини й колізії чинного адміністративного законодавства, запропонувати шляхи його вдосконалення. Це стосується насамперед категорії «адміністративна послуга», що є ключовою для позначення відносин, у межах яких суб'єкт їх надання набуває та реалізує адміністративно-правовий статус.

Література

1. Система органів виконавчої влади України: правові проблеми вдосконалення організації та діяльності : [монографія] / [О.Ф. Андрійко, В.П. Нагребельний, Л.Є. Кисіль та ін.] ; за заг. ред. О.Ф. Андрійко. – Х. : Планета-Принт, 2013. – 384 с. Про затвердження Положення про Державну інспекцію України з безпеки на морському та річковому транспорті : Постанова Кабінету Міністрів України від 17.07.2014 р. № 300 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 63. – Ст. 1740.
2. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 р. № 442 // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 169. – Ст. 9.
3. Про схвалення Транспортної стратегії України на період до 2020 р. : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.10.2010 р. № 2174-р // Офіційний вісник України. – 2010. – № 92. – Т. 2. – С. 545. – Ст. 3280.
4. Адміністративне право України. Академічний курс : [підручник] : у 2 т. / В.Б. Авер'янов та ін. – К. : Юридична думка, 2007– . – Т. 1. – 2007. – 592 с.

5. Адміністративне право України : [підручник] / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Вид. 2-ге, змін. і допов. – К. : Істина, 2012. – 528 с.
6. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю.С. Шемшученка. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1020 с.
7. Тихомирова Л.В. Юридическая энциклопедия / [Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров] ; под ред. М.Ю. Тихомирова. – Изд. 6-е доп. и перераб. – М. : Изд-во М.Ю. Тихомирова, 2013. – 1088 с.
8. Четвериков В.С. Административное право : [учебник] / В.С. Четвериков. – 3-е изд., доп. и перераб. – М. : РИОР ; Инфра-М, 2013. – 351 с.
9. Подоляка А.М. Адміністративно-правовий статус Державної автомобільної інспекції МВС України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / А.М. Подоляка ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – 194 с.
10. Мацелик Т.О. Суб'єкти адміністративного права: поняття та система : [монографія] / Т.О. Мацелик. – Ірпінь : Вид-во Нац. ун-ту ДПС України, 2013. – 342 с.
11. Алехин А.П. Административное право Российской Федерации : [учебник] / А.П. Алехин, А.А. Кармолицкий, Ю.М. Козлов. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2003. – 608 с.

Анотація

Бондар О. В. **До питання про визначення особливостей адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.** – Стаття.

Статтю присвячено обґрунтуванню положень про особливості адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту. Для формулювання цих положень було обґрунтовано науковий підхід щодо виділення елементів адміністративно-правового статусу суб'єкта адміністративного права. Такими елементами названо права, обов'язки, компетенцію, відповідальність, право обмеження. Зазначено про те, що склад елементів зазнає змін залежно від виду суб'єкта адміністративного права – фізичної або юридичної особи. Сформульовано особливості адміністративно-правового статусу суб'єкта надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.

Ключові слова: адміністративно-правовий статус, суб'єкт, морський транспорт, посадова особа, державний орган.

Аннотация

Бондарь О. В. **К вопросу об определении особенностей административно-правового статуса субъекта предоставления административных услуг в сфере морского транспорта.** – Статья.

Статья посвящена обоснованию положений об особенностях административно-правового статуса субъекта предоставления административных услуг в сфере морского транспорта. Для формулирования этих положений был обосновано научный подход к определению элементов административно-правового статуса субъекта административного права. Такими элементами названы права, обязанности, компетенция, ответственность, правоограничения. Указано о том, что состав элементов изменяется в зависимости от вида субъекта административного права – физического или юридического лица. Сформулированы особенности административно-правового статуса субъекта предоставления административных услуг в сфере морского транспорта.

Ключевые слова: административно-правовой статус, субъект, морской транспорт, должностное лицо, государственный орган.

Summary

Bondar O. V. **To the question about the definition of features of administrative-legal status of the entities providing administrative services in the maritime transport sphere.** – Article.

The article is devoted to the justification of the regulations on the peculiarities of the entity providing administrative services in the maritime transport field administrative-legal status. For the wording of these provisions scientific approach regarding the allocation of the administrative law subject administrative-legal status elements was based. These elements are: rights, duties, competence, responsibility, right on restriction. There indicated that the composition of the elements undergoing changes, depending on the type of the subject of administrative law – an individual or legal entity. The peculiarities of the entity providing administrative services in the maritime transport field administrative-legal status are formulated.

Key words: administrative-legal status, subject, maritime transport, officer, state body.

УДК 340.12:1:572.02.001.71

В. В. Завальнюк

ЕВОЛЮЦІЯ АНТРОПОЛОГІЧНИХ ЗНАНЬ У ПРОЦЕСІ ІСТОРИЧНОГО РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА

Антропологію права цікавлять зміни в правовому бутті людини у світлі ускладнення соціальної організації суспільства та способів керування соціумом. Однак і цей інтерес є важливим не окремо. Аналіз історії необхідно проводити для того, щоб з'ясувати, які історичні форми нормативного регулювання може застосовувати сучасна держава. На Заході цей пошук іде вже давно, а в нас лише починається.

Договірно-юридична парадигма державності вже в середині XIX ст. піддавалася сумніву Л.Г. Морганом і Г.С. Меном у їх дослідженнях «архаїчного права». За логікою вчених, людина мала досить розвинену систему правових координат ще до утворення держави. І це продовжувалося століттями, навіть тисячоліттями, так що «державне буття» людини є набагато коротшим за часом, ніж її буття общинне. Проте обидва автори прийшли до визнання неминучості виникнення держави: перший – за схемою «генос – фратрія – плем'я – держава», другий – роблячи акцент на таких факторах, як територія та власність. Однак обидва заперечували притаманні прихильникам природного права ідеї про перероставання «природно-державного» (чи «напівдержавного») стану в «договірно-державний», політичний, у якому воля людей об'єднувалася певним договором. Для Л.Г. Моргана і Г.С. Мена первинним було об'єднання людей за ступенем споріднення, за характером виробничих зв'язків, які потім із появою окресленої території розселення й власності перейшла з одного стану соціуму до іншого.

Л.Г. Морган і Г.С. Мен наголошували на об'єктивних і матеріальних передумовах появи держави, прихильники договірної теорії – на суб'єктивному й погодженому акті волевиявлення. Однак якими б різними не були вихідні позиції цих основних шкіл походження держави, антропологу в підсумку важливіше усвідомити інше: якщо державна організація відрізняється від інших (називається інакше: громадянське суспільство, цивільна чи релігійна громада, етнічні утворення тощо), то цікавість викликає суть цієї різниці, як вона позначається на правовому стані самої людини.

У політичному плані еволюція приводить нецентралізовані системи до централізованих і етатистських форм. У юридичному плані вона дозволяє додати праву специфічного характеру щодо моралі й релігії та перенести поступово процес зародження права із соціальної групи (звичай) на державу (закон). Еволюція створює умови для виникнення спеціалізованого карального апарату (виникнення й розвиток судових систем) починаючи з «примітивних» форм, де конфлікти врегульовуються самими сторонами (помста), тоді як у цивілізованих суспільствах їх вирішення залежить від усе більш вирішального втручання третьої сторони (посередник, арбітр, суддя), чиї повноваження зростають разом зі статусом представника суспільства.

Перша серйозна спроба узагальнити досягнення еволюціонізму в праві міститься в «Етнологічній юриспруденції» Г. Поста, опублікованій у 1893 р., на перших

© В. В. Завальнюк, 2013

сторінках якої він стверджував: «Коли ми будемо знати всю етнологічну юриспруденцію, ми відкриємо для себе загальну юридичну систему, вираження устремлінь і можливостей людської істоти». У двох томах своєї праці Г. Пост оглядає правові системи різних спільнот, групуючи норми за окремими темами (шлюб, спадкування, карне право, торгове право тощо), відводить важливе (хоча й не провідне) місце інститутам публічного права поряд з інститутами приватного права. Доробок Г. Поста характеризує, таким чином, прагнення вивчити всі юридичні інститути всіх відомих суспільств [1].

Цей енциклопедизм заснований на переконанні, що право є універсальним феноменом, а тому можлива його єдина теорія, оскільки, на переконання самого Г. Поста, основні напрями права людства «прості, грандіозні та ясні, як закони небесних світил». Він розробив систематизацію, що несе на собі відбиток історичної школи права, пандектів [2]. Ця систематизація виділяє визначену кількість загальних принципів, об'єднаних на кшталт ідеального кодексу, вона уточнює всі можливі історичні варіанти в межах дослідження якого-небудь окремого правового інституту. Авторитет Г. Поста свого часу був дуже великим. Проте необхідно виділити деякі положення робіт Е. Дюркгейма. Він був насамперед соціологом, проте цікавився також правом традиційних суспільств. Його наукова орієнтація є ніби сполученням функціоналізму й еволюціонізму. У своїй праці «Про поділ суспільної праці» він прагнув зрозуміти, яким чином суспільства переходять від первісного стану до сучасного.

Механічній солідарності первісних суспільств відповідає репресивне право. Цим суспільствам не відомий поділ праці, крім того, вони мають сильну статусну ієрархію (вожді й пастирі, дорослі, недорослі тощо), їх характеризує сильно виражена колективна свідомість. Право й мораль проникають одне в одне, право є насамперед карним правом, оскільки будь-який замах на статусну ієрархію сприймається як виклик усьому суспільству.

Натомість органічній солідарності сучасних суспільств відповідає реститутивне право: оскільки суспільство є розділеним, його члени надають перевагу своїй приналежності до групи, до якої вони належать, а не зв'язкам з усім суспільством. Порушення юридичних норм більше не сприймається як порушення всього суспільного порядку, право втрачає свій «карний» характер, саме розділяється на різні галузі; карне право продовжує існувати, проте воно розвивається повільніше від інших галузей права.

Однак із кінця XIX ст. антропологія права починає відходити від постулатів еволюціонізму. Новий підхід у цьому питанні привніс американський антрополог Ф. Боас (1858–1942 рр.), який фактично став засновником *культурного релятивізму*. Для нього суспільства за своїми основними характеристиками є різними, оскільки людина успадковує лише генетичний потенціал, розвиток якого залежить від визначеного фізичного й соціального оточення. Марно намагатися знайти єдину схему для всіх суспільств, оскільки розходження має переваги перед подібністю [3].

Антропологічний елемент у концепціях виникнення держави в Л.Г. Моргана походить із впливу власності й характеру виробництва на статус груп, які диферен-

ціюються («класів»), і на статус окремої людини як у самій державі, так і всередині цих груп. Проте з огляду на дані багатьох наук (археології, історії, етнології, соціології) вимальовується більш складна картина.

Однак цікавою є не стільки теоретична проблема генезису держави, хоча проблема як ключовий сюжет історії держави й права є, безумовно, цікавою сама по собі, скільки «антропологічна наповненість» цього процесу, тобто проблема місця людини в ньому є найважливішою.

Багато досліджень підтверджують таку специфіку ранньої держави, як сакральний характер влади вождя-правителя. Сама ця сакральність за аналогією з тотемною сакральністю стає за браком «апарату примусу» важливим засобом примусу тих, хто є об'єктом володарювання. Цій меті слугували, наприклад, закони вавилонського царя Хамурапі (1792–1750 рр. до н. е.), укарбовані на чорному базальтовому стовпі, які дійшли до нас. У них Хамурапі повідомив, що боги передали йому царство для того, щоб «сильний не пригноблював слабкого». Людина, будучи включеною в таку правову систему, повинна була завжди пам'ятати таке: правила, якими вона повинна керуватися, надано їй зверху, а наглядати за їх виконанням повинен правитель і призначені ним для цього чиновники [4]. У Давньому Єгипті, у Шумері, у Вавилоні та інших найдавніших державних утвореннях зберігалася та навіть розвивалася на нових основах міфологія, що виконувала найважливіші нормативні функції, лише їй було додано більш чіткої «ідеологічної» функції – підпорядкування людини волі правителя [5; 6].

Отже, аналіз форм генезису держави цікавить також юриста-антрополога, хоча проблема особистості посідає далеко не перше місце в дискусіях на цю тему.

Серед учених радянського часу все активніше обговорювалася проблема походження держави не лише як результату появи антагоністичних класів, а й внаслідок дії інших факторів, насамперед завдань управління [7].

Не бажаючи ідеалізувати той чи інший підхід до проблеми виникнення держави, особливої форми набуло відчуження управлінської влади в землеробських східних суспільствах: людині фактично немає місця в деспотії. Натомість у багатьох кочових народів військова демократія та органи общинно-племінного самоврядування часто зберігалися як стійка форма організації суспільної влади. В оповіданні Геродота про скіфів чітко простежується збереження ролі народних зборів, незважаючи на глибоке соціальне розшарування та утворення спадкоємної родової й військової аристократії [8, с. 17–18]. У цьому випадку народні збори, очевидно, можуть розглядатися і як нормотворчий орган, і як важливий інструмент «рівноваги влади» – родоплемінної та військової, до якого могли апелювати угруповання, що конкурують (наприклад, використовувати його право змінювати вождя). У тих же суспільствах, у яких родоплемінна й військова влада, образно кажучи, були зібрані в єдино та персоніфікувалися одним вождем – проводирем, відокремлення влади від іншого населення зайшло вже досить далеко. У будь-якому випадку зрозуміло, що варто відмовитися й від хрестоматійного зображення виникнення держави як лише вираження класового панування. У своїй роботі про походження держави й права Т.В. Кашаніна, говорячи про передумови виникнення держави та ставлячи за традицією на перше місце економічні передумови, виділяє в них такий важли-

вий фактор, як інтелектуальний, що дозволив перейти від моделі господарства, яке привласнює, до моделі господарства, яке виробляє. Водночас науковець вказує на політичні передумови (забезпечення безпечних умов життєдіяльності, у тому числі засобами права), ідеологічні передумови (релігія як фактор консолідації) та психологічні передумови (усвідомлення загальних інтересів) [9, с. 33–38]. Останній фактор відзначають також інші дослідники.

Існує спроба спрощено тлумачити процес еволюції самоуправління з додержавної в державну епоху як поглинання державою інститутів общинно-родового самоврядування з відповідними процесами в правовій сфері. Навпаки, дані історії, етнографії, археології дають підстави вважати, що відбувалося поетапне «одержавлення» як інститутів самоврядування, так і нормативної системи в змісті їх подальшого розвитку на власній основі, тому термін «одержавлення» доцільно вживати саме в цьому значенні.

Найважливішим фактором «одержавлення» общинно-племінних структур самоврядування, що відбилося й на системі правовідносин, стає ускладнення завдань управління суспільством, яке значно збільшилося (племені, етнічної групи, народності). Відбувається ніби поділ потестарних функцій на власне управління тією чи іншою сферою життєдіяльності спільнот і на володарювання як процес забезпечення інтегративної цілісності цієї спільноти й підтримки в ній загального порядку.

Так, розглянемо приклад Давньої Греції. Дорійське завоювання оминуло Аттику. Саме Аттика стала осередком формування без зовнішнього втручання нових державних інститутів, причому не на основі управлінських структур палацових господарств типу критських, а на основі розвитку інститутів родової демократії. Структуроутворюючим осередком державності, що складається, стає рід (генос); за різними зведеннями в Аттиці їх нараховувалося від 50 до 901. Спочатку замкнута родинно-релігійна група (генос) втрачає згодом свою клановість, залишаючись об'єднанням людей, які мають загальний культ, поховання, приміщення для зборів і церемоній. Усі члени геносу рівні у своїх правах та обирають проводиря – хоронителя звичаїв і розпорядника церемоній [2].

Установлюються братерства (фратрії), які у свою чергу поєднуються в племена (філи), що складають окремі протодержавні утворення. Кожна з філ мала свої органи самоврядування, своє військо та проводиря. Незважаючи на перевагу в органах самоврядування (агорі) аристократії, в аттичних філах, як і в інших грецьких громадах, зберігалися традиції військової демократії, наприклад збори всього вільного населення, яке носить зброю, братерські бенкети. Персональна влада племінної аристократії не спирається ще на репресивний апарат, хоча прототип його вже існує у вигляді військової дружини, спадкоємиці колишніх чоловічих союзів. Рядові, вільні общинники тією чи іншою мірою ще мають доступ до управління, хоча агора вже нагадує більше військове віче, ніж народні збори часів родової демократії.

Територіальне об'єднання низки племен, поява великих укріплених поселень створює передумови створення інститутів керування, що вже нагадує державу. На зміну басилеям і філобасилеям у VII ст. до н. е. приходять колегії, які щорічно обираються з «кращих чоловіків» (в Афінах дев'ять архонтів). До їх ведення передаються судові та військові справи. Перетворюється також рада старійшин. В Афінах

і в деяких інших полісах він іменується ареопагом та містить у собі, крім родової знаті, колишніх архонтів [8].

Нарешті, виникає ще одне питання: як формувалася з органів самоврядування антична держава? Ю.В. Андрєєв вважає можливими два основні шляхи: або «політична інтеграція низки первинних громад, що супроводжується переселенням значної частини їхнього населення в один великий поліс», або «шлях розвитку за лінією розростання».

Античні демократії (більшою мірою афінська та меншою – римська) вперше у світовій історії проголосили народний суверенітет як політичну й ідеологічну основу державного ладу та забезпечили в періоди свого розквіту участь вільних громадян в управлінні державою: поняття «демос» охоплювало в давні часи усіх вільних громадян, які як володіли, так і не володіли рабами. Цей момент особливо важливо враховувати під час розгляду інститутів античного права. Арістотель називає поліс спільністю, спрямованою до найвищого блага – справедливості й користі. Саме тому Арістотель дає таке визначення: «Безумовно, найкраще поняття громадянина може бути визначене через участь у суді та владі».

На прикладі Афінської демократичної держави можна наочно переконатися в тому, що ієрархічне начало в правовому статусі людини, яке виникло в епоху «общинної демократії» й розвивалося в епоху вождівств, в умовах державного буття людини вперше здобуло інституціональний характер у вигляді письмових норм права. Чим вищим був соціальний і політичний статус людини в полісі, державі, тим більше прав вона отримувала. Це, звичайно, не знімає поставленої ще Арістотелем проблеми: право є мірою справедливого, як деяка середина шкоди й вигоди, що обмежує свавілля. Для Арістотеля в цьому змісті найважливішим є «рівне ставлення» до людини в суді, що ніби стирає соціальні й майнові розходження. Пошук компромісу між справедливістю, яку гарантує держава й закон, і справедливістю, яку кожна людина розуміє по-своєму, у європейській правовій думці піде саме цим шляхом – шляхом забезпечення формальної, закріпленої в судовій процедурі рівності. Виникає держава, у якій людина займає ніби серединну позицію, проте її присутність у ній не є очевидною. Відтепер і в держави з'являється своє право – «право держави».

Загальний зміст еволюції полягає в тому, що вона відбувається під знаком зростання юридичних норм і єднальних процедур вирішення конфліктів, при цьому ми не повинні розглядати суспільства з «мінімальним правом» як суспільства якісно *нижчі* щодо інших. Зрозуміло, що в первісних суспільствах (таких як суспільства збирачів і мисливців) було мало права. Не тому, що вони були більш анархічними, ніж цивілізовані суспільства, а тому, що в них було менше потреби в праві. Їх більш сильно виражена однорідність і та обставина, що відносини носять більш відкритий характер, мають своїм наслідком більш рідкі конфлікти, а отже, роблять право менш необхідним. Насправді право починає реально з'являтися лише з переходом до сільського господарства. Юридичні норми стають більш вираженими, детальнішими й численнішими. Організація контролю за їх виконанням переходить від родинних структур до суспільства та його представників, з'являється публічне право.

Література

1. Годинер Э.С. Политическая антропология о происхождении государства / Э.С. Годинер // Этнологическая наука за рубежом: проблемы, поиски, решения / отв. ред. : С.Я. Козлов, П.И. Пучков. – М. : Наука, 1991. – С. 51.
2. Андрианов Б.В. Роль ирригации в становлении древних государств / Б.В. Андрианов // От доклассовых обществ до раннеклассовых : сб. статей / отв. ред. Б.А. Рыбаков. – М. : Наука, 1987. – С. 73–88.
3. Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайского государства : [монография] / Л.С. Васильев. – М. : Наука, 1983. – 327 с. ; Васильев Л.С. Социальная структура и социальная мобильность на традиционном Востоке / Л.С. Васильев // Государство в докапиталистических обществах Азии : сб. статей / отв. ред. : Г. Ким, К.З. Ашрафян. – М. : Наука, 1987. – С. 56–82.
4. Белова Г.А. Древняя Нубия: становление государственной власти / Г.А. Белова. – М. : Наука, 1985. – 275 с. ; Гуревич А.Я. История Норвегии / А.Я. Гуревич, И.С. Кан. – М. : Наука, 1980. – 712 с.
5. Данилова Л.В. Дискуссионные проблемы теории докапиталистических обществ / Л.В. Данилова // Проблемы истории докапиталистических обществ : сб. статей / редкол. : В.М. Бахта, В.С. Васильев, М.Я. Гефтер, Н.Б. Тер-Акопян ; под ред. Л.В. Даниловой. – М. : Наука, 1968. – С. 7–11.
6. Халиков А.Х. Великое переселение народов и его роль в образовании варварских государств / А.Х. Халиков // От доклассовых обществ до раннеклассовых : сб. статей / отв. ред. Б.А. Рыбаков. – М. : Наука, 1987. – С. 88–102.
7. Артамонов М.И. Общественный строй скифов / М.И. Артамонов // Вестник Ленинградского государственного университета. – 1947. – № 9. – С. 70–87 ; Артамонов М.И. Очерки древнейшей истории хазар / М.И. Артамонов. – Л. : Соцэкгиз, 1937. – 136 с.
8. Гойман-Червонюк В.И. Очерки теории государства и права / В.И. Гойман-Червонюк. – М. : Московский юрид. ин-т, 1996. – 3236 с.
9. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права : [учеб. пособие] / Т.В. Кашанина. – М. : Высшая школа, 2004. – 325 с.
10. Петрушевский Д.М. Общество и государство у Гомера: опыт исторической характеристики / Д.М. Петрушевский. – Изд. 3-е. – М. : Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. – 61 с. ; Цуканова М.А. Ареопаг до Солона / М.А. Цуканова // Вестник Московского государственного университета. – 1972. – № 2. – Вып. 2. – С. 59–65.

Анотація

Завальнюк В. В. **Еволюція антропологічних знань у процесі історичного розвитку суспільства.** – Стаття.

Розглянуто проблему еволюції антропології права в поглядах фундаторів юридичної антропології як одну з найважливіших. Від її вирішення залежить визначення функцій і змісту права, його місця в соціумі. Суспільство щодо права виступає його метасистемою як в онтологічному, так і в гносеологічному сенсі, визначаючи основні характеристики права. Аналіз історії важливий для того, щоб з'ясувати, які історичні форми нормативного регулювання може застосовувати сучасна держава.

Ключові слова: антропологія права, парадигма, еволюція права, еволюціонізм.

Аннотация

Завальнюк В. В. **Эволюция антропологических знаний в процессе исторического развития общества.** – Статья.

Рассмотрена проблема эволюции антропологии права во взглядах основателей юридической антропологии как одна из важнейших. От ее решения зависит определение функций и содержания права, его места в социуме. Общество относительно права выступает его метасистемой как в онтологическом, так и в гносеологическом смысле, определяя основные характеристики права. Анализ истории важен для того, чтобы выяснить, какие исторические формы нормативного регулирования может применять современное государство.

Ключевые слова: антропология права, парадигма, эволюция права, эволюционизм.

Summary

Zavalniuk V. V. **Evolution of anthropological knowledge in the process of historical development of society.** – Article.

The problem of the evolution of anthropology of law in the legal views of the founders of anthropology as one of the most important of its solution depends on the definition of the functions and content of the law and its place in society. Society stands on the right of its metasystem as the ontological and epistemological sense, the basic characteristics of law. History analysis is important in order to find out what the historical forms of the modern regulatory state may apply.

Key words: anthropology of law, paradigm, evolution of law, evolutionism.

УДК 343.9:340.115

В. М. Дрьомін

ІНСТИТУЦІОНАЛЬНА МЕТОДОЛОГІЯ В ДОСЛІДЖЕННІ ЗЛОЧИННОСТІ

Методологічні питання становлення й розвитку інституційної теорії злочинності з позицій економічного, соціологічного та політологічного інституціоналізму в останні роки набуває особливої актуальності, оскільки в умовах соціальної дезорганізації й масової аномії відбувається деформація та криміналізація важливих соціальних практик і, відповідно, соціальних інститутів. У точці дотику таких наук, як філософія права, соціологія, політологія, соціальна психологія, кримінологія, можливе глибоке вивчення конкретних механізмів інституціоналізації злочинної поведінки та розробка адекватних соціальних заходів реагування на ці процеси.

Значним здобутком сучасної кримінології є накопичення великого масиву статистичних даних щодо динаміки й структури злочинності, аналіз різних аспектів детермінації та організації профілактичної діяльності. Водночас гостро відчувається дефіцит наукових теорій, які узагальнюють ці процеси та пропонують суспільству нову оцінку кримінальної реальності.

Інституціоналізм не є новітньою концепцією. Ще Е. Дюркгеймом та Р. Мертоном було переконливо доведено, що аналіз девіантної поведінки передбачає вивчення соціальних інститутів, процесу «інституціоналізації порушень інституціональних правил». Формування інституціонального напряму в правознавстві пов'язується з іменами М. Оріу, Л. Дюгі, Г. Гурвича, П. Сорокіна, Ж. Ренара. Помітне місце в західній науці посідає інституціональний підхід до вивчення злочинності в межах теорії «економіки злочинів та покарань» (Т. Шеллінг, Г. Беккер). У 1992 р. Г. Беккера було нагороджено Нобелівською премією за «поширення сфери мікроекономічного аналізу на низку аспектів людської поведінки і взаємодії». Інтерес до проблем злочинності в контексті інституціональної теорії виявляли лауреати Нобелівської премії М. Фрідмен, Д. Стіглер, Дж. Б'юкенен. Лідером неоінституціонально-еволюційної теорії справедливо називають американського вченого, лауреата Нобелівської премії Д. Норта, який створив широку концепцію інститутів та інституціональної динаміки. Для розвитку інституціональної теорії криміналізації суспільства важливо підкреслити, що в основі інституціоналізму Д. Норта знаходиться теорія людської поведінки. У 90-х рр. минулого століття американські кримінологи С. Месснер та Р. Розенфельд обґрунтували «теорію інституціональної аномії».

У радянській кримінології інституціональний підхід до вивчення злочинності в його сучасній інтерпретації не застосовувався, хоча певний інтерес до соціальних інститутів був завжди. Видатний кримінолог А. Яковлєв уже в 1985 р. приділив серйозну увагу соціальним інститутам у своїй книзі «Теорія кримінології та соціальна практика», а також у монографіях «Соціологія економічної злочинності» (1988 р.), «Соціологія злочинності (кримінологія): основи загальної теорії» (2001 р.).

В Україні інституціональна теорія як кримінологічна концепція залишається недостатньо розробленою. Окремі проблеми інституціоналізації тіньової економі-

© В. М. Дрьомін, 2013

ки досліджувалися В. Поповичем. Про кримінологічні аспекти інституціональної теорії в межах соціологічних досліджень злочинності пишуть С. Гриценко та І. Рущенко.

У Росії інституціональний підхід до вивчення злочинності застосовують Н. Бараєва, С. Барсукова, Л. Гевелінг, Я. Гілінський, С. Глінкіна, В. Єсипов, В. Колесников, І. Клямкін, Л. Косалс, Ю. Латов, А. Олейник, В. Радаєв, Р. Ривкіна, Г. Сатаров, Л. Тимофєєв та інші відомі науковці. Праці вітчизняних і зарубіжних учених мають велике теоретичне й практичне значення. Однак доводиться констатувати, що у вітчизняній кримінології відсутні дослідження злочинності, які враховували б не лише кримінальну ситуацію в Україні, а й кримінологічні аспекти соціально-політичних та економічних реформ, які глибоко змінили інституціональний дизайн суспільства. Заповнити таку прогалину можна за допомогою інституціонального аналізу злочинності.

У 60-х рр. минулого століття в руслі економічного неоінституціоналізму було створено «економіку злочинів і покарань» (economics of crime and punischment). Одним із фундаторів економічного аналізу злочинності абсолютно аргументовано слід вважати американського економіста-кримінолога Т. Шеллінга, який у 1967 р. писав: «Багато принципів вивчення економіки й бізнесу <...> офіційного світу (upperworld) можуть із відповідною модифікацією бути придатними <...> також для вивчення злочинного світу (underworld)» [1].

Концептуалізацію «економіки злочинів і покарань» як напряму неоінституціональних досліджень традиційно пов'язують із публікацією в 1968 р. роботи американського економіста Г. Беккера «Злочин і покарання: економічний підхід» [2]. У своєму аналізі він виходив із того, що злочинці – це не психопатологічні типи й не жертви соціального пригноблення, а раціональні агенти, які передбачувано реагують на наявні можливості й обмеження. Вибір злочинної професії необхідно розуміти як нормальне інвестиційне рішення в умовах ризику й непевності. Звідси постає, що рівень злочинності повинен залежати від співвідношення пов'язаних із нею вигод і витрат (і грошових, і негрошових). Він визначатиметься різницею прибутків від легальної й нелегальної діяльності, вірогідністю бути впійманим і засудженим, тяжкістю покарання тощо.

У 1992 р. Г. Беккера було нагороджено Нобелівською премією з економіки за «поширення сфери мікроекономічного аналізу на низку аспектів людської поведінки і взаємодії, включно з неринковою поведінкою». «Економічний підхід до соціальних питань», – так сам Г. Беккер визначає суть своєї концепції. Він у своїй нобелівській лекції заявив: «Модель раціонального вибору забезпечує найбільш перспективну основу, яку маємо в нашому розпорядженні, для уніфікованого підходу представників суспільних наук до вивчення соціального світу» [3]. Така експансія («економічний імперіалізм») спричиняється уявленням про принципову раціональність людської поведінки.

Принагідно варто зазначити, що інші прихильники економічної теорії злочинності стверджують, що злочинці діють відповідно до позитивних або негативних стимулів, кількість злочинів залежить, таким чином, від приватних і суспільних ресурсів, виділених на правоохоронну діяльність (law enforcement) та інші способи

заборони злочинності [4]. Фундаментальна ідея цієї концепції полягає в тому, що рівень злочинності негативно корелює з альтернативними витратами, з вірогідністю й суворістю покарання, проте позитивно – з вигодами від злочинної поведінки. Потенційні злочинці завбачливо зважують можливий прибуток від злочину, порівнюючи його з можливими втратами від покарання. Вони обирають той вид діяльності, який максимізує їх добробут. Злочини в такому разі розглядають як економічний феномен і диференціюють на дві групи: «злочини з жертвами» та «злочини без жертв». Злочинність і боротьба з нею є протиборством раціональних правопорушників та тих, хто прагне бути ефективною силою правопорядку [5].

Слід зауважити, що економічна концепція злочинності передбачає вивчення впливу на рівень злочинності не лише правових, а й інших інститутів. Як акцентував Г. Беккер, більш ґрунтовним способом заборони злочинності, ніж асигнування на поліцію та в'язниці, є збільшення витрат на поліпшення можливостей легальної зайнятості для підлітків, бідних та інших соціальних груп, найбільш схильних до вчинення злочинів. Це передбачає, зокрема, підвищення якості шкільного навчання, зменшення безробіття, реалізацію політики зміцнення сім'ї. Таким чином, на думку Г. Беккера, злочинність багато в чому залежить від суспільної політики – політики не лише в правоохоронній сфері, а й у галузі освіти та багатьох інших сферах життя суспільства. Покращання цієї політики може істотно вплинути на зниження рівня злочинності [6].

Неоінституціональний підхід до осмислення злочину й покарання спричинив формування низки самостійних концепцій і відображався в «моделі альтернативного вибору» (раціональний злочинець за Г. Беккером), моделі портфельного вибору (раціональний злочинець за А. Ерліхом, Дж. Хейнеке), дилемі покарання (за Дж. Б'юкененом), економічній теорії рекету як нелегальної правозахисної діяльності (за Д. Гамбетте), теорії мінімізації сукупних втрат суспільства від злочинності (модель К. Ескриджа, Л. Філліпса – Р. Воті), мінімізації суспільних втрат від правопорушень (за Р. Андерсеном), максимізації корисності витрат на правоохоронну діяльність (модель М. Рейнолдса), економічних принципах діяльності судової системи (за Р. Познером), позасудовому визначенні покарання та його економічній ефективності (за У. Ландесом) [7; 8]. Інтерес до проблем економіки злочинів і покарань виявляли відомі економісти М. Фрідмен (лауреат Нобелівської премії з економіки 1976 р.), Д. Стіглер (лауреат Нобелівської премії 1982 р.), Дж. Б'юкенен (лауреат Нобелівської премії 1986 р.), У. Ландес, П. Рубін, М. Олсон, Р. Таллок, Л. Туроу, Д. Фрідмен та багато інших.

Інституціоналізм активно проникає в кримінологічну науку, дозволяє знайти цікаві ракурси дослідження злочинності та отримати цінні результати [9]. Водночас очевидно, що одновимірний підхід до злочинності з позиції економічного інституціоналізму не вичерпує повністю всіх можливостей цієї міждисциплінарної методологічної теорії.

У 90-х рр. минулого століття в США сформувалися інституціональні теорії злочинності, які ґрунтуються на соціологічному інституціоналізмі та стали значним кроком уперед у напрямі формування власне кримінології інституціоналізму. Значної популярності набула теорія аномії Е. Дюркгейма, згодом розвинена Р. Мертоном, про що детальніше буде сказано далі.

У 2006 р. за редакцією дослідника Р. Розенфельда було опубліковано фундаментальну монографію «Злочинність і соціальні інститути» [10]. Її авторами стали відомі вчені Г. Бернберг, Б. Сімс, Е. Керрі, Ф. Каллен, Ю. Саволайнен, Т. Годсей, Дж. Каллен.

Варто зазначити, що в США є поширеною інституціональна кримінологічні концепція – теорія інституціональної легітимності. Зокрема, у книзі вченого Г. Лафрі «Втрачаючи легітимність: вулична злочинність і пониження соціальних інститутів в Америці» розглянуто традиційні теорії злочинності та їх здатність пояснити зміни в рівні вуличної злочинності в США в післявоєнний період. Дослідивши дані, що охоплюють понад півстолітній період, Г. Лафрі дійшов висновку, що соціальні інститути є ключем для розуміння хвиль злочинності, які періодично наростають у США. Встановлено, що злочинність зростала одночасно з настанням політичних криз і нестабільності, економічних стресів і сімейної дезінтеграції. Подібні зміни особливо стосувалися расових меншин. Американське суспільство реагувало на це інвестиціями в кримінальну юстицію, освіту та інститути соціального забезпечення. На думку Г. Лафрі, стабілізація традиційних соціальних інститутів і вплив на них нової фінансової політики спричинили певне зниження рівня злочинності в 90-х рр. [11].

Аномічна теорія Р. Мертона, на думку Г. Лафрі, також не може пояснити сплески злочинності в певний час, оскільки передбачає, що інституціональна аномія – це постійна та стабільна ознака американського суспільства. Економічні теорії не спроможні дати подібне пояснення через незрозумілий парадокс «злочину посеред достатку», характерний для сплесків злочинності в періоди економічного зростання. Культурологічні теорії девіантності також не можуть дати вичерпну відповідь на запитання про те, чому кількість злочинів варіюється та чому час від часу підвищувався рівень злочинності, особливо серед молодих афроамериканців чоловічої статі, а потім стабілізувався, якщо припустити, що в суспільстві існує постійний «нижчий клас». Г. Лафрі дійшов висновку, що найбільш чітке теоретичне пояснення може дати концепція втрати інституційної легітимності. На його погляд, політичні, економічні та сімейні інститути регулюють злочинність шляхом зменшення мотивації окремих осіб та посилення формальних і неформальних соціальних контрольних механізмів. Соціальні зміни, які призвели до втрати довіри до політичних інститутів, колективні дії та протести, економічна нерівність та інфляція, економічні й ідеологічні проблеми в американській сім'ї є серйозною загрозою для інституційної легітимності, а отже, можуть пояснювати зміни в рівні злочинності впродовж певних періодів часу. Крім того, Г. Лафрі вважає, що за забезпечення стабільності в суспільстві відповідають три основні види інститутів: політичні інститути (під час прийняття законів і здійснення кримінального правосуддя), економічні інститути (дають людям можливість задовольняти їх матеріальні потреби) та переважно сімейні інститути. Констатуючи кризу легітимності в усіх згаданих інститутах, Г. Лафрі саме нею пояснює сплеск злочинності, зазначаючи, проте, що зміни в одному спектрі інститутів неминуче зумовлюють зміни в інших [12].

Теорію Г. Лафрі сприйняло багато вчених. Її було застосовано, зокрема, для дослідження зовнішніх чинників, що впливають на природу вбивств. У цій теорії

увагу акцентовано на тому, що порівняно із соціальними умовами в 70-х і 80-х рр. минулого століття зараз збільшилася небезпека, пов'язана зі втратою легітимності сімейних інститутів (розлученням, самотнім вихованням, підвищеною трудовою зайнятістю жінок) [13].

Теорія легітимності, яку запропонував Т. Тайлер як розвиток концепції Г. Лафрі, передбачає, що сприйняття легітимності відіграє основну роль у переконанні добровільно дотримуватися правових норм. Люди дотримуються цих норм тому, що вважають це легітимним, а не тому, що бояться покарання. Творці права та його виконавці досягали набагато більшого в створенні правових систем, що заслуговують на повагу, ніж під час посилення санкцій. На думку Т. Тайлера, люди виконують положення закону тому, що вони вірять у легітимність відповідної влади [14].

Аналізуючи інституціональну легітимність, Б. Харкорт пише, що люди реагують на справедливість інститутів і процедур: поведінка окремої особи відображає, як кожна людина сприймає інститути соціального контролю. Коли такі інститути та процедури вважаються справедливими, люди виконують правила, передбачені ними [15].

Б. Форт вказує на те, що злочинність сигналізує про ослаблену легітимність державних норм: про втрату почуття обов'язку й законності, про нездатність співвідносити суспільну мораль та особисті інтереси. Однак, як зауважує Б. Форт щодо ситуації в США, це не стосується втрати найважливіших цінностей суспільства. Злочини вчиняються переважно для того, щоб досягти матеріального успіху або уникнути фінансових проблем. Не бути бідним – мета всього американського суспільства. Злочинці досягають її офіційно забороненим способом, який, проте, набув широкого застосування. Легітимність формальних правових норм поведінки послаблюється саме тому, що вони перешкоджають досягненню мети «не бути бідним». Таке сприйняття, безумовно, послаблює стримувальний ефект збільшення санкцій [16]. У подібній інтерпретації теорія інституціональної легітимності загалом не суперечить теорії інституціональної аномії, проте зачіпає інший пласт існування й функціонування соціальних інститутів.

Сформульовані соціологами положення знаходять підтвердження в реальному житті: деінституціоналізація державних інститутів відбувається за рахунок проникнення кримінальних практик у їх діяльність. Ми вважаємо, що багатомільйонна армія колишніх і чинних делінквентів під час своєї «практичної» діяльності цілком може вплинути на сутнісне буття того чи іншого соціального інституту. Мільйони осіб, які побували в місцях позбавлення волі, і сучасних злочинців є носіями особливої ідеології, заснованої на специфічних соціальних цінностях та установках. Тісний взаємозв'язок неправових (зокрема кримінальних) і правових практик відображає наше уявлення про злочинність як життєдіяльність людей в умовах інституціалізованих «дозволів» і заборон.

Будь-яке дослідження, спрямоване на вивчення злочинності в контексті теорії соціальних інститутів, безумовно ґрунтується на вивченні конкретного інституціонально-правового простору, внаслідок чого його зміст відображає національну й регіональну специфіку досліджуваних об'єктів. Разом із просторовим у цьому випадку важливим є часовий чинник, оскільки інституціональний дизайн суспіль-

ства, на відміну від властивостей людини як біологічної істоти, перебуває в рухомому, динамічному стані.

Отже, інституціональний підхід до вивчення злочину й покарання є питанням методологічним, а інституціональні теорії, з позиції яких тлумачать злочинність, обов'язково відображають не лише загальні закономірності, а й специфіку місця та часу соціального буття, наповнюються різним змістом. З огляду на це варто зазначити, що сліпе запозичення концепцій, адаптованих до умов різних країн та історичних періодів, є безумовно контрпродуктивним, проте освоєння методологічного підходу, розробленого в контексті цих концепцій, може дати цінний інструментарій для наукового пошуку й важливих практичних рішень у протистоянні злочинності. Це особливо важливо в умовах пострадянських країн, які з історичного погляду миттєво опинилися на «руїнах» не лише свого соціального устрою, а й багатьох наукових, зокрема кримінологічних, догматів.

Завдання, які має вирішити інституціональна методологія, виходять за межі тієї чи іншої конкретної науки. Презентовані наукові погляди з усією очевидністю свідчать, що злочинність, яка виявляється в тих або інших різновидах людської поведінки, забороненої кримінальним законом, проте тісно пов'язаної з життям соціуму, є лише однією зі складових соціальних інститутів. Очевидно, що ні кримінологія, ні соціологія, ні економіка не зможуть самостійно охопити весь комплекс проблем, пов'язаних із функціонуванням соціальних інститутів та інституціоналізацією соціальних кримінальних практик. Злочинність за своїми якісними й кількісними характеристиками, територіальною поширеністю, соціально-демографічними ознаками осіб, «втягнутих» у неї, являє собою стійке соціальне явище, яке розвивається відповідно до логіки розвитку суспільства в цілому.

Суперечності й невідповідності в інституціональній системі реформованого суспільства, виступаючи важливим джерелом неправових практик, поступово втягують кримінальні практики у свою орбіту, роблячи елементом інституціональної системи суспільства. Злочинність не просто вплітається в сучасні трансформаційні відносини; відбувається активний процес інституціоналізації окремих видів кримінальних практик, тобто перетворення злочинності на стійкий феномен, який постійно відтворюється та, інтегруючись у формовану систему суспільних відносин, стає нормою поведінки. В основі утворення «неформальних» інститутів перебувають неправові та переважно кримінальні практики. Саме в межах неформальних відносин, заснованих на спільній злочинній діяльності, створюються умови для виникнення більшості «тіньових», «неформальних» або «кримінальних» інститутів, які претендують на своє місце в легальній системі організації суспільства. Очевидно, що вітчизняна кримінологія не може впродовж багатьох десятиліть ґрунтуватися на теоретичних постулатах, сформульованих ще в роки «боротьби з імперіалізмом». Нині стан теоретичної думки в кримінології характеризується пошуком та обґрунтуванням нових концепцій причин і протидії злочинності. Однією з таких методологічних теорій може стати інституціональна теорія злочинності та криміналізації суспільства, яка має, на нашу думку, величезний практичний потенціал.

Література

1. Schelling T. Economic Analysis and Organized Crime / T. Schelling // U.S. The president's commission on law enforcement and administration of justice. Task force report: organized crime. Annotations and consultants paper. – Washington, 1967. – P. 114 126.
2. Becker G. Crime and punishment: an economic approach / G. Becker // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – № 2. – P. 169–217.
3. Becker G. The Economic Way of Looking at Life / G. Becker // Nobel Lecture. – 1992. – P. 27.
4. Ehrlich I. Crime and punishment / I. Ehrlich // The New Palgrave: A Dictionary of Economics / ed. by J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman. – L., 1987. – Vol. 1. – P. 721–724.
5. Becker G. Rational Addiction and the Effect of Price on Consumption / G. Becker, M. Grossman, K. Murphy // The American Economic Review. – 1991. – May. – P. 237–241.
6. Becker G. Crime and punishment: an economic approach / G. Becker // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – № 2. – P. 169–217.
7. Латов Ю. Экономическая теория преступлений и наказаний («экономические империалисты в гостях у криминологов») / Ю. Латов // Вопросы экономики. – 1999. – № 10. – С. 60–75.
8. Латов Ю. Экономика вне закона: очерки по теории и истории теневой экономики / Ю. Латов. – М. : Московский общ. науч. фонд, 2001. – 281 с.
9. Энторф Х. Преступность с экономической точки зрения: факты, теория и статистика / Х. Энторф // Politeconom (Политэконом). – 1997. – № 1. – С. 56–63.
10. Crime and Social Institutions / ed. by R. Rosenfeld. – Ashgate Publishing Co., 2006. – 549 p.
11. Lafree G. Losing Legitimacy: Street Crime and the Decline of Social Institutions in America / G. Lafree. – Westview Press, 1998. – 240 p.
12. Lafree G. Losing Legitimacy: Street Crime and the Decline of Social Institutions in America / G. Lafree. – Westview Press, 1998. – 240 p.
13. Miethe T. Rethinking homicide: exploring the structure and process underlying deadly situations / T. Miethe, W. Regoeczi, K. Drass. – Cambridge University Press. – 2004. – 230 p.
14. Tyler T. Why People Obey the Law / T. Tyler. – Ed. 2. – Princeton University Press. – 2006. – 299 p.
15. Harcourt B. Capers B. Crime, Legitimacy, and Testifying Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association / B. Harcourt. – Berlin : TBA, 2007. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.allacademic.com/meta/p177422_index.html.
16. Forst B. The Socio-economics of Crime and Justice / B. Forst. – M.E. Sharpe, 1993. – 158 p.

Анотація

Дрьомін В. М. **Інституціональна методологія в дослідженні злочинності.** – Стаття.

У статті розглядаються методологічні питання становлення й розвитку інституціональної теорії злочинності з позицій економічного, соціологічного та політологічного інституціоналізму. Обґрунтовується висновок, що інституціональний підхід до злочинності в цей час набуває особливої актуальності, оскільки спосіб життя, стандарти поведінки людини формуються в межах соціальних інститутів, в основі яких лежать соціальні практики. В умовах соціальної дезорганізації й аномії відбувається деформація та криміналізація соціальних практик і, відповідно, соціальних інститутів.

Ключові слова: злочинність, інституціональна кримінологія, кримінальні практики.

Аннотация

Дрьомін В. М. **Институциональная методология в изучении преступности.** – Статья.

В статье рассматриваются методологические вопросы становления и развития институциональной теории преступности с позиций экономического, социологического и политологического институционализма. Обосновывается вывод, что институциональный подход к преступности в настоящее время приобретает особую актуальность, так как образ жизни и стандарты поведения человека формируются в рамках социальных институтов, в основе которых лежат социальные практики. В условиях социальной дезорганизации и аномии происходит деформация и криминализация социальных практик и, соответственно, социальных институтов.

Ключевые слова: преступность, институциональная криминология, криминальные практики.

Summary

Dryomin V. N. **Institutional methodology in studying crime.** – Article.

In this article the author examines the methodological issues of formation and development of the institutional theory of crime in terms of economic, sociological and politological institutionalism. The conclusion is made that the institutional approach to crime is currently gaining particular importance, given that the lifestyle and behavioral standards are formed within the framework of social institutes, which are based on social practices. Under the conditions of social disorganization and anomie, social practices are being deformed and criminalized, as consequently are the social institutes.

Key words: crime, institutional criminology, criminal practices.

УДК 343.9(477)

Є. М. Блажівський

КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ ЗЛОЧИННОЇ ПОВЕДІНКИ

Постановка проблеми. Проблеми протидії та запобігання злочинній поведінці членів суспільства завжди були актуальними. Особливої актуальності ці проблеми набувають у періоди швидких і докорінних соціальних змін. Тим часом у кримінології й дотепер не розв'язані важливі теоретико-методологічні проблеми, серед яких слід звернути увагу насамперед на проблематику проведення кримінологічного аналізу злочинної поведінки. На сьогодні дискусійними залишаються визначення такої поведінки, фактори, що її обумовлюють, засоби кримінально-правового та кримінологічного забезпечення протидії цьому негативному явищу.

Аналіз стану дослідження проблеми. Вивченню проблем протидії та запобігання злочинній поведінці присвячено роботи О.М. Бандурки, Ю.В. Бауліна, І.Г. Богатирьова, В.І. Борисова, В.В. Голіни, Л.М. Давиденка, І.М. Даньшина, О.М. Джужи, А.П. Закалюка, В.С. Зеленецького, А.Ф. Зелінського, О.Г. Кальмана, О.М. Костенка, О.М. Литвака, О.А. Мартиненка, В.М. Поповича, О.Б. Сахарова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, В.М. Трубникова, В.О. Тулякова, В.П. Філонова, П.Л. Фріса та інших учених. Однак і дотепер нерозв'язаними залишаються багато питань, пов'язаних із кримінологічним аналізом злочинної поведінки.

Злочин є системою, яка підпорядковується дії певних закономірностей. Вони різні за суттю, вихідними засадами, динамікою формування й функціонування. Зазнаючи впливу з боку окремих факторів соціального середовища, психологічних підструктур особистості, її мотиваційної сфери тощо, вони динамічно трансформуються та впливають на інші елементи механізму індивідуальної злочинної поведінки. Тому їх визначення, опис та аналіз крізь призму названого механізму виступають важливими прикладними завданнями нашого дослідження.

Постановка завдання. З метою правильного, методично й методологічно зваженого розгляду проблем, що потребують аналізу, необхідно підготувати понятійний апарат, який буде використовуватись для опису відповідних явищ і процесів. Насамперед це стосується понять «механізм» і «поведінка», що мають важливе теоретичне значення з точки зору предметної сфери дослідження.

© Є. М. Блажівський, 2013

Виклад основного матеріалу. У спеціальній літературі термін «механізм» використовується під час аналізу різних процесів, коли є необхідність відобразити динаміку їх змін. Під «механізмом» взагалі в юридичних науках розуміється взаємодія деяких елементів, суб'єктів та об'єктів якої-небудь діяльності [1, с. 76]. В окремих роботах, говорячи про механізм вчинення конкретного злочину, кримінологи підкреслюють: «Кожний злочин – це результат взаємодії особи й ситуації злочину» [2, с. 92]. Вони звертають увагу на детермінізм і закономірність об'єкта, що вивчається, наприклад утворення патологічних рис особи [3, с. 17]. Розвиваючи цю теоретичну конструкцію, дослідники дійшли висновку про детермінованість конкретного злочину комплексом причин та умов.

У вітчизняній кримінології досить докладно розглянуто види детермінації, їх значення в генезисі конкретного злочину, система детермінації. Зокрема, обґрунтовано, що провідне місце в системі детермінації конкретного злочину належить причинності, тому коректним є застосування терміна «механізм» для опису цієї системи, оскільки в ньому відображено головну залежність, коли рух одних елементів є причиною руху інших.

Механізм конкретного злочину є відкритою системою, як і всі системи, що існують у реальному світі. Отже, на розвиток взаємодії його елементів, що призводить до злочинного результату, впливає значна кількість факторів. Однак їх вплив є різним, що дозволяє виділяти основні й другорядні фактори, а головне – об'єктивні та суб'єктивні ознаки. Злочинна поведінка завжди вивчається в двох аспектах: як об'єкт соціальних зв'язків і впливів та як форма втілення активної, цілеспрямованої, перетворюючої діяльності індивіда зі сформованою психікою.

Вплив соціального на генезис і механізм злочинної поведінки є досить значним, ці ознаки є об'єктивними по суті. А.І. Алексєєв вважає, що це соціально значимі властивості, які в поєднанні із зовнішніми умовами (ситуацією) впливають на злочинну поведінку [4, с. 84–86], тому кримінологічне їх вивчення повинне бути вичерпним дослідженням усієї складної проблеми людини та її діяльності. Постає завдання вичленовування кола тих ознак (характеристик), що дозволять виявити найближчі до злочину та злочинності причинні зв'язки й причинні відносини. Для їх поглибленого аналізу та складення подальшого прогнозу й програми запобіжного впливу необхідно використовувати дослідження фахівців у таких сферах наукового знання, як психологія, соціологія, психіатрія, педагогіка тощо. За основу варто брати наведені в роботах учених-кримінологів шість основних груп ознак: соціально-демографічні, кримінально-правові, соціальні прояви в різних сферах життєдіяльності (соціальні зв'язки), моральні властивості, психологічні та фізіобіологічні характеристики [5, с. 19].

Істотну роль у механізмі індивідуальної злочинної поведінки відіграють соціальні прояви або соціальні зв'язки (позиції), адже в наш час спостерігається підвищена значимість соціального статусу в різних життєвих ситуаціях. Людина займає певні позиції та виконує певні ролі, кожна з яких має свій зміст (сценарій ролі). Без урахування соціальної ролі в індивідуальному запобіганні злочинів зникає вплив соціальних зв'язків і позицій, а отже, зменшується вірогідність досягнення цілей корекції.

Соціальна позиція – своєрідний вузол зв'язків у соціальних відносинах, а роль – зміст вимог, які висуваються до особи, яка займає цю позицію. Варто мати на увазі, що для людини важлива значимість соціальної позиції й очікуваних норм поведінки, оцінка особистості, що залежить від умов виконання нею ролі. Її тривале виконання завжди накладає певний відбиток, розвиває одні якості, блокуючи інші.

Позиція особи впливає на вибір соціальних ролей та на їх творче виконання. При цьому існує конфлікт об'єктивний (коли дійсний зміст ролі суперечить ситуації) та суб'єктивний (коли особа сприймає роль у якості суперечливої та не може з нею погодитися).

Психологічні ознаки – одні з найбільш важливих факторів, що впливають на скоєння індивідом суспільно небезпечних дій, оскільки вибір способу дії здійснюється з урахуванням психологічних особливостей і психічної специфіки злочинця [6, с. 101–107]. Це проявляється в рисах характеру, вольових та емоційних якостях, ціннісно-нормативних характеристиках свідомості, у потребнісно-мотиваційній сфері злочинної поведінки, стані злочинця на момент скоєння злочину та механізмі наступної злочинної поведінки [7, с. 44–115].

Риси характеру в психологічній літературі визначаються як стійкі, повторювані в різних ситуаціях особливості поведінки індивіда. Обов'язковими властивостями є ступінь їх виразності в різних людей, здатність прояву в будь-яких ситуаціях і потенційна здатність до вимірювання за допомогою спеціально розроблених для цього методик. Розрізняють позитивні й негативні риси характеру, які зрештою й визначають різні профілі особистості.

На злочинну поведінку вагомий вплив здійснюють психічні аномалії, які, з одного боку, істотно ускладнюють засвоєння суб'єктом моральних і правових норм, а з іншого – перешкоджають адекватному сприйняттю й оцінці життєвих ситуацій, що складаються. Самі по собі ці аномалії не виступають мотивами злочинів, проте значно впливають на поведінку й спосіб життя [8].

Вольові ознаки – це свідома саморегуляція суб'єктом своєї діяльності й поведінки, що забезпечує подолання труднощів під час досягнення мети, створені суб'єктом додаткові спонукання до зовнішніх або внутрішніх дій, які володіють недостатньою мотивацією [9, с. 35]. Вольові дії в індивіда виконують дві взаємозалежні функції: спонукальну, що забезпечує активність, і гальмівну, що проявляється в її стримуванні. Остання спостерігається в ситуаціях вибору рівних за значимістю мотивів і цілей, які породжують боротьбу мотивів за відсутності в суб'єкта актуальної потреби в дії за наявності зовнішніх і внутрішніх перешкод.

Емоційні властивості – це психічне відображення у формі безпосереднього упередженого переживання життєвого змісту явищ і ситуацій, обумовленого відношення їх об'єктивних властивостей до потреб суб'єкта. Найпростішими формами емоцій є так звані емоційні відчуття, тобто безпосередні переживання, які супроводжують життєво важливі впливи та спонукують людину до їх збереження або усунення.

Сфера потреб і мотивації має велике значення в механізмі злочинної поведінки та містить у собі два поняття. Перше – це потреби, що є джерелами розумової й поведінкової активності людини та відображають її природні властивості, які пря-

мо залежать від соціальних характеристик, сформованих у суспільстві [7, с. 8–18]. Інтереси, або емоційно забарвлені потреби, значною мірою залежать від системи ціннісних орієнтацій особи, інших змістовних характеристик її свідомості, а також соціального середовища, у якому формувалася й діє або до якого прагне людина. Потреби та інтереси впливають на мотиваційну сферу особистості. Під мотиваційною сферою особистості вчені розуміють «сукупність мотивів і цілей, що формуються й розвиваються протягом життя людини» [10, с. 107].

До потреб безпосередньо прилягає система спонукальних факторів: переконання, погляди, прагнення, інтереси, ідеали. В основі людської активності поряд із потребами перебуває категорія інтересу, що є відбиттям соціальних та індивідуально-психологічних зв'язків особистості. Інтерес як соціально-психологічна категорія об'єктивно обумовлюється та є суб'єктивно детермінованим. Об'єктом інтересу є потреби людини, обумовлені її соціальним станом і властивостями самої особистості.

Потреби й інтереси, проходячи крізь свідомість, стають активною спонукальною силою, що формує мотиваційний процес. Мотивації, яка не виходить із потреб, не існує. Водночас потреба, яка не стала мотивацією, є цілком можливою, нерідко формується в організмі й психіці індивіда. Так, потреба організму у вітамінах, не усвідомлена людиною, не стає мотивацією.

У злочинній поведінці мотиви можуть проявлятися в різних поєднаннях і типах ситуацій. Ціннісно-нормативні характеристики свідомості особистості вказують на найбільш значимі для неї об'єкти, які вона цінує. Як правило, говорять про ієрархію ціннісних орієнтацій, що відображає певну перевагу одних цінностей перед іншими.

Важливе значення має також стійкість орієнтації, її інтенсивність. Кримінологічні дослідження свідчать, що в системі ціннісних орієнтацій окремих груп злочинців перше місце посідають індивідуальні або кланово-егоїстичні орієнтації. Найвище в таких випадках цінуються особисте матеріальне благополуччя, необмежений прояв свого «Я», створення для цього найбільш комфортних умов або клановий, груповий егоїстичний інтерес [11, с. 128–129].

Керуючись вимогами системного підходу до вивчення соціально-правових феноменів, а також виходячи з того, що механізм за визначенням є системою, робимо висновок, що в його структурі цілком можливо виділити кілька елементів та етапів. В окремих наукових працях із цієї проблеми етапи й елементи механізму індивідуальної злочинної поведінки ототожнюються або змішуються. Наразі із цим аж ніяк не можна погодитися. Зважаючи на те, що злочинна поведінка являє собою процес, тривалий у часі, слід виділяти певні етапи (або відносно відокремлені часові проміжки) у її розвитку.

До основних елементів механізму індивідуальної злочинної поведінки, на нашу думку, варто віднести умови морального формування особистості, мотивацію, конкретну життєву ситуацію, прийняття рішення про вчинення злочину та сам процес його скоєння (акт поведінки). Названі елементи можна розділити на дві групи: елементи психологічної структури поведінки (мотивація й прийняття рішення про вчинення акту поведінки) та продукти взаємодії об'єктивного й суб'єктивного в індивідуальній поведінці (умови морального формування особистості, конкретна життєва ситуація та акт поведінки).

Що стосується взаємодії названих елементів механізму індивідуальної злочинної поведінки, то в більшості кримінологічних досліджень головна роль у структурі названої системи відводиться мотивації, що розглядається як внутрішній стрижень генезису названого механізму. Причому мотивація розглядається як процес та як сукупність мотивуючих факторів. Прийняттю рішення про вчинення акту поведінки відводяться прогностична й спонукальна функції, які здійснюють визначальний вплив на обрану модель поведінки. Об'єктивні соціальні умови формування особистості, до яких відносяться спосіб життя та мікросередовище (соціальні групи), є визначальним чинником у структуруванні рис характеру, світогляду, навичок та іншого досвіду, які в підсумку визначають структуру особистості та її зміст. Конкретна життєва ситуація містить у собі властивості взаємодії особистості й соціального середовища та особливості суб'єктивного відображення об'єктивної дійсності.

Соціальна поведінка індивіда формується в органічному зв'язку із соціальною дійсністю, і залежно від сформованої в певний момент життєвої ситуації лінія поведінки може повернути в той або інший бік. Не слід гіперболізувати, так само як і применшувати, значення об'єктивних умов, що визначають людську поведінку, оскільки вони перебувають у постійній взаємодії з психологією, світоглядом, інтересами індивіда. Вважаємо, що в основі індивідуальної злочинної поведінки, у причинній площині лежать як ситуація, так і негативні психологічні деформації, що прийняли форму суспільно небезпечної установки особистості. Зовнішні фактори діють опосередковано, через риси характеру, вольові й емоційні якості, ціннісно-нормативні характеристики свідомості, мотиваційну сферу та сферу потреб [7, с. 66]. Умовою переходу зовнішніх факторів у внутрішні є різноманітні форми діяльності людини, кожна з яких відображається у внутрішньому світі людини.

Таким чином, конкретна життєва ситуація, хоч і є однією з основних детермінант поведінки, опосередковується психологічними структурами особистості. Результатом взаємодії й розвитку всіх названих елементів є конкретний акт поведінки – злочин. Будучи фактично процесом зміни зовнішнього середовища, цей акт являє собою складне психофізіологічне явище, у якому сконцентровано всі психічні й фізичні потенції індивіда.

Висновки. Таким чином, під механізмом злочинної поведінки в загальному вигляді варто розуміти ідеальну модель взаємодії особистості та зовнішнього середовища, результатом якої стало вчинення злочину.

Злочинна поведінка обумовлюється як особистісними, так і ситуаційними факторами, є результатом їх взаємодії. Особистісні властивості та особливості ситуації, взаємодіючи, впливають одні на інші та на поведінку. У результаті виникає циклічний процес безперервної взаємодії та перетворення, у якому суб'єкт, діяльність і ситуація обумовлюють одне одного.

Вивчення структурних складових механізму злочинної поведінки дозволяє виділити основні суб'єктивні та об'єктивні явища, взаємодія яких і розкриває сутність функціонування цієї системи. Ці суб'єктивні й об'єктивні явища є елементами названого механізму, що беруть участь у генезисі поведінки на всіх етапах її розвитку. До основних елементів механізму індивідуальної злочинної поведінки,

на нашу думку, варто віднести умови морального формування особистості, мотивацію, конкретну життєву ситуацію, прийняття рішення про вчинення злочину та сам процес вчинення злочину (акт поведінки).

Література

1. Клюєв О.М. Взаємодія підрозділів органів внутрішніх справ на регіональному рівні : [монографія] / О.М. Клюєв. – Х. : Основа, 2005. – 380 с.
2. Давыденко Л.М. Криминология : [учеб. пособие] / Л.М. Давыденко, Н.И. Мычко. – Донецк : Донеччина, 2005. – 176 с.
3. Механизм преступного поведения / [Ю.М. Антонян, Н.А. Барановский, П.С. Дагель, О.Л. Дубовик, В.Н. Кудрявцев, Б.Я. Петелин, Т.Г. Шавгулидзе] ; отв. ред. В.Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1981. – 248 с.
4. Алексеев А.И. Криминология : [курс лекций] / А.И. Алексеев. – М. : Щит-М, 1999. – 340 с.
5. Антонян Ю.М. Личность преступника / Ю.М. Антонян, В.Н. Кудрявцев, В.Е. Зминов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 366 с.
6. Побегайло З. Психологические детерминанты криминальной агрессии / З. Побегайло // Уголовное право. – 2002. – № 1. – С. 101–107.
7. Криминальная мотивация / [Ю.М. Антонян, В.В. Гульдан, В.Н. Кудрявцев и др.] ; под ред. В.Н. Кудрявцева. – М. : Наука, 1986. – 304 с.
8. Антонян Ю.М. Преступное поведение и психические аномалии / [Ю.М. Антонян, С.В. Бородин] ; под ред. В.Н. Кудрявцева. – М. : Спарк, 1998. – 214 с.
9. Психология: словарь / под общ. ред. А.В. Петровского, М.Г. Ярошевского. – 2-е изд. доп. и перераб. – М. : Политиздат, 1990. – 494 с.
10. Лунеев В.В. Мотивация преступного поведения / В.В. Лунеев ; отв. ред. В.Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1991. – 383 с.
11. Голіна В.В. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове та кримінологічне дослідження : [монографія] / В.В. Голіна. – Х. : Регіон-інформ, 2004. – 212 с.

Анотація

Блажівський Є. М. **Кримінологічний аналіз злочинної поведінки.** – Стаття.

Статтю присвячено проблемам кримінологічного аналізу злочинної поведінки. З кримінологічної точки зору аналізуються поняття «механізм» та «поведінка». Встановлено, що механізмом злочинної поведінки в загальному вигляді варто вважати ідеальну модель взаємодії особистості й зовнішнього середовища, результатом якої стало вчинення злочину. Аналізуються особистісні та ситуаційні фактори зазначеної поведінки.

Ключові слова: злочинність, поведінка, механізм, кримінологічний аналіз.

Аннотация

Блаживский Е. Н. **Криминологический анализ преступного поведения.** – Статья.

Статья посвящена проблемам криминологического анализа преступного поведения. С криминологической точки зрения анализируются понятия «механизм» и «поведение». Установлено, что под механизмом преступного поведения в общем виде следует понимать идеальную модель взаимодействия личности и внешней среды, результатом которой стало совершение преступления. Анализируются личностные и ситуационные факторы указанного поведения.

Ключевые слова: преступность, поведение, механизм, криминологический анализ.

Summary

Blazhivsky Je. M. **Criminological analysis of criminal behavior.** – Article.

The article deals with the problems of criminological analysis of criminal behavior. In terms of criminological analysis of the concept of “mechanism” and “behavior” found that the mechanism of criminal behavior in general should be an ideal model to understand the interaction of the individual and the environment, which has resulted in a crime. Examines the personal and situational factors specified behavior.

Key words: crime, behavior, mechanism, criminological analysis.

УДК 341.48:(343.9:343.301)

Н. А. Зелинская

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ПРЕСТУПНОСТИ: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ

В эпоху глобализации политическая преступность превратилась в серьезнейшую и постоянно действующую угрозу международной и национальной безопасности и стабильности. Как справедливо подчеркивается в Докладе о мировом развитии за 2011 г., различные формы насилия связаны между собой: «Четверть населения нашей планеты – более 1,5 миллиарда человек – живут в нестабильных и затронутых конфликтами государствах или в странах с очень высоким уровнем преступности и уголовного насилия. Многие существующие сегодня конфликты и проявления насилия невозможно однозначно отнести к категориям войны и мира, либо уголовного и политического насилия» [1, с. 2].

Создание эффективного международно-правового механизма противодействия политической преступности является одной из наиболее актуальных и сложных задач, стоящих перед современным международным правом.

Несмотря на очевидную опасность, более того, катастрофогенность политической преступности, вопрос о международном сотрудничестве в ее сдерживании, ассоциируясь с политическими преследованиями, приобретает двусмысленную интерпретацию. Необходимость солидарного уголовного преследования политических преступников сегодня достаточно очевидна. Однако каковы границы этой солидарности, обеспечивающие то, что государства не станут пособниками политических репрессий?

Политические преступления и политические репрессии занимают важное место в истории человечества, наполненной множеством печальных примеров индивидуального и массового уничтожения политических противников. Традиционно преступление рассматривают как деяние, нарушающее нормы уголовного права (статутного или прецедентного) и объявляемое государством преступным [2, с. 17–18]. Считается, что для определения преступления необходимо сочетание двух абстрактных критериев: законодательного описания этого деяния в качестве общественно-вредного и указания в законе на его наказуемость [3, с. 68].

Творя закон, власть «создает» преступления; отправляя правосудие, власть «создает» преступников. Однако закон может быть несправедлив: является ли преступным нарушение такого закона? У пророка Исаии сказано: «Горе тем, которые постановляют несправедливые законы и пишут жестокие решения, чтобы устранить бедных от правосудия и похитить права у малосильных из народа Моего...» [5, с. 39–44].

«Как мало значат человеческие законы!» – восклицал Тертуллиан. Он, обращаясь к высшим должностным лицам Римской империи с призывом выслушать его свидетельство в защиту христиан, говорил: «Прежде всего, буду судиться о законах с вами, охранителями законов. Вы говорите «не дозволено», потому что хотите этого, а вовсе не потому, что должно не дозволять. Если же вы не хотите дозволять ничего недолжного потому, что оно худо, то тем самым естественно предположить,

© Н. А. Зелинская, 2013

что позволяется доброе. Если я найду, что твой закон запретил хорошее, разве в силу этого предположения он может мне запретить его? Плохое он запретит по праву. Если твой закон ошибся, то ведь он придуман человеком, не свалился же с неба» [6, с. 199]. И далее: «Какие же это законы, которые обращали против нас люди нечестивые и несправедливые, развращенные или безумные?» [7, с. 177].

Ф. Аквинский писал об особом виде преступности – преступлении власти. Воздействие на эту преступность на основе законов, главным гарантом которых являются власть имущие, затруднительно. Остаются лишь крайние меры: если монарх, носитель всей полноты власти, нарушает свои священные обязанности перед Богом и народом, то его можно устранить насильственно. У людей нет другого выбора, ведь монарх стоит над законами и им не подчиняется [8, с. 178]. Блаженный Августин считал, что одни и те же нормы права и справедливости должны применяться к поведению как отдельных лиц, так и государств. Государство, уклоняющееся от их применения, – не что иное, как «большая шайка разбойников» [9, с. 18].

Г.В.Ф. Гегель утверждал: «Возможна коллизия между тем, что есть, и тем, что должно быть, между существующим в себе и для себя правом, остающимся неизменным, и произвольным определением того, что есть право» [11, с. 90]. Введенная Г.В.Ф. Гегелем в философско-теоретический оборот категория неправа обозначает особую волю, демонстрирующую произвол и свою отдельность от всеобщей воли и всеобщего права [11, с. 57].

Известный историк, исследователь политических процессов Е.Б. Черняк замечает: «В истории встречались все мыслимые совпадения и несовпадения формального обвинения, действительного обвинения и политических целей. Оружие политического процесса использовалось для борьбы против передовой общественной мысли, против научных доктрин, для внедрения единомыслия, для разжигания расовой вражды, националистического психоза, для оправдания агрессии, удушения свободы за рубежом и других подобных целей» [13, с. 7–8].

Одним из наиболее сурово наказываемых политических преступлений были династические посягательства против власти. И.Я. Фойницкий в 1889 году писал: «При династическом характере этих преступлений они концентрировались около известной личности» [14, с. 144]. В династических и религиозных конфликтах, сопровождавшихся жесточайшими формами насилия, преступниками назывались представители побежденной стороны, и победители требовали выдачи побежденных, укрывшихся в других государствах.

Государственные перевороты были обыденным явлением политической жизни. В свое время Аристотель утверждал: «Государственный переворот имеет целью усилить или ослабить государственный строй <...>. Производятся государственные перевороты путем либо насилия, либо обмана» [15, с. 527–536]. Особый характер носят преступления, которые группируются не «около личности», а «около идеи». В.А. Бачинин отмечает: «Идеологемы чаще носят утверждающий, авторитарный характер, стремясь подчинить сознание индивидов политической воле государства <...>. В государствах с авторитарным режимом идеологемы нацелены на всеобъемлемость своего влияния, на тотальную всеохватность умов и насильственное погашение всего особенного и нестандартного» [17, с. 113–144].

С давних времен существовали два вида «политических» преступлений: преступления против Бога и преступления против государства. Э. Дюркгейм утверждал, что «в низших обществах наиболее многочисленные проступки – те, которые оскорбляют нечто общественное; это проступки против религии нравов, авторитета <...>. У древних германцев, по словам Тацита, только два преступления наказывались смертью: измена и дезертирство» [16, с. 144]. Наступивший на тень фараона в Древнем Египте считался самым опасным преступником [18, с. 93].

Религиозные преступления – древнейшие идеологические правонарушения. Применение терминов «политические» и «общеуголовные» в их современной трактовке относительно этих преступлений носит весьма условный характер. Необходимо учитывать, что в религиозных правовых системах преступление и грех представляют собой одно и то же. Заповеди «не убий», «не укради», «не прелюбодействуй» можно рассматривать в качестве религиозных и правовых запретов одновременно. Г.Дж. Берман пишет: «Убийство, разбой и другие тяжкие нарушения прав человека считались в то же время нарушением права Бога; и наоборот, половые и брачные проступки, ведовство и колдовство, святотатство и другие тяжкие нарушения прав Бога считались в то же время нарушениями права человека» [19, с. 6]. Согласно теории мусульманского права государство в лице правителя-монарха или парламента не может творить право, быть законодателем. Теоретически только Бог имеет законодательную власть [20, с. 183–194]. Нарушение закона, таким образом, является преступлением против Бога, в силу чего имеет идеологический подтекст.

В средневековой Европе репрессивное право формировала не только государственная, но и церковная власть, вследствие чего сложилось деление права на гражданское (светское) и церковное (каноническое) [21, с. 199–200]. В соответствии с каноническим правом эпохи средневековья самое тяжкое идеологическое преступление – ересь (вероотступничество) – наказывалось смертной казнью [22, с. 92]. Известный российский юрист, профессор Л.А. Камаровский в связи с этим отмечал: «После упорной и многовековой борьбы со светской властью папы в период своего могущества (от Григория VII до Бонифация VIII) считали себя верховными Владыками Европы. Некоторое время можно было думать о торжестве всемирной теократии. Согласно теории юрисдикция пап должна была простираться на церковные дела и вопросы совести, но в силу теократического мировоззрения средневековых людей все мирское было подчинено духовному, и в каждом деле прямо или косвенно была замешана церковь» [23, с. 17].

Средневековая уголовная юстиция была очень жестокой [24, с. 114–115]. Распространение инквизиции и преследование религиозных преступлений привело к расширению уголовной репрессии. На основе положения, что все преступления, связанные с грехом, принадлежат суду церкви, к церковной юрисдикции относились религиозные преступления (ересь, колдовство, святотатство), а также нарушение супружеской верности, кровосмешение, двоеженство, лжесвидетельство, клевета и даже подделка документов, ложная присяга, ростовщичество и тому подобное.

Трибуналы инквизиции, то есть особые суды для рассмотрения дел, относящихся к церковной юрисдикции, были введены католической церковью в XIII веке.

Инквизиция оказала большое влияние на развитие политического судебного процесса в странах Европы (кроме Англии). Символом средневековья стали необычайная суровость наказаний, а также господство церковных взглядов на сущность преступности и методы борьбы с этим явлением. Один из самых жестоких инквизиторов был Конрад Марбургский, который считал, что лучше убить 60 невиновных, чем дать уйти от ответственности одному виновному [25, с. 156]. К наиболее гуманным (бескровным) видам наказания инквизиторы относили сжигание на костре – земной прообраз чистилища. В Испании первый трибунал инквизиции был создан в 1480 г. По подсчетам специалистов, число жертв испанской инквизиции за всю ее многовековую историю составило 300 тыс. человек, из которых 30 тыс. были преданы огню [26, с. 157–158]. В Англии, где инквизиции не было, преследования за ересь также были очень жестокими. По некоторым данным, общее число казненных (по всем видам преступлений) при Генрихе VIII составило 72 тыс. человек, при его дочери Елизавете (XVI век) – 89 тыс. [27, с. 18]. Преследование за мнимые идеологические преступления повлекло за собой тысячи жертв, стало тягчайшим в истории человечества реальным преступлением.

Знаковыми событиями XV века стали суды над Яном Гусом, сожженным по приговору церковного трибунала в 1415 г, и Джироламо Савонаролой, казненным по приговору инквизиционного суда во Флоренции в 1498 г. Однако самый знаменитый судебный процесс этого века проходил в инквизиционном трибунале во французском городе Руане в начале 1431 г. Судили народную героиню Франции – Жанну д'Арк. Этот процесс имел явно выраженный политический и международный характер.

В ноябре 1430 г. Жанна д'Арк попала в плен к англичанам. Руанский епископ Кошон потребовал выдать ему Жанну д'Арк для суда как еретичку, захваченную на территории его епископства. В декабре 1430 г. Жанна д'Арк была помещена в подземелье одного из руанских замков, а 9 января 1431 г. предстала перед инквизиционным трибуналом. Процесс и осуждение Жанны д'Арк должны были доказать, что французский король Карл VII был возведен на престол ведьмой, действовавшей по наущению сатаны. Орлеанская дева обвинялась в притязании на беседы со святыми и ангелами, фальшивых пророчествах, еретических утверждениях, ношении мужской одежды и так далее, вплоть до неповиновения воле родителей. Как преступница, Жанна д'Арк была осуждена и 30 мая 1431 г. сожжена на костре. В 1455–1456 гг. в Париже и Руане состоялся новый суд, отменивший предыдущий приговор и оправдавший Жанну д'Арк. Прежний вердикт был объявлен следствием коррупции, подлогов, клеветы, коварства и нелояльности. Через века, в 1920 г., католическая церковь причислила Жанну д'Арк к лику святых [28, с. 196]. Этот уникальный исторический пример служит яркой и трагической иллюстрацией относительности представления о преступности поведения идеологических противников власти.

Нужно заметить, что «политические» преступления принимали самые разнообразные формы. В средневековой Европе преступлением считалось всякое проявление «неверности» по отношению к королю, сеньору, цеху, гильдии. Анатомирование трупов рассматривалось как преступление, за которое до XVI века была

установлена смертная казнь. Весьма неопределенным было понятие «государственной измены» в английском праве. Так, по акту о престолонаследии 1534 г. государственной изменой считалось всякое «предубеждение, оклеветание, попытки нарушить брак Генриха VIII с Анной Болейн». Вскоре изменой стало сожаление по поводу казни Анны Болейн [29, с. 16–19].

В период ожесточенных столкновений папского Рима с королевскими династиями Европы сформировалась традиция тираноборчества, которая была ориентирована на пример тираноборцев античности (Гармодия и Аристогатона, Брута и Кассия). К XVI веку идея монархомахии, утверждавшая, что казнящий тирана – нарушителя законов божественных, человеческих и естественных – не убийца, а защитник справедливости, получила широкое распространение. Ею мотивировались «казни» Вильгельма Оранского (1584 г.), Генриха III (1589 г.) и Генриха IV (1610 г.) [30, с. 122].

Политические процессы стали орудием террора Великой Французской революции. 9 марта 1793 г. по решению Конвента был казнен король Франции Людовик XVI. По приговору Революционного трибунала 16 октября 1793 г. была казнена королева Мария-Антуанетта, обвиненная в преступлениях против французского народа. Тысячами невинных жертв террора, принесенных на «алтарь революции», ознаменовалось начало нового этапа в истории политической преступности – эпохи террора и терроризма.

Термин «терроризм» проник в юридическую лексику из политической сравнительно недавно. Первоначально понятие «террор» связывалось с государственной политикой якобинцев. Якобинцы устрашали социум ради удержания власти, а их последователи – террористы-революционеры – устрашали правительство и общество в целях оказания влияния на власть и для ее захвата.

Многие исследователи отмечают, что существует тесная связь между оппозиционным терроризмом и террором со стороны государства. По мнению Л. Диспо, различие состоит только в том, что «в первом случае это терроризм, рвущийся к власти, во втором – достигший ее. По масштабам, средствам, возможностям и ряду других параметров государственный и нелегальный терроризм – разные вещи. Но логика экстремизма, тип людей, осуществляющих террор, их мотивы, взгляды, методы очень близки. Следовательно, террористы, пришедшие к власти, будут делать то же, что и террористы государственные» [31, с. 81–93].

Под влиянием либеральных идей в европейском общественном сознании сложился романтический образ политического преступника, который был освящен ореолом героизма и мученичества. Терроризм при нарушении главного морального запрета («не убий») претендовал на самую высокую степень моральности. Понятие «террористическая деятельность», применяемое для обозначения систематических убийств, маскировало их преступную сущность. В известной степени это понятие было навязано самими преступниками, не желавшими отождествлять себя с убийцами.

Значительная часть общества восприняла терминологию и этику террористов. «Террор – одна из магистральных идей европейской и, в частности, русской культуры», – отмечают М.П. Одесский и Д.М. Фельдман [32, с. 31]. В результате создалась

парадоксальная и трагическая ситуация: убийство – деяние, являющееся естественным, «абсолютным» преступлением, получило моральное оправдание, более того, общественную поддержку. Сложился парадоксальный феномен «высоконравственной преступности». Герой или жертва – вот две роли, которые приемлет совершающий преступление «за идею». «Идея» так трансформирует восприятие поступка, что даже убийство ребенка не оценивается как преступное. Жертву клеймили именем злодея, убийцу называли героем и мучеником. «Идея» оправдывала убийц, придавая особый смысл преступлению, преобразовывала преступника в героя. Террористы манипулируют обширным словарем самооправдания; тягчайшие злодеяния объясняются трагической потребностью и благородными мотивами. Нет такого злодеяния, которое не пытались бы объяснить с использованием слов «народ» и «свобода».

В середине XIX века сформировались «партии нового типа», открыто провозгласившие террор в качестве метода политической борьбы. С этого времени терроризмом стали называть тактику, применяемую оппозиционными группировками для борьбы против правящего режима [33, с. 81–93]. В Программе Исполнительного комитета террористической организации «Народная воля», сыгравшей значительную роль в истории Российской империи, прямо указывалось на то, что в задачи партии входит «деятельность разрушительная и террористическая». Знаменательно, что под террористической деятельностью авторы этого документа понимали не только «уничтожение наиболее вредных лиц правительства», «наказание наиболее выдающихся случаев насилия и произвола со стороны правительства, администрации и тому подобного», но и «защиту партии от шпионства» (тайные убийства предполагаемых «шпионов») [34, с. 5–8]. Убийства «соратников», таким образом, были внесены в программу партии. В среде народников старые социал-демократы называли членов террористической фракции «революционерами-убийцами» и требовали прекратить их деятельность.

Терроризм изначально содержал в себе и общеуголовный, и политический компоненты. С.Г. Нечаев, образовавший в августе 1868 г. в Москве террористическое общество «Народная Расправа», был одной из наиболее одиозных фигур российского терроризма. В составленном им «Катехизисе революционера» люди цинично делились на категории: «неотлагаемо осужденных на смерть» и «людей, которым даруют временно жизнь, чтобы они рядом зверских поступков довели народ до неотвратимого бунта» [35]. И.А. Ильин замечал: «Бакунин с Нечаевым образовали крайнюю левую этого движения, которая, подобно Петру Верховенскому («Бесы»), искала братания с уголовным миром» [36, с. 145–173].

Террористам необходима была идеологическая поддержка, и они ее получали. Так, в сентябре 1881 г. журнале «Набат» была опубликована статья П.Н. Ткачева «Терроризм как единственное средство нравственного и общественного возрождения России», в которой П.Н. Ткачев рассматривает терроризм как морально оправданное средство политической борьбы [37, с. 70–77].

Современники писали: «Ободренные успехом первых террористических актов, приверженцы анархизма с этого времени стали смотреть на принцип «террора» как на наиболее эффективный способ действий. Они занялись созданием «теорий» и «систем», желая убедить общество в законности своих преступлений. Наступило

время революционировать страну с кинжалом, револьвером и динамитом в руках. Для проповедников динамита всякий представить власти был Пероном, всякий полицейский офицер – сыщиком, всякий суд – инквизиционным трибуналом» [38, с. 145].

На судебном процессе, проходившем в Киеве 1–9 ноября 1884 г., подсудимый Шебалин, принадлежавший к партии «Народная воля», в своем последнем слове заявил: «Нужно взять во внимание, что совершение преступления вызывается глубоким убеждением в его необходимости, что террорист, таким образом, является человеком идеи, действует во имя идеи, которой он приносит в жертву все, чем может жертвовать человек: свою судьбу, даже жизнь» [39, с. 19–20].

Террористы XIX века не только не отказывались от своего «звания», но и гордились им. Действительно, слово «террорист» звучит предпочтительнее слова «убийца», «партия террористов» – предпочтительнее «партии убийц». Н.А. Бердяев писал: «В России образовался особенный культ революционной святости. Культ этот имеет своих святых, свое священное предание, свои догматы. И долгое время всякое сомнение в этом священном предании, всякая критика этих догматов, всякое непочтительное отношение к этим святым вело к отлучению не только со стороны революционного общественного мнения, но и со стороны радикального и либерального общественного мнения. Ф.М. Достоевский пал жертвой этого отлучения, ибо он первый вскрыл ложь и подмену в революционной святости. Он понял, что революционный морализм имеет обратной своей стороной революционный аморализм, и что сходство революционной святости с христианской есть обманчивое сходство антихриста с Христом» [40]. Вспомним гениальные слова Ивана Карамазова: «Представь – что это ты сам возводишь здание судьбы человеческой с целью в финале осчастливить людей, дать им наконец мир и покой, но для этого необходимо и неминуемо предстояло бы замучить всего лишь одно только крохотное созданьице, вот того самого ребеночка, бившего себя кулачонком в грудь, и на слезках его основать это здание судьбы человеческой с целью в финале осчастливить людей <...>, согласился ли бы ты быть архитектором на этих условиях? <...> И можешь ли ты допустить идею, что люди, для которых ты строишь, согласились бы сами принять свое счастие на неоправданной крови маленького замученного, а приняв, остаться навеки счастливыми?» [41, с. 123–140].

Противоположный ответ на вопрос о допустимости насилия, оправдываемого политическим целями, был дан героями романа «Бесы». Петр Верховенский задал один (причем важнейший) вопрос участникам тайного собрания: «Если бы каждый из нас знал о замышленном политическом убийстве, то пошел ли бы он донести, предвидя все последствия <...>?» «Никто не донесет, разумеется, не донесет», – был дан ответ. «Ну, а если бы вы знали, что кто-нибудь хочет убить и ограбить другого, обыкновенного смертного, ведь вы бы донесли, предуведомили?» – продолжал Петр Верховенский. «Конечно-с, – ответили ему, – но ведь это гражданский случай, случай, а тут донос политический» [42, с. 276].

В этом ответе сосредоточена суть самого трагического общественного заблуждения XIX века, имеющего самую непосредственную связь с кровопролитиями XX века. Ю.Н. Давыдов пишет: «Так возникает интеллектуальный террор, в атмосфере которого «как-то совестно» возражать сперва против индивидуального

террора, а следовательно (нужна ведь логика!), и против вооруженного насилия, этой повивальной бабки истории, которое та же история расшифровывает как массовый террор...» [43, с. 383, 386].

Обесцениванию человеческой жизни способствовал факт совпадения массового террора «снизу» с террором «сверху» [44, с. 101]. Известный исследователь терроризма О.В. Будницкий подчеркивал: «Полагаю, что государственный террор, унесший с 1917 г. миллионы жизней, имеет генетическую связь с террором дореволюционным. История, как известно, имеет свойство повторяться. В случае с терроризмом она повторяется чаще как трагедия, а не как фарс» [45, с. 47].

Политическое преступление является преступлением, направленным против государственной власти, – такое представление об этом феномене сложилось в XIX веке. Однако уже тогда началось формирование более широкого представления о преступлении в его философском и политическом ракурсе – преступлении, происходящем от государственной власти.

Достаточно вспомнить, что идеологи анархизма П.А. Кропоткин и М.А. Бакунин считали, что государство возникло как преступная организация, позволяющая сильным творить насилие над слабыми. За свою многовековую историю государство научилось эффективно подавлять любые восстания против своего авторитета. Нигилистическое отношение М.А. Бакунина к государству и праву исходило из убежденности в том, что всякая власть держится на преступлениях, посредством которых создавались, укреплялись и продолжают сохраняться все государства. С того момента, когда преступление становится орудием государственной власти, оно превращается в «добродетель». Этот универсальный принцип политической борьбы, открытый Н. Макиавелли, относится ко всем прошлым, настоящим и будущим государствам. Согласно такому подходу нормы государственной морали противоречат нормам общечеловеческой нравственности и естественного права [46, с. 20].

При том, что оппозиционные политические преступления и преступления власти находятся на разных полюсах политической преступности, граница между ними бывает трудно различимой. Победители всегда подвергали репрессиям побежденных. Наиболее жестокие репрессии устанавливали правители, пришедшие к власти нелегитимным путем. «Бывшие» политические преступники, вместе с властью получив возможность называть политическими преступниками своих побежденных врагов, устраивали политические процессы, обвиняя в политических преступлениях своих оппонентов. Таким образом, они создавали тысячи мнимых «политических преступников». Приводя к власти нелегитимные правительства, революции устанавливали самые жестокие диктатуры.

Нередко бывает трудно определить момент, с которого терроризм антигосударственный – преступление рвущихся к власти – перерастает в террор государства – преступление пришедших к власти. Политические процессы зачастую являются фактически политическими преступлениями, в то время как политические преступники – террористы – облекают свои действия в форму «приговора», присваивая себе право на репрессию.

Так ли велика разница между преступниками, «казнившими» императора Александра II «по приговору» Исполнительного комитета «Народной воли», и пре-

ступниками, расстрелявшими императора Николая II и его семью по постановлению Уралисполкома Совета рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов? И те, и другие называли императоров «палачами», и те, и другие ссылались на «волю народа» [47, с. 342–343].

И.Я. Фойницкий заметил: «Сама оценка преступности или непреступности деяний политических подлежит наиболее сильным колебаниям; с изменением правительства <...> преступления, считавшиеся наиболее тяжкими, низводятся до степени незначительных поступков или деяний безразличных». В постановлении Уралисполкома Совета рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов говорилось: «Принимая во внимание, что коронованный палач, скрывшись, может избежать суда народа, Исполнительный комитет, исполняя волю народа, решил расстрелять бывшего царя Николая Романова, виновного в бесчисленных кровавых преступлениях» [48, с. 372].

Что являлось преступлением: принятие 5 сентября 1918 г. постановления СНК «О красном терроре» или нарушение содержащихся в революционном праве запретов? Кто являлся преступником: люди, принявшие и исполнявшие постановление ЦИК и СНК СССР «Об охране имущества государственных предприятий, колхозов и кооперации и укрепления общественной (социалистической) собственности» от 7 августа 1932 г. (получившее в народе название «закон о пяти колосках»), или собиравшие колоски несчастные матери, дети которых были обречены на голодную смерть?

Понятие «политическая преступность» до сих пор не имеет четкого концептуального обоснования. В течение большей части XX века феномен международной политической преступности оставался вне серьезных научных исследований. Размежевание криминологии и политической преступности с сожалением констатировал, в частности, известный криминолог Д. Матза [49]. С. Шафер в связи с этим писал, что «хотя политическое преступление самое старое и, возможно, наиболее преступное явление истории, оно в значительной степени игнорируется в криминологических исследованиях» [50, с. 8].

Тем не менее уже в первой половине прошлого века высказывались серьезные возражения против ортодоксальных концепций преступности, направленные на то, чтобы поколебать традиционные представления о преступлении и преступнике. Их суть состояла в отрицании формально-юридической доктрины, согласно которой деяния, запрещенные законом, являются преступлением, а лица, осужденные на основании уголовного закона, являются преступниками. Преступление объявлялось искусственно созданной категорией ввиду отсутствия стандартов, необходимых для определения антисоциальности. Предпринимались попытки отыскать универсальную формулу, охватывающую все виды поведения, противоречащего социальным интересам. Как отмечает П.У. Таппен, понятие преступления «расширилось и утратило всякую определенность, выиграв в привлекательности» [51, с. 62].

С 50-х гг. начали появляться различные теории стигматизации, которые объединяла идея о том, что дефиниция «преступный» – это «ярлык», которым обладающие властью круги клеймят поведение менее защищенных групп. Законы и правила, при помощи которых определяются преступления, и механизмы их

применения устанавливаются политической элитой. Положение о том, что упомянутые властные круги не только дефинируют сферу применения понятий «преступного» и «легального», но и сами совершают преступления, стало следующим шагом в этой цепочке логических выводов [52, с. 5]. В 60–70-х гг. прошлого века политическое преступление в Западной Европе стало выражением, символом и эквивалентом политического сопротивления капитализму, как за сто лет до этого в России оно было эквивалентом сопротивления «деспотизму и тирании» самодержавия [53, с. 352–357].

Как известно, первая волна критической криминологии предприняла попытку рассмотреть понятие «преступление» непосредственно в политических терминах. Тогда же получило распространение мнение, что преступления на улицах – это мистификация, «настоящие» преступления происходят в других местах и совершаются корпорациями и государствами [54, с. 1–21]. Начался поиск нового пути осмысления соотношения преступности и власти, что нашло воплощение в понятии «преступления власть имущих» (англ. *«crimes of the powerful», нем. «kriminalitaet der maechtigen»*). В 70-х гг. прошлого века в юридической науке появились труды, содержащие глубокий анализ политической преступности [55]. В частности, в немецкой криминологии появились работы, посвященные исследованию «преступности власть имущих» и «репрессивного преступления». Концепция «репрессивного преступления» концентрирует внимание на масштабных преступлениях, направленных против значительных общественных групп. Г. Хесс, выдвинувший идею репрессивного преступления, определял его как преступление, совершенное с целью сохранения, укрепления и защиты привилегированных положений, в особенности тех, которые основываются на власти и имуществе. Он полагал, что таким преступлением является нарушение только позитивного, кодифицированного внутригосударственного права [56, с. 6–7]. Некоторые авторы, между тем, подчёркивают необходимость учета также международного права: действие, не преследуемое в рамках закона какой-либо страны, является преступным, если оно нарушает общепринятые, интернациональные правовые принципы [57, с. 6–7].

«Наднациональная» преступность, состоящая из «сверхпреступлений» может быть названа «макропреступностью». Термин «макропреступность» был предложен Г. Егером. Его монография «Преступления тоталитарной власти», в которой он давал юридическую оценку гитлеровскому национал-социализму, вышла в 1967 г. Основные идеи концепции макропреступности Г. Егер опубликовал в 1989 г. в книге «Макропреступность. Работы по криминологии коллективного насилия». Макропреступность определяется Г. Егером как различные формы проявления коллективной деструктивности. Индивидуальное действие он рассматривает как отражение конформистского действия больших организованных коллективов. Макропреступность охватывает только особо тяжкие преступления, совершаемые при сравнительно высоком иммунитете против соответствующих санкций; характерным для этих преступлений является как раз не девиантное, а конформистское поведение. Речь идет о таких преступлениях, с которыми государство не только не борется, а наоборот, само их инициирует. Эти преступления совершаются по приказу правительства, им поддерживаются или систематически укрываются. Макро-

преступное насилие почти всегда является политически или идеологически мотивированным. В качестве примеров макропреступности Г. Егер называет геноцид, преступления во время войны, угрозу уничтожения человечества ядерным оружием, государственный терроризм, преследования национальных меньшинств, а также конфликты на культурной и религиозной почве. Эти преступления Г. Егер причисляет к вопросам, которыми должна заниматься криминология [58, с. 6–7].

Преступления, совершенные в контексте государственной политики, от имени государства либо с использованием его полномочий, формируют преступность, которая в условиях тоталитарного режима приобретает характер тотальных политических преследований (тоталитарная преступность, или «макропреступность»). Можно сказать, что именно такие «макропреступления» являются центром, ядром международной преступности.

«Макропреступность» не изолируется от иных форм преступности. Политические конфликты международного и немеждународного характера порождают широкое применение насилия и стимулируют незаконную торговлю людьми и оружием. Терроризм, незаконный оборот наркотиков, коррупция являются постоянными спутниками таких конфликтов, вовлекающих в свои акции криминальные силы. Международно-правовые преступления составляют «верхушку» пирамиды международной преступности. В основании же этой пирамиды лежат преступления, которые обладают как минимум качествами экстрадиционного преступления. Таким образом, верхний предел международной преступности очерчен категорией международно-правовых преступлений, нижний – категорией международных экстрадиционных преступлений. Политические преступления, не относящиеся к категории экстрадиционных, не входят в структуру международной преступности, что существенно ограничивает ее содержание.

А.В. Наумов пишет: «В тоталитарном государстве, независимо от того, на каких идеологических принципах оно построено <...>, политическая и духовная сферы настолько тесно переплетены, что порой их трудно и разделить. Духовное при этом непременно должно наполняться и политическим содержанием, находиться под строжайшим контролем государственно-политических структур и даже <...> может квалифицироваться как политическое преступление» [59, с. 7].

XX век с особой остротой поставил вопрос о «политическом преступлении» и «политической преступности». Совершение преступлений предписывалось и организовывалось нацистскими руководителями Третьего рейха. Они осуществлялись в огромных масштабах и различными способами, одним из которых стал закон. «Преступления против крови и расы» были объявлены наиболее опасными. А. Гитлер в речи 23 марта 1933 г. требовал впредь «измену государству и народу истреблять с варварской беспощадностью». В речи в рейхстаге 13 июля 1934 г. А. Гитлер объявил себя «высшим законодателем немецкого народа» [60, с. 29].

В середине прошлого столетия в ходе Нюрнбергского и Токийского процессов были осуждены лица, обвинявшиеся в политических преступлениях как преступлениях против международного права. Впервые в истории перед судом предстали не только нарушители, но и создатели законов. Правосудие и закон стали главными обвиняемыми в Американском военном трибунале в процессе по делу нацистских

юристов (процесс № 3). Главный обвинитель Т. Тэйлор заявил: «Настоящий процесс не обычный, поскольку подсудимые обвиняются в преступлениях, совершенных именем закона. Эти люди <...> были воплощением того, что в «третьем рейхе» считалось правосудием» [61, с. 35–36]. В приговоре по этому делу Американский военный трибунал пришел к такому заключению: «Вывод, который можно сделать на основании доказательств, представленных самими подсудимыми, ясен: в германской правовой теории декреты А. Гитлера были щитом для тех, кто поступал в соответствии с ними, но перед Трибуналом, которому предоставлено право применять международное право, декреты А. Гитлера не могут быть защитой ни для самого фюрера, ни для его подчиненных, если они применялись в нарушение международного права» [62, с. 169]. Фашизм стал символом и воплощением преступной политики и международного преступления. Понятие «преступление» вышло за пределы национального права.

Международное преступление индивида как основание международной уголовной ответственности – такое понятие международного преступления утвердилось в связи с созданием и деятельностью Международного военного трибунала для суда над главными военными преступниками Второй мировой войны. Нюрнбергским и Токийским прецедентами международное право реализовало свою собственную концепцию международного преступления. Правовая ценность Нюрнбергского прецедента состоит прежде всего в том, что он сформировал принципиально новое понятие преступления: преступления международного как с точки зрения юрисдикции, так и по характеру применяемого материального права, то есть деяния, служащего основанием международной уголовной ответственности.

Международная уголовная юрисдикция является одним из средств, которыми международное право стремится противодействовать репрессивному политическому режиму, и может стать важным звеном в международно-правовом механизме защиты прав человека. Приходится признать, что селективное применение международного уголовного права является серьезным недостатком международной правовой системы. В вопросах предания суду лиц, обвиняемых в совершении деяний, подпадающих под параметры международных преступлений, правосудие и политика находятся в постоянном противоборстве между требованиями права и политическими соображениями. В итоге международная уголовная юстиция может оказаться заложником политических интересов. Необходимо исключить саму возможность появления нового вида политических преследований – преследований, осуществляемых от имени мирового сообщества.

Литература

1. Доклад о мировом развитии за 2011 г. / Международный банк реконструкции и развития. – Вашингтон : Всемирный банк, 2011. – 68 с.
2. Трусов А.И. Политическая юстиция в СССР / А.И. Трусов, В.Н. Кудрявцев. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 285 с.
3. Таппен П.У. Кто такой преступник? / П.У. Таппен // Социология преступности: современные буржуазные теории : сб. статей / под ред. Б.С. Никифорова. – пер. с англ. – М. : Прогресс, 1966. – С. 60–72.
4. Сатерленд Э.Х. Являются ли преступления людей в белых воротничках преступлениями? / Э.Х. Сатерленд // Социология преступности: современные буржуазные теории : сб. статей / под ред. Б.С. Никифорова. – пер. с англ. – М. : Прогресс, 1966. – С. 39–44.

5. Библия. Книги Священного писания Ветхого и Нового Завета. – М. : Издание Московской Патриархии, 1988. – Ветхий Завет, Ис. 10:1–2.
6. Апология Квинта Септимия Флоренса Тертуллиана // Богословские труды. – М. : Изд-во Московской Патриархии РПЦ, 1984. – № 25. – С. 169–175.
7. Апология Квинта Септимия Флоренса Тертуллиана // Богословские труды. – М. : Изд-во Московской Патриархии РПЦ, 1984. – № 25. – С. 169–175.
8. Апология Квинта Септимия Флоренса Тертуллиана // Богословские труды. – М. : Изд-во Московской Патриархии РПЦ, 1984. – № 25. – С. 169–175.
9. Иншаков С.М. Зарубежная криминология / С.М. Иншаков. – М. : Норма – Инфра-М, 1997. – 374 с.
10. Коровин Е.А. История международного права: от древности до конца XVIII века : [пособие к лекциям] / Е.А. Коровин. – М. : Изд-во ВЮА ; Высш. дип. шк. МИД СССР, 1946. – Вып. 1. – 108 с.
11. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель ; пер. с нем., ред. и сост. Д.А. Керимова и В.С. Нерсесянца. – М. : Мысль, 1990. – 524 с.
12. Бачинин В.А. Философия права и преступления / В.А. Бачинин. – Х. : Фолио, 1999. – 607 с.
13. Черняк Е.Б. Вековые конфликты / Е.Б. Черняк. – М. : Международные отношения, 1988. – 402 с.
14. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением / И.Я. Фойницкий. – М. : Городец ; Добросвет-2000, 2000. – 464 с.
15. Аристотель. Политика / Аристотель // Аристотель. Сочинения : в 4 т. / Аристотель. – М. : Мысль, 1975–1983. – Т. 4. – 1983. – 830 с.
16. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением / И.Я. Фойницкий. – М. : Городец ; Добросвет-2000, 2000. – 464 с.
17. Бачинин В.А. Философия права и преступления / В.А. Бачинин. – Х. : Фолио, 1999. – 607 с.
18. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии / Э. Дюркгейм ; пер. с фр. А.Б. Гофмана. – М. : Наука, 1991. – 576 с.
19. Михайлов А.Е. Некорыстная насильственная преступность и ее предупреждение / А.Е. Михайлов. – К. : НТВ «Правник» ; НАВСУ, 1997. – 153 с.
20. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман. – М. : Инфра-М, 1998. – 624 с.
21. Бехруз Х. Введение в сравнительное правоведение : [учеб. пособие] / Х. Бехруз. – О. : Юридическая литература, 2002. – 328 с.
22. Оборотов Ю.Н. Традиции и новации в правовом развитии / Ю.Н. Оборотов. – О. : Юридическая литература, 2001. – 156 с.
23. Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права / А.А. Малиновский. – М. : Международные отношения, 2002. – 376 с.
24. Камаровский Л.А. О международном суде / Л.А. Камаровский. – М. : Тип. Т. Малинского, 1881. – 550 с.
25. Шнайдер Г.Й. Криминология / Г.Й. Шнайдер ; пер. с нем. Ю.А. Неподаева ; под общ. ред. Л.О. Иванова. – М. : Прогресс-Универс, 1994. – 502 с.
26. Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права / З.М. Черниловский. – М. : Юристъ, 1996. – 573 с.
27. Иншаков С.М. Зарубежная криминология / С.М. Иншаков. – М. : Норма – Инфра-М, 1997. – 374 с.
28. Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права / З.М. Черниловский. – М. : Юристъ, 1996. – 573 с.
29. Черняк Е.Б. Вековые конфликты / Е.Б. Черняк. – М. : Международные отношения, 1988. – 402 с.
30. Черняк Е.Б. Вековые конфликты / Е.Б. Черняк. – М. : Международные отношения, 1988. – 402 с.
31. Одесский М.П. Поэтика террора (А. Пушкин, Ф. Достоевский, Андрей Белый, Б. Савинков) / М.П. Одесский, Д.М. Фельдман // Общественные науки и современность. – 1992. – № 2. – С. 81–93.
32. Диспо Л. Машина террора / Л. Диспо // Терроризм: современные аспекты : сб. науч. статей / под ред. М.П. Киреева и др. – М., 1999. – С. 31.
33. Одесский М.П. Поэтика террора (А. Пушкин, Ф. Достоевский, Андрей Белый, Б. Савинков) / М.П. Одесский, Д.М. Фельдман // Общественные науки и современность. – 1992. – № 2. – С. 81–93.
34. Laquer W. The Terrorism / W. Laquer. – London, 1977. – 142 p.
35. Социал-революционное обозрение «Народная воля»: год второй. – СПб. : Петербургская Вольная Типография, 1880. – № 3. – 14 с.
36. Пирумова Н.М. М. Бакунин или С. Нечаев? / Н.М. Пирумова // Прометей: историко-биографический альманах. – М. : Изд-во ЦК ВЛКСМ «Молодая гвардия», 1968. – Т. 5. – С. 145–173.

37. Ильин И.А. Почему сокрушился в России монархический строй? / И.А. Ильин // Социологические исследования. – 1992. – № 4. – С. 70–77.
38. Рудницкая Е.Л. Русский бланкизм: Петр Ткачев / Е.Л. Рудницкая. – М. : Наука, 1992. – 269 с.
39. Хроника социалистического движения в России (1878–1887 гг.). Официальный отчет. – М., 1906. – 376 с.
40. Социал-революционное обозрение «Народная воля»: год шестой. – СПб. : Тип. «Народной воли», 1885. – № 11–12. – 20 с.
41. Бердяев Н.А. Духи русской революции / Н.А. Бердяев // Литературная учеба. – 1989. – № 2. – С. 123–140.
42. Достоевский Ф.М. Братья Карамазовы / Ф.М. Достоевский // Достоевский Ф.М. Собрание сочинений : в 15 т. / Ф.Н. Достоевский. – М. : Наука, 1988–1996. – Т. 9. – 1991. – 574 с.
43. Достоевский Ф.М. Бесы / Ф.М. Достоевский // Достоевский Ф.М. Собрание сочинений : в 15 т. / Ф.Н. Достоевский. – М. : Наука, 1988–1996. – Т. 7. – 1990. – 675 с.
44. Давыдов Ю.Н. Горькие истины «Вех» (трагический опыт самопознания российской интеллигенции) / Ю.Н. Давыдов // Социологические исследования. – 1991. – № 7. – С. 101.
45. Цой Л.Н. Новый взгляд на борьбу с терроризмом: борьба с терроризмом или с террористом? / Л.Н. Цой // Терроризм: современные аспекты : сб. науч. статей / под ред. М.П. Киреева и др. – М., 1999. – С. 47.
46. Будницкий О.В. История терроризма в России в документах, биографиях, исследованиях / О.В. Будницкий. – Ростов-на-Дону : Феникс, 1996. – 576 с.
47. Бачинин В.А. Философия права и преступления / В.А. Бачинин. – Х. : Фолио, 1999. – 607 с.
48. Радзинский Э.С. «Господи... Спаси и усмири Россию». Николай II: жизнь и смерть / Э.С. Радзинский. – М. : Вагриус, 1995. – 512 с.
49. Matza D. Becoming Devian / D. Matza. – Englewood Cliff, NJ : Prentice Hall, 1969. – 189 p.
50. Schafer S. The political criminal / S. Schafer. – New York, 1974. – 202 p.
51. Таппен П.У. Кто такой преступник? / П.У. Таппен // Социология преступности: современные буржуазные теории : сб. статей / под ред. Б.С. Никифорова. – пер. с англ. – М. : Прогресс, 1966. – С. 60–72.
52. Абасов Р.А. Политическая преступность в немецкой криминологической литературе / Р.А. Абасов // Политическая криминология : сб. науч. трудов / под ред. П.А. Кабанова. – Нижнекамск : Изд-во Нижнекамского филиала МГЭИ, 2006. – С. 5.
53. Зелинская Н.А. Становление политической криминологии / Н.А. Зелинская // Актуальні проблеми політики : зб. наук. праць. – Вип. 25. – О., 2005. – С. 352–357.
54. Cohen S. Crime and politics: spot the difference / S. Cohen // British Journal of Sociology. – 1996. – Vol. 47. – Issue № 1. – P. 1–21.
55. International Terrorism and Political Crimes / M.C. Bassiouni (ed). – Springfield, 1975. – 119 p. ; Laquer W. The Terrorism / W. Laquer. – London, 1977. – 142 p. ; Wilkinson P. Political Terrorism / P. Wilkinson. – London, 1974. – 200 p.
56. Абасов Р.А. Политическая преступность в немецкой криминологической литературе / Р.А. Абасов // Политическая криминология : сб. науч. трудов / под ред. П.А. Кабанова. – Нижнекамск : Изд-во Нижнекамского филиала МГЭИ, 2006. – С. 6–7.
57. Абасов Р.А. Политическая преступность в немецкой криминологической литературе / Р.А. Абасов // Политическая криминология : сб. науч. трудов / под ред. П.А. Кабанова. – Нижнекамск : Изд-во Нижнекамского филиала МГЭИ, 2006. – С. 6–7.
58. Абасов Р.А. Политическая преступность в немецкой криминологической литературе / Р.А. Абасов // Политическая криминология : сб. науч. трудов / под ред. П.А. Кабанова. – Нижнекамск : Изд-во Нижнекамского филиала МГЭИ, 2006. – С. 6–7.
59. Наумов А.В. Обретение свободы (правовая хроника перестроечных лет) / А.В. Наумов. – М. : АС, 1992. – 255 с.
60. Алексеев Н.С. Ликвидация законности в третьем рейхе и преступления нацистской юстиции / Н.С. Алексеев // Нюрнбергский процесс и современность / отв. ред. В.В. Пустогаров. – М. : Изд-во ИГиП АН СССР, 1986. – С. 29.
61. Нюрнбергский процесс. Суд над фашистскими судьями : сб. материалов / сост. М.Ю. Рагинский ; под общ. ред. Р.А. Руденко. – М. : Юридическая литература, 1970. – 351 с.
62. Нюрнбергский процесс. Суд над фашистскими судьями : сб. материалов / сост. М.Ю. Рагинский ; под общ. ред. Р.А. Руденко. – М. : Юридическая литература, 1970. – 351 с.

Аннотация

Зелинская Н. А. **Противодействие политической преступности: международно-правовой механизм.** – Статья.

В статье рассматриваются международно-правовые аспекты противодействия политической преступности в историко-правовом дискурсе. Автор утверждает, что международная уголовная юрисдикция является одним из средств, которыми международное право стремится противодействовать репрессивному политическому режиму. Международная уголовная юстиция может стать важным звеном в международно-правовом механизме защиты прав человека. По мнению автора, селективное применение международного уголовного права является серьезным недостатком международной правовой системы. Международная уголовная юстиция не должна зависеть от политических интересов. Необходимо исключить возможность появления нового вида политических преследований – преследований, осуществляемых от имени мирового сообщества.

Ключевые слова: международная юстиция, международная юрисдикция, политическое преступление, терроризм.

Анотація

Зелінська Н. А. **Протидія політичній злочинності: міжнародно-правовий механізм.** – Стаття.

У статті розглядаються міжнародно-правові аспекти протидії політичній злочинності в історико-правовому дискурсі. Автор стверджує, що міжнародна кримінальна юрисдикція є одним із засобів, якими міжнародне право прагне протидіяти репресивному політичному режиму. Міжнародна кримінальна юстиція може стати важливою ланкою в міжнародно-правовому механізмі захисту прав людини. На думку автора, селективне застосування міжнародного кримінального права є серйозним недоліком міжнародної правової системи. Міжнародна кримінальна юстиція не повинна залежати від політичних інтересів. Необхідно виключити можливість появи нового виду політичних переслідувань – переслідувань, здійснюваних від імені світової спільноти.

Ключові слова: міжнародна юстиція, міжнародна юрисдикція, політичний злочин, тероризм.

Summary

Zelinskaya N. A. **Counteraction of political crime: international legal mechanism.** – Article.

The article focuses on the international legal aspects of combating political crime in the historic-legal discourse. The author argues that international criminal jurisdiction is one of the means of the international law to react against a repressive political regime. International criminal justice can be an important link in the international legal mechanism of the human rights protection. In the author's judgment, selective application of the international criminal law is a serious shortcoming of the international legal system. International criminal justice should not be dependent on any political interests. The author asserts that it is necessary to preclude the possibility of a new kind of political persecution – persecution exercised on behalf of the world community.

Key words: international justice, international jurisdiction, political crime, terrorism.

УДК 343.222.4

В. Н. Куц

ЗАРУБЕЖНЫЕ МОДЕЛИ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ НА ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ И ВОЗМОЖНОСТИ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ НА ПОСТСОВЕТСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Постановка проблемы. Дискуссия вокруг проблемы уголовной ответственности юридических лиц ведется сегодня в двух плоскостях: в сфере обоснования целесообразности внедрения такого института в правовые системы постсоветских государств и в сфере наполнения этой идеи конкретным уголовно-правовым содержанием.

Современные процессы глобализации, коснувшиеся и постсоветского пространства, ставят вопрос о целесообразности и возможности уголовно-правового воздей-

© В. Н. Куц, 2013

ствия не только на физических лиц, но и на различные корпоративные образования, именуемые юридическими лицами. Решение данного вопроса подразумевает предварительное ознакомление с соответствующим опытом государств дальнего зарубежья, в которых такое воздействие культивируется на протяжении не одного десятилетия.

Анализ последних исследований. Уголовно-правовое воздействие на юридических лиц и возможности его реализации находятся в центре внимания современной юридической науки. Разрешением данного вопроса сегодня занимаются В.И. Борисов, А.А. Кириченко, А.Н. Литвинов, В.С. Сотниченко, П.Л. Фрис и другие ученые. При этом единой концепции по реализации уголовного воздействия на юридических лиц так и не выработано.

Целью статьи является определение возможности и целесообразности заимствования национальным законодательством зарубежных моделей уголовно-правового воздействия на юридических лиц.

Изложение основного материала. Родоначальником введения уголовно-правового воздействия на юридических лиц принято считать США. В начале 20 века в Акте Елкинза (Elkins Act) Конгресс США закрепил правило о том, что преступные деяния служащего корпорации, действовавшего в пределах предоставленных ему полномочий в интересах корпорации, признаются совершенными самой корпорацией, что и было подтверждено Верховным Судом в деле ***New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United*** [1, с. 12]. При этом суд применил меры уголовно-правового воздействия к корпорации, посчитав, что в ее отношении к содеянному также содержатся элементы состава преступления, несмотря на то, что в определенном смысле, будучи юридической фикцией, корпорация, строго говоря, не может совершить преступное деяние. Верховный суд США в данной ситуации применил известную гражданско-правовую доктрину respondeat superior («пусть ответит старший»). В целом этот стандарт сохраняется в США и сегодня.

Следует заметить, что еще до решения по указанному делу в США выносились приговоры, заложившие основы теории уголовно-правового воздействия на юридических лиц. Одним из них является решение по делу ***United States v. Van Schaick,*** по которому компания-судовладелец была обвинена в неосторожном убийстве пассажиров в результате кораблекрушения [2, с. 125].

Британские суды также какое-то время следовали доктрине respondeat superior, которая позднее была заменена теорией идентификации, в соответствии с которой деянием корпорации считается поступок не любого ее сотрудника в пользу корпорации, а лишь менеджера высшего звена. После принятия в 1985 году закона о компаниях юридические лица подлежали уголовно-правовому воздействию лишь за преступные деяния органов управления компании, совершенные ими даже вне пределов уставной деятельности.

Сегодня ситуация в Великобритании несколько иная. После установления в 2007 году ответственности корпораций за причинение смерти там восторжествовала модель respondeat superior, в соответствии с которой корпорация подлежит уголовно-правовому воздействию не только за действия высшего менеджмента, который можно было бы с ней отождествлять, но и любого ее сотрудника, совер-

шившего преступление в интересах компании, о чем ей было известно. По мнению некоторых российских экспертов, похожая концепция виновности юридического лица отражена в статье 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях [3, с. 17–18].

Похожая на британскую модель уголовно-правового воздействия на юридических лиц существует в канадской [4, с. 601] и австралийской правовых системах. Австралийским законодательством предусмотрено несколько оснований виновности юридических лиц: 1) если преступное поведение осуществлялось или позволялось советом директоров; 2) если такое поведение осуществлялось или позволялось менеджером высшего звена (в данном случае корпорация может доказать, что предпринимала меры для предотвращения такого поведения); 3) если корпоративная культура (политика, правила, кодексы поведения) допускали такое поведение; 4) если корпорация не сумела создать культуру предотвращения нарушений [5, с. 334]. При этом ученые спорят, достаточно ли создания «неправильной» корпоративной культуры для обвинения корпорации или же следует применять этот принцип вместе с привлечением к ответственности конкретного физического лица, действовавшего умышленно [6, с. 1482].

В целом можно утверждать, что зарубежные ученые, исследовавшие теоретические основы уголовно-правового воздействия на юридических лиц, выделяют множество подходов, объединяющих различные концепции.

Первый из них включает в себя концепции, по которым уголовно-правовое воздействие на корпорацию является производной от ответственности индивида: корпорация подвергается уголовно-правовому воздействию за те преступные действия подчиненных, о которых ей известно и в отношении которых с ее стороны не предпринимались меры к недопущению такого деяния [7, с. 53]. По мнению зарубежных экспертов, это стимулирует собственников корпораций предпринимать меры по предотвращению совершения преступлений их агентами [8, с. 53].

Второй подход основывается на стремлении разорвать связь между корпоративной и индивидуальной ответственностью. Уголовно-правовое воздействие на корпорацию, по мнению представителей этого подхода, не должно быть производным от ответственности индивидов. Доктрины, представленные в рамках этого подхода, базируются на идее корпоративной вины, то есть признаются виновными в своих собственных нарушениях корпорации, а не физические лица, совершившие в интересах корпораций преступные деяния.

Частичную реализацию этого подхода связывают с административной ответственностью в Италии, стране, правовая система которой, как принято считать, не воспринимает идеи уголовно-правового воздействия на юридических лиц, хотя административная ответственность в Италии во много похожа на уголовную. Согласно этой доктрине компания должна создать внутренние локальные акты и системы контроля, учитывающие риск совершения преступления и предупреждающие его. В противном случае констатируется наличие виновности юридического лица в совершении правонарушения. При этом объективная сторона состава правонарушения должна быть исполнена физическим лицом [9, с. 55].

Таким образом, можем выделить общие черты подходов к уголовно-правовому воздействию юридических лиц за рубежом. Для его применения требуется:

1) наличие преступного деяния со стороны той или иной категории физических лиц; 2) это деяние должно быть связано с юридическим лицом, а точнее – совершено в его интересах. Совокупность этих обстоятельств можно считать основанием уголовно-правового воздействия на соответствующее юридическое лицо.

Однако в последнее время для применения такого воздействия вышеуказанного недостаточно. Кроме основания, требуется наличие дополнительного условия, а именно ненадлежащая организация внутренних процессов в корпорации, вследствие чего становится возможным совершение преступления ее представителем в пользу этой корпорации. Иными словами, фактически требуется согласие корпорации на совершение в ее интересах преступного деяния физическим лицом.

Особенно отчетливо это проявляется в Швейцарии, законодательством которой предусмотрено вместе с квалификацией действий физического лица как преступления установить факт непринятия корпорацией мер по предупреждению его совершения. Только оба эти обстоятельства служат основанием применения уголовно-правового воздействия к юридическому лицу [6, с. 1501].

На мой взгляд, именно такого подхода целесообразно придерживаться при решении вопроса об учреждении уголовно-правового воздействия относительно юридических лиц на постсоветском пространстве. Основание применения такого воздействия должно быть двусложным. Первой его составляющей следует признать наличие состава преступления в деянии физического лица, совершенном с ведома юридического лица в его интересах. Второй составной этого основания должна признаваться заинтересованность корпорации в совершении в ее пользу преступного деяния ее представителем. Внешним проявлением такой заинтересованности может служить невоспрепятствование со стороны юридического лица преступному поведению физических лиц в интересах корпорации.

Предлагаемая модель наиболее близка к существующей ныне модели основания уголовной ответственности физического лица. Она не требует пересмотра основополагающих принципов уголовного права постсоветских государств, и, что немаловажно, в случае ее принятия не потребуется особых усилий для ее практической реализации. Во всяком случае, коренного пересмотра традиционных принципов уголовного права не понадобится. Достаточно будет лишь незначительной их корректировки.

Дискуссионным остается и вопрос о том, какие меры уголовно-правового воздействия следует предусмотреть относительно юридических лиц. Предельно прагматические по своему характеру американская и западноевропейская уголовно-правовые доктрины не очень глубоко проникают в эту сферу правовой действительности. Их вполне удовлетворяют предлагаемые национальными законодательствами санкции относительно юридических лиц, а относятся они к уголовной ответственности либо к иным мерам уголовно-правового воздействия, общественность и, что удивительно, специалистов не волнует.

Иная ситуация на постсоветском пространстве, уголовно-правовой доктриной и законодательством которого традиционно скрупулезно отражаются все нюансы уголовно-правового воздействия на социум. В частности, в Украине продолжается дискуссия относительно того, какими уголовно-правовыми средствами воздействовать на деструктивное поведение юридических лиц.

По этому поводу существуют две точки зрения. Представители первой из них считают, что с учетом особенностей основания уголовно-правового воздействия на юридических лиц оно не может осуществляться в виде уголовной ответственности. По их мнению, к юридическим лицам следует применять иные средства уголовно-правового характера, не являющиеся уголовной ответственностью. Эта точка зрения нашла свое практическое отображение в соответствующем законе, инициированном Кабинетом Министров Украины и принятом Верховной Радой Украины.

Закон предусматривает дополнение Общей части Уголовного кодекса Украины новым разделом XIV-I «Меры уголовно-правового характера относительно юридических лиц». В нем определено основание применения этих мер (совершение самостоятельно либо в соучастии преступления от имени и в интересах юридического лица его руководителем, основателем, участником или иным уполномоченным лицом, а также использование такими лицами любым способом юридического лица с целью совершения или укрывательства преступления либо его последствий). Мерами уголовно-правового характера определены штраф, запрет заниматься определенным видом деятельности, конфискация имущества и ликвидация юридического лица. Применяются эти меры к юридическим лицам, за исключением государства и иных юридических лиц сферы публичного права, финансируемых из госбюджета. Также определяются правила применения мер уголовно-правового характера к юридическим лицам и основания их освобождения от применения этих мер.

Вторая точка зрения по этому поводу сводится к тому, что к юридическим лицам при наличии определенных в законе основания и условий следует применять уголовную ответственность, а не иные меры уголовно-правового характера.

Выводы. Как видим, у законодателей постсоветских государств есть из чего выбрать. Понятно, что они ожидают от уголовно-правовой науки соответствующих рекомендаций. Думаю, однозначного ответа на вопрос о том, что лучше, сегодня не существует. Оба варианта имеют свои преимущества и недостатки, поэтому выбор будет зависеть от обстоятельств, находящихся вне доктринальной сферы. Единственное, о чем хотелось бы предостеречь тех, кто изберет второй вариант, – ни в коем случае не вводить такую форму уголовной ответственности юридических лиц, как наказание. Многовековой опыт обращения с ним показывает, что наказание является исключительно персонифицированной формой уголовной ответственности. Наказание и коллективная ответственность в цивилизованном обществе несовместимы.

На вопрос о том, что же делать, ответ такой: следует внедрять новые формы уголовной ответственности. Одной из них могло бы стать уголовно-правовое взыскание. Действительно, почему существуют дисциплинарное, административное и иные взыскания, а уголовно-правового нет? Пора его внедрить в уголовно-правовую действительность. Эта форма ответственности не требует столь жестких принципов ее применения, как наказание. Кстати, уголовно-правовое взыскание «пригодилось» бы при решении вопроса о формах уголовной ответственности и за совершение уголовных проступков, а решать этот вопрос рано или поздно придется. Он является следующим после признания юридического лица объектом уголовно-правового воздействия. Но это тема иного, не менее интересного, исследования.

Литература

1. Волженкин Б. Уголовная ответственность юридических лиц / Б. Волженкин. – СПб. : Санкт-Петербургский юрид. ин-т Генеральной прокуратуры РФ, 1998. – 40 с.
2. Harlow J. Corporate Criminal Liability for Homicide: A Statutory Framework / J. Harlow // Duke Law Journal. – 2001. – Vol. 61. – № 1. – P. 123–166.
3. Есаков Г. Юридическое лицо и ответственность (о новом английском законе) / Г. Есаков // Уголовное право. – 2007. – № 6. – С. 16–20.
4. Wagner M. Corporate Criminal Liability: National and International Responses / M. Wagner // Commonwealth Law Bulletin. – 1999. – Vol. 25 – P. 600–608.
5. Kyriakakis J. Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Challenge / J. Kyriakakis // Netherlands International Law Review. – 2009. – Vol. 56. – № 3 – P. 333–366.
6. Beale S. A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability / S. Beale // American Criminal Law Review. – 2009. – Vol. 46. – P. 1481–1505.
7. Kelly M. Grafting the Command Responsibility Doctrine Onto Corporate Criminal Liability for Atrocities / M. Kelly // Emory International Law Review. – 2010. – Vol. 24. – № 2. – P. 671–696.
8. Gruner R. Clarifying corporate criminal liability / R. Gruner // Business Law Today. – 1994. – Vol. 3. – P. 52–54.
9. Rose R. Corporate criminal liability: a paradox of hope / R. Rose // Waikato Law Review. – 2006. – Vol. 14. – P. 52–79.

Аннотация

Куц В. Н. **Зарубежные модели уголовно-правового воздействия на юридических лиц и возможности их реализации на постсоветском пространстве.** – Статья.

В статье характеризуется становление уголовно-правового воздействия на юридических лиц, а также представлены различные зарубежные подходы к его осуществлению. Многообразие зарубежных моделей такого воздействия обобщено в двух подходах: уголовная ответственность юридических лиц и применение к ним иных мер уголовно-правового воздействия. Указывается на наличие недостатков в каждом из подходов, и определяются направления дальнейших исследований для устранения таких недостатков.

Ключевые слова: уголовная ответственность, юридические лица, субъект преступления, уголовно-правовое воздействие, зарубежный опыт.

Анотація

Куц В. М. **Зарубіжні моделі кримінально-правового впливу на юридичних осіб та можливості їх реалізації на пострадянському просторі.** – Стаття.

У статті описано становлення кримінально-правового впливу на юридичних осіб, а також презентовані різні зарубіжні підходи до його здійснення. Різноманіття зарубіжних моделей такого впливу узагальнено в двох підходах: кримінальна відповідальність юридичних осіб і застосування до них інших заходів кримінально-правового впливу. Вказується на наявність недоліків у кожному з підходів, і визначаються напрями подальших досліджень для усунення таких недоліків.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, юридичні особи, суб'єкт злочину, кримінально-правовий вплив, зарубіжний досвід.

Summary

Kuts V. M. **Foreign models of criminal law to legal persons and be applicable to the post-Soviet space.** – Article.

The article describes the emergence of criminal law to legal persons, as well as provides various foreign approaches to its implementation. The variety of foreign models such effects are summarized in the two approaches: the criminal liability of legal persons and subjecting them to other measures of criminal law. Indicates the presence of defects in each of the approaches and identify areas for further research to address these deficiencies.

Key words: criminal responsibility, legal entities, subject of crime, criminal law influence, international experience.

УДК 342.8(470).001.73

А. А. Макарцев

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЛЕГИТИМНОСТИ ВЫБОРОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: В СВЕТЕ РЕФОРМЫ РОССИЙСКОГО ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Постановка проблемы. В настоящее время в официальных оценках результатов выборов, проводимых на территории России, стараются избегать понятия легитимности, делая акцент на их легальности. Именно легальность выборов, то есть соответствие избирательных действий закону, является, по мнению представителей публичных органов, определяющим моментом в оценке их справедливости и демократичности.

Легитимность выборов представляет собой более сложное правовое явление, чем легальность. Легитимация может находиться в противоречии с формальной легализацией, если юридические законы не соответствуют нормам справедливости, общедемократическим ценностям, установкам, сложившимся у населения. Понятия «легитимность» и «легальность» близкие, но не тождественные. Если первое носит в большей степени этический характер, то второе – юридический.

Избирательное право, по мнению И.В. Выдрина, является необходимым инструментом институционально-властных преобразований в стране [1, с. 182]. Процесс, посредством которого избирательные процедуры приобретают свойство легитимности, то есть состояния, выражающего правильность, оправданность, целесообразность и другие стороны соответствия конкретных избирательных действий установкам, ожиданиям личности, социальных и иных коллективов, общества в целом, чаще всего имеет неформальный характер. Он не всегда имеет прямое отношение к закону, а иногда и противоречит ему. Процесс легитимации связан с комплексом переживаний и внутренних установок людей, с представлениями различных слоев населения о соблюдении государственной властью, ее органами норм социальной справедливости и прав человека [2, с. 65].

Легитимность является частью природы избирательного права, цель которого – создание легального компромисса между всеми слоями общества. Признание государственной власти по итогам выборов легитимной опирается на внутренние побудительные мотивы и складывается на основе чувственного восприятия, опыта и рациональной оценки избирательных процедур. Легитимность выборов определяется механизмами правового регулирования всех стадий избирательного процесса, анализ реализации которых позволяет населению судить о демократичности выборов, уровне уважения властью участников избирательной кампании, о реальных, предоставленных государством, возможностях реализации активного и пассивного избирательного права.

Анализ последних исследований и публикаций. Отдельные вопросы, связанные с исследованием российского избирательного права, его средств, направленных на обеспечение легитимности выборов, нашли отражение в работах А.А. Вешнякова, А.В. Иванченко, Р.Т. Биктагирова, А.Н. Кокотова, С.Д. Князева, Е.И. Колюшина, В.И. Крусса, М.С. Матейковича, В.Н. Белоновского и других ученых.

© А. А. Макарцев, 2013

Цель статьи – исследовать, принимая во внимание изменения, которые в 2012 г. были внесены в российское избирательное законодательство, проблемы правового обеспечения легитимности выборов в Российской Федерации.

Изложение основного материала. Определяющее значение для обеспечения легитимности результатов имеет процесс выдвижения и регистрации кандидатов (списков кандидатов), который, по мнению В.И. Васильева, является «завязкой» избирательной кампании, определяющей ее весь дальнейший ход [3, с. 316]. О необходимости упрощения и демократизации этой стадии избирательного процесса говорили и при подготовке проекта действующей Конституции Российской Федерации в рамках работы конституционной комиссии. Так, на одном из её заседаний отмечалось: «Общий принцип, который, по-видимому, необходимо заложить и в Конституцию Российской Федерации, и в избирательный закон, заключается в том, что процедура выдвижения должна быть максимально демократизирована, должны быть сняты любые рогатки, и только избирателям, а не промежуточным органам, должна быть предоставлена полная возможность самим выбрать из числа кандидатов тех депутатов, которые, по их мнению, должны представлять их в парламенте и местных органах»[4, с. 158].

Существенно на процедуру выдвижения и регистрации кандидатов повлиял Федеральный закон от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 40-ФЗ), закрепляющий прямые выборы высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации).

Для правового режима выдвижения и регистрации кандидатов огромное значение имеет вопрос о субъектах, наделенных как правом выдвижения [5, с. 335], так и возможностью принимать участие в этом процессе. Федеральный закон № 40-ФЗ расширяет круг субъектов, обладающих правом принимать участие в процедуре выдвижения кандидатов, предусматривая, что этот процесс может осуществляться при участии Президента Российской Федерации. Согласно изменениям, внесенным в Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», Президент Российской Федерации по своей инициативе может провести консультации с политическими партиями, выдвигающими кандидатов на должность руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации, а также с кандидатами, выдвинутыми в порядке самовыдвижения. По нашему мнению, предусмотренное законодательством право Президента Российской Федерации проводить или не проводить консультации изначально закладывает возможности нарушения принципа равного избирательного права: в отношении одних избирательных объединений и кандидатов глава государства своим правом может воспользоваться, в отношении других – нет. Также необходимо отметить, что

факультативный характер этой стадии избирательного процесса по выборам главы субъекта не вносит существенных изменений в объем полномочий Президента Российской Федерации, который и ранее как глава государства имел право инициировать консультации с любыми участниками политического процесса.

На повышение уровня легитимности процессов, связанных с выдвижением кандидатов (списков кандидатов), могло существенно повлиять принятие предложенного на общественное обсуждение законопроекта «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации». Согласно ему особенностью избирательной кампании по выборам высшего должностного лица субъекта Российской Федерации могло являться то, что по её итогам происходило бы замещение должности руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации и парламентского мандата в верхней палате федерального законодательного органа.

Анализ законопроекта позволяет высказать мнение, что он предусматривал совмещение в процедуре наделения полномочиями члена Совета Федерации, то есть представителя от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации, элементов представительной и непосредственной демократии. С одной стороны, при проведении выборов высшего должностного лица субъекта Российской Федерации каждый кандидат, выдвинутый на эту должность, представлял бы в соответствующую избирательную комиссию три кандидатуры на должность члена Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. С другой стороны, при голосовании за кандидата на должность руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации избиратель вправе проголосовать также за одну из кандидатур, представленных данным кандидатом для наделения полномочиями члена Совета Федерации. Согласно законопроекту кандидат в члены верхней палаты Российского парламента, которой набирает наибольшее число голосов избирателей, в случае избрания представившего его кандидата на должность главы исполнительной власти субъекта Российской Федерации будет наделен полномочиями члена Совета Федерации – представителя от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации.

Подобный подход не получил развитие в Федеральном законе от 3 декабря 2012 г. № 229-ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации». Он ограничивается обязанностью кандидата на должность главы исполнительной власти субъекта Федерации представить в соответствующую избирательную комиссию трех кандидатов на должность члена Совета Федерации, один из которых в случае избрания представившего его кандидата будет наделен полномочиями члена верхней палаты парламента Российской Федерации.

Особое значение для легитимации результатов выборов имеют средства, обеспечивающие регистрацию кандидатов (списков кандидатов) и определяющие круг претендентов на выборные должности и депутатские мандаты. Лицо, которое было избрано в соответствии с законодательством, может не обладать легитимностью, так как условия регистрации позволили ограничить количество претендентов на

выборную должность, исключив из их числа лиц, которые могли составить победителю реальную конкуренцию.

Согласно российскому законодательству отражение воли избирателей в поддержку выдвижения того или иного кандидата рассматривается через призму формально закреплённых законодательством требований. Но эти требования должны основываться на принципе разумности и определять условия регистрации в зависимости от реальной поддержки избирательных объединений и кандидатов избирателями. С одной стороны, закрепление в законодательстве чрезмерно завышенных и неопределенных требований позволит соответствующим органам отказать в регистрации оппозиционным кандидатам и избирательным объединениям, которые желают участвовать в политической жизни государства и обладают определенной поддержкой избирателей. С другой стороны, введение упрощенного порядка регистрации даёт возможность принимать участие в выборах лицам, которые, злоупотребляя пассивным избирательным правом, не ставят своей целью победу на выборах.

Согласно принятому по инициативе Президента Российской Федерации Федеральному закону от 2 мая 2012 г. № 41-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с освобождением политических партий от сбора подписей на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, в органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления» политические партии освобождаются от сбора подписей избирателей на всех выборах, за исключением выборов главы государства.

Подобное предложение согласуется с ролью политических партий в жизни государства и общества. Согласно действующей на момент внесения законодательной инициативы редакции Федерального закона от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях» с 1 января 2012 г. в политической партии должно было состоять не менее сорока тысяч членов, при этом более чем в половине субъектов Российской Федерации политическая партия должна была иметь региональные отделения с численностью не менее четырехсот членов. Наличие такого количества членов партии в большинстве субъектов Российской Федерации можно считать средством отражения поддержки кандидатов (списков кандидатов), выдвинутых этой партией, российскими гражданами, и их регистрация в упрощенном порядке (без предоставления подписей избирателей) будет являться логичной.

Однако подобный подход, по нашему мнению, не в полной мере согласуется с другой законодательной инициативой, касающейся уменьшения количества членов политических партий. Согласно изменениям, внесенным Федеральным законом от 2 апреля 2012 г. № 28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О политических партиях» в политическую партию должно входить не менее 500 членов. Можно предположить, что изменение партийного законодательства является попыткой перевести акции политического протеста конца 2011 г. – начала 2012 г. в легальное русло, установленное облегченным порядком создания политических партий. Но в то же время, по нашему мнению, создание всероссийских политических партий, состоящих из небольшого количества членов, снижает уровень их легитимности. Эти политические объединения не будут обладать под-

держкой значительного числа российских граждан, но будут иметь право выдвигать кандидатов (списки кандидатов) почти на всех выборах. При этом необходимо отметить, что это приведет к дроблению партийной системы России, что не всегда является позитивным моментом.

Федеральный закон № 40-ФЗ расширяет перечень оснований регистрации кандидатов. В соответствии с ним выдвижение кандидата на должность руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации должно поддержать от 5 до 10 процентов депутатов представительных органов муниципальных образований и (или) избранных на муниципальных выборах глав муниципальных образований субъекта Российской Федерации. Число лиц, необходимое для поддержки кандидата, устанавливается законом субъекта Российской Федерации и определяется в процентном отношении от общего числа указанных депутатов, предусмотренного уставами этих муниципальных образований на день принятия решения о назначении выборов, и числа избранных на муниципальных выборах и действующих на день принятия указанного решения глав этих муниципальных образований.

Подобные условия регистрации кандидатов на должность руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации, которые можно рассматривать как новеллу российского избирательного законодательства, являются завышенными. В законе указывается, что порядок сбора указанных подписей и порядок их проверки устанавливаются законом субъекта Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом от 12 июня 2002 г. «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». По нашему мнению, эта процедура существенно отличается от сбора подписей избирателей, предусмотренного для иных выборов. Сбор подписей в поддержку выдвижения является частью предвыборной агитации и предусматривает возможность личного контакта кандидата, его представителей и лиц, среди которых сбор подписей осуществляется. Если у кандидата, выдвинутого политической партией, будет возможность встречи с выборными лицами муниципальных образований, представляющими эту политическую партию, то у самовыдвиженцев она будет отсутствовать. По нашему мнению, в законодательстве необходимо закрепить гарантии права кандидатов, их представителей на встречу с депутатами представительных органов муниципальных образований и избранными на муниципальных выборах главами муниципальных образований субъекта Российской Федерации, что повысит легитимность процесса регистрации кандидатов среди рядовых избирателей.

В законодательстве закрепляется требование о том, что депутат представительного органа муниципального образования или глава муниципального образования может поддержать только одного кандидата, выдвинутого любой политической партией либо в порядке самовыдвижения. Необходимо отметить, что у кандидата в процессе сбора подписей отсутствуют права на получение информации о лицах, которые поддержали выдвижение его соперников. Фактически это даёт возможность отказать в регистрации одному из кандидатов, чье выдвижение поддержал один тот же депутат или глава муниципального образования.

Согласно законодательству списки депутатов представительных органов муниципальных образований и глав муниципальных образований, поддержавших выдвижение какого-либо кандидата, публикуются в региональных государственных периодических печатных изданиях и размещаются на сайтах соответствующих избирательных комиссий субъектов Российской Федерации. Это требование закона увеличивает, по сравнению с институтом сбора и представления подписей избирателей, публичную составляющую поддержки выдвижения.

Подобный подход в регулировании отношений, связанных с регистрацией кандидатов (списка кандидатов), наметился в середине 2000-х гг. В соответствии с п. 6 ст. 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (в редакции Федерального закона от 9 июня 2005 г. № 69-ФЗ) установление достоверности подписи избирателя методом опроса запрещалось. Исключение Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 93-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации о выборах и референдумах и иные законодательные акты Российской Федерации» этого положения из законодательства сделало возможным установление достоверности подписи избирателя посредством беседы с последним. Действующее избирательное законодательство превращает поддержку выдвижения кандидата (списка кандидатов) в публичное действие, что не исключает возможности оказания давления на лиц, поддержавших инициативу выдвижения.

В связи с тем, что на ближайших выборах кандидаты (списки кандидатов), выдвинутые политическими партиями, будут регистрироваться без представления подписей избирателей, неясной остается судьба такого института избирательного права, как сбор и предоставление подписей избирателей. Согласно действующему законодательству сбор подписей избирателей сохраняется при выборах Президента Российской Федерации и на всех выборах, при регистрации кандидатов, выдвинутых в порядке самовыдвижения, а в случаях, предусмотренных законом, – общественными объединениями, не являющимися политическими партиями. Рассматривая возможности дальнейшего развития этого института, необходимо отметить, что на практике, возможно, это основание регистрации будет использоваться достаточно редко.

Дальнейшему развитию института сбора подписей избирателей как средству реализации пассивного избирательного права будет способствовать уточнение процесса проверки подписных листов, что позволит избежать двоякого толкования элементов их формы и содержания. Действующее избирательное законодательство позволяет варьировать процедуру проверки подписных листов от чрезмерно строгой до слишком либеральной. Подписные листы должны стать средством обеспечения реализации пассивного избирательного права российских граждан, отражающим доверие избирателей к кандидату. Если данный подход не будет реализован, институт сбора и представления подписей избирателей может со временем уйти в прошлое.

Большое значение в обеспечении легитимности результатов выборов занимает процесс голосования и подсчета голосов избирателей, на обеспечение открытости которого было сосредоточено внимание в ходе последней избирательной кампании

по выборам Президента Российской Федерации. Это достигалось использованием не столько правовых, сколько технических средств. Согласно докладу Председателя Центральной избирательной комиссии В.Е. Чурова веб-камеры были установлены на избирательных участках, в списки которых было внесены 105 миллионов избирателей. Нормативные правовые акты, регламентирующие порядок видеонаблюдения, приравнивают режим доступа к материалам, полученным в ходе видеонаблюдения, к режиму хранения бюллетеней. Так, согласно пп. 2.6 Постановления Центральной избирательной комиссии от 8 сентября 2010 г. № 216/1454-5 «Об утверждении временного порядка применения средств видеонаблюдения и трансляции изображения в помещении для голосования избирательного участка, участка референдума» доступ к хранимым материалам осуществляется в порядке, предусмотренном для бюллетеней. Однако подобный подход не является оправданным, так как избирательные бюллетени и видеозаписи играют различную роль в фиксировании информации об избирательном процессе. Избирательные бюллетени являются одним из видов избирательной документации, в которой находит отражение информация о результатах голосования. Материалы, полученные в ходе видеонаблюдения, фиксируют процесс голосования и подсчета голосов, не являясь средством отражения его результатов. При этом нарушение порядка подсчета голосов может являться основанием принятия судом решения о повторном подсчете голосов избирателей. В связи с этим приравнивание режима доступа к материалам, полученным в ходе видеонаблюдения, к режиму доступа к избирательным бюллетеням нарушает субъективное избирательное право, ограничивая возможность участников избирательной кампании использовать видеозаписи как доказательство для обоснования пересчёта избирательных бюллетеней.

Выводы. Подводя итог, необходимо отметить, что действующее законодательство не может в полной мере обеспечить легитимность результатов выборов. Особое значение в этом отношении имеют механизмы регистрации кандидатов (списков кандидатов), которые, с одной стороны, должны быть направлены на предоставление возможности гражданам реализации своего пассивного избирательного права, с другой – обеспечить возможность участия в выборах лишь тем кандидатам (избирательным объединениям), у которых есть некоторый уровень поддержки избирателей. Законы, которые приняты в последнее время, не смогут в полной мере реализовать эти задачи. Условия регистрации кандидатов на должность руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации можно рассматривать как чрезмерно завышенные. Закрепление в законодательстве подобных требований подтверждает вывод А.Н. Кокотова о недоверии власти к населению, которое находит отражение и в избирательном законодательстве: «Презумпция недоверия власти к участникам выборов является одной из причин крепнувшего абсентеизма, неверия граждан в действенность института выборов» [6, с. 159].

Технические средства контроля за процессом голосования и подсчёта голосов избирателей не могут в полной мере заменить правовые гарантии открытости и оптимизации этого процесса. В частности, на минимизацию возможностей правонарушений в ходе голосования и подсчета голосов было бы направлено уменьшение

количества избирателей на избирательных участков до пятисот человек, использование электронных средств голосования с прямой записью как дублирующих голосование по избирательным бюллетеням.

Дробление партийной системы, являющееся следствием принятия закона об уменьшении численности членов политической партии, приведет к тому, что правом на регистрацию кандидатов (списков кандидатов) в упрощенном порядке (без предоставления подписей избирателей) будут обладать политические партии, имеющие низкий уровень легитимности среди избирателей. В связи с необходимостью минимизировать этот недостаток было бы желательно связать право политических партий на участие в выборах различного уровня с количеством их членов. Например, предусмотреть в законодательстве, что политические партии, в составе которых находится до трех тысяч членов, обладают правом участвовать в выборах органов и должностных лиц местного самоуправления. Политические партии, в составе которых находится до десяти тысяч членов, обладают правом принимать участие в выборах органов и должностных лиц государственной власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления. Политические партии, имеющие более десяти тысяч членов, могут принимать участие в выборах любого уровня.

Литература

1. Вопросы теории и практики публичной власти : [коллективная монография] / [С.В. Бендюрина, И.В. Выдрин, И.В. Захаров, А.Н. Кокотов] ; под ред. А.Н. Кокотова. – Екатеринбург : УрГЮА, 2005. – 232 с.
2. Чиркин В.Е. Легализация и легитимация государственной власти / В.Е. Чиркин // Государство и право. – 1995. – № 8. – С. 65–73.
3. Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации : [учебник для вузов] / отв. ред. А.В. Иванченко. – М. : Норма, 1999. – 816 с.
4. Из истории создания Конституции Российской Федерации. Конституционная комиссия: стенограммы, материалы, документы (1990–1993 гг.) : в 6 т. / под общ. ред. О.Г. Румянцева. – М. : Волтерс Клувер, 2007– . Т. 1. – 2007. – 936 с.
5. Князев С.Д. Очерки теории избирательного права / С.Д. Князев. – Владивосток : Из-во Дальневост. ун-та, 1998. – 416 с.
6. Кокотов А.Н. Доверие. Недоверие. Право / А.Н. Кокотов. – М. : Юристъ, 2004. – 192 с.

Аннотация

Макарцев А. А. **Проблемы правового обеспечения легитимности выборов в Российской Федерации: в свете реформы российского избирательного законодательства.** – Статья.

В статье исследуются средства избирательного процесса, обеспечивающие легитимность выборов. На основе критического анализа изменений избирательного законодательства Российской Федерации в 2012–2013 гг. делаются предположения о дальнейшем развитии российского избирательного права и формулируются предложения по совершенствованию законодательства.

Ключевые слова: легитимность, легальность, избирательное право, выборы, выдвижение и регистрация кандидатов (списков кандидатов), высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации, член Совета Федерации.

Анотація

Макарцев А. О. **Проблеми правового забезпечення легітимності виборів у Російській Федерації: у світлі реформи російського виборчого законодавства.** – Стаття.

У статті досліджуються засоби виборчого процесу, що забезпечують легітимність виборів. На основі критичного аналізу змін виборчого законодавства Російської Федерації в 2012–2013 рр. роблять-ся припущення щодо подальшого розвитку російського виборчого права й формулюються пропозиції щодо вдосконалення законодавства.

Ключові слова: легітимність, легальність, виборче право, вибори, висування й реєстрація кандидатів (списків кандидатів), найвища посадова особа суб'єкта Російської Федерації, член Ради Федерації.

Summary

Makartsev A. A. **Problems of legal support of legitimacy of elections in the Russian Federation: in light of the reform of the Russian electoral legislation.** – Article.

The article investigates the means of the electoral process that ensure legitimacy of the election results. Based on a critical analysis of the changes of the electoral legislation of the Russian Federation assumptions can be made about the future development of the Russian electoral law and suggestions can be formed on improving the legislation.

Key words: legitimacy, legality, right to vote, election nomination and registration of candidates (lists of candidates), senior official of Russian Federation, member of Federation Council.

УДК 341.48:343.131

Н. В. Дрьоміна-Волок

ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ «ВИДАЙ АБО СУДИ» ЯК OBLIGATIO ERGA OMNES ЩОДО ЗЛОЧИНІВ JUS COGENS

У новому тисячолітті культура безкарності продовжує стимулювати подальше розширення масштабів насильства та зростання злочинності. Маніпуляція страхом і стражданнями створює ланцюг насильства, коли тисячі людей стають мимовільним інструментом безжалісної політичної еліти в її боротьбі за владу. Дискримінаційна складова найбільш тяжких злочинів є найбільш очевидною та небезпечною в сенсі не лише фізичних наслідків таких злочинів, а й зазіхання на фундаментальну основну рівність усіх людей – найбільшу цінність людства.

У Декларації наради на високому рівні Генеральної Асамблеї з питання щодо верховенства права на національному та міжнародному рівнях, яка була прийнята 24 вересня 2012 року, підтверджується прихильність до ефективного, справедливого, недискримінаційного та рівноправного надання державних послуг, пов'язаних із верховенством права, включаючи кримінальне, цивільне та адміністративне правосуддя, виражається переконаність у тому, що незалежність судової системи поряд із її неупередженістю й цілісністю є найважливішою необхідною умовою забезпечення верховенства права та недискримінації в процесі відправлення правосуддя. У цій Декларації заявлено: «Ми зобов'язуємося забезпечити непримиренне ставлення до безкарності за геноцид, військові злочини й злочини проти людяності або за порушення норм міжнародного гуманітарного права та грубі порушення норм у сфері прав людини, а також зобов'язуємося забезпечити належне розслідування таких порушень і відповідне покарання за них, у тому числі шляхом представлення перед судом відповідальних за будь-які вчинені злочини, використовуючи для цього національні механізми або, коли це необхідно, регіональні чи міжнародні механізми відповідно до норм міжнародного права, тому із цією метою ми рекомендуємо державам зміцнити національні судові системи та інститути» [1].

Завдання боротьби з расовою дискримінацією вимагає серйозного наукового забезпечення. Необхідність удосконалення міжнародно-правового механізму протидії расової дискримінації свідчить про очевидну актуальність вивчення цього соціально-правового й політичного феномена. Значну увагу питанню боротьби з дискримінацією приділяють увагу у своїх працях М. Бурменський, О. Водянніков, К. Вітман,

© Н. В. Дрьоміна-Волок, 2013

М. Гнатовський, В. Євінтов, О. Мартиненко, В. Мицик, С. Погребняк, О. Поєдинок, П. Рабінович, О. Руднєва, А. Савченко, С. Шевчук та інші вітчизняні вчені.

Дискримінація як елемент злочинності присутня як на рівні масових систематичних злочинів, так і в злочинах, що мають одиночний характер та не є частиною державної політики. Незважаючи на зусилля міжнародної спільноти, спрямовані на попередження та протидію расовій дискримінації, цей феномен набуває все більш грубих форм. Деякі дискримінаційні правопорушення досягають такого ступеня соціальної небезпеки, що тягнуть за собою кримінальне покарання індивідів, тобто набувають правового статусу злочинів.

Зобов'язання держав співпрацювати в боротьбі зі злочинами jus cogens вимагає досягнення узгодженості в трьох важливих аспектах його прояву: зобов'язання щодо встановлення юрисдикції, у тому числі універсальної, реалізації принципу «видай або суди» та питання вилучення певного кола осіб із-під кримінальної юрисдикції зарубіжної держави, тобто імунітету. Усі ці питання й пошук їх вирішення знаходяться в трьох сферах публічного міжнародно-правового інтересу: по-перше, інтересів міжнародного співтовариства в цілому в переслідуванні осіб, які вчинили діяння, що викликають його стурбованість; по-друге, інтересів держав, які беруть участь у міжнародній взаємодії, як із позиції дотримання їх суверенних прав на здійснення кримінальної юрисдикції й екстрадицію, так і зацікавленості в кримінальному переслідуванні особливо тяжких злочинів, тобто виконанні своїх позитивних зобов'язань із попередження злочинності й захисту населення від злочинних посягань; по-третє, дотримання та захист прав і законних інтересів осіб, залучених у кримінальний процес.

Характерною рисою сучасного міжнародного публічного права є його імперативізація – феномен, який переконливо демонструє, з одного боку, його матеріально-правові складові (набуття певними нормами статусу імперативних (jus cogens) та підвищення ролі таких норм у міжнародно-правовій (за природою диспозитивній) нормативній системі, що свідчить про виникнення нетрадиційного консенсусу щодо визнання особливого, «надсуб'єктного» характеру низки норм міжнародного права), а з іншого – юрисдикційні складові (розширення сфери імперативної юрисдикції міжнародних судів, а також універсальної юрисдикції держав). Ці складові нерозривно пов'язані між собою. Мова йде не про тотальну «імперативізацію», а про тенденцію до збільшення ролі імперативних елементів у механізмі міжнародно-правового регулювання [2].

Термин «jus cogens crime» є визначенням порушення норми jus cogens, у цьому випадку – порушення криміналізованого, тобто такого, що має статус порушення кримінально-правової заборони. Прихильники концепції «jus cogens crime» виходять із того, що ці злочини зазіхають на інтереси світового суспільства в цілому, оскільки вони, по-перше, погрожують миру й безпеці людства, по-друге, приголомшують совість людства. Присутність цих елементів у характеристиці злочину дозволяє зробити висновок, що кримінально-правова заборона такого діяння – це частина норми jus cogens, що створює для держав зобов'язання не допустити їх безкарності як obligatio erga omnes [3].

Що стосується наслідків визнання міжнародного злочину jus cogens, то ключовим питанням є з'ясування того, чи накладає воно на держави зобов'язання ха-

рактеру erga omnes або ж просто дає їм певні права притягати до відповідальності осіб, які вчинили такі злочини. Це ключове питання про те, чи дійсно obligatio erga omnes відповідає змісту латинського слова obligatio, або ж воно денатуроване в міжнародному праві до рівня визначення лише наявності права, а не юридичного зобов'язання, дотепер не має однозначної відповіді ні в міжнародному праві, ні в доктрині міжнародного кримінального права. Як вважає М. Бассіуні, наслідками jus cogens є зобов'язання, а не наявність довільних прав, в іншому випадку jus cogens не означало б імперативну норму міжнародного права [4].

Слід зазначити, що зобов'язання держав притягати до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні злочинів, заборона яких закріплюється на міжнародно-правовому рівні, залежно від правового статусу заборонної норми й характеру діяння, може мати різний масштаб виконання. Механізмом виконання в будь-якому випадку є здійснення кримінальної юрисдикції, принципи якої можуть бути предметом кореляції з характером злочину.

Універсальна юрисдикція є одним із правових засобів забезпечення покарання винних у злочинах jus cogens. Як правило, разом з універсальним принципом діє правило «aut dedere aut judicare» [5]. Про важливість зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування свідчить те, що це питання було включено до теми «Юрисдикція щодо злочинів, здійснених поза національною територією», яка значилася в попередньому переліку з 14 тем для обговорення на першій сесії Комісії вже в 1949 році. Це питання відображено в статті 8 («Встановлення юрисдикції») та статті 9 («Зобов'язання щодо видачі або судового переслідування») Проекту кодексу злочинів проти миру й безпеки людства 1996 року [6]. На п'ятдесят сьомій сесії в 2005 році Комісія постановила включити до програми своєї роботи тему «Зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування (aut dedere aut judicare)» і призначила Спеціальним доповідачем З. Галицького. У розробці цієї теми брали участь видатні юристи. На шістдесят першій сесії (у 2009 році) було засновано Робочу групу відкритого складу під головуванням А. Пелле, на шістдесят другій сесії (у 2010 році) – Е. Кандіоті; на шістдесят четвертій (у 2012 році) і шістдесят п'ятій (у 2013 році) сесіях Комісія діяла під головуванням К. Кіттічасайрі. Комісія не досягла згоди з найважливіших проблем, що свідчить про їх надзвичайну складність і політичну обтяженість. Зокрема, залишилося відкритим питання про те, чи можна розглядати міжнародно-правовий звичай як джерело зобов'язання, чи можна видавати або здійснювати судове переслідування [7].

Суттєвою перешкодою в роботі Комісії стала розбіжність уявлень щодо джерела зобов'язання «видавати або здійснювати судове переслідування». Як зазначається в підготовленому Секретаріатом тематичному резюме обговорення, що відбулося в Шостому комітеті Генеральної Асамблеї під час її шістдесят першої сесії, деякі делегації рекомендували Комісії сконцентрувати свою роботу на вивченні питання, чи стало зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування частиною міжнародного звичаєвого права. Багатьма делегаціями визнавалося, що звичаєвий характер цього зобов'язання не обов'язково постає з існування багатосторонніх договорів, які його встановлюють. Водночас інші делегації наполягали на тому, що принцип aut dedere aut judicare не є частиною міжнародного звичаєвого права та,

безумовно, не відноситься до jus cogens. Прихильники такої позиції стверджували, що з існування звичаєво-правових норм, які забороняють конкретні міжнародні злочини, не можна вивести звичаєво-правовий характер зобов'язання. Деякі делегації допускали, що звичаєво-правова норма в цій сфері може перебувати в процесі формування [8]. У цьому контексті прозвучали рекомендації зосередити увагу на прогресивному розвитку відповідних норм [9].

Слід підкреслити, що, незважаючи на відсутність практичного результату, проведені дослідження мають надзвичайну наукову цінність. Особливий внесок у дослідження цієї проблеми належить першому Спеціальному доповідачеві З. Галицькому. У своїй четвертій доповіді З. Галицький ретельно розглянув питання про обов'язок співпрацювати в боротьбі проти безкарності. Він навів такі приклади міжнародних договорів, що закладають правову основу обов'язку співпрацювати: «Уявляється незаперечним той факт, що боротьба проти безкарності тих, хто скоює серйозні міжнародні злочини, є одним з основоположних елементів політики міжнародної спільноти. У боротьбі проти безкарності осіб, які скоюють тяжкі злочини, у цілому використовуються міжнародна чи національна юрисдикція <...>. У будь-якому випадку, незалежно від того, який зі згаданих методів застосовуватиметься (міжнародні трибунали чи національні суди), як видається, цей обов'язок співпрацювати в боротьбі проти безкарності може бути здійснено найкращим і найбільш ефективним чином за допомогою застосування принципу aut dedere aut judicare» [10]. Спеціальний доповідач запропонував внести до проекту статтю 2 «Обов'язок співпрацювати» такого змісту: «1. Відповідно до наданих проектів статей держави в належному порядку співпрацюють між собою і з компетентним міжнародним судом і трибуналами в боротьбі проти безкарності в частині, яка стосується злочинів та правопорушень, що викликають міжнародну стурбованість. 2. У цих цілях держави будуть застосовувати скрізь і завжди, коли це необхідно, і відповідно до цих проектів статей принцип видачі або судового переслідування (aut dedere aut judicare)» [11].

Визнаючи велике значення міжнародних угод як джерел принципу aut dedere aut judicare, З. Галицький зазначив: «У принципі обов'язок видавати або здійснювати судове переслідування може встановлюватися також міжнародним звичаєвим правом» [12]. Ретельно дослідивши погляди багатьох провідних учених, таких як Ш. Бассіуні, Л. Садат, К. Еделенбос, Д. Орентліхер, З. Галицький дійшов висновку, що міжнародно-правова концепція jus cogens може також породжувати обов'язок видавати або здійснювати судове переслідування [13]. На підставі викладених фактів та аналітичних висновків Спеціальний доповідач запропонував включити до проекту статей про зобов'язання aut dedere aut judicare статтю 4 «Міжнародний звичай як джерело зобов'язання aut dedere aut judicare» такого змісту: «1. Кожна держава зобов'язана або видати, або здійснити судове переслідування передбачуваного правопорушника, якщо таке зобов'язання постає зі звичайної норми міжнародного права. 2. Таке зобов'язання може поставати, зокрема, зі звичайних норм міжнародного права, що стосуються серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, геноциду, злочинів проти людяності і військових злочинів. 3. Зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування постає з імперативної

норми загального міжнародного права, прийнятої й визнаної міжнародним співтовариством держав (jus cogens) у формі міжнародного договору або міжнародного звичаю, на основі якого будь-які особи, які вчинили діяння, зазначені в пункті 2, визнаються злочинцями» [14].

Як бачимо, Спеціальний доповідач запропонував внести в проект статей пряме твердження про те, що «зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування постає з імперативної норми загального міжнародного права». На жаль, ця позиція, на нашу думку, не знайшла достатньої підтримки. Її опоненти посилювали свою аргументацію рішенням Міжнародного суду в справі «Питання, пов'язані із зобов'язанням здійснювати судове переслідування або видавати (Бельгія проти Сенегалу)», яке базувалося на договірних нормах, а саме Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження й покарання від 10 грудня 1984 року.

19 лютого 2009 Бельгія порушила в Міжнародному суді ООН справу проти Сенегалу на підставі того, що існує спір «між Королівством Бельгія та Республікою Сенегал щодо дотримання Сенегалом свого зобов'язання здійснити судове переслідування» колишнього президента Х. Хабре або «видати його Бельгії для цілей кримінального провадження». У своїй заяві Бельгія просила Міжнародний суд ООН винести рішення й оголосити таке: Республіка Сенегал зобов'язана порушити кримінальний процес проти Х. Хабре за діяння, що включають злочини у вигляді тортур і злочини проти людяності, у яких його звинувачують як виконавця, співвиконавця чи співучасника; за відмови від переслідування Х. Хабре Республіка Сенегал зобов'язана видати його Королівству Бельгія, щоб його можна було притягнути до відповідальності за ці злочини в бельгійських судах. Бельгія вважала, що Сенегал зобов'язаний припинити ці міжнародно-протиправні діяння, невідкладно передавши справу Х. Хабре своїм компетентним органам для кримінального переслідування, або видати Х. Хабре Бельгії без додаткових прохань. У своєму рішенні, винесеному 20 липня 2012 року, міжнародний суд ООН одноголосно постановив, що він володіє юрисдикцією для розгляду спору між сторонами щодо тлумачення й застосування пункту 2 статті 6 та пункту 1 статті 7 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження й покарання від 10 грудня 1984 року. Водночас Міжнародний суд ООН постановив, що він не володіє юрисдикцією для розгляду вимог Бельгії щодо передбачуваних порушень із боку Сенегалу стосовно зобов'язань із міжнародного звичаєвого права. По суті спору Міжнародний суд ООН постановив, що Сенегал, не провівши негайного попереднього розслідування фактів, пов'язаних зі злочинами, імовірно вчиненими Х. Хабре, порушив своє зобов'язання за пунктом 2 статті 6 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження й покарання від 10 грудня 1984 року. Окрім того, Сенегал, не передавши справу Х. Хабре своїм компетентним органам із метою кримінального переслідування, порушив своє зобов'язання згідно з пунктом 1 статті 7 Конвенції проти катувань. Міжнародний суд ООН заявив: «Видача та судове переслідування є альтернативними способами боротьби з безкарністю відповідно до пункту 1 статті 7» [15]. Отже, Сенегал зобов'язаний припинити це продовжуване міжнародно-протиправне діян-

ня відповідно до загального міжнародного права про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння. Тому Сенегал повинен невідкладно вжити необхідних заходів для передання справи своїм компетентним органам влади з метою здійснення судового переслідування, якщо він не видає пана Х. Хабре [16].

Робоча група КМП, створена в 2013 році, визнала рішення Міжнародного суду ООН у цій справі корисним у розкритті деяких аспектів, які мають відношення до здійснення зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування. Робоча група підкреслила, що постанова Міжнародного суду ООН обмежується аналізом договірного механізму щодо боротьби з безкарністю в межах Конвенції проти катувань. Тоді як обґрунтування Міжнародного суду ООН відноситься до конкретної реалізації та застосування питань, пов'язаних із Конвенцією проти катувань, оскільки відповідні положення Конвенції проти катувань, що стосуються судового переслідування або видачі, сформульовано за «Гаазькою формулою». Постанова Міжнародного суду ООН також сприяє з'ясуванню змісту режиму судового переслідування або видачі відповідно до Гаазької конвенції 1970 року та інших конвенцій, які наслідують ту же формулу. Оскільки Міжнародний суд ООН також постановив, що заборона катувань є імперативною нормою (jus cogens), формула здійснення судового переслідування або видачі відповідно до Конвенції проти катувань може слугувати моделлю для нових положень про судове переслідування або видачу, які регулюють інші категорії основних злочинів, що забороняються нормами jus cogens, такі як геноцид, злочини проти людяності й серйозні військові злочини [17].

Водночас рішення Міжнародного суду ООН не можна розглядати як таке, що заперечує існування позадоговірного зобов'язання видавати або здійснювати судове переслідування, яке постає з імперативної норми загального міжнародного права. У цьому контексті особливо значущими є аргументи, викладені окремою думкою судді К. Тріндаде в цьому рішенні.

Суддя К. Тріндаде вважає, що абсолютна заборона грубих порушень прав людини тягне за собою зобов'язання, які можуть бути лише зобов'язаннями щодо результату та неминуче мають об'єктивний характер. Поведінка держави повинна бути такою, щоб сприяти дотриманню зобов'язань щодо результату (в цьому випадку – заборона тортур) [18]. Зокрема, суддя К. Тріндаде зазначає: «У другому десятилітті XXI століття, після тривалої історії свого існування, принцип універсальної юрисдикції, закріплений у Конвенції проти катувань (пункт 2 статті 5 та пункт 1 статті 7), судячи з усього, підкріплюється ідеалом універсального правосуддя, без обмежень у часі (минулому або майбутньому) або в просторі (будучи транскордонним). Крім того, універсальне правосуддя виходить за межі міждержавних відносин, оскільки воно покликане охороняти не інтереси окремої держави, а основоположні цінності всього міжнародного співтовариства». Як вважає К. Тріндаде, необхідність універсального правосуддя є найважливішою, відповідає філософії природного права. Суддя дотримується думки, що в цій новій і більш широкій перспективі універсального міжнародного права, нового універсального jus gentium нашого часу це нагадує про totus orbis Ф. де Віторії та societas generis humani Г. Гроція, норми jus cogens знаходять вираження в абсолютній забороні тортур,

передбачаючи обов'язкове здійснення кримінального переслідування й розгляд у суді справ, що стосуються міжнародних злочинів, таких як тортури, які «шокують свідомість людства». Зрештою, у наш час тортури розцінюються як грубе порушення міжнародного права в галузі прав людини й міжнародного гуманітарного права, їх забороняють договірне й міжнародне звичаєве право; у разі систематичного застосування тортур вони вважаються злочином проти людяності. Це «виходить за межі старої парадигми суверенітету держави: окремі жертви сприймаються як частина людства» [19].

Незважаючи на те, що в контексті справи, що розглядалася, суддя К. Тріндаде говорить про катування, немає сумніву, що сказане стосується всіх злочинів jus cogens, зокрема проявів расової дискримінації.

Викладене дозволяє зробити висновок, що на сучасному етапі розвитку міжнародного права зобов'язання aut dedere aut judicare щодо злочинів jus cogens набуло характеру obligatio erga omnes. У межах концепції злочинів jus cogens воно означає обов'язкове залучення кримінального юрисдикційного механізму. Це відповідає правовій природі jus cogens crims та обумовлюється сутністю зобов'язання erga omnes.

Література

1. Declaration of the high-level meeting of the General Assembly of United Nations on the rule of law at the national and international levels : Resolution adopted by the General Assembly on 24 September 2012. – UN Doc. A/67/1. – 13 p.
2. Дрьоміна-Волок Н. «Імперативізація» міжнародного права в контексті становлення сучасного міжнародного правопорядку / Н. Дрьоміна-Волок // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С. Ківалова. – О. : Юридична література, 2009. – Вип. 49. – С. 269–275.
3. Bassiouni M. International Crimes: jus cogens and obligatio erga omnes / M. Bassiouni // Law and Contemporary Problems. – 1996. – Vol. 59. – № 4. – P. 63–74.
4. Bassiouni M. International Crimes: jus cogens and obligatio erga omnes / M. Bassiouni // Law and Contemporary Problems. – 1996. – Vol. 59. – № 4. – P. 63–74.
5. Вихрист С. Видача осіб в аспекті співвідношення міжнародного та національного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / С. Вихрист ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 18 с.
6. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) : Doc. UN A/CN.4/648 / United Nations, General Assembly, International Law Commission (Geneva, 26 April – 3 June and 4 July – 12 August 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
7. International Law Commission : Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013) : Doc. UN A/68/10 // Official Records. – Sixty-eighth Session Supplement № 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
8. Report of the International Law Commission on the work of its sixtieth session (2008) : 21 January 2009. Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its sixty-third session, prepared by the Secretariat : Doc. UN A/CN.4/606 / United Nations, General Assembly, International Law Commission. – Sixtieth session (4 May – 5 June and 6 July – 7 August 2009). – P. 111–112. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
9. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session (2006). Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its sixty-first session, prepared by the Secretariat (19 January 2007) : Doc. UN A/CN.4/577 / United Nations, General Assembly, International Law Commission. – Fifty-ninth session Geneva (7 May – 8 June and 9 July – 10 August 2007). – P. 111. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
10. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) : Doc. UN A/CN.4/648 / United Nations, General Assembly, International Law Commission (Geneva, 26 April – 3 June and 4 July – 12 August 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.

11. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) : Doc. UN A/CN.4/648 / United Nations, General Assembly, International Law Commission (Geneva, 26 April – 3 June and 4 July – 12 August 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
12. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) : Doc. UN A/CN.4/648 / United Nations, General Assembly, International Law Commission (Geneva, 26 April – 3 June and 4 July – 12 August 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
13. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) : Doc. UN A/CN.4/648 / United Nations, General Assembly, International Law Commission (Geneva, 26 April – 3 June and 4 July – 12 August 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
14. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) : Doc. UN A/CN.4/648 / United Nations, General Assembly, International Law Commission (Geneva, 26 April – 3 June and 4 July – 12 August 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
15. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite : Belgium v. Senegal, 20 July 2012 Judgment // I.C.J. Reports, 2012. – 183 p.
16. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite : Belgium v. Senegal, 20 July 2012 Judgment // I.C.J. Reports, 2012. – 183 p.
17. International Law Commission : Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013) : Doc. UN A/68/10 // Official Records. – Sixty-eighth Session Supplement № 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
18. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite : Belgium v. Senegal, 20 July 2012 Judgment // I.C.J. Reports, 2012. – 183 p.
19. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite : Belgium v. Senegal, 20 July 2012 Judgment // I.C.J. Reports, 2012. – 183 p

Анотація

Дрьоміна-Волок Н.В. **Дотримання принципу «видай або суди» як obligatio erga omnes щодо злочинів jus cogens.** – Стаття.

У статті розглядаються актуальні проблеми боротьби з безкарністю проявів расової дискримінації як злочинів jus cogens. Автор стверджує, що стосовно осіб, підозрюваних у скоєнні злочинів jus cogens, зобов'язання видати або здійснювати кримінальне переслідування є зобов'язанням ergo omnes і є важливим елементом антикримінального міжнародно-правового співробітництва держав.

Ключові слова: расова дискримінація, злочини, «видай або суди», jus cogens, erga omnes.

Аннотация

Дрёмина-Волок Н.В. **Соблюдение принципа «выдай или суди» как obligatio erga omnes в отношении преступлений jus cogens.** – Статья.

В статье рассматриваются актуальные проблемы борьбы с безнаказанностью проявлений расовой дискриминации как преступлений jus cogens. Автор утверждает, что в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений jus cogens , обязательство выдать или осуществлять уголовное преследование является обязательством ergo omnes и является важным элементом антикриминального международно-правового сотрудничества государств.

Ключевые слова: расовая дискриминация, преступления, «выдай или суди», jus cogens, erga omnes.

Summary

Dryomina-Volok N. V. **Compliance with the principle of aut dedere aut judiciare as an erga omnes obligation in respect to jus cogens crimes.** – Article.

The article deals with actual issues of fighting impunity of racial discrimination as jus cogens crimes. The author argues that in respect of persons suspected in committing jus cogens crimes, an obligation to extradite or conduct criminal investigation is an erga omnes obligation and is an important element of anti-criminal international legal cooperation between States.

Key words: racial discrimination, crime, aut dedere aut judiciare, jus cogens, erga omnes.

УДК 340.132:340.114(477)

О. М. Іванченко

ВЗАЄМОДІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ТА НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА В МЕЖАХ ЗМІНИ КОНЦЕПЦІЇ СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ

Зміни, що відбуваються в правовій системі України, позначаються насамперед на процесах правотворення й правореалізації, які є доволі складними явищами, обумовленими відповідними соціальними, економічними, політичними, соціальними, етичними, релігійними, філософськими чинниками.

Поширення й поглиблення сфер правового регулювання обумовлюються ще однією тенденцією, пов'язаною зі зміною концепції джерел права, яка проявляється, з одного боку, у появі нових джерел (насамперед включення до системи джерел національного права принципів і норм міжнародного права), а з іншого – у зміні значення кожного з них [1, с. 34]. Так, останнім часом зростає роль такого джерела права, як судовий прецедент, що посилює свою позицію в системі джерел національного права. Це проявляється також у межах правових систем, які входять до романо-германського права або тяжіють до нього, де судовий прецедент посилює свої позиції як важливе джерело права.

Значним змінам піддається співвідношення таких найважливіших джерел права, як закон і судовий прецедент. Так, прийнятий Україною в 2006 р. Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [2] суттєво змінює концепцію джерел права в правовій системі України, завдяки чому судовий прецедент стає джерелом права.

У результаті змін, що мають місце, у структурі джерел національного права все більшого значення набувають принципи права, які є основними ідеями, що відображають сутність, зміст і призначення права [3, с. 7] та можуть мати різноманітні форми й прояви. У юридичній літературі існують класифікації принципів, у межах яких виділяють такі принципи: принципи-норми та принципи-законоположення; загальноправові (принципи рівності, справедливості, гуманізму тощо) та міжгалузеві; загальносоціальні та спеціально-юридичні (принцип законності, відповідальності лише за винні протиправні дії, принцип поєднання прав та обов'язків тощо); законодавчо закріплені та принципи, які не знайшли свого прямого законодавчого закріплення [4, с. 5–6].

Посилення правових принципів у системі джерел національного права пояснюється появою різних колізій і суперечностей між нормами національного й наднаціонального права [5, с. 318–325]. Для усунення таких колізій найбільш ефективним вважається застосування загальноправових принципів як джерел права [6, с. 26–28].

Сьогодні практика застосування принципів набула найбільшого поширення в діяльності конституційних судів. Усуваючи неконституційні нормативні акти, органи конституційної юрисдикції поновлюють справедливість щодо громадян, конституційні права та свободи яких було порушено, «очищують право від вірусів» [7, с. 59], забезпечуючи цим панування права [8, с. 124–134].

© О. М. Іванченко, 2013

Що стосується практики вирішення питань, віднесених до повноважень Конституційного Суду України, то слід зазначити, що орган конституційної юрисдикції України звертався до положень міжнародно-правових актів більше, ніж у третині своїх рішень. У справах, що стосуються офіційного тлумачення положень Конституції України й законів України за зверненнями громадян, близько 60% рішень Конституційного Суду України містять посилання на міжнародно-правові акти, їх окремі положення для обґрунтовування правових позицій Конституційного Суду України.

Так, вирішуючи справу про офіційне тлумачення положень низки норм Закону України «Про інформацію» [9] та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» [10], Конституційний Суд України в рішенні від 30 жовтня 1997 р. вказав, що законодавство України на момент ухвалення цього рішення не було приведено у відповідність до європейських стандартів у частині захисту персональних даних про особу у зв'язку зі вступом України до Ради Європи. Правовідносини, що виникали в цій сфері, у тому числі й інформаційного характеру, регулювалися відомчими нормативними актами колишнього СРСР, зокрема наказами міністра охорони здоров'я СРСР та низкою положень і тимчасових інструкцій, затверджених у СРСР згаданим міністерством у 80-х рр. минулого століття.

Внаслідок відсутності власної нормативної бази зазначені нормативні акти в той час продовжували застосовуватися в Україні, незважаючи на те, що чимало норм таких наказів, положень та інструкцій суперечили законодавству України про інформацію, охорону здоров'я, а також загальновизнаним міжнародним принципам рекомендаційного характеру, зафіксованим, зокрема, у Женевській декларації Всесвітньої медичної асамблеї (вересень 1948 р., з подальшими поправками), Міжнародному кодексі медичної етики (жовтень 1949 р., з подальшими поправками), Рекомендаціях Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про ситуацію з психічними захворюваннями» (жовтень 1977 р.), у численних деклараціях, хартіях і конвенціях про права людини тощо.

Приймаючи рекомендації щодо цієї справи, Конституційний Суд України керувався не лише нормами національного законодавства України, а й загальними принципами права [11, с. 31–35].

У багатьох європейських державах (Португалія, Чехія, Словаччина, Словенія, Боснія та Герцеговина, Латвія, Естонія, Російська Федерація, Молдова тощо) конвенційний контроль фактично здійснюється органами конституційної юрисдикції. При цьому в Боснії та Герцеговині цю функцію прямо закріплено в Конституції [12, с. 82–110]. У деяких державах Європи до повноважень конституційних судів віднесено розгляд питань про відповідність національного законодавства міжнародним договорам, зокрема договорам із прав людини (Австрія, Албанія, Білорусь, Болгарія, Латвія, Польща) [13, с. 51–55]. Таким чином, конституційне судочинство може виступати засобом забезпечення гармонізації національного та європейського права.

Вказаними міжнародно-правовими актами не обмежилася практика вирішення Конституційним Судом України справ конституційної юрисдикції. У рішенні від 13 травня 1998 р. в справі про офіційне тлумачення положень ст. ст. 3 і 5

Закону України «Про статус депутатів місцевих рад народних депутатів» Конституційний Суд України, обґрунтувавши висновок про те, що в Україні на конституційному рівні дія принципу несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності не поширюється на депутатів місцевих рад, послався на Європейську хартію про місцеве самоврядування. Стаття 7 цієї хартії визначає, що функції й діяльність, які є несумісними з мандатом місцевої виборної особи, у національному законодавстві можуть встановлюватися лише законом або загальними правовими принципами.

Що стосується вживання норм міжнародного права Конституційним Судом України, то вони, як наголошувалося, використовуються для правового аргументування ухвалених Конституційним Судом України рішень і висновків щодо відповідних справ. Саме із цією метою на сучасному етапі використовуються також рішення Європейського суду з прав людини в контексті тлумачення цим судом положень Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод у контексті його правових позицій, зазначених у мотивувальній частині рішень у конкретних справах, схожих за своїми обставинами з тими, які розв'язуються в Україні відповідно до її законодавства.

Конституція України не містить однозначних відповідей на питання про способи подолання можливих колізій між положеннями міжнародного договору та нормами інших актів законодавства України, а також питання про юридичну силу міжнародних договорів у національній системі права.

Згідно зі ст. 9 Конституції України імплементація міжнародних договорів у правову систему України здійснюється шляхом надання Верховною Радою України згоди на їх обов'язковість для України. У разі надання такої згоди відповідний міжнародний договір стає частиною національного законодавства України. Статтею 9 Основного Закону України встановлено, що застосування міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, є можливим лише після внесення відповідних змін до Конституції України. Це не дає підстав для висновку про те, що «договори про права людини користуються беззаперечним пріоритетом щодо конституційного законодавства» [14, с. 184–197]. Не вирішать проблему також вказівки в проекті Закону України «Про нормативно-правові акти» про те, що «Конституція України в системі нормативно-правових актів має найвищу юридичну силу» (п. 1.1 ст. 7), адже «чинні міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, мають вищу юридичну силу» щодо інших нормативно-правових актів, крім Конституції України (п. 1 ст. 8).

У зв'язку із цим, а також з урахуванням законодавчого визнання практики Європейського суду з прав людини як джерела українського права [15], актуалізується більш загальна проблема – щодо судової практики як джерела права. У науковій літературі та в середовищі практикуючих юристів існують різні погляди щодо цього [16, с. 157].

Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

Проте не можна забувати, що міжнародні норми й міжнародні договори – це особливий складовий компонент системи права, що володіє певною автономією, зберігає онтологічний зв'язок із міжнародною правовою системою.

Такий зв'язок є цілком очевидним у тому випадку, коли відповідно до положень самого міжнародного договору він втрачає юридичну силу. У такому разі у сфері національного права виникає казусна ситуація: з одного боку, певний спектр національних відносин продовжує реалізовуватися (будівництво, навчання, виробництво), а з іншого – на міждержавному рівні вичерпано умови й ресурси для продовження реалізації подібних відносин. Тому чітке розкриття й нормативне закріплення техніко-юридичних форм узгодження дає змогу легально ставити надалі питання про контроль за цим процесом. Адже очевидно, що він не є довільним і потребує жорсткої регламентації. Інакше для національного правового простору не лише створюється загроза його цілісності та системності розвитку, а й виникають передумови, що загрожують засадам національного суверенітету.

Особливістю національного законодавства України, що складається із чинних міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, є те, що його норми не трансформуються в нові, суто національні норми України, а реалізуються самостійно, в окремих випадках – разом із національним правовим актом, прийнятим у зв'язку з імплементацією міжнародного договору в правову систему держави. Таке законодавство не може змінюватися в односторонньому порядку за встановленою процедурою розгляду, ухвалення та набрання чинності звичними законами.

Це зумовлюється тим, що міжнародний договір є щонайменше двосторонньою угодою, його умови розробляються, підписуються та ратифікуються різними державами (нерідко із застереженнями окремої держави або декількох держав), причому ратифікація здійснюється за власною процедурою кожної держави-учасниці договору. Відмова держави від окремих положень чинного міжнародного договору або договору в цілому є можливою лише у формі денонсації, що здійснюється в порядку, встановленому, як правило, самим договором.

Прикладом виконання на території України міжнародно-правових актів може слугувати Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. Хоча пройшло лише декілька років із того часу, коли Україна ратифікувала цей документ, проте реалізація її положень у національній правовій системі здійснюється послідовно й досить успішно. Суди України, інші органи державної влади, здійснюючи свої повноваження, нерідко застосовують положення Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, правові позиції Європейського суду з прав людини для вирішення конкретних питань у контексті відповідних положень національного законодавства України, що регулюють ті або інші суспільні відносини.

Нині в межах національної правової системи принципово важливо розмежовувати два поняття: «право держави як сукупність створюваних його органами правових актів і норм» та «право, вживане в державі» як сукупність усіх нормативних розпоряджень, що підлягають реалізації у сфері національних відносин і діючих у межах юрисдикції України та компетенції його органів. Друге поняття є ширшим, оскільки охоплює не лише національне право країни, а й норми міжнародного права, що визнаються та вживаються державою, а також норми права іноземних держав. Вказана обставина обумовлює виявлення й дію на території дер-

жави складних міжсистемних нормативних комплексів, що регламентують відносини у сферах сумісного предмета регулювання відповідних систем права. При цьому кожна нормативна складова такого комплексу зберігає свою самостійність і системну приналежність, а безпосереднє або опосередковане вживання норм міжнародного й іноземного права на території держави визначається їх регулятивним призначенням та є можливим лише у випадках, передбачених конституцією, законодавством і міжнародними договорами відповідної країни.

Ці положення визначають суть концепції імплементації, яка в змістовному плані є набагато точнішою, ніж решта теоретичних конструкцій, що описують механізм реалізації норм міжнародного права в межах національної правової системи.

Таким чином, національні й міжнародна правова система тісно взаємодіють одна з одною, насамперед у сфері реалізації норм міжнародного права через національне право. Необхідність такої взаємодії обумовлюється самим характером міжнародного права, яке через регулювання відносин між рівними державами не здатне владно примушувати до здійснення правових розпоряджень суб'єктів національного права (людей та організацій). Характер включення норм міжнародного права в національну правову систему залежить від політичних, правових і соціальних умов самої держави. Держава може дозволити безпосередню дію норм міжнародного права в межах власної юрисдикції або створити національні норми відповідного змісту. Чи відбувається при цьому зміна сутності норм, перетворення міжнародних норм на норми національні – залишається предметом теоретичного осмислення, що має спірний характер. Позиція прихильників такого перетворення, «трансформізму» останнім часом усе більше піддається критиці, оскільки міжнародне й національне право є взаємодіючими, проте самостійними та незалежними системами. Внаслідок цього норми міжнародного права не перестають існувати після їх імплементації в національне законодавство. Позиція прихильників «імплементації» заслуговує на більшу довіру у зв'язку з тим, що імплементація розглядається не лише як сукупність правових дій щодо включення норм міжнародного права до законодавства країни, а й як додаткові дії організаційно-правового характеру щодо фактичного виконання цих норм. Отже, реалізація міжнародних норм у сфері юрисдикції держави – поняття дещо інше, ніж реалізація національних норм згідно із загальною теорією права. Крім власне реалізації, тобто фактичного здійснення розпоряджень права, вона включає також елементи правотворчості, щоб санкціонувати реалізацію міжнародного права на території окремої країни. У цьому виявляється особливість міжнародного права, що регулює відношення між суверенними й рівними учасниками – державами, здатними діяти лише через встановлені національним законодавством механізми.

Порівняння системи прав людини й основних свобод, передбачених Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод та протоколами до неї, з правами та свободами людини й громадянина, закріпленими законодавством України, свідчить про те, що вітчизняне законодавство містить у цілому аналогічний перелік прав і свобод, хоча окремі з них відрізняються від конвенційних визначень термінологічно. Норми національного законодавства України співпадають, зокрема, з нормами Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод щодо таких

явищ: захисту прав людини (ст. 1); права на життя (ст. 2); заборони тортур (ст. 3); права на справедливий судовий розгляд (ст. 6); призначення покарання лише згідно із законом (ст. 7); свободи мирних зборів і свободи об'єднання (ст. 11); права на ефективні засоби правового захисту (ст. 13); права на вільні вибори (ст. 3 Протоколу № 1); права на свободу пересування та свободу вибору місця проживання (ст. 2 Протоколу № 4) тощо.

Під час узгодження національного законодавства з положеннями Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод не можуть не враховуватися багато інших міжнародних актів із прав і свобод людини, до яких також приєдналася Україна та які стали частиною її національного законодавства. Характерним для практики судів загальної юрисдикції є вживання в більшості випадків положень ст. ст. 6, 10 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, ст. 1 Протоколу № 1 до неї та рішень Європейського суду з прав людини. Ідеться, зокрема, про критерії справедливого судового розгляду, відповідності тривалості судової процедури до стандартів «розумного строку», захисту права власності, честі, гідності й ділової репутації, відшкодування моральної (немайнового) шкоди тощо [17, с. 115–119]. Звернення до рішень Європейського суду обумовлюється його роллю в європейській системі захисту прав людини та європейського правопорядку, оскільки одним із головних завдань його практики є вироблення відповідного загальноєвропейського стандарту прав людини [18, с. 128]. До того ж Європейський суд із прав людини є головним елементом контрольного механізму дотримання положень Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

Погодження положень чинного законодавства України з положеннями міжнародно-правових актів, імплементація міжнародно-правових норм, зокрема щодо прав і свобод людини, у національне законодавство України, їх реалізація в національній сфері відповідає тенденціям поглиблення взаємозв'язку міжнародного й національного права, затвердження міжнародних стандартів у вітчизняній правовій системі та застосування цих стандартів на практиці державними органами. Слід зазначити, що не всі норми міжнародного права можливо застосовувати на практиці Конституційним Судом України, оскільки є норми міжнародного права, які не підпадають під правову регламентацію на території України. Із цього приводу виникає багато проблем як у законодавців, так і в практиків.

Таким чином, взаємодія норм міжнародного й національного права вичерпує себе досягненням узгодженості положень національного законодавства та міжнародно-правових актів, їх повної взаємодії із забезпеченням суверенного права народу безпосередньо або через відповідні органи державної влади встановлювати порядок і межі правового регулювання суспільних відносин гарантуванням верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України.

Література

1. Егоров А.М. Влияние глобализации на основополагающие институты гражданского общества / А.М. Егоров // Право и государство: теория и практика. – 2008. – № 3. – С. 34.
2. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
3. Борисов Г.А. О понятии принципов, действующих в правовой сфере / Г.А. Борисов // Проблемы

социалистической законности : сб. статей. – Х. : Вища школа, 1981. – Вып. 7. – С. 7.
4. Байтин М.И. О принципах и функциях права: новые моменты / М.И. Байтин // Известия высших учебных заведений. Серия «Правоведение». – 2000. – № 3. – С. 5–6.
5. Ківалова Т.С. Розвиток міжнародно-правових принципів в епоху глобалізації / Т.С. Ківалова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова. – О. : Юридична література, 2009. – Вип. 49. – С. 318–325.
6. Ведяхин В.М. Понятие и классификация принципов права / В.М. Ведяхин, К.В. Ведяхина // Право и политика. – 2002. – № 4. – С. 26–28.
7. Зорькин В.Д. Конституция и права человека в XXI веке. К 15-летию Конституции Российской Федерации и 60-летию Всеобщей декларации прав человека / В.Д. Зорькин. – М. : Норма, 2008. – 224 с.
8. Погребняк С.П. Роль основоположних принципів у застосуванні права / С.П. Погребняк // Проблеми філософії права : міжнародний часопис. – К. ; Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2009. – Т. 6–7. – С. 124–134.
9. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.
10. Про прокуратуру : Закон України від 5 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 793.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення ст. ст. 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К.Г. Устименка) // Вісник Конституційного Суду України. – 1997. – № 2. – С. 31–35.
12. Сергієнко Н.Н. Контроль відповідності національних законів положенням Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини 1950 р. – нова функція конституційної юрисдикції європейських держав / Н.Н. Сергієнко // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 6. – С. 92–110.
13. Савенко М.С. Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України / М.С. Савенко // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 6. – С. 51–55.
14. Євінтов В.І. Імплементація рішень Європейського суду з прав людини: міжнародний та український досвід / В.І. Євінтов // Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України / за ред. В.Н. Денисова. – К. : Юстиніан, 2006. – С. 184–197.
15. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
16. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології / Н.М. Пархоменко. – К. : Юридична думка, 2008. – 336 с.
17. Пялдак В.В. Практика застосування судами України Конвенції про захист прав людини і основних свобод / В.В. Пялдак // Юридичний журнал. – 2003. – № 1. – С. 115–119.
18. Мармазов В.С. Уроки європейського права – 2 / В.С. Мармазов // Юридичний журнал. – 2003. – № 2. – С. 128.

Анотація

Іванченко О. М. **Взаємодія норм міжнародного права та національного права в межах зміни концепції системи джерел права України.** – Стаття.

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що в сучасній Україні відбуваються зміни уявлень про джерела права, їх ролі й значення в системі права. Це відбувається завдяки посиленню процесів щодо взаємодії норм міжнародного та національного права.

Ключові слова: правова система, джерела національного права, правові принципи, міжнародне право, норми права.

Аннотация

Иванченко О. М. **Взаимодействие норм международного права и национального права в рамках изменения концепции системы источников права Украины.** – Статья.

Актуальность темы исследования заключается в том, что в современной Украине происходят изменения представлений об источниках права, их роли и значения в системе права. Это происходит благодаря усилению процессов по взаимодействию норм международного и национального права.

Ключевые слова: правовая система, источники национального права, правовые принципы, международное право, нормы права.

Summary

Ivanchenko O. M. Interaction of international law and national law in the framework of the concept of changing the system of sources of law in Ukraine. – Article.

Background research is that in modern Ukraine is changing perceptions of the sources of law, their role and importance in the legal system. This is due to strengthening the processes of the interaction of international and national law.

Key words: legal system, sources of national law, legal principles of international law, rule of law.

УДК 341.174(4)

Ю. В. Венгринюк

ДОПУСТИМІСТЬ ВИБОРУ «НЕДЕРЖАВНОГО ПРАВА» ЯК ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ДОГОВОРУ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Постановка проблеми. Питання колізійного регулювання договірних відносин у Європейському Союзі (далі – ЄС) набуває з кожним днем усе більшого інтересу з боку як науковців, так і юристів-практиків. Можливість сторонами договору самостійно обрати право, яке підлягатиме застосуванню до їхнього договору, врегульовано в країнах-членах ЄС ст. 3 Розпорядження Європейського парламенту № 593/2008 про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань (далі – Регламент «Рим I»), яке замінило ст. 3 Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. (далі – Римська конвенція 1980 р.). Враховуючи положення Регламенту «Рим I», можна чітко побачити, що в якості застосовного щодо договору права може використовуватися не лише право держави-члена ЄС, проте Регламент «Рим I» не забороняє сторонам включати посилання у своєму договорі на так зване «недержавне право» чи міжнародну угоду.

Мета статті полягає в комплексному науковому аналізі інституту *lex voluntatis,* дослідженні міжнародно-правового регулювання договірних відносин, пов'язаного зі свободою вибору права, а також визначенні можливості застосування «недержавного права», яке застосовуватиметься до договірних зобов'язань у колізійному праві ЄС. Під «недержавним правом (правилами)» (франц. *droit non etatique*; англ. *non-state body of law*; нім. *nichtstaatliches Regelwerk*) у цьому випадку розуміються акти міжнародних міжурядових і неурядових організацій, у тому числі акти, які не мають обов'язкової юридичної сили для держав і приватних осіб (наприклад, підготовлені Міжнародною торговельною палатою офіційні правила тлумачення торговельних термінів – «ІНКОТЕРМС»).

Виклад основного матеріалу. Як і Римська конвенція 1980 р., Регламент «Рим I» не дозволяє сторонам договору обирати будь-що, крім національного права. Таке «недержавне право», як *lex mercatoria* [1, с. 453–455], Принципи європейського договірного права чи Принципи УНІДРУА, не можуть обиратися сторонами як право, що підлягатиме застосуванню до договору. І хоча Пропозиція Європейської комісії 2005 р. щодо Регламенту «Рим I» ініціативно пропонувала дозволити сторонам обирати «недержавне право» як таке, що буде підлягати застосуванню до їхнього договору, включаючи такі правила, як Принципи УНІДРУА й Принципи

© Ю. В. Венгринюк, 2013

європейського договірного права та виключаючи *lex mercatoria* як таке, що не є достатньо чітким, а також виключаючи приватні кодифіковані акти, які не завжди визнаються міжнародним співтовариством [2, с. 5], однак це положення Пропозиції Європейської комісії 2005 р. було відхилено. Як і ст. 7(2) Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Пропозиція Європейської комісії 2005 р. у своєму тексті намагалася показати, які дії повинні вчинятися, коли звичайні аспекти договірного права не можуть чітко врегульовуватися «недержавним правом».

Таке навмисне упущення критикувалося багатьма країнами, оскільки воно є поза зв'язком із міжнародною комерційною реальністю, встановлюється всупереч принципу автономії волі та створює невідповідність арбітражному праву більшості держав-членів ЄС. Однак, як згадувалося вище, Регламент «Рим I» не перешкоджає контрагентам включити до договору умову про застосування положень «недержавного права» чи міжнародної угоди (п. 13 преамбули Регламенту «Рим I») шляхом посилання в ньому.

На нашу думку, п. 1 ст. 3 Регламенту «Рим I» дозволяє здійснювати вибір права держави-члена ЄС, виключаючи «недержавне» чи «наднаціональне» право, таке як *Common European Sales Law* (далі – *CESL*) [3]. Причиною цього є саме історія прийняття Регламенту «Рим I»: п. 2 ст. 3 Пропозиції Європейської комісії 2005 р. пропонував сторонам врегульовувати їх договір за допомогою принципів і правил матеріального договірного права, які визнано на міжнародному рівні або в ЄС [4, с. 407–408]. Проте цей пункт Пропозиції Європейської комісії 2005 р. так і не ввійшов до норм Регламенту «Рим I», оскільки держави-члени ЄС не дійшли спільної згоди щодо чіткої сфери дії цього положення [5, с. 187]. Науковці та юристи-практики проводили різні суперечки щодо того, які принципи й правила матеріального договірного права може бути визнано на міжнародному рівні або в ЄС та хто буде здійснювати визнання таких принципів і правил. Враховуючи цей факт, проблему неможливо було вирішити в позитивному напрямі. Тому законодавець ЄС вирішив повернутися до положень Римської конвенції 1980 р.: ст. 3 Регламенту «Рим I» практично словесно повторює положення Римської конвенції 1980 р. Однак на відміну від Римської конвенції 1980 р., п. 1 ст. 3 Регламенту «Рим I» не дозволяє сторонам договору обирати «недержавне» або «наднаціональне» право, що підлягатиме застосуванню до договірного зобов'язання. Відповідно до п. 13 преамбули Регламенту «Рим I» сторони не можуть обирати як право, що застосовуватиметься до договору, таке «недержавне» чи «наднаціональне» право, як *CESL* (згідно з п. 1 ст. 3 Регламенту «Рим I») [6, с. 224].

Навіть якщо Регламент «Рим I» словесно практично повторює норми Римської конвенції 1980 р., він чітко вказує на те, що можливість вибору сторонами права до їхнього договірного зобов'язання обмежується правом держав-членів ЄС (за винятком правил матеріального договірного права як *Common Frame of Reference* (Загальна система координат), прийнятих законодавцем ЄС) [7, с. 263, 270–272].

Сьогодні на практиці виникає багато питань щодо можливості застосування в майбутньому в Європі правил, які зараз прописані в Пропозиції для Регламенту Європейського парламенту та Ради про загальноєвропейське право купівлі-прода-

жу (*CESL*), оскільки це буде новим правовим інструментом ЄС, який не збігатиметься з деякими положеннями Регламенту «Рим І».

Слід зазначити, що п. 13 преамбули Регламенту «Рим І» не поширюється на такий європейський інструмент, як *CESL*, оскільки останній розглядається в контексті п. 14 преамбули Регламенту «Рим І». Однак цей же пункт преамбули Регламенту «Рим І» нічого не говорить про співвідношення та взаємозв'язок між ним і правовими інструментами матеріального договірного права, прийнятими законодавчим органом ЄС. Це положення преамбули Регламенту «Рим І» просто стверджує, що такі правові інструменти можуть забезпечити сторонам можливість вибору права до договору, передбаченого такими правовими інструментами. Пункт 14 преамбули Регламенту «Рим І» не говорить нічого про те, що вибір сторонами до договору такого права, як *CESL*, є прийнятним і не суперечить положенням Регламенту «Рим І», тим паче не вказує, що такий вибір сторонами договору не буде прийнятним і суперечитиме положенням Регламенту «Рим І». А тому таке вирішення проблеми може покладатися лише на законодавця ЄС, якому, на нашу думку, слід передбачити та внести певні зміни до Регламенту «Рим І» щодо питання можливості вибору права сторонами договору, наприклад, такого як *CESL*, або ж передбачати вже в подібних правових інструментах положення про його відповідність до норм Регламенту «Рим І». Однак, незважаючи на це, п. 1 ст. 3 Регламенту «Рим І» не дозволяє застосовувати до договірних зобов'язань сторонами «недержавне право», таке як *CESL*.

На наш погляд, слід зазначити, що в системі Римської конвенції 1980 р. положення про свободу вибору права містять певні обмеження для запобігання відступленню від обов'язкових правил (таких як переважні імперативні положення). Більшість таких обмежень було перенесено до тексту Регламенту «Рим І» із деякими змінами й модифікаціями.

Перше обмеження постає з п. 3 ст. 3 Регламенту «Рим І» і застосовується виключно до договорів, які укладаються всередині держави. Щодо цих договорів автономія волі сторін можлива, проте вона не може запобігати застосуванню переважних імперативних положень держави, де знаходяться «всі інші елементи ситуації». З іншого боку, коли ситуація надає декілька іноземних елементів, свободу вибору права може бути обмежено ст. 9 (переважні імперативні положення) та ст. 21 (публічний порядок суду) Регламенту «Рим І» (ст. ст. 7 та 16 Римської конвенції 1980 р. відповідно). Новим у цьому випадку є те, що в п. 3 ст. 3 Регламенту «Рим І» було вирішено проблему з *mandatory rules* (імперативними нормами) та проведено чіткий розподіл між ними й *supermandatory rules* (надімперативними нормами) [8, с. 29]. Норми, які підлягають застосуванню під час укладення так званих «внутрішніх договорів», отримали назву «положення права, від яких не дозволяється відступати шляхом угоди».

Особливі обмеження застосовуються до договорів за участю споживача (ст. 6 Регламенту «Рим І») та до індивідуальних трудових договорів (ст. 8 Регламенту «Рим І»), оскільки вибір права не може позбавити слабшу сторону договору захисту, який надається такій стороні обов'язковими правилами, що підлягають застосуванню в разі відсутності вибору (ст. ст. 5 і 6 Римської конвенції 1980 р. відповідно).

Загалом ці обмеження виявилися недостатньо відповідними, щоб гарантувати застосування обов'язкових (імперативних) положень права ЄС, а особливо застосування правил, які включено до гармонізованих директив ЄС. Якщо ж договірні відносини сторін носять міжнародний характер (та коли особливі правила щодо споживачів і найманих працівників не застосовуються), сторони договору можуть обрати право, яке підлягатиме застосуванню до їхніх договірних відносин, незважаючи на обмеження п. 3 ст. 3 Регламенту «Рим I», якщо навіть ситуація виключно пов'язана з двома або більше державами-членами ЄС (наприклад, договір між двома сторонами, який укладено в двох державах-членах ЄС). У такому випадку сторони договору можуть визначити, що договір буде регулюватися правом третьої держави, у якій право ЄС не має юридичної сили, або встановити застосування до договору права держави-члена ЄС, де директиви ЄС ще не було імплементовано, а тому застосування обов'язкових (імперативних) положень права ЄС не буде.

У таких випадках застосування права ЄС може гарантуватися лише тоді, коли відповідні положення характеризуються як «міжнародні імперативні правила» або через застосування публічного порядку.

З метою забезпечення більш ефективного захисту стандартів, передбачених правом ЄС, Регламент «Рим I» взяв до уваги Пропозицію Європейської групи з міжнародного приватного права та включає до ст. 3 новий п. 4, у якому вказано: «У випадку, коли всі інші елементи, які відносяться до ситуації, на момент вибору права знаходяться в одній чи більше державах-членах, вибір сторонами права, що підлягатиме застосуванню, іншого, ніж право держави-члена, не повинен наносити збитків застосуванню положень права Співтовариства, де це є доречно, які імплементовані в законодавство держави-члена суду та від яких не можна відступати шляхом угоди».

Зважаючи на те, що п. 4 ст. 3 Регламенту «Рим I» відсилає до *lex fori,* він нехтує положенням про право, що підлягатиме застосуванню до договору за відсутності свободи вибору. Тому договори, які підлягають регулюванню відповідно до п. 4 ст. 3 Регламенту «Рим I», будуть завжди врегульовуватися правом держави-члена ЄС за відсутності свободи вибору сторонами; це положення Регламенту «Рим I» закликає до застосування *lex fori*, оскільки воно легше буде застосовуватися суддями.

Загалом ми вважаємо, що включення запропонованого положення до ст. 3 Регламенту «Рим I» не буде достатнім для того, щоб відмовлятися від застосування до договірних зобов'язань імперативних правил, передбачених директивами ЄС.

Варто зазначити, що в п. 14 преамбули Регламенту «Рим I» міститься певне пом'якшення щодо згаданих стандартизованих положень права ЄС. Зокрема, якщо ЄС у відповідному правовому акті встановить матеріальні норми договірного права, включаючи загальні умови й типові положення договорів, то в цьому правовому акті може бути передбачено можливість вибору сторонами договірного зобов'язання для застосування цих норм.

Що ж стосується п. 4 ст. 3 Регламенту «Рим I», то слід сказати, що на його підтримку виступає п. 15 преамбули Регламенту «Рим I», у якому зазначено, що у випадку, якщо обрано право однієї держави, а всі інші елементи ситуації знаходяться в іншій державі, то вибір права не повинен наносити збитків застосуван-

ню положень, від яких право цієї держави не дозволяє відступати шляхом угоди. Це правило повинне застосовуватися, незважаючи на наявність чи відсутність факту супроводження вибору права сторонами договірного зобов'язання вибором суду. Оскільки Регламентом «Рим І» не планувалося вносити кардинальні зміни, порівняно з п. 3 ст. 3 Римської конвенції 1980 р., формулювання його положень повинні максимально узгоджуватися зі ст. 14 Регламенту «Рим ІІ» (свобода вибору).

Таким чином, щоб сприяти досягненню загальної мети Регламенту «Рим І» – правової визначеності в межах європейського простору правосуддя, – колізійні норми повинні бути здебільшого передбачуваними. Водночас суди повинні наділятися певною свободою розсуду з метою встановлення права, яке має найбільш тісний зв'язок із ситуацією.

На наш погляд, Регламент «Рим І» практично передає принцип свободи вибору сторонами права, яке підлягає застосуванню до договірних зобов'язань, однаковими словами, як це було в ст. 3 Римської конвенції 1980 р. Зміни в деяких окремих словах п. 1 ст. 3 Римської конвенції 1980 р. в п. 1 ст. 3 Регламенту «Рим І» не роблять змін у самому змісті положень обох актів. Однак зміна слів у тексті ст. 3 Регламенту «Рим І» спричинялася необхідністю більше наблизити англійську й німецьку версії тексту положення до тексту ст. 3 Римської конвенції 1980 р., написаного французькою мовою [9, с. 379]. Більше того, як і п. 3 ст. 3 Римської конвенції 1980 р., п. 3 ст. 3 Регламенту «Рим І» не говорить, що вибір права іноземної держави тягне за собою вибір суду цієї ж іноземної держави. Проте п. 15 преамбули Регламенту «Рим І» вказує на те, що, незалежно від наявності чи відсутності супроводження вибору права сторонами договірного зобов'язання вибором суду, вибір сторонами права до договору не створить його таким, що вибір буде необмеженим згідно з п. 3 ст. 3 Регламенту «Рим І». Тому до тексту ст. 3 Регламенту «Рим І» було додано п. 4, якого не існувало в ст. 3 Римської конвенції 1980 р. щодо імперативних (стандартизованих) положень права ЄС [10, с. 735].

Відтак сторони є вільними у виборі права до свого договору шляхом укладення усної чи письмової угоди. Вибір сторони можуть відсилати до будь-якого права без жодних обмежень. Крім того, ні тісного зв'язку, ні відношення договору до обраного сторонами права не вимагається. Іншими словами, сторони можуть обрати до свого договору абсолютно «нейтральне» право. Єдиним обмеженням, яке застосовується, є те, що обране сторонами право повинне бути саме правом у технічному значенні, а не лише загальними принципами чи іншими правилами колізійного права у сфері договірних зобов'язань. Сторони можуть навіть обрати право до свого договору після того, як основну частину його буде укладено чи виконано, якщо до договірного зобов'язання буде залучено згодом ще третю сторону.

Європейське колізійне право у сфері договірних зобов'язань навіть забезпечує вибір сторонами права, яке пов'язується виключно з однією країною. Однак у такому випадку вибір є обмеженим необов'язковими положеннями права країни, з якою договір має виключний зв'язок. Угоду про вибір права буде визначено та укладено відповідно до обраного сторонами права, навіть якщо такий вибір повинен виявитися недійсним за правилами однієї й тієї ж країни. Таку можливість сторонам надано не залежно від строку дії основного договору (доктрина віддільності – *doctrine of separability*) [11].

Висновки. Свободу вибору сторонами права було визнано в Європі ще з моменту прийняття Римської конвенції 1980 р., яку згодом було трансформовано в правовий інструмент Європейського Союзу Регламент «Рим І». Свобода вибору сторонами права є предметом певних обмежень у колізійному праві у сфері договірних зобов'язань, і ці обмеження охоплюють її ефективність та визначеність. Однак, незважаючи на ці обмеження, свобода вибору сторонами права залишається однією з найбільш важливих положень у боротьбі з правовою невизначеністю, з якою стикаються сторони, укладаючи безліч міжнародних договорів із можливістю застосування різних національно-правових систем держав-членів Європейського Союзу. Ми вважаємо, що ст. 3 Регламенту «Рим І» дозволить нам краще зрозуміти, як ця концепція працює на практиці, та надасть можливість здійснити вдосконалення колізійного права України у сфері договорів відповідно до положень європейського міжнародного приватного права.

Література

1. Lew J.D.M. Comparative International Commercial Arbitration / eds. J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll // Published by Kluwer Law International. – Hague (Netherlands), 2003. – P. 453–455.
2. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) presented by the Commission. – Brussels du 15.12.2005. – COM(2005)650 final. – P. 5.
3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law. – Brussels du 11.10.2011. – COM(2011)635 final. – 2011/0284 (COD).
4. Bogdan M. The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the choice of law by the parties / M. Bogdan // Nederlands Internationaal Privaatrecht. – 2009. – P. 407–408.
5. Hahn C. La liberté de choix dans lex instruments communautaire récents Rome I et Rome II; L'autonomie de la volonte entre interet prive et interet general / C. Hahn ; Comité Français de Droit International Privé (Années 2006–2008). – Editions Pedone. – Paris, 2009. – P. 187.
6. Comments on the Proposal for a Council Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht: The Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law. – 2007. – № 71. – P. 224.
7. Lagarde P. Cadre Commun de reference et droit international privé / P. Lagarde // Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law / A. Schulze (ed.). – Munich : Sellier ; European law publishers GmbH, 2008. – P. 263–272.
8. Lando O. The Rome I Proposal / O. Lando, P.A. Nielsen // Journal of Private International Law. – Oxford : Hurt Publishing (UK), 2007. – Vol. 3. – Issue 1. – P. 29.
9. Wagner R. Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung): Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung / R. Wagner // Praxis des internationalen Privat- und Verfahrenrechts, 2008. – P. 379.
10. Lagarde P. De la Convention de Rome au règlement Rome I / P. Lagarde, A. Tenenbaum // Revue critique de droit international privé. – 2008. – № 4. – P. 735.
11. EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Übereinkommen über Das Auf Vertragliche Schuldverhältnisse Anzuwendende Recht Kommentar / D. Czernich, H. Heiss, K. Nemeth. – Wien, 1999. – Art. 3. – № 10. – P. 54–55.

Анотація

Венгринюк Ю. В. **Допустимість вибору «недержавного права» як права, що застосовується до договору в Європейському Союзі.** – Стаття.

Досліджується питання допустимості вибору сторонами договору «недержавного права» як такого, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань у колізійному праві Європейського Союзу. Здійснено аналіз ст. 3 Регламенту «Рим І». Особлива увага присвячується принципу lex voluntatis.

Ключові слова: Регламент «Рим І», Римська конвенція 1980 р., «недержавне право», договір, Європейський Союз, lex voluntatis.

Аннотация

Венгринюк Ю. В. **Допустимость выбора «негосударственного права» как права, подлежащего применению к договору в Европейском Союзе.** – Статья.

Исследуется вопрос о допустимости выбора сторонами договора «негосударственного права» как подлежащего применению к договорным обязательствам в коллизионном праве Европейского Союза. Осуществлен анализ ст. 3 Регламента «Рим I». Особое внимание уделено принципу lex voluntatis.

Ключевые слова: Регламент «Рим I», Римская конвенция 1980 г., «негосударственное право», договор, Европейский Союз, lex voluntatis.

Summary

Vengrynyuk Y. V. **Admissibility of the choice of "non-state body of law" as a law applicable to the contract in European Union.** – Article.

Herein researches the question of the admissibility of the choice by the parties to the contract of "non-state body of law" as a law applicable to contractual obligations in European Union. The art. 3 of the Rome I Regulation is analyzed. Special attention is devoted to the principle of lex voluntatis.

Key words: Rome I Regulation, Rome Convention 1980, "non-state body of law", contract, European Union, lex voluntatis.

УДК 341.324.5

К. І. Бусол

ЗВИЧАЄВІ НОРМИ ЩОДО ЗАХИСТУ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ

Постановка проблеми. Кількість сучасних арт-злочинів, зокрема тих, що скоюються під час воєнних конфліктів, значно зросла, незважаючи на наявність договірного регулювання цього питання (Гаазької конвенції 1954 р. та двох її протоколів, Женевських конвенцій 1949 р. та двох додаткових протоколів до них).

Стан дослідження. Вивченням джерел міжнародного права захисту культурних цінностей у різний час займалися Й. Дінштайн, Р. О'Кіф, М. О'Конел, Ж.-М. Хенкерст.

Питанням історії становлення міжнародно-правового захисту культурних цінностей приділяли увагу як науковці далекого зарубіжжя (Ф. Буньйон, Р. О'Кіф, К. Мінхарт), так і дослідники з пострадянського простору (Л. Галенська, Ф. Молчанов, Г. Стародубцев).

Метою статті є дослідження змісту й контексту формування існуючої міжнародної звичаєвої практики захисту культурних цінностей як, можливо, більш ефективної альтернативи договірному регулюванню, наявному на сьогодні.

Виклад основного матеріалу. Історична ретроспектива достовірно демонструє, що ідеї захисту культурних цінностей і перші міжнародно-правові норми й обмеження в цьому напрямі нерозривно пов'язувалися з правом війни [1, с. 6–7]. Починаючи з права асилії в Античності, середньовічного права Європи та Японії, питання захисту мистецьких об'єктів поставало саме в умовах збройних конфліктів. Результатом такого розвитку подій є два висновки: звичаєвий характер норм захисту артефактів та значний їх зв'язок із міжнародним гуманітарним правом.

Окрім уже кодифікованих звичаєвих норм у Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 рр., першим значним дослідженням міжнародно-правових звичаїв поводжен-

© К. І. Бусол, 2013

ня з культурними цінностями стала робота III Підкомісії Комісії з відповідальності, створеної Попередньою мирною конференцією в Парижі в 1919 р. у відповідь на численні злочини проти об'єктів культури під час Першої світової війни, зокрема спалення Левенської бібліотеки та бомбардування собору в Реймсі [2, с. 5]. Підкомісія скала перелік воєнних злочинів, що включали в себе «зухвале руйнування релігійних, благодійницьких, освітніх та історичних будівель і пам'яток» [2, с. 5]. І хоча через політичну кон'юнктуру процес над звинувачуваними німецькими військовими так і не було проведено, робота цієї Підкомісії стала одним із перших сучасних досліджень законів і звичаїв війни щодо арт-злочинів, поєднавши міжнародне гуманітарне та міжнародне кримінальне право (запити щодо екстрадиції) [2, с. 5]. Іншим прецедентом визнання звичаєвої сили норм щодо захисту культурних цінностей було твердження Нюрнберзького трибуналу про те, що норми Гаазького уложення 1907 р. «визнані всіма цивілізованими націями та вважаються такими, що формулюють закони та звичаї війни» [2, с. 5]. Статтю 27 Гаазького уложення 1907 р. присвячено забороні нападів чи бомбардувань будівель культурних, мистецьких, історичних і благодійницьких установ, якщо на момент такого нападу чи бомбардування вони не використовуються у воєнних цілях [3]. Друге речення цієї норми містить зобов'язання розміщувати на таких установах відмітний знак і завчасно повідомляти його ворожій стороні [3].

Враховуючи значну кількість повоєнних кодифікацій злочинів проти культури, ЮНЕСКО проголосила: «Основоположні принципи захисту та збереження культурних цінностей під час збройного конфлікту можуть вважатися частиною звичаєвого права» [4, с. 316]. Якою б обнадійливою не була ця заява, наукове співтовариство поставилося до неї скептично, справедливо стверджуючи, що згадане звичаєве право буде ефективним за двох умов: коли буде наведено його конкретні норми та проаналізовано їх застосування до випадків як міжнародного, так і неміжнародного конфліктів [5, с. 316]. Відповідна ініціатива знайшла розвиток у межах Міжнародного комітету Червоного Хреста (далі – МКЧХ), який розпочав глобальну практичну й академічну роботу з кодифікації звичаєвого міжнародного гуманітарного права під головуванням Ж.-М. Хенкерста та Л. Досвальд-Бек. Під час роботи Ж.-М. Хенкерст, Л. Досвальд-Бек та їх команда зверталися до практики держав із підписання й ратифікації відповідних міжнародних договорів, імплементації їх положень у національні законодавства, зокрема військові статути, аналізувалася поведінка держав у різноманітних конфліктах, а також їх односторонні заяви, що стосувалися розуміння й інтерпретації законів і звичаїв ведення війни [4, с. 725–728; 6].

Однак діяльність кодифікаційної команди МКЧХ також не була позбавленою критики. Р. О'Кіф, наприклад, озвучує поширену думку: у такій суперечливій галузі, як міжнародне гуманітарне право, і в таких непріоритетних для сторін, які воюють, питаннях, як повага до об'єктів культури, факт участі в певній конвенції ні про що не говорить, треба дивитися на реальне дотримання чи недотримання норм. І хоча зазначений аргумент має доволі вагоме право на існування, не слід забувати, що у своїй роботі МКЧХ тісно співпрацював із національними урядами та академіками, які надавали національний інкорпораційний та інтерпретаційний звіт щодо

основних міжнародно-правових документів *jus in bello.* До того ж односторонні заяви держав, у тому числі в межах міжнародних організацій, щодо війни в Перській затоці, югославських воєн, війни в Іраку чи рішень Талібану мають беззаперечно дипломатичне, політичне й міжнародно-правове значення [4, с. 756–774]. Тому за всіх контраргументів кодифікаційна робота Ж.-М. Хенкерста та Л. Досвальд-Бек є вагомим здобутком, унікальним джерелом, у тому числі з питань захисту культурних цінностей, із чим погоджуються навіть найсуворіші її критики [5, с. 317].

У компіляції МКЧХ безпосередньо питанням об'єктів культури присвячено Розділ 12 (норми 38–41), які буде проаналізовано нижче. Проте слід зазначити, що й більшість інших сформульованих звичаєвих норм застосовуються до ситуацій з артефактами, наприклад: обов'язковість дотримання принципу розрізнення під час здійснення нападу (норма 12) [7, с. 52], принципи визначення цивільних об'єктів (норма 9) [7, с. 42], вживання заходів перестороги щодо наслідків нападу (норма 22) [7, с. 87].

Щодо норм, які безпосередньо стосуються виключно культурних цінностей та які виділено в Розділ 12, то вони сформульовані таким чином [7, с. 164]:

«Норма 38: кожна сторона конфлікту має поважати культурні цінності:

а) під час воєнних операцій приділяється особлива увага задля уникнення нанесення шкоди будівлям, призначеним для цілей релігії, мистецтва, науки, освіти чи благодійності, а також історичним пам'яткам, якщо вони не є воєнними об'єктами;

б) цінності, що мають велике значення для культурної спадщини кожного народу, не повинні перетворюватись на об'єкт нападу, за винятком випадків, коли цього вимагає нагальна воєнна необхідність.

Норма 39: заборонено використовувати цінності, які мають велике значення для культурної спадщини кожного народу, у цілях, що можуть призвести до їх руйнування чи пошкодження, за винятком тих випадків, коли цього вимагає нагальна воєнна необхідність.

Норма 40: кожна сторона конфлікту зобов'язана захищати культурні цінності:

а) заборонено будь-яке захоплення, знищення чи умисне пошкодження релігійних, благодійницьких, освітніх, художніх і наукових установ, історичних пам'яток, творів мистецтва й наукових виробів;

б) заборонено будь-які акти крадіжки, грабунки чи незаконне присвоєння в будь-якій формі культурних цінностей, які мають велике значення для культурної спадщини кожного народу, а також будь-які акти вандалізму над такими цінностями.

Норма 41: держава-окупант має попереджувати незаконне вивезення культурних цінностей з окупованої території та зобов'язана повернути незаконно вивезені культурні цінності компетентним органам влади окупованої території».

Як видно з кодифікації МКЧХ, вона, як і Женевські та Гаазька конвенції з відповідними протоколами, містить винятки щодо воєнних об'єктів і нагальної воєнної необхідності [7, с. 164–178]. На нашу думку, такі формулювання норм звичаєвого права є виправданими з двох причин. По-перше, на відміну від конвенційних положень, вони є констатацією узвичаєної практики. Таким чином, виходячи з природи звичаєвих норм, у них апріорі не може бути закріплено більш прогресивне формулювання *de lege ferenda.* По-друге, історично міжнародне право війни та

миру завжди, навіть у другій половині XX ст., містило винятки з причин воєнної необхідності. Тому, на нашу думку, якщо в плані аналізу конвенційних положень критика щодо надмірної гнучкості їх формулювань є допустимою, то звичаєві норми в такій ситуації володіють історичним імунітетом.

Наведені основні чотири норми звичаєвого міжнародного гуманітарного права, що стосуються культурної сфери, викристалізувалися переважно в 90-ті рр. XX ст. [7, с. 165]. Саме на цей період припадає найбільша кількість односторонніх заяв держав і закликів міжнародних організацій поважати культурну спадщину [7, с. 165]. Так, через перебіг югославського конфлікту Генеральний директор ЮНЕСКО та Генеральний секретар ООН у 1991 р. оприлюднили спільне звернення до ворогуючих сторін із проханням «поважати принципи, закріплені в Конвенції про захист культурних цінностей на випадок збройного конфлікту та в Конвенції про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини» [4, с. 801]. У 1995 р. Апеляційна палата Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії в ключовому рішенні в справі Д. Тадіча підтвердила, що виник значний масив звичаєвих норм, які застосовуються до ситуацій неміжнародного конфлікту задля захисту цивільних об'єктів, зокрема культурних цінностей [8]. Палата також підтвердила, що ст. 19 Гаазької конвенції 1954 р., яка гарантує мінімальну повагу до об'єктів культури, також набула звичаєвого характеру [8].

Одним із пунктів критики кодифікації МКЧХ був аргумент, що доведення існування звичаю на основі факту підписання тієї чи іншої конвенції є ненадійним [5, с. 317], особливо в галузі міжнародного гуманітарного права. Однак слід наголосити, що наявність міжнародно-правового звичаю у сфері захисту об'єктів культури, навпаки, часто визнавалася без прив'язки конкретної держави до тієї чи іншої конвенції. Так, Комісія з розгляду взаємних претензій, створена після закінчення війни між Еритреєю та Ефіопією 1998–2000 рр., визнала умисне руйнування еритрейської стели ефіопською армією міжнародним протиправним діянням і порушенням «звичаєвого міжнародного права» [9, с. 465–466]. Цікаво, що на час розгляду цієї претензії жодна із цих двох держав стороною Гаазької конвенції 1954 р. не була [10, с. 11].

Висновки. Дійсно, укладачі кодифікації МКЧХ дуже часто посилалися на різноманітні міжнародні (наприклад, Брюссельська декларація, Мирна угода між союзницькими та іншими державами та Італією 1947 р., Конвенція ЮНЕСКО 1970 р.) та національні (наприклад, Військовий статут Великобританії, Польовий статут США, Військовий посібник Нідерландів) інструменти в якості доведення факту існування певного звичаю, зокрема у сфері захисту культурних цінностей. Проте вони не робили акцент на кількості підписів чи ратифікації певної конвенції, а здебільшого ілюстрували тривале історичне текстове й практичне правонаступництво в існуванні та розвитку певної норми. Таким чином, як кодифікація МКЧХ, так і наступна практика міжнародних організацій, односторонніх заяв держав і воєнних трибуналів підтверджує дві тенденції: зростання кількості звичаєвих норм із захисту об'єктів культури, а також поширення норм, які створювалися або історично застосовувалися до ситуацій міжнародних конфліктів, на захист артефактів у конфліктах неміжнародного характеру.

Література

1. Бюньон Ф. Становление правовой защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта / Ф. Бюньон // Международный журнал красного Креста: защита культурных ценностей в случае вооруженного конфликта – 2004. – № 854. – С. 5–17.
2. O'Keefe R. Protection of Cultural Property under International Criminal Law / R. O'Keefe // Melbourne Journal of International Law. – 2010. – Vol. 11. – P. 1–54.
3. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War and Land and its annex : Regulation concerning the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 1907). – Art. 24. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=3C43C56CFC87D4E3C12563CD005167AA.
4. Henckaerts J.-M. Customary International Humanitarian Law / J.-M. Henckaerts. – New York : Cambridge University Press, 2005. – Vol. 2. – 4411 p.
5. O'Keefe R. The Protection of Cultural Property in Armed Conflict / R. O'Keefe. – New York : Cambridge University Press, 2006. – 426 p.
6. Henckaerts J.-M. New rules for the protection of cultural property in armed conflict / J.-M. Henckaerts // International Review of the Red Cross. – 1999. – № 835. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq37.htm.
7. Хенкертс Ж.-М. Обычное международное гуманитарное право. Нормы / Ж.-М. Хенкертс, Л. Досвальд-Бекю. – пер. с англ. – М. : Международный комитет Красного Креста, 2006. – 877 с.
8. Tadic case of 2 October 1995 / Interlocutory Appeal International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/law/icty.
9. Daly B.W. Arbitration of International Cultural Property Disputes: the Experience and Initiatives of the Permanent Court of Arbitration in Artand Cultural Heritage / B.W. Daly // Law, Policy and Practice / ed. by B.T. Hoffman. – New York : Cambridge University Press, 2006. – 565 p.
10. Francioni F. The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law / F. Francioni, F. Lenzerini // European Journal of International Law. – 2003. – Vol. 14. – № 14. – P. 619–651.

Анотація

***Бусол К. І.* Звичаєві норми щодо захисту культурної спадщини.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню існуючої міжнародної звичаєвої практики захисту культурних цінностей. Зокрема, аналізується кодифікаційна робота Міжнародного комітету Червоного Хреста із цього питання, діяльність ЮНЕСКО, а також практика кримінальних трибуналів.

Ключові слова: культурні цінності, історія, звичай, міжнародне право, Міжнародний комітет Червоного Хреста.

Аннотация

***Бусол К. И.* Нормы обычного права относительно защиты культурного наследия.** – Статья.

Статья посвящена исследованию существующей международной обычной практике защиты культурных ценностей. В частности, анализируется кодификационная работа Международного комитета Красного Креста по этому вопросу, деятельность ЮНЕСКО, а также практика уголовных трибуналов.

Ключевые слова: культурные ценности, история, обычай, международное право, Международный комитет Красного Креста.

Summary

***Busol K. I.* Customary rules of cultural property protection.** – Article.

The article investigates the existing international common practice to protect cultural property. In particular, it analyzes the codification work of the International Committee of the Red Cross on this issue, UNESCO's activities, as well as the practice of criminal tribunals.

Key words: cultural values, history, customs, international law, International Committee of Red Cross.

УДК 340.11:007

И. В. Антошина

ИНФОРМАЦИОННАЯ ФУНКЦИЯ ПРАВА В МЕХАНИЗМЕ ДЕЙСТВИЯ ПРАВА

Постановка проблемы. Влияние права на социальную действительность для достижения целей правового регулирования называют его действием. При этом нормативные и ценностные составляющие права должны быть доведены до сведения различных субъектов права.

Необходимость права влиять на волю и сознание людей вызывает потребность в информировании субъектов о содержании правовых актов. Информационная функция права с помощью совокупности присущих только этой функции способов выполняет задачу ознакомления человека с правовыми нормами.

Известно, что динамика права выражена в его функциях, с помощью которых право влияет на объективную реальность. Именно информационная функция обладает такой степенью значимости для общества и человека, что ее воздействие необходимо рассматривать во взаимосвязи со всеми элементами механизма действия права.

Цель и задачи исследования. Предметом нашего исследования является информационная функция права в механизме действия права. Рассмотрение права с точки зрения его действия дает возможность понять, как оно влияет на поведение людей, какими инструментами достигает целей, поставленных перед ним.

Цель работы заключается в определении места информационной функции права в механизме действия права, а также в определении движущих компонентов такого действия.

Состояние исследования. Понятие действия права и его содержание уже длительное время являются объектами научных исследований. В отечественной литературе этой проблематикой занялись с начала 1960-х годов. В этот период в центре внимания было правоприменение, впоследствии выделилась проблематика реализации права. Среди тех, кто внес свой вклад в изучение проблемы механизма действия права, следует назвать таких ученых, как С.С. Алексеев, Н.Г. Александров, Н.М. Онищенко, Д.Н. Мешков, В.М. Горшенев, О.О. Крезе, В.А. Ленчик, А.М. Чувакова, П.М. Рабинович и другие. Также можно отметить зарубежных авторов: Д. Кейн, Е. Хармса, Е. Геллнера, Р. Дарендорфа и других.

Изложение основного материала. Действие права – это качественная характеристика функционирования правовой системы, реализация основных функций и назначения права, которое отражает уровень развития правосознания и правопорядка. Каждое действие, в том числе и действие права, совершается вследствие правовой активности [1, с. 19].

Право в действии формирует сложную динамическую систему, рассматриваемую в единстве с содержанием нормативных регуляторов общественных отношений и их функционирования, что в итоге призвано превратить нормативные предписания в желаемое социальное поведение [2, с. 19].

Действие права связано с воплощением в жизнь функциональной направленности права, его информационной, ценностной, регулятивной и охранительной

© И. В. Антошина, 2013

функции, что выражается в реализации права и в фактическом достижении правомерного поведения [1, с. 21].

Право в действии выступает как информационное ценностно-мотивационное и непосредственно регулятивное воздействие на социальную действительность в пределах определенного пространства, времени и круга лиц [3, с. 11].

Действие права рассматривается как динамическая составляющая права и характеризует фактическую реализацию его свойств, осуществляет регулятивное (специально-юридическое), информационно-психологическое (мотивационное), воспитательное (идеологическое) и социальное влияние на участников правоотношений [4, с. 210].

В общетеоретической юриспруденции действие права рассматривают в разных аспектах, выделяя при этом различные факторы, характеризующие такое действие, например социальный, юридический, психологический и другие.

Категория действия права призвана отобразить движение социально-правовой действительности как в сфере правосознания, так и в сфере реализации права. При этом эффективность действия права связана с поддержкой государства [5, с. 185]. Государство лишь способствует развитию определенных общественных отношений либо препятствует возникновению тех отношений, которые мешают социальному развитию. Поэтому государством используются экономические, политические, правовые, организационные, идеологические и другие средства.

Действие права через элементы правой системы оказывает ценностно-нормативное влияние на поведение индивидов, а также отражает сам процесс функционирования этих элементов. Этот процесс функционирования указанных элементов характеризуется как механизм. Само понятие «механизм» обозначает систему, устройство, порядок определенного вида деятельности [6, с. 21].

По мнению М.С. Кельмана и А.Г. Мурашина, механизм действия права – это взятая в единстве система правовых средств, с помощью которых осуществляется упорядочивание общественных отношений и преодолеваются преграды, которые стоят на пути удовлетворения интересов субъектов права [7, с. 404].

В.А. Ленчик обращает внимание та то, что механизм действия права должен отражать стадии и аспекты действия права. Поэтому нужен системный анализ механизма действия права, который охватывал бы как все стадии действия права, так и все аспекты общественных отношений, влияющих на правообразование, правотворчество и правореализацию. При системной характеристике механизм действия права – это взятая в единстве совокупность экономических, социально-политических, правовых и других факторов, действующих на общесоциальном, региональном, групповом и индивидуальном уровнях на стадиях правообразования, правотворчества, правореализации, что в итоге оказывает влияние на правовое поведение (деятельность) субъектов общественных отношений и определяет состояние законности и правопорядка [8].

Так, В.А. Ленчик выделяет три стадии механизма действия права. Первая стадия механизма действия права – это правообразование, когда складываются новые правила поведения, которые затем становятся частью социальных отношений.

Вторая стадия – это правотворчество (компетентные государственные органы создают нормативные правовые акты). В процессе правотворчества реализуется

информационная функция права, поскольку реализация информационной функции права, с одной стороны, направлена на совершенствование законодательства, его упорядочение с целью возможности доведения его до сведения. С другой стороны, это обеспечение доступности получения правовой информации, включающее закрепление субъективного права на правовую информацию и обеспечение возможности реализации этого права [9].

На третьей стадии (правореализации) под воздействием системы факторов происходит реализация правовых предписаний и требований в деятельности (поведении) субъектов права [8]. На стадии правореализации прослеживается информационное (информационно-психологическое, мотивационное) воздействие права с помощью правовой информации на мотивы субъектов. Такое видение механизма действия права отображает связь властных велений и индивидуальных мотивов, позволяет рассматривать право как важнейший социальный феномен [10, с. 25].

Можно сделать вывод, что действие права направлено на то, чтобы влиять на субъектов права, и результатом его действия является тот или иной вариант желаемого, правомерного поведения. Здесь особенное значение имеет специфика форм, способов и методов внедрения права в общественное и индивидуальное сознание, а также в социальную практику [11, с. 14].

Основной двигательной силой действия права являются социальные субъекты, их деятельность, интересы и потребности. Понять природу действия права невозможно без связи с социальными субъектами, которые находятся в сфере его действия, с характером социальной системы, который определяет содержание права, чувствительность к нему адресатов [5, с. 183].

Социальные субъекты механизма действия права и механизма реализации информационной функции права являются сходными. Среди них можно выделить четыре группы. К первой группе относятся нормотворческие органы, закрепляющие правовую информацию в нормативных актах. Вторую группу составляют органы государства и институты гражданского общества, которые способствуют доведению до физических и юридических лиц правовой информации. Третья группа – это юрисдикционные и правоохранительные государственные органы, юридические сообщества, осуществляющие доведение до физических и юридических лиц правовой информации. Четвертую группу образуют юридические и физические лица, воспринимающие и обменивающиеся правовой информацией в процессе своей жизнедеятельности [9].

По мнению В.И. Гоймана, механизм действия права, кроме социально-юридических средств и социальных субъектов, включает также социально-правовые условия (социально-правовую среду). В этой среде, в которой действует право, протекает бытие его субъектов. Ее характеризуют разнообразные неюридические и специально-юридические явления, процессы и состояния как материального, так и идеального характера, которые оказывают опосредованное, но подчас важное влияние на действие права, его характер, силу, результативность, социальную ценность [12, с. 125].

Цели права достигаются также с помощью психологического воздействия, когда правовая информация подается в такой форме, что ее содержание имеет воздей-

ствие на сознание. Такое воздействие права принято называть информационным. Право всегда содержит в себе и несет в сознание людей определенную информацию, а при отсутствии или ограниченном доступе к ней информационное воздействие права на общественные отношения не происходит, нормы права не реализуются.

М.Ю. Осипов выделил среди видов действия права информационное воздействие, которое включает в себя три этапа: 1) принятие нормативного акта или другого порождающего нормативные правила поведения документа; 2) обнародование нормативного акта, то есть процесс доведения нормативных правил до субъекта права; 3) восприятие правовой информации субъектом права [3, с. 11].

Акт волеизъявления уполномоченного субъекта права, который регулирует общественные отношения с помощью установления (изменения или отмены сферы действия) правовых норм, а также определение (изменение, прекращение) на основе этих норм прав и обязанностей участников конкретных правоотношений, грани ответственности конкретных лиц за совершенные ими правонарушения оформляются в установленных законом случаях в виде письменного документа [13, с. 337]. Правовая информация, содержащаяся в правовых актах, обладает информационным, оценочным и регулятивным воздействием [14]. Таким образом, информационное воздействие права обусловлено самим пониманием права как информации.

В то же время нельзя сводить действие права к действию норм права, поскольку действие права всегда шире, включает в себя также индивидуальные правовые акты, которые складываются на действии права в процессе правового регулирования и влиянии на поведение людей [5, с. 189].

Нормативное не может быть сведено к фактическому, поскольку между существующими нормами и действиями людей есть еще один компонент – осознание содержания правового предписания. Таким образом, механизм действия права должен включать в себя как объективные, так и субъективные компоненты [10, с. 24].

Если же исходить из того, что нормы права – это информация, дающая ориентир в правовых явлениях и процессах, то действие права можно соотнести с массивом законодательства, из которого можно использовать целесообразные нормативные регуляторы, однако его сфера ограничена самим предназначением права. Право действует прежде всего там, где этого требует общество, оно развивает желаемые, необходимые отношения в обществе, а тем, которые являются нежелательными, право не дает развития, искореняет их, чем и устанавливает пределы правового регулирования. Такие пределы в правовом регулировании указывают рамки влияния права на сознание человека и его поведение.

Можно согласиться с тем, что право влияет на деятельность индивида тремя способами: информационным, ценностно-ориентационным влиянием и правовым регулированием [6, с. 20].

Право всегда содержит в себе и несет в сознание людей определенную информацию. В этом заключается информационное воздействие права на общественные отношения [15]. Кроме этого, право можно определить как целенаправленное распространение правовой информации, которая в итоге оказывает влияние на все элементы социума.

Ценностно-ориентационное влияние на поведение человека заключается в том, что каждому варианту поведения (правомерному или неправомерному) дается оценка. На основе такой оценки одно поведение поощряется, а другое подпадает под запрет.

Правовое регулирование – это еще один из способов действия права, который устанавливает нормы поведения и деятельности субъекта, предполагает различные варианты такого поведения, однако с помощью одного этого «инструмента» упорядочивания общественных отношений достичь правового сознания невозможно. Таким образом, правовое регулирование можно определить как взятую в единстве систему правовых средств, обеспечивающих результативное правовое воздействие на общественные отношения [16, с. 364].

Разграничение понятий «правовое регулирование» и «правовое воздействие» позволяет получить представление о процессе действия права как о целостном механизме.

В то время как правовое регулирование в законодательном порядке четко регламентирует права, свободы, обязанности и ответственность субъектов, правовое воздействие в праве позволяет рассчитывать на те или иные последствия, которые возникают из системы правовых действий. Правовое регулирование и правовое воздействие несут в себе различную смысловую нагрузку, различие, которое заключается в том, что понятие «правовое воздействие» распространяется на более широкую сферу регулирования, охватывая собой экономические, политические, социальные отношения, которые не подлежат целостному регулированию правом, однако оказывает на эти сферы свое влияние.

Анализ указанных понятий позволяет утверждать, что механизм действия права является более широким понятием, чем правовое регулирование; он отражает все этапы «жизни» права: от должного до сущего [17, с. 43].

Информация и информационные процессы, происходящие в обществе, связаны с правовым регулированием и представляют собой взаимообусловленные явления. Действие права как совокупность всех форм проявления его юридической силы, что выражает динамику права, способно влиять на социальную действительность с помощью правовых функций [18]. В частности, информационная функция права воздействует на правовые отношения, которые возникают при распределении правовой информации, является неотъемлемым звеном механизма действия права.

Выводы. Действие права нельзя отделить от процесса получения социальными субъектами правовой информации. Информационная функция права – это одна из важнейших составляющих механизма действия права, которая с помощью совокупности присущих ей средств доводит содержание правовых норм до сведения субъектов права. В силу информационного, психологического и воспитательного действия права формируются права и обязанности субъектов права, обеспечивается их защита.

Информационная функция права в механизме действия права направлена на осуществление преобразования общества в стабильном правовом государстве.

Литература

1. Мамычев А.Ю. Действие права и правовые действия в контексте обеспечения законности и правопорядка: теоретико-концептуальный анализ / А.Ю. Мамычев, А.С. Сухомлинов // Юристъ-правоведъ. – 2009. – № 5(36). – С. 18–22.
2. Мешков Д.Н. Анализ теоретических взглядов по вопросу о понятии действия права / Д.Н. Мешков // Юридические науки. – 2007. – № 4. – С. 19–21.
3. Осипов М.Ю. Понятие и виды действия права / М.Ю. Осипов // Право и государство: теория и практика. – 2007. – № 11(35). – С. 17–25.
4. Шемчушенко Ю.С. Дія права: інтегративний аспект : [монографія] / Ю.С. Шемчушенко. – К. : Юридична думка, 2010. – 501 с.
5. Теплюк М.О. Дія права і дія закону в сучасному аспекті праворозуміння / М.О. Теплюк // Право України. – 2010. – № 4. – С. 182–190.
6. Крезе О.О. Правові акти в механізмі дії права / О.О. Крезе // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2002. – № 1. – С. 18–22.
7. Кельман М.С. Загальна теорія держави і права : [підручник] / М.С. Кельман, О.Г. Мурашин, Н.М. Хома. – Львів : Новий світ-2000, 2007. – 584 с.
8. Ленчик В.А. Механизм действия права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / В.А. Ленчик ; Академия управления МВД Российской Федерации. – М., 2002. – 20 с.
9. Червяковский А.В. Информационная функция права и деятельность органов внутренних дел по ее реализации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / А.В. Червяковский ; Московская академия МВД России. – М., 2002. – 21 с.
10. Крижанівський А.Ф. Громадянське суспільство і механізм дії права: проблеми співвідношення і взаємодії / А.Ф. Крижанівський, О.О. Крезе // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова та ін. – О. : Юридична література, 2003. – Вип. 21. – С. 22–27.
11. Оніщенко Н.М. До питання про дію права (теоретико-правові аспекти дослідження) / Н.М. Оніщенко // Судова апеляція. – 2009. – № 1(14). – С. 11–16.
12. Гойман В.И. Действие права (методологический анализ) / В.И. Гойман. – М. : Академия МВД РФ, 1992. – 180 с.
13. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : [учебник] / О.Ф. Скакун. – Х. : Эспада, 2005. – 840 с.
14. Бутузов С.В. Информационная функция права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / С.В. Бутузов ; Санкт-Петербургский ун-т МВД России. – СПб., 2004. – 24 с.
15. Доржиев Ж.Б. Теория государства и права : [учеб.-метод. пособие] / Ж.Б. Доржиев. – Улан-Удэ : Изд-во ВСГТУ, 2005. – 345 с. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://yourlib.net/content/view/1513/29.
16. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с.
17. Тютюма Е.В. Соотношение механизма действия права и механизма правового регулирования / Е.В. Тютюма // Вопросы государства и права Украины : матер. студ. науч. конф. (9 апреля 2004 г.). – Вып. XXII – Донецк : ДонНУ, 2004. – 114 с.
18. Козенко Ю.О. К вопросу о механизме действия права на процесс формирования поведения лица / Ю.О. Козенко // Молодой ученый. – 2011. – № 3. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.moluch.ru/archive/26/2750.
19. Чувакова Г.М. Фактичний склад у механізмі дії права / Г.М. Чувакова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова та ін. – О. : Юридична література, 2005. – Вип. 25. – С. 114–119.

Аннотация

Антошина И. В. **Информационная функция права в механизме действия права.** – Статья.

В статье речь идет об информационной функции права в механизме действия права. Определено ее место в механизме действия права. Рассмотрена роль действия права в социальной структуре общества.

Ключевые слова: функция права, информационная функция права, действие права, механизм действия права, правовое воздействие, правовое регулирование.

Анотація

Антошина І. В. **Інформаційна функція права в механізмі дії права.** – Стаття.

У статті мова йде про інформаційну функцію права в механізмі дії права. Визначено її місце в механізмі дії права. Розглянуто роль дії права в соціальній структурі суспільства.

Ключові слова: функція права, інформаційна функція права, дія права, механізм дії права, правовий вплив, правове регулювання.

Summary

Antoshyna I. V. **Informational function of law in mechanism of realization of law.** – Article.

The article deals with the concept of the informational function of law in the mechanism of action of law. Its place is certain in mechanism of action of law. The role of action of law is considered in social structure of society.

Key words: function of law, informational function of law, action of law, mechanism of action of law, legal influence, legal adjusting.

УДК 340.132.6

Е. У. Прус

СКЛАДОВІ ІДЕАЛЬНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВА

Сучасні проблеми розвитку теорії держави й права безпосередньо тісно пов'язані з проблемами, що поставали перед вченими й практиками пострадянського та більш раннього періоду. Так, інститут застосування права викликав чимало питань, тим самим засвідчив проблемність цього процесу. Одними з найважливіших питань є застосування права на основі принципів, а також без проблем та помилок, тобто ідеально вірне, досконале застосування права на практиці. Важливість цього питання розкривається під час реалізації всіх галузей права, і підтвердженням цьому є аналіз практики судів всіх інстанцій, органів державної влади, а також діяльність правоохоронних органів [1, с. 42].

Вивчення та дослідження питань про застосування права загалом та більш вузьких напрямів (застосування права судами чи правоохоронними органами, помилки в застосуванні права, попередження останніх) належить таким вченим, як М. Вопленко, І. Петрухін, Ф. Григорєв, Т. Жилін, І. Андронов, О. Музичук, О. Совгір, О. Пунько, Л. Калєніченко, Д. Манько, М. Гультай та багатьом іншим.

Концепція ідеології застосування права, яка вже має теоретичні напрацювання, може слугувати підґрунтям для розвитку ідеї ідеального застосування права. Проте слід пам'ятати, що ідеологія – це абстрактне розуміння застосування права, яка включає низку ознак та характеристик, вимог та принципів, яким повинен відповідати правозастосовний процес. Ідеальне застосування права – це шаблон, макет, дотримуючись якого, правозастосовець досягне бездоганного результату.

Родове поняття, через яке визначають помилку, як вважає І. Яншина, – «невідповідність». Помилка (незалежно від форми її існування: чи то в правовому пізнанні, чи в правовій поведінці), що відображається в діях суб'єктів чи в юридичних документах, полягає в їх невідповідності встановленим вимогам, правилам, еталонам, зразкам, принципам, цінностям та іншим критеріям. Причому такі вимоги є за своєю природою ідеальними (належними, досконалими) явищами, які ви-

© Е. У. Прус, 2013

значають позитивні властивості, яким мають відповідати явища, що пізнаються. Помилка, власне, і проявляється в невідповідності певних властивостей реального явища властивостям ідеального явища. Істинність певних вимог, які постають із властивостей ідеального явища, береться за правило або встановлену аксіому. Тому важливими є критерії виокремлення юридичних помилок, без яких їх наявність констатувати неможливо [2, с. 53–58].

Для того, щоб прийняти рішення, яке б органічно доповнювало й повністю відповідало чинному законодавству, правозастосування мусить реалізувати три взаємопов'язані цілі: 1) забезпечити достовірне та повне встановлення всіх потрібних у справі життєвих обставин; 2) не допустити порушень вимог закону, прав і свобод громадян, інших осіб; 3) приймати рішення, які відповідають вимогам законності, доцільності й справедливості.

Сучасна юридична теорія взагалі є малочутливою до фактичного й реального. Вона з усіх сторін пронизана ідеалізмом, «але не тим, який має всі права на існування – не ідеалізмом намагань, а ідеалізмом цілком іншого характеру, що досить близький до простої схоластики», – зазначає Б. Малишев. Ідеалізм сучасної юриспруденції – це такий бездоганний стан, коли суб'єкт правозастосування, склавши поняття, не вважає за потрібне звертати увагу на факти або навіть думає, що поняття можуть бути відокремлені від фактів. Це ідеалізм, який втратив почуття дійсної реальності й цю атрофію підносить до позитивних намагань. Це той ідеалізм, який думає, що в юриспруденції потрібно лише «рахувати поняття» [3, с. 5].

Так, поняття «ідеал» розглядається як найвища мета, до якої прагнуть люди і яка керує їхньою діяльністю. Це така діяльність, яка може виступати взірцем досконалості і яка втілюється в найкращих якостях або наділена бездоганними характеристиками [4, с. 10].

Суміжним ідеальному розумінню вчинків та дій є глибоко філософська категорія істинності діяння. «Істина» в теоретичному аспекті тотожна «правді» (відповідає дійсності), «справедливості», «достовірності» й означає достовірне знання, що правильно відображає реальну дійсність у свідомості людей [4, с. 50].

Істина досягається шляхом дослідження та аналізу практики. Практичні дані з діяльності суб'єктів правозастосування свідчать, що виникають та допускаються помилки, які у свою чергу є протилежними істині.

Істина в традиційному, «арістотелівському», розумінні – це відповідність знань, суджень і тверджень дійсному стану речей. Для правника істина не самоцінна: «...істина є необхідною основою рішень про визнання або відмову визнати право, про відновлення й захист права, про відповідальність і покарання чи виправдання» [5, с. 34–37]. Відповідність дійсності знань про фактичні обставини справи є запорукою правильної правової оцінки фактичних обставин, а отже, і справедливого й законного вирішення справи.

Якщо істина характеризує відношення результату пізнання до об'єктивної дійсності, то відношення способу пізнання до результату (за умови його істинності) характеризується поняттям достовірності [6, с. 48–53].

Вищенаведене зумовлює виникнення певних питань. Яке значення для правозастосування має істина в пізнанні? Чи об'єктивна достовірність таких знань?

Звичайно, на неправдиво-помилкових знаннях прийняти об'єктивне, таке, що відповідатиме дійсності, рішення неможливо.

Тому для побудови моделі, алгоритму дій для прийняття достовірного, законного рішення необхідно оперувати правдивими знаннями, покладені функціональні обов'язки реалізовувати лише згідно із законом та на його основі, при цьому закон повинен чітко вказувати на предмет спору, чітко описувати дії щодо розв'язання цього питання (мова йде про чіткість, несуперечливість як матеріальних, так і процесуальних норм). Окрім діяльнісних вимог, є ще вимоги до розумових, інтелектуальних можливостей правозастосовця. Їх рівень повинен відповідати посаді, яку займає правозастосовець, та забезпечувати належне виконання ним функціональних обов'язків.

Оскільки з позицій формальної логіки для отримання достовірного знання необхідний перехід від індуктивних форм, у яких переважно відбувається встановлення обставин справи, до дедуктивних, А. Старченком запропоновано такий спосіб здійснення переходу: спростування усіх можливих варіантів роз'яснення юридично релевантної ситуації, за винятком єдиного: «Висновок, отриманий таким шляхом, стане достовірним судженням, бо якщо нам вичерпно відомі можливі причини досліджуваної події й у процесі перевірки спростовані всі із цих можливостей, окрім єдиної, то єдина неспростована можлива причина буде дійсною, а припущення, що її містить, виступатиме як достовірне знання» [7, с. 98–112].

Слід визначитися з такими моментами: 1) ідеальне, достовірне, правильне, правдиве розуміння та сприйняття фактів, 2) наділене цими властивостями оперування цими фактами. Тобто перший пункт свідчить про внутрішнє розуміння тої чи іншої події, а другий – про її матеріальне вираження за допомогою процесуальних методів.

Для створення ідеальної моделі діяльності із застосування права необхідно створити всі необхідні умови так, щоб суб'єкт правозастосування спершу правильно сприйняв інформацію, а вже потім так само вірно й об'єктивно розпорядився нею на всіх стадіях процесу застосування права, а під час винесення кінцевого рішення особливо.

Тому необхідно на основі вказаних тверджень виділити обов'язкові елементи, від правильності й наявності яких процес застосування права проходитиме бездоганно й досягне свого логічного завершення.

Саме тому в юридичній літературі запропоновано термін «ідеологія правозастосування», про який ми вже згадували, який означає сукупність ідей, поглядів на те, як повинні застосовуватись норми права. У свою чергу «ідеологія» – сукупність філософських, політичних, правових, моральних, релігійних та мистецьких поглядів, що характеризують те або інше суспільство [4, с. 12]. Саме ідеологія правозастосування визначає, які принципи реалізуються у вказаному процесі [8, с. 118–136]. До цінностей слід віднести принципи, що утверджуються в процесі застосування права, а саме: законність, доцільність, об'єктивність, справедливість, обґрунтованість, оперативність та ефективність.

Так, Ю. Оборотов в питанні ідеології застосування права виклав своє твердження, що для здійснення застосування права необхідно керуватись специфіч-

ними принципами, які у своїй сукупності складають ідеологію правозастосування [9, с. 93]. Він виділяє такі принципи: 1) обґрунтованість; 2) законність; 3) справедливість; 4) доцільність; 5) оперативність; 6) типовість; 7) професіоналізм.

На думку Б. Малишева, правозастосування можна вважати правильним, якщо воно відповідає певним критеріям. Ці критерії називаються вимогами щодо процесу та результату правозастосування. Основними вимогами, яким має відповідати правозастосування, є такі: 1) обґрунтованість, 2) законність, 3) доцільність. Вказаним трьом вимогам повинні відповідати всі три стадії правозастосування [10, с. 20].

Вимогами до застосування норм права ще називають юридичні правила (умови), за допомогою яких правозастосовчий орган (суд, адміністрація державних органів тощо) втілює в життя принципи права. Суб'єкт правозастосування керується такими вимогами: 1) законності; 2) обґрунтованості; 3) доцільності; 4) справедливості [11, с. 397].

Вищевикладені твердження зводяться до одного: вимоги до застосування права втілюються в принципах і навпаки, а мета, якої всі прагнуть досягти, зосереджується в підсумку, який є неможливим без дотримання перерахованих принципів.

Загальновідомо, що об'єктивним критерієм відповідності наших уявлень дійсності є практика. Однак у сфері правозастосування перевірка практикою можлива тільки стосовно окремих епізодів, висновків і тверджень. На відміну від фізики та хімії, де експериментальним шляхом перевіряється більшість викладок, під час встановлення обставин юридичної справи експеримент спроможний довести лише принципову можливість або неможливість певної події. А «за неможливості прямої експериментальної перевірки висновку суб'єктивний критерій досить часто виступає опосередкованим виявом об'єктивного, концентрованим виразом колективного досвіду, суспільної практики. Саме таку роль відіграє внутрішнє переконання суб'єктів доказування, виступаючи, з одного боку, методом оцінки доказів, а з іншого – критерієм її правильності» [12, с. 95].

З огляду на вищесказане можна дати визначення ідеальній моделі застосування права, яка виступає сукупністю елементів, характеристик, наявність яких забезпечить безперервний хід діяльності суб'єктів правозастосування, направлений на прийняття й винесення правильного (сприйнятливого для всіх сторін) та об'єктивного рішення.

Постає питання щодо того, які складові ідеальної моделі застосування права і які існують перешкоди для ідеального процесу правозастосування.

Звісно, усі твердження стосовно застосування права мають на меті саме безперешкодне, раціональне втілення в життя норм права, регулюючи при цьому відносини в соціумі. Тому складовими ідеальної моделі застосування права ми можемо назвати такі: а) дотримання вимог та принципів застосування права; б) відсутність помилкового застосування права; в) висока професійність та кваліфікованість правозастосовців, які зуміють вірно тлумачити закон. Вищенаведені складові слід віднести до таких, що носять суб'єктивний характер. Щодо об'єктивних, то вказаний перелік доповнять поняття колізії закону та прогалин у праві, що прямо не залежать від суб'єктів процесу застосування права.

Окрім вже описаних елементів, слід вказати й на цілі правозастосування та методи, за допомогою яких здійснюється процес застосування права.

Також, визначаючи елементи, які наповнять значення ідеальної моделі застосування права, слід скористатися дедуктивним методом пізнання проблеми. Варто розглянути логічний та послідовний ланцюг дій, де: 1) є прагнення до абсолютного, ідеального бачення та вираження процесу застосування права; 2) трапляються перепони – помилки в застосуванні права; 3) здійсненню помилок передує їхня причинність.

Літератури

1. Прус Е.У. Ідеальна модель застосування права / Е.У. Прус // Актуальні питання розвитку держави і права: традиції та новації : збірник матеріалів Міжнародної юридичної науково-практичної Інтернет-конференції «Актуальна юриспруденція» (м. Київ, 17 травня 2012 року). – К., 2012. – С. 42–46.
2. Янишина І.С. Юридичні помилки: стан наукового дослідження / І.С. Янишина // Вісник Львівського університету. Серія «Юридична». – 2012. – Вип. 56. – С. 53–58.
3. Малишев Б.В. Застосування норм права (теорія і практика) : [навчальний посібник] / [Б.В. Малишев, О.В. Москалюк] ; за заг. ред. Б.В. Малишева. – К. : Реферат, 2010. – 260 с.
4. Словник української мови : в 11 т. / уклад. В.О. Винник, В.П. Градова та ін. – К. : Наукова думка, 1970–1980. – Т. IV. – 1973. – 830 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sum.in.ua.
5. Бочаров Д.О. Правозастосовча діяльність: поняття, функції та форми. Проблемні лекції / Д.О. Бочаров. – Дніпропетровськ : АМСУ, 2006. – 73 с.
6. Эйсман А.А. Соотношение истины и достоверности в уголовном процессе / А.А. Эйсман // Советское государство и право. – 1966. – № 6. – С. 93–100.
7. Старченко А.А. Логика в судебном исследовании / А.А. Старченко. – М. : Госюриздат, 1958. – 342 с.
8. Черданцев А.Ф. Теория государства и права : [учебник для вузов] / А.Ф. Черданцев. – М. : Юристь, 1999. – 280 с.
9. Оборотов Ю.М. Теорія держави і права (прагматичний курс) : [екзаменаційний довідник] / Ю.М. Оборотов. – О. : Юридична література, 2006. – 184 с.
10. Малишев Б.В. Застосування норм права (теорія і практика) : [навчальний посібник] / [Б.В. Малишев, О.В. Москалюк] ; за заг. ред. Б.В. Малишева. – К. : Реферат, 2010. – 260 с.
11. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун. – Х. : Консул, 2001. – 656 с.
12. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе : [научно-практическое пособие] / Ю.К. Орлов. – М. : Проспект, 2000. – 144 с.

Анотація

Прус Е. У. **Складові ідеального застосування права.** – Стаття.

У статті обґрунтовано пропозицію з конкретизації ідеальної моделі (шаблону) застосування права. Автором пропонується визначення переліку необхідних критеріїв, що становитимуть зміст такої моделі. Наголошується на різнотипності критеріїв: принципи, суб'єктивний вплив тощо.

Ключові слова: ідеологія застосування права, критерії правозастосування, принципи права.

Аннотация

Прус Е. В. **Составляющие идеального применения права.** – Статья.

В статье обосновано предложение по конкретизации идеальной модели (шаблона) применение права. Автором предлагается определение перечня необходимых критериев, которые составят содержание такой модели. Отмечается разнотипности критериев: принципы, субъективное влияние и тому подобное.

Ключевые слова: идеология применения права, критерии правоприменения, принципы права.

Summary

Prus E. V. **Components of the ideal application of the law.** – Article.

Proposal for specification of the ideal model (template) of the right application is explained in the article. The author has proposed establishing a list of necessary criteria that constitute the content of the model. Emphasized on different types of criteria: the principles, subjective effects and others.

Key words: ideology of law, criteria for law enforcement, principles of law.

УДК 340.130

І. А. Красюк

КОНКРЕТИЗАЦІЯ ПРАВА В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ІЄРАРХІЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

Постановка проблеми. Із самого початку існування української держави розвиваються суспільні відносини, які потребують правотворчої діяльності. Однак необхідність швидкого реагування правовими засобами на явища, що постійно виникають, факти та події нашого життя із часом призводить до порушення єдності системи чинних нормативно-правових актів.

У цих умовах особливу актуальність набуває вивчення шляхів підвищення якості правового регулювання. Як підтверджує практика правового регулювання, одним із факторів його вдосконалення, забезпечення законності та ефективності є конкретизація юридичних норм [1; 3]. Тільки в умовах упорядкованого, систематизованого та узгодженого законодавства, що відображає вимоги сьогодення, можливо найбільш успішно забезпечити правопорядок.

Інтереси укріплення правопорядку нагально вимагають, щоб кожний закон, кожна правова норма виконувались та застосовувалися відповідно до того змісту, який був вкладений у них законодавцем. Для досягнення цього необхідним є правильне розуміння, тлумачення та визначення найбільш доцільного шляху реалізації нормативно-правового акта в конкретних умовах місця та часу [2, с. 18].

Аналіз досліджень та публікацій. У юридичній науці проблеми конкретизації правових норм було досліджено в працях С. Алексєєва, С. Братуся, М. Вопленка, Д. Керімова, М. Козюбри, П. Недбайла, П. Рабіновича, Г. Шмельової та ін.

Однак багатоаспектність проблем конкретизації норма права, їх різнобічний характер вимагають дослідження питань, які потребують переосмислення чи є недостатньо вивченими. Необхідність у конкретизації норм права об'єктивно зумовлюється потребою організації життя суспільства шляхом правового регулювання.

Мета статті полягає у висвітленні ролі конкретизації права як інструмента правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Як зазначив П. Недбайло, конкретизуюча юридична норма може розглядатися як певний ступінь втілення загальних норм у життя [3, с. 176].

Ідея про наявність певної конкретизації права під час звичайного застосування правових норм уперше була висунута Н. Зейдером в 1954 р. [4, с. 79], але його позиція не була сприйнята в літературі.

У теорії держави й права існують різні точки зору щодо того, у якій сфері діяльності присутня конкретизація права й що слід під нею розуміти.

Так, С. Ткачова вважає, що конкретизацією норм права слід вважати тільки певний вид правотворчої діяльності органів влади й керування [5, с. 12].

С. Братусь та А. Черданцев дотримуються точки зору, що конкретизація правових норм – це процес її тлумачення[6, с. 38–39; 7, с. 20]. Водночас вони підтримують думку Г. Шмельової, що конкретизація права властива будь-якому процесу

© І. А. Красюк, 2013

застосування права; вона означає доведення норми до граничної визначеності в правозастосовному акті, тобто її індивідуалізацію [1, с. 65–67; 8, с. 35; 7, с. 20, 38].

А. Безіна, А. Кац та С. Алексєєв стверджують, що конкретизація правових норм охоплює застосування правових норм, які дають правозастосовувачам волю розсуду під час прийняття рішення в справі [9, с. 6; 10, с. 30; 11, с. 86–87; 12, с. 28–29].

Зміст терміна «конкретизація» дозволяє використовувати його в різних значеннях. На наш погляд, причиною такого різноманіття підходів до дослідження цієї проблеми є те, що конкретизація розглядається, як правило, щодо якоїсь однієї стадії правового регулювання. Конкретизація може бути присутньою як у правотворчому процесі, так і в правозастосуванні.

Чинне законодавство потребує вдосконалення, у зв'язку із чим особливу актуальність набувають дослідження показників якості законодавства, а також шляхів і засобів їх досягнення. Конкретизація юридичних норм значною мірою забезпечує точність, визначеність та узгодженість законодавства.

Правотворча конкретизація проявляється в діяльності державних органів, які мають відповідну компетенцію з видання нормативно-правових актів. Видання правоконкретизуючих актів обумовлене необхідністю в процесі правового регулювання відобразити в цих актах розвиток, особливості конкретних видів суспільних відносин, не змінюючи при цьому початкової норми.

Встановленням конкретизуючих юридичних норм досягається більш точна та визначена регламентація суспільних відносин, що і є цілю правотворчої конкретизації. У процесі правотворчої конкретизації на основі загальних абстрактних норм створюються відносно нові, більш конкретні та визначені правила поведінки, які, конкретизуючи норми права, охоплюються об'ємом загальних абстрактних норм, визначаються їхнім змістом, логічно постають із них, але характеризуються при цьому новизною. А. Черданцев зазначав, що новизна конкретизуючих норм права проявляється в більшій конкретності, деталізації їхнього змісту та в більш вузькому об'ємі (сфері застосування) [8, с. 23].

Переведення регулюючих можливостей права в дійсність – основне завдання застосування й реалізації права. Правотворча конкретизація в багатьох випадках не задовольняє в повному обсязі потребу конкретизації юридичних норм, необхідну для їх безпосереднього застосування та реалізації.

Підґрунтям для встановлення й забезпечення принципу верховенства закону в суспільстві є наявність ефективного механізму формування права, що надає змогу сформувати досконалий інститут створення, удосконалення та оновлення законодавчої бази держави, забезпечити втілення об'єктивних потреб суспільства в змісті нормативно-правових актів.

Унаслідок поділу гілок влади нормативно-правові акти, що регулюють ті чи інші суспільні відносини, часто видаються не одним, а кількома органами держави. При цьому слід враховувати, що нормативно-правові акти не повинні суперечити один одному. Єдність та ієрархія нормативно-правових актів забезпечується підпорядкуванням актів державних органів нижчої ієрархії актам вищих органів.

Ієрархія нормативно-правових актів є відображенням ієрархії самих державних органів, місце й роль нормативно-правового акта певного різновиду в загаль-

ній системі визначається місцем і роллю відповідних органів держави в загальній системі державних органів. Поділ нормативно-правових актів за юридичною силою визначає місце й значимість кожного нормативно-правового акта в загальній системі державного нормативного регулювання, а також виражає особливості змісту нормативно-правового акта.

Ієрархія нормативно-правових актів має важливе значення для впорядкування процесів правотворчості та правозастосування, для створення та підтримки режиму законності та конституційності. В ієрархічній структурі законодавства основну роль відіграє Конституція України й закони, що встановлюють відправні засади правового регулювання. Вони мають найвищу юридичну силу, є першоосновою всього законодавства.

Конституція України та конституційні закони займають найвищий ступінь в ієрархії нормативно-правових актів.

Одна з найважливіших юридичних якостей Конституції України – її верховенство, яке означає пріоритетне становище в системі джерел права, що забезпечується особливим порядком прийняття, зміни Конституції України й надання їй вищої юридичної сили.

Конституція України – основоположний установчий політико-правовий акт, що закріплює конституційний лад, права й свободи людини та громадянина, визначає форму правління й державного устрою, правовий статус органів державної влади. У ст. 8 Конституції України визначено, що вона має найвищу юридичну силу [13]. Конституція України є єдиним нормативно-правовим актом вищої юридичної сили, що регламентує окремі сторони економічної та політичної організації суспільства, встановлює засади державного ладу й визначає основи правового статусу особи.

Конституція України становить базу для поточного законодавства й формування правової системи держави. Поточне законодавство розвиває положення Конституції України. Як юридична база законодавства Конституція України – серцевина всього правового простору країни, виток формування її правової системи, орієнтир її вдосконалення. Верховенство Конституції України в національній правовій системі полягає у визначенні взаємозв'язку й узгодженості напрямів розвитку правової культури, юридичної практики й інших ланок правової системи, а також у стимулюванні гармонізації галузей права й систематизації законодавства.

Конституційні закони вносять зміни й доповнення до Конституції України та приймаються з питань, що передбачені та органічно пов'язані з нею (наприклад, Закон України «Про громадянство», Закон України «Про загальний військовий обов'язок»). Закон, яким вносяться зміни до Конституції України, відрізняється від закону, ухвалення якого передбачено чинною Конституцією України, тим, що він після затвердження (ухвалення) набуває вищої юридичної чинності й стає складовою частиною Конституції України.

У Конституції України чітко не визначено блок суспільних відносин, який регулюється конституційним законом. Проаналізувавши Конституцію України, можна дійти висновку, що конституційним законом слід регулювати ухвалення великого Державного Герба й Державного Гімну України, опис державних символів (ст. 20 Конституції України), внесення змін до Конституції України (ст. 155 Конституції

України), рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту (ст. 111 Конституції України) [13].

Другій ступінь ієрархії нормативно-правових актів займають закони, які регламентують певні сфери суспільного життя відповідно до Конституції України. Це значна за кількістю група законів, які приймаються більшістю голосів. Закони різноманітні за змістом.

Найтиповішими за обсягом регулювання є такі види законів.

Загальні закони – закони, що регламентують певну сферу суспільних відносин і поширюються на всіх. Загальні закони можуть бути:

– кодифіковані (наприклад, Кримінальний кодекс України, Цивільний кодекс України та ін.);

– поточні (наприклад, Закон України «Про вибори»);

– спеціальні закони – закони, що регламентують обмежену (спеціальну) сферу суспільних відносин і поширюються на частину населення (наприклад, закони про пенсії, про освіту, про міліцію та ін.).

Окреме місце посідають так звані оперативні закони – нормативно-правові акти, якими вводяться в дію окремі закони, ратифікуються міжнародні договори тощо. Їхнє призначення полягає не у виданні нових норм, а в оперативному підтвердженні, підтриманні системи норм, що містяться в інших окремих законах і міжнародних договорах, які регулюють найважливіші відносини й потребують негайного ухвалення. Це закони, що містять норми про норми. Наприклад, Закон України від 17 липня 1997 р. «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції». Оперативні закони не можуть існувати поза іншими законами, тобто тими, що ними вводяться в дію, і міжнародними договорами, що потребують ратифікації.

Зростання активності України на міжнародній арені зумовило появу питання місця міжнародних договорів у правовій системі України та їх співвідношення із законами та Конституцією України. Як відомо, міжнародні договори укладаються Президентом України (ст. 106 Конституції України) і в передбачених законом випадках мають отримати згоду Верховної Ради України на їхню обов'язковість (ст. 85 Конституції України). При цьому чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ст. 9 Конституції України) [13]. Проте про їхню юридичну силу в Конституції України не зазначається.

Що ж стосується співвідношення міжнародних договорів із Конституцією України, то тут позиція Основного Закону більш чітка. У ч. 2 ст. 9 сказано, що укладання міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення до неї відповідних змін [13]. Із цього можемо дійти висновку про верховенство Конституції України у відношенні до міжнародних договорів.

Крім законів, українське законодавство включає в себе багато норм і принципів, виданих не парламентом, а іншими державними органами, – підзаконні нормативно-правові акти, які знаходяться на третьому ступені ієрархічної системи законодавства.

Підзаконні нормативно-правові акти – це нормативні акти компетентних органів, що видаються на підставі закону, відповідно до закону й для його виконання.

Підзаконні нормативно-правові акти містять норми, мають низку специфічних ознак, видаються лише уповноваженими органами державної влади у визначеній формі з метою конкретизації та на виконання законів.

Підзаконність нормативно-правових актів не означає їх меншої юридичної обов'язковості. Вони мають необхідну юридичну чинність. Проте їх юридична чинність не має такої ж загальності та верховенства, як це властиво законам. Вони посідають важливе місце в усій системі нормативного регулювання, оскільки забезпечують виконання законів шляхом конкретизованого нормативного регулювання всього комплексу суспільних відносин.

В Україні виділяють такі види підзаконних нормативно-правових актів.

Акти Президента України. Відповідно до ст. 106 Конституції України Президент України видає укази й розпорядження [13]. Будучи главою держави, Президент України видає акти, які займають другорядне місце після законів. Важлива роль приділяється указам, багато в чому завдяки їм глава держави реалізує повноваження та елементи свого правового статусу. На сучасному етапі сфера правового регулювання, охоплена указами, є дуже широкою. Як правило, вони видаються у випадку прогалин у праві. Розпорядження – це другі за значенням підзаконні акти глави держави. Вони приймаються з поточних чи процедурних питань. Акти Президента України публікуються в офіційних виданнях.

Акти Верховної Ради України. Пункт 5 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. (зі змінами, внесеними згідно із законом від 08.10.2010 р.) закріплює, що постанови, прийняті Верховною Радою України, які містять положення нормативного характеру, набирають чинності з дня їх офіційного оприлюднення, якщо ними не передбачено інше [14]. Пункт 2 цієї ж статті вказує, що постанови Верховної Ради України з конкретних питань із метою здійснення її установчої, організаційної, контрольної та інших функцій набирають чинності з дня їх прийняття, якщо інше не передбачено самою постановою. Як бачимо, Регламент розмежовує постанови на нормативно-правові та індивідуально правові.

Акти Кабінету Міністрів України. Пункти 2 і 3 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 07.10.2010 р. встановлюють, що акти Кабінету Міністрів України нормативного характеру видаються у формі постанов, а акти з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань – у формі розпоряджень [15]. Усі акти Уряду України обов'язкові до виконання в Україні. Особливістю актів Кабінету Міністрів України є те, що вони можуть бути прийняті лише на підставі й на виконання законів України, а також указів Президента України. Змістом таких постанов є норми права, що встановлюють основи управлінської діяльності в галузі фінансів, освіти, культури, охорони здоров'я тощо, як основні напрями його діяльності. Розпорядження Кабінету Міністрів України, як правило, мають характер індивідуального правового регулювання.

Накази, інструкції, положення тощо міністерств, відомств, державних комітетів – підзаконні нормативно-правові акти відомчого характеру, зміст яких не

повинен суперечити законам України та нормативно-правовим актам Президента України й Уряду України.

Накази – розпорядчі документи оперативного характеру, якими, як правило, затверджуються або скасовуються інші підзаконні нормативно-правові акти або продовжується строк їхньої дії.

Інструкції встановлюють порядок застосування чинного законодавства або порядок здійснення будь-якої діяльності.

Положення, статути закріплюють правове становище, структуру, функції й компетенцію певної державної організації, установи, підприємства.

Ці акти приймаються на основі й відповідно до законів України, указів і розпоряджень Президента України, постанов і розпоряджень Уряду України, регулюють суспільні відносини, що перебувають, як правило, у межах компетенції цієї виконавчої структури.

Накази, розпорядження, рішення, постанови й інструкції можуть бути як нормативного, так і індивідуального характеру. Цю групу нормативно-правових актів у теорії права та держави називають ще відомчими актами, оскільки вони мають внутрішньовідомче юридичне значення (видаються з питань, віднесених виключно до їхнього відання; поширюються на осіб, які входять до сфери їхнього відання). Відомчі нормативні акти вирізняються тим, що стосуються прав та обов'язків лише безпосередньо працівників цього органу. Наприклад, нормативно-правовий акт Міністерства освіти і науки України про зарахування осіб на педагогічні посади у вищих навчальних закладах на конкурсних засадах за змістом нічим не відрізняється від локальних нормативно-правових актів, які являють собою розпорядження керівників державних і громадських організацій (у вигляді наказів та інструкцій), прийняті в межах їхніх повноважень, що регулюють їхню службову й трудову діяльність.

Локальні нормативно-правові акти спрямовані на деталізацію вимог загальної норми права стосовно умов діяльності відповідного колективу (наприклад, статути чи правила внутрішнього трудового розпорядку). За своїми характеристиками ці акти певним чином наділені ознаками нормативно-правових – містять норми (формально обов'язкові правила поведінки) певного неперсоніфікованого кола суб'єктів, не вичерпуються кількістю застосувань. Водночас вони створюються суб'єктами, які фактично не належать до категорії правотворчих; стосуються винятково осіб, які «пов'язані» правовідносинами лише з конкретним підприємством, установою тощо; дуже часто є результатом спільної волі роботодавця й працівників, тобто є своєрідною формою договору.

Рішення й постанови органів місцевого самоврядування. Приймаються в межах компетенції й діють на території відповідних міст, районів, сіл, селищ, мікрорайонів тощо. Як правило, ці акти регулюють відносини у сфері громадського порядку, охорони здоров'я, торгівлі в межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці.

Висновки. Будучи своєрідним посередником між загальною нормою й реальними обставинами її дії, правоконкретизуюча діяльність дає можливість відобразити в нормативно-правових актах особливості конкретних видів загальних відносин, не змінюючи при цьому початкової норми.

Для правильного та ефективного застосування та реалізації найбільш загальних норм необхідно виявити їхні зв'язки з фактичною дійсністю. Конкретизація направлена саме на виявлення зв'язку між загальною нормою права та конкретною життєвою обставиною шляхом установлення на основі початкової норми низки конкретизуючих актів.

За допомогою правоконкретизуючих актів правове регулювання суспільних відносин здійснюється з урахуванням їхніх особливих або індивідуальних ознак. Зміст діяльності суб'єктів із реалізації таких нормативно-правових актів набуває більшої точності та конкретності; результат конкретизації виявляється більш визначеним за змістом, ніж норма права, яку конкретизували.

Як відомо, до вимог законності відноситься верховенство закону в системі всіх юридичних актів та положення, що постає із цього, про необхідність відповідності нормативно-правових актів органів нижчого підпорядкування актам вищих органів, тому, слугуючи застосуванню та реалізації норм права, забезпечуючи їхню правильність та ефективність, конкретизація є також одним із важливих засобів укріплення законності.

Література

1. Шмелева Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании / Г. Шмелева. – Львов : Вища школа, 1988. – 107 с.
2. Керимов Д. Кодификация и законодательная техника / Д. Керимов. – М. : Юридическая литература, 1962. – 132 с.
3. Недбайло П. До питання про деталізацію і конкретизацію соціальних правових норм / П. Недбайло // Питання теорії і практики радянського права. – 1958. – Вип. 4. – С. 174–193.
4. Зейдер Н. Судебное решение и спорное право / Н. Зейдер // Правоведение. – 1958. – № 2. – С. 79–90.
5. Ткачева С. Конкретизация закона и его судебное толкование : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / С. Ткачева ; Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства. – М., 1973. – 20 с.
6. Черданцев А. Вопросы толкования советского права : [учеб. пособ.] / А. Черданцев. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. – 191 с.
7. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Братуся. – М. : Юрид. лит., 1975. – 327 с.
8. Черданцев А. Правовое регулирование и конкретизация права / А. Черданцев. – Свердловск : Свердл. юрид. ин-т, 1974. – 237 с.
9. Безина А. Конкретизация права в судебной практике / А. Безина, В. Лазарев // Советская юстиция. – 1968. – № 2. – С. 6–7.
10. Безина А. Вопросы теории трудового права и судебная практика / А. Безина. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1976. – 176 с.
11. Кац А. Конкретизирующая деятельность суда и семейные правоотношения с частично неурегулированным содержанием / А. Кац // Правоведение. – 1964. – № 2. – С. 86–96.
12. Алексеев С. Функции применения права / С. Алексеев, И. Дюрягин // Правоведение. – 1972. – № 2. – С. 25–33.
13. Конституція України від 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua.
14. Про Регламент Верховної Ради України : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua.
15. Про Кабінет Міністрів України : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua.

Анотація

Красюк І. А. **Конкретизація права в забезпеченні ієрархії нормативно-правових актів.** – Стаття.

Розглядається роль конкретизації права в забезпеченні ієрархії нормативно-правових актів. На прикладі структури українського законодавства доводиться, що згідно з принципом верховенства закону підзаконні нормативно-правові акти забезпечують виконання законів шляхом конкретизованого нормативного регулювання всього комплексу суспільних відносин.

Ключові слова: верховенство закону, українське законодавство, конкретизація права, ієрархія нормативно-правових актів.

Аннотация

Красюк И. А. **Конкретизация права в обеспечении иерархии нормативно-правовых актов.** – Статья.

Рассматривается роль конкретизации права в обеспечении иерархии нормативно-правовых актов. На примере структуры украинского законодательства доказывается, что согласно принципу верховенства закона подзаконные нормативно-правовые обеспечивают исполнение законов путем конкретизированного нормативного регулирования всего комплекса общественных отношений.

Ключевые слова: верховенство закона, украинское законодательство, конкретизация права, иерархия нормативно-правовых актов.

Summary

Krasyuk I. A. **Specification of law in ensuring of hierarchy of legal acts.** – Article.

The role of specification of law is examined in ensuring of hierarchy of legal acts. On the example of structure of the Ukrainian legislation proved, that in obedience to principle of supremacy of law the legal provide execution of laws by the specified normative adjusting of all complex of public relations.

Key words: supremacy of law, Ukrainian legislation, specification of law, hierarchy of legal acts.

УДК 352.075.1(477):303.71

О. С. Орловський

НОВІ ПІДХОДИ ДО ОЦІНКИ НОРМАТИВНИХ АКТІВ (НА МАТЕРІАЛАХ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ ЗА МІСЦЕМ ПРОЖИВАННЯ)

Постановка проблеми. На сучасному етапі муніципальної реформи багато вчених проводять критичний аналіз нормативних актів, прийнятих у перші роки після проголошення незалежності України. Багаторічна практика їхнього застосування та доктринального дослідження муніципальної проблематики дозволяють наразі пропонувати зміни й доповнення до застарілих актів. Інколи пропозицій щодо змін і доповнень настільки багато, що більш доцільним є викладення акта в новій редакції. Щоб не тільки аргументовано, але також наглядно й компактно викласти підсумки досліджень та продемонструвати доцільність внесення змін та доповнень або викладення нормативного акта в новій редакції, вважаємо, варто використовувати напрацювання правової статистики. Таким чином, поширення використання статистичного методу під час викладення результатів доктринальних досліджень є важливим науковим завданням. А значущим практичним завданням є популяризація стислого викладення результатів ґрунтовних аналізів нормативних актів за допомогою статистичного методу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемами, пов'язаними з практичною реалізацією та вдосконаленням змісту нормативних актів, які регламентують проведення загальних зборів за місцем проживання, займалися І. Б. Коліушко, В. П. Рубцов,

© О. С. Орловський, 2013

А. Ф. Ткачук та інші вчені. Однак вони не проводили дослідження всього тексту Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні або відповідних фрагментів статутів територіальних громад в узагальненому та згрупованому вигляді.

Формулювання мети статті. Мета статті – продемонструвати на прикладі нормативної регламентації на державному рівні загальних зборів за місцем проживання те, як застосування таких статистичних показників, як середнє арифметичне, мода, медіана та графічні зображення, дозволяє більш ґрунтовно здійснювати аналіз текстів нормативно-правових актів та сформулювати висновки щодо ефективності їхніх норм.

Виклад основного матеріалу. Зарубіжні юристи, аналізуючи нормативно-правові акти, все частіше вдаються до узагальнення результатів своїх досліджень за допомогою графіків, діаграм, статистичних показників. Поки що в українських наукових виданнях подібні публікації є поодинокими. Проте, вважаємо, якщо досліджується нормативно-правовий акт у цілому, недоцільно оформлювати результати дослідження у вигляді критичних зауважень стосовно окремих положень та/або позитивних зауважень стосовно певних статей. Комплексне дослідження тексту нормативно-правового акта краще резюмувати у вигляді комплексних висновків.

Аналіз Постанови Верховної Ради України від 17 грудня 1993 р. «Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні» (далі – Положення) [1] дозволив зробити такий висновок: більшість норм Положення є застарілими, не узгоджуються із чинним законодавством та не можуть бути реалізованими на практиці. Але для того, щоб аргументувати це твердження, треба оприлюднити результати дослідження з використанням статистичного методу.

Рис. 1 підсумовує авторську оцінку доступності викладення правових норм у Положенні для потенційних користувачів. Нормативно-правовий акт досліджувався постатейно, тому на рис. 1 відображено авторську точку зору щодо чіткості кількох норм, об'єднаних у відповідну статтю Положення (0 – мінімальне можливе значення, норми статті є повністю незрозумілими; 5 – максимально можливе значення, норми статті є повністю доступними для виконання).

Середня авторська оцінка доступності викладених правових норм у Положенні – 3,4, мода – 5, медіана – 3.

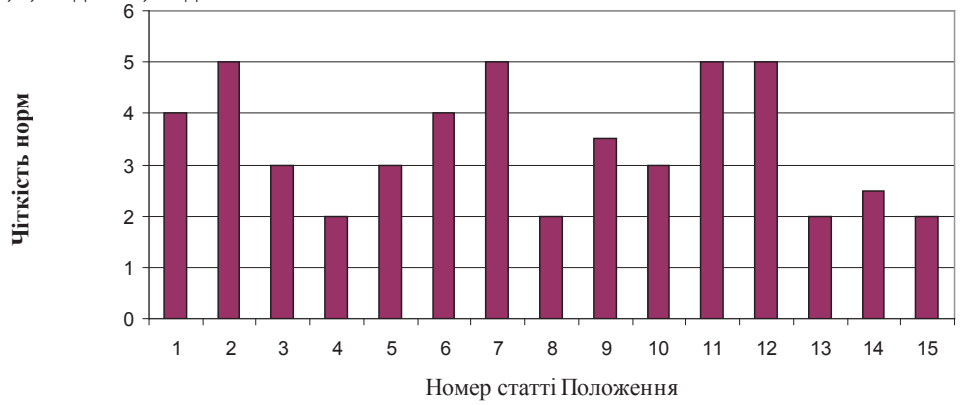

Рис. 1. Доступність викладення правових норм у Положенні

Середнє арифметичне обчислюється шляхом підрахування суми оцінок кожної з 15 статей та подальшим діленням отриманого результату на 15 (кількість статей у Положенні). Вона вказує на усереднену авторську оцінку зрозумілості Положення. Показник 3,4 є достатньо високим, якщо взяти до уваги, що максимальне значення середнього арифметичного дорівнює 5.

Однак було б нелогічно обмежитися тільки одним показником, який до того ж має абстрактний характер: якщо розглянути рис. 1, можна побачити, що жодна стаття не оцінена в 3,4 балу, і тільки стаття 9 з оцінкою 3,5 балу наближається до середнього арифметичного показника.

Щоб зрівняти можливі похибки, яких можна допустити, використовуючи тільки середнє арифметичне, треба проаналізувати структурні середні показники – моди й медіани. І мода, і медіана вказують на конкретні цифри-оцінки, які зустрічаються в дослідженні. У випадку з рис. 1 мода дорівнює 5 (на такий бал оцінено статті 2, 7, 11, 12 Положення). Медіана має значення 3 (на такий бал оцінено статті 3, 5 і 10 Положення).

Мода (M_o) – це величина, яка найчастіше зустрічається в аналізованій сукупності. Те, що в аналізованій сукупності найбільш часто зустрічається саме максимально можлива величина – 5, може означати, що нормативно-правовий акт потребує змін та доповнень, але не нової редакції, адже більшість його статей отримали максимальну оцінку. Вдаючись до змістовного аналізу тексту статей, які отримали бал «5», зазначимо, однак, що вони мають загальний, описовий, констатуючий характер. Наприклад, стаття 7 має такий зміст: «Збори мають право звертатися з пропозиціями до відповідних Рад, державних органів, інших органів місцевого і регіонального самоврядування, керівників підприємств, організацій і установ, які зобов'язані розглянути ці пропозиції та інформувати у місячний строк про результати розгляду осіб або органи, за рішенням яких було скликано збори» [1], а стаття 11 такий: «З розглянутих питань збори приймають рішення. Рішення зборів приймаються більшістю голосів громадян, які присутні на зборах, відкритим або таємним голосуванням. Рішення зборів підписуються головою і секретарем зборів» [1].

Медіана (M_e) – це варіанта, яка знаходиться в середині варіаційного ряду та поділяє його навпіл. Медіана має значення 3. Це означає, що половина аналізованих статей Положення отримали не більше 3 балів, а інша половина – не менше 3 балів. Враховуючи, що максимально можливий показник – 5 балів, оцінка половини статей нижче 3 балів є вагомим аргументом на користь їхнього перегляду. А перегляд більшої половини статей нормативного акта робить більш доцільним його викладення в новій редакції, ніж внесення змін та доповнень.

Рис. 2 підсумовує оцінку кількості реальних та фіктивних норм у кожній із статей Положення. Під час проведення цієї оцінки автор виходив із власного практичного досвіду, а також із наявності в поточному законодавстві норм, які конкретизують бланкетні норми Положення (0 – мінімальне можливе значення, усі норми статті є фіктивними; 5 – максимально можливе значення, усі норми статті є реальними).

Рис. 2. Реальність правових норм Положення

Середнє значення авторської оцінки реальності правових норм Положення – 3,57, мода – 5, медіана – 3,5.

Середній арифметичний показник є вельми високим: 3,57 із 5 максимально можливих балів. Але його доцільно проаналізувати разом із значенням моди (величини, яка найбільш часто зустрічається в сукупності) – 5. Найвищій бал отримали статті 1, 2 та 11, а бал 4,5 – стаття 12. Аналіз змісту цих статей вказує на те, що вони закріплюють найбільш «описові» положення. Стаття 1 передбачає: «Загальні збори громадян скликаються за місцем проживання громадян (села, селища, мікрорайону, житлового комплексу, вулиці, кварталу, будинку та іншого територіального утворення) для обговорення найважливіших питань місцевого життя» [1], стаття 2 присвячена визначенню кола осіб, які мають право брати участь у загальних зборах за місцем проживання, а текст статті 11 наводився вище.

Значення медіани також є відносно високим і складає 3,5 балу. На нашу думку, це свідчить про той факт, що Положення містить значну кількість норм, які не потребують істотної й ґрунтовної переробки. Однак цих норм наразі недостатньо для здійснення ефективної нормативно-правової регламентації загальних зборів за місцем проживання. Аналіз рис. 2 вказує на напрям удосконалення Положення, а саме на необхідність його більшої деталізації й конкретизації.

Рис. 3 демонструє авторський погляд на ефективну нормативно-правову регламентацію скликання й проведення загальних зборів громадян за місцем проживання. Вважаємо, що нормативно-правову регламентацію загальних зборів доцільно здійснювати на державному, а не на місцевому рівні. Відповідно, на рис. 3 наведено ступінь наближеності норм Положення до тези про те, що нормативно-правову регламентацію загальних зборів доцільно здійснювати на державному, а не на місцевому рівні (0 – максимально можливе значення, усі норми статті узгоджуються з авторською позицією; 5 – мінімальне можливе значення, усі норми статті протирічать авторській позиції). Оцінка наближеності до авторської тези проводиться для того, щоб обґрунтувати необхідність внесення змін до чинного законодавства, а також для обґрунтування того, якими мають бути ці зміни.

Рис. 3. Наближеність норм Положення до авторського погляду на оптимальну нормативно-правову регламентацію загальних зборів

Середнє значення авторської оцінки наближеності норм Положення до авторського погляду на оптимальну нормативно-правову регламентацію загальних зборів – -2,73, мода – -3, медіана – -3.

Середнє арифметичне вказує на той факт, що якщо виходити із тези про доцільність здійснення нормативно-правової регламентації скликання й проведення загальних зборів за місцем проживання на державному, а не на місцевому рівні, то чинне законодавство відповідає їй приблизно на 50% (показник середнього арифметичного – 2,73 балу). Тобто на сучасному етапі приблизно половина істотних для скликання й проведення загальних зборів за місцем проживання питань регламентується на державному рівні, а інша половина – на місцевому рівні. Збіг значення моди й медіани у випадку із цим дослідженням не несе смислового навантаження. Низьке значення моди (-3 бали) і медіани (-3 бали) за максимально можливого значення 0 вказує на те, що текст більшості статей Положення має бути докорінно змінено, щоб нормативний акт, який буде прийнято на заміну Положення, регламентував би на державному рівні скликання й проведення загальних зборів за місцем проживання в найбільш ефективний спосіб. Це твердження підкреслюється численними зауваженнями вчених, а також практикою практичного використання норм Положення.

Висновки. Застосування таких статистичних показників, як середнє арифметичне, мода й медіана, а також графічних зображень дозволяє більш ґрунтовно здійснювати аналіз текстів нормативно-правових актів та формулювати висновки щодо ефективності їхніх норм. *Перспективи подальших розвідок у цьому напрямі* вбачаються в необхідності проілюструвати можливості використання інших статистичних показників, крім середнього арифметичного, моди й медіани.

Література

1. Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні, затверджене Постановою Верховної Ради України від 17 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 6. – Ст. 30.

Анотація

Орловський О. С. **Нові підходи до оцінки нормативних актів (на матеріалах загальних зборів громадян за місцем проживання).** – Стаття.

Стаття присвячена прикладам застосування таких статистичних показників, як середнє арифметичне, мода й медіана, а також графічних зображень під час оцінки змісту нормативних актів. Такий підхід дозволяє більш ґрунтовно здійснювати аналіз текстів нормативно-правових актів та сформулювати висновки щодо ефективності їхніх норм. Можливості, які надає статистичний метод, демонструються на прикладі дослідження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні. Подібний аналіз із конституційно-правової точки зору здійснюється вперше.

Ключові слова: загальні збори за місцем проживання, статистичний метод, середнє арифметичне, мода, медіана.

Аннотация

Орловский А. С. **Новые подходы к оценке нормативных актов (на материалах общих собраний граждан по месту жительства).** – Статья.

Статья посвящена примерам применения таких статистических показателей, как среднее арифметическое, мода и медиана, и графических изображений при оценке содержания нормативных актов. Такой подход позволяет более емко осуществлять анализ текстов нормативно-правовых актов и формулировать выводы относительно эффективности их норм. Возможности, которые предоставляет статистический метод, демонстрируются на примере исследования Положения об общих собраниях граждан по месту жительства в Украине. Подобный анализ с конституционно-правовой точки зрения осуществляется впервые.

Ключевые слова: общее собрание по месту жительства, статистический метод, среднее арифметическое, мода, медиана.

Summary

Orlovsky O. S. **New approaches to the assessment of regulations (based on the local meetings' legislation).** – Article.

Article is dedicated to the examples of application of such statistical indicators as arithmetic mean, median and mode, and graphics in the evaluation of the legal regulations. This approach allows to provide more capacious and clearly analysis of regulations and to formulate opinions about their effectiveness. Opportunities given by the statistical method are demonstrated on the materials of the local meetings. Such an analysis is given for the first time in the Ukrainian constitutional doctrine.

Key words: local meeting, statistical method, arithmetic mean, mode, median.

УДК 340.12:141.311.653

А. В. Калмазан

СРЕДНЕВЕКОВЫЕ СМЫСЛЫ ТЕРМИНА «КОНЦЕПТ» И СОВРЕМЕННАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Новым аспектом рассмотрения таких категорий философии права, как «справедливость», «свобода», «равенство», «порядок» и многих других, является их понимание как концептов права и как концептов культуры, что позволяет в свою очередь увидеть взаимодействие правовых смыслов этих терминов с соответствующими глубинными смыслами общекультурной коммуникации [1, с. 69].

В философии права термин «концепт» пока применяется сдержанно, в связке с «понятием», «категорией», «принципом». Единства в их употреблении нет: одни

© А. В. Калмазан, 2013

считают концепт особым видом понятия, другие – почти противопоставляют понятию. Иногда «концепт» не отличим от «категории» и «принципа». Что такое «концепты права» в контексте современной философии права? Как они соотносятся с «концептами культуры» и с принципами права? Ответ на эти вопросы предполагает уточнение смысла термина «концепт». Одним из известных способов такого уточнения является обращение к истории возникновения, формирования и развития термина. Ведь современное понимание термина «концепт» сложилось не стихийно, это вполне закономерный результат многовековой эволюции определенного аспекта человеческого сознания.

В связи с этим мы сделаем экскурс в историю философской мысли, который можно было бы назвать наброском к философскому «портрету» концепта, вернее, поиском той его основы, о которой писал Боэций в своих «Комментариях к Порфирию»: «С философией связано наивысочайшее благо для человеческой души; и подобно тому, как ткач, собираясь выткать узорчатую полосу, натягивает вначале одну основную нить, так же точно и ткань философских рассуждений нужно начинать с основы» [2, с. 5].

Задачей настоящей статьи является анализ средневекового этапа формирования термина «концепт». Почему именно этого этапа? Во-первых, потому что само возникновение термина связано со средневековой философией. Во-вторых, потому что в средние века были заложены все основные элементы смысла этого термина, которые стали активизироваться в современных гуманитарных исследованиях. В-третьих, и это главное, именно у средневековых авторов появились те варианты смысла термина «концепт», которые, на наш взгляд, весьма эвристичны для современной юриспруденции, для анализа оснований ее категориального базиса, тем более для философии права. Средневековая практика употребления термина «концепт» связана в первую очередь с именами Боэция, П. Абеляра, Г. Порретанского, Ф. Аквинского, Д. Скота и У. Оккама.

Средневековая философия была тесно сопряжена с теологией, а ее проблематика основывалась на бытийном отношении Бог – человек. А. Августин в трактате «О граде Божием» считал, что философ, мудрец, богослов, пророк, учитель этики являются одной фигурой. Философ эпохи средневековья, так же как и теолог, в своих размышлениях обращался к изначально Божественному смыслу бытия, строил диалоги и на свои вопросы искал ответы в заповедях веры. Однако при этом у философии были свои, отличные от религии, функции, связанные с основным ее свойством – сомнением (в истинности вероисповедных догматов) и со свойствами разума, призванного в конечном счете эти сомнения побеждать и причащаться к высшей истине.

По мнению Н.Ф. Алефиренко, возникновение «концепта» в эпоху средневековья не случайно, его появление было вызвано необходимостью введения «емкого» по смысловому содержанию термина, который концентрировал бы в себе смысл целого высказывания. «Идея понимания, на которую была ориентирована средневековая мысль, не могла быть развернута в линейной последовательности рассуждения, единицей которого было предложение. Она требовала полноты смыслового выражения в целостном процессе произнесения. Высказывание стало единицей

речевого общения. Речь была охарактеризована как сущность, обладающая субъектностью, смыслоразделительной функцией и смысловым единством. Она находилась в тесной связи с идеей творения и интенции, присущей субъекту как его активное начало и полагавшей акт обозначения и его результат – значение внутри обозначаемого» [3, с. 105].

С другой стороны, средневековое философствование, кроме того, – это размышление, выявляющее возможности слова.

«Средневековое слово претерпевало двойное преображение: воплощение (Божественного слова) и развоплощение (при направленности слова от человека к Богу). Слово было наивысшей реальностью именно в силу его существования в двух модусах. Мир мыслился существующим потому, что было сказано, что он существует. Сказание вело к существованию, но при этом любое сотворенное существо, оставаясь Причащенным Творцу, не могло быть пассивным: вещь начинала вещать о себе, иной вещи средневековье не знало. Любая вещь в силу акта творения Богом – верховным субъектом была субъектной и соответственно личностной» [4, с. 3].

В связи с идеей воплощения Слова возрастает роль зрения и слуха, которые становятся важнейшими органами чувств, посредством которых формируется «в душе» слушателя смысл высказанного, видение же как умозрение становится условием философствования [4, с. 4].

В этих выводах современного философа В.Д. Губина прослеживаются две фундаментальные черты формирования термина «концепт» в средние века: его межсубъектный, коммуникативный характер (фундаментальной коммуникацией при этом является общение человека с Богом) и его принципиальная двойственность: Слово Бога воплощается в человеке, в сотворенном мире, а слова (речи) человека – развоплощение, своего ряда угадывание, всегда частичное, несовершенное постижение божественного смысла, сравнимого с абсолютными платоновскими идеями.

Таким образом, второе направление формирования понимания концепта связано со смыслом отдельного слова как его особым употреблением. Большинство средневековых и современных исследователей не обратили внимание на введение нового термина для обозначения смысла целого высказывания, отрезка речи, и это объясняет, почему в большинстве философских словарей и энциклопедий концепт отождествляются с понятием.

Однако уже в средневековье сами авторы термина «концепт» четко различали «понятие» и «концепт», подразумевая под последним акты «схватывания» идеи вещи в уме субъекта, которые выражаются в высказанной речи и при этом предполагают наличие другого субъекта. Таким образом, в том, что одни авторы связывают концепт с высказыванием, а другие – с отдельным словом, нет никакого противоречия. Здесь выявляется процесс изменения смысла отдельного слова под влиянием тех смыслов целых высказываний, которые уже включены в опыт человеческого познания и общения.

В «Комментарии к трактату Боэция «Против Евтихия и Нестория»» под «концептом» Г. Порретанский понимает «движение души», направленное на схватывание «или того, что есть, или того, чего нет», то есть на постижения смысла высказанного. «Но любой концепт небытия называется предположением, чем является, напри-

мер, двухтелесный Кентавр или трехтелесная Химера» [5, с. 15]. Таким образом, при «схватывании» того, «чего нет», концептом будет «предположение». Естественное (природное) схватывание вещи происходит только через ее причину, то есть идею, например, белое – через белизну, а белизна – по природе произведение белого. «Ведь ничто из природного не может восприниматься иначе, как через причину, и ничто из математического – иначе, как через силу результата» [5, с. 15].

Г. Порретанский вводит понятия, характеризующие всякую вещь, а именно quod est – вещь такова, «какой она является», или «что она есть» (то есть свойство вещи, ее качественные характеристики, которые отличают ее от другой вещи). Quo est – «этость» вещи, что свидетельствует именно об ее реальности, поскольку «это» существует. «То, каковой является вещь» (quod est), Г. Порретанский называет субсистирующим (subsistens), то есть находящимся сейчас, на миг задерживающимся (в сознании человека в момент познания вещи), а «то, благодаря чему вещь такова» (quo est), – субсистенцией. Субсистирующее обнаруживает реальность своих субсистенций» [6, с. 22].

Сингулярность ученый определяет как необходимый вывод из образующейся с помощью quo est возможности для реальности вещи (quod est), поскольку он полагает, что «любое бытие есть одно по числу» и что «некое бытие сингулярно» [6, с. 24]. Каждое quo est сингулярно и представляет численно одну «естественную конкрецию». Рациональность, например, не только создает нечто рациональное, но и одну разумную вещь, поскольку сама она – одна. Эта теория призвана объяснить возможность интеллектуального расщепления некоего конкретного целого для обнаружения самой возможности его существования – идеи, которая обнаруживается созидательной работой разума. Не объясняя механизма сращения, или концептуализации вещи, философ утверждает, что механизм этого сращения существует и что именно он ведет к образованию концептов.

Для концепции Г. Порретанского чрезвычайно важна сама постановка вопроса о соотношении целого и части. В основании его рассуждений лежит постулат: целое больше части. Человек, к примеру, состоит из души и тела, которые суть части по отношению к целому человека, цвет – это акциденция его тела, а знание – акциденция его души. Потому высказывания «человек обладает знанием» и «его душа обладает знанием» в узусе языка тождественны [6, с. 26–27].

Именно введение идеи сингулярности обусловливает двойственную природу не только Христа, но и человека как такового. В том смысле, в каком человек – уникальное единичное бытие, он индивидуален. В том смысле, в каком он – универсальное бытие, он сингулярен, он состоит из бесконечного множества составляющих его статусов, которые сходятся к некоему порождающему его ядру quo est. Идея сингулярности, по мнению С.С. Неретиной, помогает иначе понять дискуссии между концептуальным, реальным и номинальным: обе последние линии обнаруживаются как предельные состояния концептуального [6, с. 27].

Одним из первых представителей средневековой философской мысли, который, по нашему мнению, говорил о концепте, не называя его, был Боэций. В «Комментариях к Порфирию» он говорит о смысле вещи, который «постигается рассуждением разума, тем самым делая это понятным». Согласно Боэцию только челове-

ческий род может уяснить смысл, так как только человек наделен «тремя силами души»: роста, ощущения и разума. «Она (сила) способна не только воспринимать совершенные и упорядоченные чувственные образы; все образы, накопленные воображением (imaginatio), она разъясняет и определяет с помощью действий разума (intelligentia) <...> в воображении она может составить себе понятие о том, что воспринимает в данный момент, и том, что вообще недоступно чувствам, и дать этим образам имена» [2, с. 23].

С точки зрения С.С. Неретиной, смысл более чем что-либо другое свидетельствует о «нечто», поскольку он не «виден» ни в теле вещи, ни в высказывании вещи, но оставляет следы и в теле, и в высказывании, что и позволяет его выявлять в общении с вещью и относительно вещи. Он – «то, не знаю что», сам по себе парадокс: ни слово, ни плоть, ни чувственное представление, но он может быть рационально выражен при вопрос-ответной речевой ситуации как нечто, aliquid. Смысл предположен всеми основаниями средневековья, он может быть смыслом только как соумысел, то есть при личностном схватывании, без которого он не нечто, aliquid, а ничто. Именно с личностным пониманием смысла связана идея двуосмысленности, эквивокации, так как само понятие смысла связано с удвоением [6, с. 19].

Теория сингулярности Г. Порретанского противоречит термину «двуосмысленность», или «эквивокация», которые введены в научный обиход Боэцием.

В «Комментариях к Порфирию», анализируя родовидовые отношения, он заметил, что именем «род» может называться вещь, которая в одном смысле является родом, в другом смысле – видом. «Так, например, из единичных людей, непохожих друг на друга, мы выделяем то, что делает их похожими – человеческое (humanitas); и эта черта сходства, помысленная и истинным образом рассмотренная духом, становится видом; в свою очередь рассмотрение сходства различных видов, которое не может существовать нигде, кроме как в самих видах или в составляющих их индивидах, производит род. Таким образом, они (то есть роды и виды чувственного) существуют именно в единичных вещах (in singularibus)» [2, с. 30].

Итак, роды, виды и прочие существуют (subsistunt) в области чувственного, мыслятся помимо тел; при этом не исключено, что две вещи в одном и том же подлежащем различаются по смыслу, как, например, выгнутая (curva) и вогнутая (cava) линии: они задаются (terminentur) разными определениями, мыслятся по-разному, но в то же время находятся всегда в одном и том же подлежащем; одна и та же линия является и выгнутой, и вогнутой. Точно так же обстоит дело и с родами и видами, то есть единичность и общность (singularitas et universalitas) имеют одно подлежащее, но иначе мыслится общее, иначе ощущается единичное в тех вещах, в которых имеют они своё бытие» [2, с. 31].

Боэций хотел показать, что есть слова, разные по смыслу, но одинаково звучащие, что разные смыслы одного и того же слова исчезают при определении, при этом воздействуя друг на друга, позволяя логическое прочитать как метафорическое [6, с. 19]. Кстати, понятие «двуосмысленность», или «эквивокации», далее развивает в своих работах П. Абеляр.

Понятие двуосмысленности (эквивокации) П. Абеляр впервые ввел в «Диалектике» как смысловую характеристику. Внешняя форма речи может быть

двуосмысленной для рассудка, который может вывести правильное или ложное ее понимание в зависимости от способов толкования той или иной ситуации разными людьми. Также речь двуосмысленная, по Абеляру, не только во внешних формах, она и внутри себя осуществляет «совмещение статусов», например, Сократ – это и человек, и имя, и разумное животное, и каменщик, то есть многосмысленность, объемность оказываются важнейшими характеристиками речи.

Таким образом, если высказывание многосмысленно, значит, каждый может толковать этот смысл по-своему, поэтому высказывание многоголосо. Это многоголосие составляет «хор», который в душе человека-слушателя преобразуется в один смысл о высказанном. Но высказывания составляются в предложения, которые также должны быть понятны. «Следовательно, – пишет П. Абеляр, – когда мы говорим, что произнесенная речь обозначает нечто, то мы не хотим, чтобы это было понято так, будто мы приписываем тому, чего нет, некую форму, которую мы называем значением, но скорее понятие, извлеченное из произнесенной речи, мы воспринимаем как концепт в душе слушателя» [7, с. 175].

П. Абеляр сделал, наверное, наиболее весомый вклад в разработку идеи концепта. Термин «концепт» был введен им при анализе речи и стал решением проблемы универсалий. Концепт, по Абеляру, понимается как «...производное возвышенного духа («душа слушателя приподнята») или ума, куда рассудок включается как часть ума, способного творчески воспроизводить (собирать, concipere) смыслы и помыслы как универсальные слова, как общее». Впервые о концепте упоминается в «Диалектике», но и в «Логике» он говорит о концепте, не называя его [8, с. 273–274].

Основные моменты смысла термина «концепт» у П. Абеляра связаны со словом «схватывание» (conceptio), примененным для обозначения одномоментного, точечного, объединяющего соединения – созерцания в душе того, что дано как разное, единичное, многообразное, отдельное. Термин «концепт» применен П. Абеляром для высказывания, речи, развернутой во времени, которая в душе «схвачена», стянута в некоторый единый смысл – результат.

Ссылаясь на П. Абеляра, С.С. Неретина выделяет некоторые характерные свойства концепта: «1) концепт формируется речью; 2) осуществляется «по ту сторону» грамматики – в пространстве человеческой души с ее ритмами, энергией, внутренней жестикуляцией, интонацией; 3) концепт предельно субъективен; 4) ему, кроме того, мало изменения души индивида, размышляющего о вещи, он непременно предполагается при формировании другого субъекта – слушателя или читателя; 5) смысл обнаруживается в ответах на вопросы слушателя, что и рождает диспут, который актуализирует смыслы; 6) память и воображение являются неотторжимыми свойствами концепта, направленного на понимание здесь и теперь, в едином миге настоящего, с одной стороны, а с другой – концепт синтезирует в себе три способности души и как акт памяти ориентирован в прошлое, как акт воображения – в будущее, а как акт суждения – в настоящее» [7, с. 143].

Иное понимание концепта заложено уже в трактатах «О граде Божьем» и «О диалектике» А. Блаженного. В его трактате «О диалектике» 397 г. косвенно упоминается о концепте: он разграничивает предмет, мысль о предмете (переживаемый смысл) и языковое выражение этой мысли: «В слове есть все, что воспри-

нимается разумом, а не слухом, и то, что разум хранит в себе, называется dicibile, выражаемое. Когда же слово сходит с уст не ради самого себя, а чтобы означать нечто иное, оно называется dictio, выражение» [9, с. 28].

У Ф. Аквинского концепт – универсалия, которая «превыше всяких определений»; она связана с самопознанием мудрости, постигающей Бога. Концепты используются у него для доказательства бытия Бога (производящая причина, движение, возможность и необходимость, порядок природы и т. д.) [8, с. 273–274].

Д. Скот понимает концепт как «мыслимое сущее», которому присуща «этовость», понятая как внутренний принцип вещи, выражающий само ее бытие, сущность и существование вещи.

Для У. Оккама концепт существует как интенция в душе; она является единичной интенцией (направленность ума на единичное), предназначенной для высказывания о множестве. Концепт выражен в речи, которая состоит из знаков. У У. Оккама концепт существует и как знак вещей, и как образ мыслей.

Номинализм Д. Скота и У. Оккама заставляет их, по сути, сближать концепт то с именем, знаком предмета, то с понятием как мыслью, образом.

Подводя итог обзору средневековых определений термина «концепт», с нашей точки зрения, следует выделить несколько ключевых характеристик, представляющих интерес для современной философии права:

1) в концепте всегда присутствует множественность смыслов-элементов;

2) эта множественность «схватывается» одномоментно как нечто единое, целое;

3) «концепт» всегда коммуникативен, это своего рода и посредник в общении человека с Богом, человека с человеком, и результат этого общения;

4) концепт субъективен, причастен к душе, потому имеет индивидуальную окрашенность и вместе с тем обязательно причастен к духовности высшего уровня: Абсолюту, высшим ценностям;

5) именно поэтому концепт отличается от понятия: концепт индивидуален и причастен к личной духовности, поднимающей человека над повседневным эмпирическим миром, а понятие нацелено на общечеловеческие смыслы, на общечеловеческую рациональность.

Для развития современной философии права представляется весьма важным учитывать как многообразие смыслов фундаментальных правовых категорий, выступающих в качестве концептов, так и их способность «схватывать» черты всего целого; через отдельные признаки выражать это целое как гармоническое единство – сложное, противоречивое, во многом имплицитное, но единство. Концепт права объединяет сущность и индивидуальное ее проявление, историю и каждую точку исторического процесса, закон как общее правило и индивидуальное применение его в конкретной ситуации и для конкретных людей. Именно этому учету единства противоположностей учат средневековые творцы термина «концепт».

На наш взгляд, концепты права – это видоизмененные концепты культуры, которые приобрели статус категорий и принципов права именно в результате длительного функционирования в сфере реальных правовых отношений. Юристы стали уделять проблеме основополагающих принципов права большое внимание, выделяя при этом концепты права, на смыслах которых основаны такие принципы: справед-

ливость, равенство, свобода, гуманизм, социальный порядок, права человека, защищенность, суверенитет как личности, так и государства и т. д. С.П. Погребняк отмечает, что «современный уровень разработки данной проблемы не отвечает потребностям юридической теории и практики» [10, с. 4]. Это подтверждает актуальность исследуемой проблемы и необходимость ее дальнейшего исследования.

Литература

1. Сумарокова Л.Н. Справедливость как концепт культуры и права / Л.Н. Сумарокова // Актуальні проблеми філософії права. Аксіосфера права та держави : матеріали міжнародного круглого столу / за ред. Ю.М. Оборотова. – О. : Фенікс, 2013. – 174 с.
2. Боэций. Комментарий к Порфирию / Боэций // Боэций. Утешение философией и другие трактаты / Боэций ; переводчики : В.И. Уколова, М.Н. Цейтлин, Т.Ю. Бородай, Г.Г. Майоров. – М. : Наука, 1990. – 415 с.
3. Алефиренко Н.Ф. Лингвокультурология. Ценностно-смысловое пространство языка : [учебное пособие] / Н.Ф. Алефиренко. – М. : Флинта ; Наука, 2010. – 288 с.
4. Губин В.Д. Философия / В.Д. Губин [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.gumfak.ru/filos_html/gubin/gub04.shtml.
5. Порретанский Г. Комментарий к трактату Боэция «Против Евтихия и Нестория» / Г. Порретанский [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://nast-shulgina.narod2.ru/ID_15_48_00.htm.
6. Неретина С.С. Тропы и концепты / С.С. Неретина. – М. : РАН, 1999. – 278 с.
7. Неретина С.С. Абеляр и Петрарка: пути самопознания личности. Фрагмент из «Диалектики» / С.С. Неретина // Вопросы философии. – 1992. – № 3. – С. 57–65.
8. Неретина С.С. Верующий разум. К истории средневековой философии / С.С. Неретина. – Архангельск : Изд. Приморского педагогического ун-та, 2003. – 368 с.
9. Тодоров Ц. Теория символа / Ц. Тодоров. – М. : Дом интеллектуальной книги, 1999. – 408 с.
10. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : [монографія] / С.П. Погребняк. – Х. : Право, 2008. – 240 с.

Аннотация

Калмазан А. В. **Средневековые смыслы термина «концепт» и современная философия права.** – Статья.

В статье рассматривается история формирования смыслов термина «концепт» в философских трудах Боэция, П. Абеляра, Г. Поретанского, Д. Скотта, У. Оккама. В богатом спектре этих смыслов в качестве наиболее важных для современной философии права автор выделяет множественность смыслов-элементов концепта; «схватывание» этого множества как целостности; коммуникативность: концепт и инструмент, и результат коммуникации; концепт индивидуально окрашен и причастен к жизни души личности; концепт в то же время соотнесен с уровнем высшей духовности: Богом, Абсолютом, высшими ценностями.

Ключевые слова: концепт, смысл, понятие, коммуникативность, духовность.

Анотація

Калмазан А. В. **Середньовічні смисли терміну «концепт» та сучасна філософія права.** – Стаття.

У статті розглядається історія формування смислів терміну «концепт» у філософських працях Боеція, П. Абеляра, Г. Поретанського, Д. Скотта, У. Оккама. У широкому спектрі цих смислів як найбільш важливі для сучасної філософії права автор виділяє множинність смислів-елементів концепту; «схоплювання» цієї множини як цілісності; комунікативність: концепт і інструмент, і результат комунікації; концепт індивідуально забарвлений і причетний до життя душі особистості; концепт водночас співвіднесений із рівнем вищої духовності: Богом, Абсолютом, вищими цінностями.

Ключові слова: концепт, смисл, поняття, комунікативність, духовність.

Summary

Kalmazan A. V. **The medieval sense of the term "concept" and the modern philosophy of law.** – Article.

The history of the meaning formation of the term "concept" in works of Boets, P. Abelyar, G. Poretanskiy, D. Scott, U. Okkama is considered in the article. In the range of these meanings the author singles out the multiplicity of the meaning-elements of the concept as the most important feature in the law philosophy; "combining" this multiplicity as the integrity; communicativeness: the concept ant the tool, and the result of communication; the concept is tinged individually and is involved in the life on personality's soul; at the same time the concept is correlated with the highest level of spirituality: God, the Absolute, highest values.

Key words: concept, meaning, term, communicativeness, spirituality.

УДК 340.15(474.5):281.9

М. В. Крумаленко

ПРАВОВИЙ СТАТУС РУСЬКОЇ ПРАВОСЛАВНОЇ СПІЛЬНОТИ У ВЕЛИКОМУ КНЯЗІВСТВІ ЛИТОВСЬКОМУ

Аналіз стану наукової розробки проблеми правового статусу руської православної спільноти у Великому князівстві Литовському (далі – ВКЛ) дозволяє дійти висновку, що на сьогодні питання, пов'язані з етнорелігійною політикою цієї держави, залишаються недостатньо висвітленими. Окремі аспекти вказаної проблеми розглядалися в працях П. Музиченка [1], К. Панаса [2], О. Русиної [3], А. Сапеляка [4], А. Хорошкевич [5], Н. Яковенко [6]. Однак, як правило, у більшості випадків дослідники звертають увагу на цей інститут виключно в контексті аналізу міжконфесійних відносин та суспільно-політичних рухів, обмежуючися констатацією факту наявності поряд із православною вірою у ВКЛ інших вірувань та релігійних учень.

Метою статті є аналіз порядку формування у ВКЛ руської православної спільноти, визначення основних етапів становлення та розвитку її правового статусу, встановлення рівня етноконфесійної толерантності на українських та білоруських землях ВКЛ. На думку автора, розкриття означених питань дасть змогу в подальшому створити більш цілісну картину історії етнорелігійних відносин на теренах ВКЛ.

Більшість дослідників вважають, що підвалини правового статусу православного населення були закладені грамотою Владислава II Ягелла від 20 лютого 1387 р., що надавала католикам суттєві переваги, сутність яких полягала в такому:

1) феодали, які прийняли католицьку віру, отримували право володіти, тримати, користуватися, продавати, відчужувати, обмінювати, надавати, дарувати за своїм бажанням замки, волості, села, будинки й будь-яке інше майно. Це право зрівнювало литовських та польських феодалів. Особливістю феодальних відносин у ВКЛ було верховенство великого князя в земельних питаннях. Литовська шляхта була зобов'язана службою князеві, незалежно від виду феодального володіння, і вільно розпоряджатися землею не могла;

2) феодали-католики отримали право вільно видавати заміж своїх дочок та інших родичок за католицьким обрядом. Вдова-шляхтянка залишалась володаркою маєтку померлого чоловіка, доки вдруге не вийде заміж. Це прирівнювало жінок у ВКЛ до правового статусу польських жінок;

3) католицька шляхта звільнялась від державних повинностей, за винятком замкової (будівництво або ремонт замків) [7].

Водночас за шляхтою залишався військовий обов'язок, а до переслідування ворога міг залучатися кожний шляхтич, який був здатний носити зброю.

За приписами цієї грамоти відхід від католицької віри карався скасуванням вказаних переваг та привілеїв.

У 1400 р. Владислав II Ягелло видав ще один одноосібний привілей (він згадується в заголовку акта Городельської унії), яким позбавив православних підданих шляхетства й всіх його атрибутів. Герби, служба та шляхетська гідність зберігались лише за католиками [8]. Остаточно дискримінація православних була закрі-

© М. В. Крумаленко, 2013

плена в акті Городельської унії від 2 грудня 1413 р., який підтвердив попередні привілеї Ягайла та, крім того, заборонив православним феодалам доступ до посад воєводи й каштеляна та до Пани-Ради. Стисло суть акта Городельської унії щодо статусу православних та католиків полягала в такому:

1) привілеї, пожалування та герби поширювались тільки на панів та шляхту католицького віросповідання;

2) пани та шляхта-католики мали право володіти, продавати, міняти, відчужувати, дарувати та на свою користь обертати пожалування, на які в них були князівські грамоти, але відчуження, дарування або обмін пожалуваннями могли відбуватись лише за згодою князя;

3) спадкування, придане та віно для заміжніх панянок та шляхтянок регулювались за законами та звичаями Королівства Польського;

4) панянки та шляхтянки мали право одружуватись тільки з католиками;

5) пани зобов'язані були будувати та ремонтувати фортеці й сплачувати податки за стародавніми звичаями;

6) пани та шляхта зобов'язані були бути вірними королю Владиславу II Ягелло та великому князеві Олександру-Вітовту під страхом втрати пожалувань та переваг;

7) до державних урядів (на державну службу) та до Пани-Ради допускались лише шляхтичі та пани-католики. У ВКЛ вводились нові, раніше невідомі, посади воєвод та каштелянів, які могли обіймати виключно католиками [9].

Як бачимо, основні правові постанови, що надавали переваги католикам і, навпаки, були дискримінаційними щодо православних, переходили з акта до акта. З'ясуємо, наскільки повно ці дискримінаційні норми виконувалися в повсякденному житті та наскільки вони переслідували мету дискримінації православних.

З точки зору В. Бєднова, вищезгадані акти поширювались тільки на литовські області ВКЛ. Його погляди поділяє й сучасний білоруський дослідник Г. Галенченко, який вказує, що привілей 1387 р. та Городельська унія були покликані закріпити привілейований статус нового стану в середовищі власне литовського етносу, Литви та литовської католицької шляхти у взаємостосунках з іншими землями ВКЛ, православним руським (білорусько-українським) боярством та князівською аристократією, а також статус самого ВКЛ у його відносинах із Польщею [10, с. 1–2]. Додамо, що для Владислава II Ягелло та меншою мірою для Вітовта було важливо створити соціальний прошарок із-поміж литовської шляхти, з якого можна було б рекрутувати державців-одновірців правителя. В іншому випадку треба було покладатись на польську шляхту, що, безумовно, не було вигідним ні для Ягелла, ні для Вітовта.

Крім того, литовські правителі не могли не зважати на глибоке укорінення православ'я в руських областях держави. Тому вони не наважилися повною мірою поширити Городельський акт на руські землі, оскільки руське православне населення, кількісно переважаючи литовців, могло вчинити серйозний опір. Частково це підтвердили події громадянської війни 1430–1432 рр. у ВКЛ між прихильниками пропольськи налаштованого князя Жикгімонта та князя Свидригайла, який схилявся скоріше на бік православних.

Політика швидкого окатоличення руського населення не дала результатів, тому литовська влада за згодою польського короля пішла шляхом поступового усунення

відмінностей у феодальній верхівці різної конфесійної належності. 15 жовтня 1432 р. Гродненський з'їзд видав привілей руським князям, боярам, шляхті на користування такими вигодами та перевагами, якими користувалася литовська шляхта католицького віросповідання, але цей акт, не підтверджений Владиславом II Ягелло, не набув чинності. За два тижні король своїм привілеєм поширив права та вольності польської шляхти на духовенство, князів, панів і шляхту Луцької землі, не розрізняючи православних та католиків. Луцьке католицьке міщанство – німці – отримали такі ж права, якими вони користувалися у Львові та Кракові. Селянство ж було звільнене від поборів старост, але зобов'язувалося надавати стацію королю в разі його перебування в місті [11]. Більше того, король зобов'язувався відмовитись від політики насильницького навернення православних до католицької віри, а також не руйнувати православних церков, не передавати майна православної церкви католицьким храмам та монастирям.

У подальшому статус руського православного населення визначався Трокським привілеєм великого князя Жикгімонта Кейстутовича від 6 травня 1434 р., яким встановлювалось таке:

1) князь гарантував відмову від заочного покарання та призначення покарання лише за рішенням суду;

2) гарантувалось вільне розпорядження спадковими та вотчинними маєтками з повідомленням про це князя або його чиновників;

3) передбачалося спадкування вотчини чоловіка його дружиною з передачею вотчини дітям після досягнення ними повноліття, а за їх відсутності – братам покійного в разі повторного заміжжя;

4) підтверджувалися попередні пожалування, здійснені Олександром-Вітовтом та самим Жикгімонтом;

5) селянство звільнялось від дякла (натуральних податків), що традиційно вносилося князям;

6) натомість князі, бояри та їхні піддані зобов'язані будувати та ремонтувати замки, а також виконувати військовий обов'язок за власний рахунок;

7) руська шляхта мала право на отримання герба за згодою поляків, яким належав відповідний герб;

8) підтверджувалися грамоти, милості, привілеї, які Олександр-Вітовт надав церквам, князям та боярам [12, с. 190].

Цей привілей є певною мірою унікальним, оскільки він наданий не за релігійною, а за етнічною ознакою, хоча на той момент більшість руського населення належала до православної церкви. Привілей Жикгімонта Кейстутовича суттєво знижував рівень дискримінації православних, але про повне зрівняння православного руського населення та католицького говорити не можна. У привілеї немає згадки про доступ православних до державної служби, зокрема до тих нових урядів, які вводились Городельським актом. Отже, політичні права та, відповідно, можливість захисту інших прав на рівні представницьких та виконавчих органів держави в православної шляхти була набагато меншою, ніж у католицької. Разом із тим слід мати на увазі, що виконання законів у ВКЛ, як і в більшості феодальних країн, завжди залежало від політичної доцільності, уподобань правителя та

інших факторів, які не завжди відповідали поняттю «законність». У документах того періоду зустрічаються вказівки на те, що православні в дійсності допускалися до державних посад. Так, в одній із жалуваних грамот великий князь Олександр (1499 р.) пише: «…абы князи и панове нашого Римского закону, так духовные, как и светские, и теж воеводы, старосты и наместники, так Римского закону, как и Греческого…» [13]. Хрестоматійним є приклад кар'єри князя К. Острозького, який за великого князя Олександра не тільки став великим землевласником, але й отримав посаду «гетьмана найвищого», тобто посаду головного воєначальника Великого князівства Литовського [14]. Жалуючи князю Острозькому землю, великий князь Олександр особливо підкреслив як його чесноту «вірність вірі».

У 1447 р. права «руської» шляхти були закріплені новим привілеєм, який В. Пічета називав Великою хартією вільностей [15]. Із пунктів Городельской унії чинність зберегли тільки ті статті, які не допускали православну шляхту до вищих державних посад. Проте в житті й ці обмеження не діяли. У Статутах ВКЛ вони вже не згадувалися й остаточно були скасовані постановою Віленського сейму 1563 р. та Гродненським привілеєм (1568 р.). Так, Статут ВКЛ 1529 р. встановлював: «Зобов'язуємося своїм ім'ям господарським зберігати за всією шляхтою, княжатами, панами хоругвними й всіма боярами, міщанами та їхніми людьми свободи й вільності, що дані їм як нашими предками, так і нами» (арт. 7, розд. III). Відповідна норма була зазначена й у Статуті ВКЛ 1566 р. (арт. 2, розд. III).

Віленський привілей 1563 р. підкреслював участь у сеймі не тільки католицької, але й православної шляхти. Єдине, що вимагалось для отримання привілеїв, що відповідали становищу католицької шляхти, – вірність князю та його «пращурам». Підґрунтям цього застереження була пам'ять про родовитих литовських магнатів, які втекли до Московського князівства (Бєльські, Глинські тощо). Привілей зазначав право на зайняття державних посад особами некатолицького віросповідання: «Також на чини й посади всілякі й у Раді нашій і у врядах земських і двірних мають бути не лише піддані Церкви Римської, але мають обиратися на рівноправній основі представники лицарського стану з народу шляхетського й віри християнської, як Литва, так і Русь, кожний відповідно до власних заслуг і гідності своєї нами, Господарем, на важливі місця й посади, з ласки нашої, призначені мають бути» [12, с. 144–146].

Водночас не слід впадати в ідеалізацію політики правителів ВКЛ щодо православної шляхти, вважаючи її руськоспрямованою. Останні наукові дослідження свідчать, що, скажімо, найважливіший компонент соціальної політики середньовіччя – наділення служилого стану землею – аж ніяк не носив такої спрямованості.

Вищезгадані привілеї переважно стосувалися прав верхівки суспільства – шляхти, але в деяких нормативно-правових актах йдеться й про права міщан – «местичів». Одним із завдань цього дослідження є виявлення відмінностей у правовому статусі міщан-християн за конфесійною ознакою. Аналіз нормативно-правових актів ВКЛ показує, що такі відмінності практично були відсутніми. Так, наприклад, у статутній грамоті великого князя Олександра київським міщанам (1494 р.) не зазначалося про відмінності в правовому статусі православних та католицьких міщан, хоча в Києві тоді проживали як ті, так і інші [12, с. 353]. Більше того, правителі

ВКЛ суворо забороняли примусове звернення до католицької віри. Зокрема, у статутній грамоті Вітебській області (16 липня 1503 р.) вказувалося: «Также которыи будут, Литвин, або Лях, крещены были у Витебску в Рускую веру, а хто из того роду и тепере живет, того нам не рушити, права их хрестьяньского ни в чом не ломити» [10, с. 126.]. У 1509 р. ця грамота була підтверджена князем Жикгімонтом Старим.

Поширеною є думка про те, що магдебурзьке право в Литві та Польщі діяло тільки за колом осіб, обмежених католицькою релігією. Вважається, що православні усувались від управління містами-магдебургіями. Проте документи свідчать про те, що у ВКЛ це положення діяло не завжди. Проаналізовані міські привілеї та статутні грамоти, навпаки, свідчать про поширення магдебурзького права на всіх християн-міщан. Так, у привілеї Жикгімонта І місту Києву (1514 р.) зазначалось, що магдебурзьке право дається всім міщанам: «...римское веры и греческое, и арменское, как место наше виленское то право мает и вживает; а от прав польских и литовских, и руських и всех обычаев которые были тому праву на переказе, их вызволяем» [12, с. 150].

Досить часто міщани зверталися до великого князя зі скаргами на податкові та інші зловживання намісників. Проаналізований актовий матеріал, який містить відповіді на такі скарги, дає підстави зробити висновок про відсутність етноконфесійної дискримінації православних із боку державної влади в цих питаннях. Так, своєю грамотою великий князь Олександр (11 квітня 1495 р.) забороняє вітебському наміснику Михайлу Жеславському вводити нові повинності та мита, не вказуючи при цьому, міщан яких конфесій (і навіть релігій) це стосується [12, с. 150, 226–227].

Частими є грамоти щодо податкових пільг міщанам у випадках збитків, нанесених війною, татарською навалою, незаконними діями урядовців, віітів або удільних князів. У проаналізованих документах (наприклад, заборонна грамота вітебському наміснику від 11 квітня 1495 р., пільгова грамота від 24 березня 1501 р. пінським міщанам) нічого не говориться про відмінності в правовому статусі православних та католиків, натомість вказується, що це прохання «всіх міщан», яке князь і задовольнив, приписавши стягувати мита та вимагати виконання неподаткових повинностей із пінських міщан «по-старому», як було за часів Вітовта, Жикгімонта та Казимира IV Ягеллона [12, с. 223–226].

У статутній грамоті великого князя Олександра мешканцям Белзької області (22 лютого 1501 р.) вказується термінологічна відмінність між земянами (очевидно, католиками) та русинами. Судові права та обов'язки земян та русинів були подібними: у випадку позову русина проти земянина справу розглядали суддя та підсудок, у випадку позову земянина проти русина – староста, суддя та підсудок (арт. 6). Земянин мав право оскаржити рішення перед князем (арт. 9). Грамота згадує про типові справи щодо бортництва. Нерідко земяни чинили насильство («нагабали») над русинами щодо бортних дерев (арт. 14), а також привласнювали безхазяйну худобу (арт. 15). У цих випадках грамота встановлювала порядок експлуатації бортних дерев та повернення такої худоби [22]. Дискримінаційний потенціал у цих приписах відсутній, але поява таких казуїстичних приписів, досить детальних, говорить про реальну практику зловживань своїм становищем із боку мілкопомісної шляхти – земян.

Отже, проведене дослідження правового статусу руської етнічної православної групи у ВКЛ дозволило дійти таких висновків.

1. На початку входження слов'янських земель до складу ВКЛ етноконфесійну політико-правову ситуацію можна визначити як юридично нейтральну. Православні та католики не мали ні привілеїв, ні, навпаки, дискримінаційних обмежень із боку влади ВКЛ.

2. Із прийняттям у ВКЛ християнства за римсько-католицьким зразком домінуючі верстви православного населення (бояри, шляхта, духовенство) зазнали дискримінації (заборона займати державні посади вищих рангів, набувати герби тощо). Це було пов'язано з прагненням литовської влади сформувати власну політичну еліту, яка б не відрізнялась за віросповіданням від польської шляхти.

3. У першій половині XVI ст. прискорився процес консолідації шляхти та магнатів ВКЛ незалежно від етнічного походження та конфесійної належності. Статути ВКЛ 1528 р. та 1566 р., рішення сеймів, зміни в етнорелігійному складі Пани-Ради – все це закріплювало тенденцію перетворення привілейованого стану в єдиний (хоча й різноманітний за етнічною та релігійно-конфесійною ознакою) політичний народ ВКЛ, який офіційно зазвичай іменували «литвини».

4. Правовий статус непривілейованих верств християнського населення слов'янських володінь ВКЛ практично не мав етнокофесійних відмінностей. Існуючі відмінності носили становий характер, типовий для європейських країн (шляхта, міщани, селяни). Етноконфесійна толерантність правителів ВКЛ щодо міщан та селян визначалась тим, що ці стани не мали жодної політичної ваги в князівстві: ні міщани, ні тим паче селяни не були представлені у владних структурах, отже, не могли впливати на політику держави.

Література

1. Музиченко П. Вплив церкви і церковного права на розвиток правової культури на українських землях у XIV – XVI ст. / П. Музиченко // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – О., 2002. – Т. 1. – С. 80–90.
2. Хорошкевич А. О международных аспектах религиозной политики Великого княжества Литовского времени Первого Статута 1529 года / А. Хорошевич // Первый Литовский Статут 1529 года : материалы республиканской научной конференции, посвященной 450-летию Первого Статута. – Вильнюс, 1982. – С. 43–51.
3. Панас К. Історія української церкви / К. Панас. – Львів : НВП «Трансінтех», 1992. – 160 с. ; Сапеляк А. Україна крізь віки: релігійно-церковний аспект / А. Сапеляк. – Львів : Червона калина, 2006. – 262 с.
4. Русина О. Міжконфесійні відносини й суспільно-політичні рухи XV – початку XVI ст. на теренах України / О. Русина // Український історичний журнал. – 2006. – № 3. – С. 4–16.
5. Яковенко Н. Українська шляхта з кінця XIV до середини XVII (Волинь і Центральна Україна) / Н. Яковенко. – К. : Наук. думка, 1993. – 186 с.
6. Уния в документах : сборник / сост. В.Теплова, З. Зуева. – Минск : Лучи Софии, 1997. – 520 с.
7. Беднов В. Православная Церковь в Польше и Литве (по Volumina Legum) / В. Беднов. – Минск : Лучи Софии, 2002. – 432 с.
8. Уния в документах : сборник / сост. В.Теплова, З. Зуева. – Минск : Лучи Софии, 1997. – 520 с.
9. Галенченко Г. «Шляхетская демократия» в Великом княжестве Литовском в XVI – XVIII вв. / Г. Галенченко // Белоруссия и Россия: общества и государства / ред.-состав. Д. Фурман. – М. : Права человека, 1998. – С. 201–222.

10. Архив Юго-Западной России. – Ч. V. – Т. I. – Док. № 1. – С. 1–2.
11. Беднов В. Православная Церковь в Польше и Литве (по Volumina Legum) / В. Беднов. – Минск : Лучи Софии, 2002. – 432 с.
12. Акты, относящиеся к истории Западной России : в 5-ти т. – СПб., 1846–1853. – Т. I (1340–1506 гг.). – 1946. – 424 с.
13. Ярушевич А. Ревнитель православия князь Константин Иванович Острожский (1461–1530 гг.) / А. Ярушевич. – Смоленск : Типолит. инж.-мех. С. Гуревич, 1897. – 268 с.
14. Пичета В. Белоруссия и Литва XV – XVI вв. (Исследования по истории социально-экономического, политического и культурного развития) / В. Пичета. – М. : Изд-во АН СССР, 1961. – 818 с.
15. Статути Великого князівства Литовського : у 3-х т. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – О. : Юридична література, 2003–2004. – Т. II : Статут Великого князівства Литовського 1566 року. – 2003. – 672 с.

Анотація

Крумаленко М. В. **Правовий статус руської православної спільноти у Великому князівстві Литовському.** – Стаття.

У статті розглядаються питання правового становища руської православної спільноти у Великому князівстві Литовському. Аналізуються причини утисків православної спільноти з боку католицької церкви, її роль у розвитку державно-правових інституцій Великого князівства Литовського. Робиться висновок, що православна спільнота у Великому князівстві Литовському формувалася виключно за етнічним, а не за релігійним критерієм.

Ключові слова: правовий статус, Велике князівство Литовське, православна спільнота, католики, православні, православна релігійна група.

Аннотация

Крумаленко М. В. **Правовой статус русской православной общины в Великом княжестве Литовском.** – Статья.

В статье рассматриваются вопросы правового положения русской православной общины в Великом княжестве Литовском. Анализируются причины притеснений православной общины со стороны католической церкви, ее роль в развитии государственно-правовых институтов Великого княжества Литовского. Делается вывод, что православное сообщество в Великом княжестве Литовском формировалась исключительно по этническому, а не по религиозному критерию.

Ключевые слова: правовой статус, Великое княжество Литовское, православное сообщество, католики, православные, православная религиозная группа.

Summary

Krumalenko M. V. **Legal status of the Russian Orthodox community in the Grand Duchy of Lithuania.** – Article.

In the article the question of distribution of orthodox faith is examined on Ukrainian territories of the Grand Duchy of Lithuania. Reasons of oppressions of orthodox community are analyzed. Legal status of catholic religious group is characterized, its role in development of state and legal institutions of the Grand Duchy of Lithuanian. Drawn a conclusion, that an orthodox community in the Grand Duchy of Lithuanian was formed exceptionally after an ethnic criterion, but not religious criterion.

Key words: legal status, Large Duchy of Lithuanian, orthodox community, catholic religious group, catholics, orthodoxs.

УДК 347.963 (470)«18»(091)(092)

О. М. Феоктістова

ГЕНЕРАЛ-ПРОКУРОРИ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ XIX СТ. ТА ЇХНЯ РОЛЬ У РОЗВИТКУ ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРАТУРИ

Постановка проблеми. Важливу роль у правовому регулюванні діяльності прокуратури зіграв Указ Петра I від 27 квітня 1722 р. «Про посаду Генерал-прокурора». Відповідно до цього указу Генерал-прокурор, названий «оком государевым» і «стряпчим» про справи держави, здійснював безпосередньо нагляд за тим, щоб найвищий державний орган країни – Сенат – діяв відповідно до регламентів і імператорських указів. Посаду Генерал-прокурора за весь час її існування займали 33 людини. Серед них були також талановиті державні діячі, які зробили значний внесок у розвиток органів прокуратури.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання діяльності Генерал-прокурорів та їхнього життя взагалі досліджували, зокрема, О.Г. Звягінцев, Ю.Г. Орлов, А.Ф. Коні, Л.С. Снєгірьов, І.І. Петрункевич, А.М. Куломзін, Н.В. Муравйов.

Метою статті є дослідження ролі Генерал-прокурорів Російської імперії XIX ст. в розвитку діяльності прокуратури.

Виклад основного матеріалу. Слово «прокурор» походить від латинського слова, що означає «турбуватися». Уперше прокуратуру було створено в XIII ст. у Франції для захисту інтересів королівської влади в судах, а пізніше – для переслідування злочинців і поновлення правопорядку.

Історія прокуратури України взаємопов'язана з розвитком прокуратури Російської імперії, тому що органи прокуратури, які тоді знаходилися на території України, входили до прокурорської системи Росії. У Росії прокуратуру було створено Указом Петра I від 12 січня 1722 р. В Указі Урядовому Сенату зазначалося: «Надлежит быть при Сенате Генерал-прокурору и Обер-прокурору, а также во всякой коллегии по прокурору, которые должны будут рапортовать Генерал-прокурору». Генерал-прокуророві підкорялися обер-прокурори, прокурори колегій Сенату й провінцій.

Сам же Генерал-прокурор підпорядковувався безпосередньо імператору й зобов'язаний був здійснювати наглядові функції: наглядав за діяльністю сенату та колегій, «щоб не порушувалася воля його величності». Утворення прокуратури в Росії тих часів було історичною закономірністю. Намагання йти європейським шляхом розвитку спонукало монарха приділяти певну увагу законотворчості, насамперед у сфері державного управління. У той же час хабарництво та зажерливість під час встановлення нового порядку правління в країні не тільки не зменшилися, а навпаки, поширилися.

Відомо, що цим прокурорам були підвладні навіть деякі члени сенату, якому за відсутності Петра I належала вся повнота влади. Тому було недостатньо прийняти закони, які регламентували діяльність державних чиновників, установити сувору відповідальність за недбале виконання їх, зробити жорсткішим

© О. М. Феоктістова, 2013

покарання за вчинення посадових злочинів та проступків. Потрібен був апарат, який слідкував би за виконанням законів і вживав заходи щодо притягнення до відповідальності винних у їх порушенні. З прийняттям відповідних указів прокурорський нагляд почав відігравати значну роль у державному житті, хоча правові засоби нагляду зводилися до протестування та нагадування про необхідність виконання посадовими особами законів і своїх обов'язків, а також до донесень про бездіяльність і беззаконня.

Прокуратура створювалася в Росії як представницький орган влади імператора. Цей орган мав здійснювати від її імені та за її дорученням постійний нагляд і контроль за діями й рішеннями Урядового Сенату, інших центральних і місцевих установ. Про суть самої посади прокурора її засновник Петро I сказав так: «Сей чин яко око наше!».

Починаючи з 1802 р. Генерал-прокурор став водночас і міністром юстиції. Посаду Генерал-прокурора, установлену Петром I у 1722 р., за весь час її існування (до жовтня 1917 року, тобто два століття) займали 33 людини. Першим Генерал-прокурором Російської імперії був П.І. Ягужинський, один із видатних діячів імперії, а останнім – П.М. Малянтович, (із 25 вересня до 25 жовтня 1917 р.). Посаду Генерал-прокурора обіймали різні особи. Серед них були талановиті державні діячі, такі як П.І. Ягужинський, уродженець України Д.П. Трощинський, славні юристи Н.В. Замятін, Н.В. Муравйов, російський поет Г.Р. Державін та інші.

Більш детально звернемо увагу на життя першого Генерал-прокурора Російської імперії. П.І. Ягужінський (1683–1736 рр.) народився в сім'ї бідного литовського органіста. Близько 1687 р. батько П.І. Ягужінського переїхав до Москви; був спочатку органістом при лютеранській церкві в Німецькій слободі, потім поступив на військову службу. Фельдмаршал Ф.А. Головін звернув увагу на юного П.І. Ягужінського. Під його заступництвом П.І. Ягужінський почав службу спочатку пажем у Ф.А. Головіна, а потім камер-пажем при дворі.

У 1701 р. Петро I зарахував П.І. Ягужінського в гвардію, у Преображенський полк. Знайомство з А.Д. Меншиковим й увага царя сприяли його просуванню по службі. Незабаром П.І. Ягужінський став денщиком Петра I; перейшов із лютеранина в православ'я. І в 1710 р. був вже камер-юнкером і капітаном. Приблизно в цей час він одружувався на Г.Ф. Хитрово й, отримавши за неї величезне придане, став одним із найбагатших людей свого часу.

П.І. Ягужінський супроводжував Петра I в Прутському поході (у червні того ж року став полковником, а в серпні йому подаровано титул генерал-ад'ютанта). Він супроводжував Петра й у Карлсбад, і в Торгау на весілля царевича Олексія. У 1712 р. був присутнім на весіллі Петра I з Мартою Скавронською (Катериною I). У 1712 р. знов супроводжував Петра I за кордон. До 1714 р. відправлений Петром I у Данію для підтримки акредитованого там князя В.Л. Долгорукого з метою домовитися про спільні з Данією дії проти Швеції. Проте ця місія не була успішною. Пізніше П.І. Ягужінський вів переговори з прусським королем. Петро I покладав на П.І. Ягужінського різні важливі обов'язки, що вимагають кмітливості й чесності. У 1718 р. на нього було покладено спостереження за «швидким пристроєм президентами своїх колегій». У 1719 р. разом із

Я.В. Брюсом та А.И. Остерманом П.І. Ягужінський брав участь у роботі Аландського конгресу. У лютому 1720 р. його відправлено з дипломатичним дорученням до Відня, а в серпні 1721 р. – на Ніштадтський конгрес. 18 січня 1722 р. П.І. Ягужінський був призначений генерал-прокурором Сенату. В указі від 27 квітня 1722 р. «Про посаду генерал-прокурора» зазначається: «И понеже сей чин – яко око наше и стряпчий о делах государственных, того ради надлежит верно поступать, ибо перво на нем взыскано будет».

Наглядові іноземці зазначали, що генерал-прокурор П.І. Ягужінський – друга після імператора особа в державі за своєю силою й значенням. П.І. Ягужінський наполягав на тому, щоб прокурорами ставали енергійні й вольові люди. Петро І неодноразово відзначав заслуги П.І. Ягужінського. У день коронації Катерини І П.І. Ягужінський був нагороджений орденом Св. Андрія Первозванного. Після смерті Петра І Катерина І хоча й благоволила П.І. Ягужінського, проте мало цікавилася справами прокуратури. На перше місце висувалася Верховна таємна рада, утворена 8 лютого 1726 р. П.І. Ягужінський був вимушений лавірувати між ворогуючими придворними угрупуваннями. У серпні 1726 р. його було призначено повноважним міністром при польському сеймі в Гродно. У січні 1730 р. взяв участь у змові верховників, але потім сповістив імператрицю Ганну Іванівну про змову й порадив їй відректися від «кондицій», що обмежували її владу. За рішенням Верховної таємної ради П.І. Ягужінський був арештований, проте незабаром його звільнили.

П.І. Ягужінського було призначено послом до Берліна [1]. У 1731 р. йому було подаровано графський титул. У 1731–1734 рр. був послом у Пруссії; у 1735 р. його було включено до складу Кабінету Міністрів. Похований в Александро-Невській лаврі [2].

Також необхідно згадати одного з небагатьох вихідців із так званої Малоросії, що досягли вищих ешелонів влади завдяки праці й наполегливості, чесному служінню високим ідеалам, а саме Д.П. Трощинського (1754–1829 рр.). Упродовж царювання трьох імператорів він був наближеним до трону й не осоромив свого імені у важкі часи. До того ж завдяки Д.П. Трощинському син України М.В. Гоголь став відомий світу.

Предки Д.П. Трощинського були запорізькими козаками, а один із них, отаман М. Трощинський, – зятем гетьмана І.С. Мазепи. Д.П. Трощинський здобув освіту в Київській духовній академії. Після закінчення навчання Д.П. Трощинський пішов на цивільну службу, ставши в 1773 р. полковим писарем. Згодом його взяв на посаду секретаря князь М.Г. Репнін, який був російським повноважним послом у Константинополі. Із того часу Д.П. Трощинський довго не розлучався з М.Г. Репніним, який, повернувшись до Росії, керував багатьма губерніями. 12 лютого 1786 р. Д.П. Трощинський отримав звання радника, а через рік у Києві його відрекомендували Катерині ІІ як надійного чиновника. Катерина ІІ порекомендувала Д.П. Трощинського на службу графові О.А. Безбородько. Імператрицю цікавила кар'єра молодого й здібного службовця, і в 1794 р. вона нагородила його орденом Св. Володимира 2-ої ступеня, а ще через два роки удостоїла звання статського радника.

Зліт кар'єри Д.П. Трощинського припадає на царювання нового імператора. У ніч із 11 на 12 березня 1801 р. його викликали в палац, де він склав маніфест про сходження на престол Олександра І. Імператор повернув йому звання Сенатора й посаду головного директора пошти. 26 березня 1801 р. була скасована Рада при високому дворі й замість нього створена нова Рада «найважливіших державних справ», що отримала назву Державна Рада. Д.П. Трощинський став одним із членів Державної Ради й головним начальником його канцелярії, зберігши за собою всі колишні посади. 15 вересня 1801 р. він отримав чин дійсного таємного радника.

У 1812 р. дворяни вибрали його своїм предводителем, і за їхнім дорученням він у 1814 р. зустрічав імператора, який повертався з-за кордону. Олександр І знов «відмітив» вельможу й 30 серпня 1814 р. призначив міністром юстиції й Генерал-прокурором. На цій посаді Д.П. Трощинський пробув три роки, із властивою йому енергією займаючись численними справами судового відомства, прокуратури. Хоча Д.П. Трощинський на цій посаді був лише три роки, його думки відзначаються ясним розумінням справи.

Значний внесок у розвиток прокуратури зробив і Д.М. Замятнін. Він народився 31 січня 1805 р. в родовому маєтку Пашигорове, Горбатовського повіту Ніжегородської губернії. Його батько, надвірний радник, М.С. Замятнін був одружений на дочці капітана В.І. Граве. У сім'ї Замятніних було п'ятеро дітей: дві дочки (Наталія і Любов) і троє синів (Дмитро, Павло та Сергій) [4]. Походить із дворян Ніжегородской губернії. У 1823 р. із срібною медаллю закінчив Царськосельський ліцей. Працював під керівництвом М.М. Сперанського в другому відділенні Власної Його Імператорської Величності канцелярії. З 1840 р. був герольдмейстером, членом Консультації при міністерстві юстиції, обер-прокурором цивільних департаментів Сенату, із 1852 р. – сенатор. З 1858 р. – товариш міністра юстиції. З 21 жовтня 1862 р. до 16 квітня 1867 р. – міністр юстиції Російської імперії. Д.М. Замятніна цікавили всі проблеми судової реформи. На його долю, як підкреслював А.Ф. Коні, випало важке завдання введення й відкриття перших судів у статутах 20 листопада 1864 р.

У справі здійснення грандіозного проекту реформи судової системи Д.М. Замятнін не визнавав дрібниць. 31 січня 1864 р. був затверджений на посаді Міністра юстиції й Генерал-прокурора. Один із найбільш активних діячів судової реформи Олександра ІІ. Ініціював процедуру розробки й носіння Знаку повіреного Присяги та інших посадових знаків учасниками судової системи із судової реформи Російської імперії. Він як Генерал-прокурор контролював розслідування багатьох політичних справ. Сам підтримував звинувачення в справі Д.В. Каракозова, який стріляв в імператора 04 квітня 1866 р. 16 квітня 1867 р. його було звільнено з посади Міністра юстиції й Генерал-прокурора та призначено членом Державної Ради. З 1873 р. став членом Імператорського людинолюбного суспільства, з 1874 р. – почесним опікуном Опікунської ради. Був нагороджений орденом Святого Олександра Невського з діамантами. У 1881 р. стає головою департаменту цивільних і духовних справ Державної Ради.

Усе своє життя Д.М. Замятнін цікавився розвитком нового суду й прокуратури, радів успіхам кращих судових діячів і прокурорів. Усі, хто його знав, так само ставилися й до нього. Д.Н. Замятнін «як прапороносець судової реформи» радів тому, як віддані йому всі судові діячі. Звідусіль йому надходили вітальні телеграми. Більшість розуміла, що багато в чому саме йому вони зобов'язані тим, що судова реформа пустила міцне коріння, що значною мірою вплинуло й на розвиток органів прокуратури.

Необхідно згадати М.В. Муравйова (1850–1908 рр.) – державного діяча, Міністра юстиції й Генерал-прокурора Російської імперії. Син губернатора Олонецкой і Псковської губерній В.Н. Муравйова. У 1868 р. закінчив із золотою медаллю третю московську гімназію; у 1868–1869 рр. слухав лекції на юридичному факультеті Імператорського Московського університету, потім в іноземних університетах; у 1870 р. затверджений як кандидат до складання іспиту при юридичному факультеті Імператорського Санкт-Петербурзького університету. Склавши іспит на кандидата права, поступив на службу до судового відомства. Обіймаючи посаду прокурора в Москві, склав магістерський екзамен із кримінального права й читав в університеті лекції з кримінального процесу. У 1877 р. був призначений прокурором Ярославського окружного суду; у січні 1879 р. – товаришем прокурора судової палати Санкт-Петербургу.

Навесні 1881 р. очолив процес звинувачення в справі про злочин 1 березня 1881 р., жертвою якого став у Бозі покійний імператор Олександр II Миколайович. У тому ж році призначений прокурором Санкт-Петербурзької судової палати, у 1884 р. переведений на таку ж посаду до Москви, у 1891 р. призначений обер-прокурором кримінального касаційного департаменту, у 1892 р. – державним секретарем. Його звинувачувальні промови (у справах Тупіциних, Рикова, «Червоних Валетів», про царевбивство 1 березня) звернули на себе увагу, так само як і деякі обер-прокурорські висновки (наприклад, у справі Дорну).

З 1 січня 1894 р. (затверджений на посаді 17 квітня того ж року) до 14 січня 1905 р. був Міністром юстиції й Генерал-прокурором.

Напередодні подій 9 січня 1905 р., 7 січня, Д.М. Муравйов бесідував зі священиком Г.А. Гапоном, який переконав його благати пана прийняти петицію про робочі потреби. Ознайомившись із текстом петиції, Д.М. Муравйов сказав Г.А. Гапону, що вона вимагає обмежити самодержавство, і відмовив у підтримці [6]. Наступного дня, 8 січня, на нараді міністра внутрішніх справ П.Д. Святополк-Мірського Д.М. Муравйов охарактеризував Г.А. Гапона як «ярого революціонера» й запропонував його заарештувати [7], висловившись проти яких-небудь переговорів із робітниками. Через декілька днів після «Кривавого воскресіння» Д.М. Муравйов подав у відставку й виїхав послом до Риму, як вважали сучасники, через побоювання помсти з боку революціонерів [8]. У 1894 р. привласнено звання Почесного громадянина міста Оренбурга й Почесного громадянина міста Петрозаводська. 14 січня 1905 р. призначений надзвичайним і повноважним послом у Римі, на цій посаді пробув до своєї смерті в 1908 р.

Під час перебування його Міністром юстиції було закінчено здійснення судової реформи 1864 р., установлено 3 судові палати (Іркутську, Омську та Таш-

кентську) і 23 окружні суди; видано кримінальне положення 1903 р.; досягнуто значних успіхів у цивільному кодифікуванні. До Міністерства юстиції приєднано головне тюремне управління (1895 р.), перетворені старі департаменти Сенату (1898 р.), збільшено склад членів окружних судів (1896 р., 1899 р.), утворено добродійне суспільство судового відомства (1895 р.), відновлено видання «Журналу Міністерства юстиції» (1894 р.).

Заснована в 1894 р. особлива комісія під керівництвом Д.М. Муравйова, яка передивляється законоположення про судову частину, запропонувала низку значних змін у судових статутах. Д.М. Муравйов зазначав, що «суд має бути насамперед вірним і вірнопідданим провідником та виконавцем самодержавної волі монарха» і «як один з органів уряду має бути солідарним з іншими його органами у всіх їхніх законних діях» [9].

Д.М. Муравйов як дослідник прокуратури бачив ті тенденції, які визначають динаміку функцій прокуратури із зміною суспільних умов. Розробляючи класифікацію прокуратури різних історичних і регіональних типів, він ще тоді помітив особливості російської правової дійсності, які визначають сутність специфіки прокурорського нагляду.

Висновки. Отже, важливою передумовою успішного виконання покладених на прокуратуру функцій є компетентність та особиста дисципліна прокурорів. Здійснюючи функції, прокурори постійно працюють із законодавчими актами, мають достатньо фактів, що свідчать про недосконалість цих документів, їхні недоліки, тому пропозиції щодо вдосконалення певних функції прокуратури мають велике значення для розвитку та покращення діяльності органів прокуратури.

Література

1. Сухарев О.В. Кто был кто в России от Петра I до Павла I / О.В. Сухарев. – М. : АСТ, 2005. – 704 с.
2. Шикман А.П. Деятели отечественной истории. Биографический справочник / А.П. Шикман. – М. : АСТ, 1997. – 446 с.
3. Большая советская энциклопедия : в 30 т. / под ред. А.М. Прохоров. – М. : Советская энциклопедия, 1969–1978.
4. Звягинцев А.Г. Под сенью русского орла. Российские прокуроры. Вторая половина XIX – начало XX в. / А.Г. Звягинцев, Ю.Г. Орлов. – М. : Российская политическая энциклопедия, 1996. – 427 с.
5. Джаншиев Г.А. Роль Д.Н. Замятнина в судебной реформе / Г.А. Джаншиев. – СПб. : Типография Правительствующего Сената, 1882. – 430 с.
6. Гапон Г.А. История моей жизни / Г.А. Гапон. – М. : Книга, 1990. – 64 с.
7. Валк С.Н. Петербургское градоначальство и 9 января / С.Н. Валк // Красная летопись. – Л., 1925. – № 1. – С. 37–46.
8. Минцлов С.Р. Петербург в 1903–1910 годах / С.Р. Минцлов. – Рига : Книга для всех, 1931. – 306 с.
9. Муравьев Николай Валерианович // Русский биографический словарь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rulex.ru.

Анотація

Феоктістова О. М. **Генерал-прокурори Російської імперії XIX ст. та їхня роль у розвитку діяльності прокуратури.** – Стаття.

У статті висвітлюється діяльність та взагалі життя деяких видатних генерал-прокурорів XIX ст. Російської імперії, до складу якої входила значна частина українських земель. Також у статті зазначається про їхній вплив на розвиток органів прокуратури на українських землях у складі Російської імперії.

Ключові слова: прокуратура, генерал-прокурор, діяльність органів прокуратури.

Аннотация

Феоктистова О. М. **Генерал-прокуроры Русской империи XIX ст. и их роль в развитии деятельности прокуратуры.** – Статья.

В статье освещается деятельность и вообще жизнь некоторых выдающихся генерал-прокуроров XIX ст. Русской империи, в состав которой входила значительная часть украинских земель. Также в статье речь идет об их влиянии на развитие органов прокуратуры на украинских землях в составе Российской империи.

Ключевые слова: прокуратура, генерал-прокурор, деятельность органов прокуратуры.

Summary

Feoktistova O. M. **General prosecutors of the Russian empire of XIX of item and their role is in development of activity of office of public prosecutor.** – Article.

The article highlights the work and life in general some outstanding procurator-general of the XIX century Russian Empire, which included a significant part of Ukrainian lands. Also in the article it is indicated about their influence on development of organs of office of public prosecutor on Ukrainian earths in composition the Russian empire.

Key words: office of public prosecutor, general prosecutors, activity of organs of office of public prosecutor.

УДК 340.12:348.97

С. О. Мавед

ШКОЛИ ІСЛАМСЬКОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Розповсюдження ісламу в 7–8 століттях відбувалось через мандруючих проповідників і купців, внаслідок залучення до ісламу владної верхівки, за допомогою якої робився вплив на нижчі верстви населення. Ісламізація населення була необхідна для створення внутрішньої єдності й зовнішньої експансії. Тлумачення Корану та Сунни здійснювалось, виходячи з принципу доцільності та місцевих особливостей різних провінцій. Виникла необхідність удосконалення ісламського права й розробки нових норм, які б адекватно відображали існуючі ситуації. Тому виникають сунітські та шиїтські правові школи (масхаби), які розвивали інститути нового суспільства та впливали на подальшу еволюцію ісламського права. Настав новий етап формування ісламсько-правової науки – період кодифікації та імамів, епохи зрілості, «золотого віку» в розвитку ісламського права.

Стан останніх досліджень та публікацій. Із метою роз'яснення таємних знань з'явились муджтахіди, які за допомогою способу *іджтіхад* тлумачили складні питання, а також збирали судження, перекази, які потім узагальнювали в хадіси та публікували у вигляді окремих видань («Муватта»), про що написано достатню кількість робіт таких учених: Х. Бехруз [1], Г. М. Керимов [6], М. В. Лубська [8], Л. Р. Сюкияйнен [12; 13; 14], Ф. Т. Тахіров [18], А. Г. Халіков [17], Ф. С. Хайруллоєв [16].

Мета статті – виявити та охарактеризувати засновників основних мусульманських богословсько-правових шкіл 7–12 століть, визначити їхні напрями діяльності та послідовників.

Завдання:

– обґрунтувати необхідність виникнення ісламських шкіл;

– перерахувати основні школи 7–12 століть та їхніх засновників;

© С. О. Мавед, 2013

– охарактеризувати напрями діяльності різних шкіл;

– акцентувати на особливостях методологічних підходів у роботі різних шкіл.

Виклад основного матеріалу. Основи ісламського права сягають 7–9 століть, епохи становлення в Арабському халіфаті феодального суспільства як системи норм для феодально-релігійної знаті, що підтримувалися релігійними поглядами – ісламом. Виникнення ісламу пов'язують із життєдіяльністю Пророка Мухаммада, великою історичною особистістю, якого було обрано Пророком на Землі самим Аллахом [3]. Поява джерел ісламського права фактично означала становлення ісламського права. Божественні посилання й одкровення, які надавалися через Пророка Мухаммада, збиралися й пізніше були опубліковані у вигляді Корану [11]. Спочатку школи дотримувались двох основних напрямів [5]. Вчені першої групи (Ахль аль-Хадіс) прагнули того, щоб у висновках не відходити від основних положень Корану та Сунни, а другої (Ахль ар-Рай) віддавали перевагу дедуктивному мисленню, методу *іджтіхад* як здібності факіха висловлювати свою думку й правове рішення згідно з Кораном та Сунною [8, с. 12].

Засновником *першої* куфської богословсько-правової школи (ханіфітський мазхаб) був імам *Азама Абу Ханіфа* (699–767 рр.). Він був родом із Персії, жив у Куфі й помер у Багдаді. Слово «імам» означає «вчений вищої категорії». Він є опорою релігії Пророка Мухаммада. Імам Азама Абу Ханіфа брав уроки в сподвижників Анаса ібн Маліка. Він спілкувався зі всіма відомими представниками покоління Табіунів, у тому числі знаменитим імамом Джафаром ас-Садиком; знав і зібрав біля 1 000 000 хадісів. Імам Азама Абу Ханіфа покоряв усіх своїм розумом, великим талантом в умінні систематизувати релігійні знання. Він став фундатором письмового ісламського права, застосувавши умоглядні засоби дослідження; виховав багато талановитих учнів.

Імам Азам Абу Ханіфа розробив методологічні основи ісламського права, які до нього ніхто не застосовував у такому вигляді. Всі сучасники одностайно визнали його першість у цій сфері. За короткий час Абу Ханіфа став відомим у всьому мусульманському світу. Про його ґрунтовні дослідження й глибокі знання Благородного Корану і Сунни, знання всіх суміжних наук, працездатність і щедрість, богобоязливість, аскетизм та інші позитивні якості написано багато книжок. Три чверті сучасних знань із фікху, що містяться в Священному Корані та Сунні, належать Абу Ханіфу. Його виключна скромність і богобоязливість були причиною самотнього життя.

Школа Азама Абу Ханіфа поширювалася, збільшувалася кількість послідовників. Докази, аргументовані цитатами з Корану й Сунни, підтверджені узгодженою думкою сахабів, не залишали ніяких шансів опонентам Абу Ханіфа. Талановиті учні імама написали багато книжок. У книзі «Муснад» Абу Бакр Ахмад аль-Харизмі пише: «Знайшовши відповідну відповідь на поставлене питання в Корані й Сунні, він виносив своє рішення на обговорення вчених і давав фетву тільки після загальної згоди з ними».

Імам заробляв на життя чесною працею. Заняття торгівлею дозволяло йому утримувати своїх учнів. Забезпечуючи свою сім'ю, він також роздавав бідним милостиню, щоденно постився протягом 30 років. Абу Ханіфом було написано багато творів, але до нас дійшли тільки десять його книжок. На сьогодні більше половини мусульман світу та близько 80% прихильників Сунни слідують до спасіння, дотримуючись поглядів релігійно-правової школи імама Азама Абу Ханіфа. Усі ці приписи назива-

ються «Такліф». Вони являють собою класифікацію дій людини, яка відповідає за свої вчинки згідно з нормами шаріату. У свою чергу це слугує орієнтиром для розсудливого мусульманина, який досяг статевої зрілості [14]. Ця класифікація включає:

1. фард (обов'язкові): фард-і айн прописано виконувати кожному мусульманину індивідуально (п'ятикратна молитва, піст); фард-і кіфайа достатньо виконувати деяким мусульманам (молитва під час погребіння);

2. ваджіб (молитва «Вітер» і «Святкова молитва»);

3. Сунна виконується постійно (ранкова, полуднева, вечірня, нічна), намаз – не постійно;

4. мустахаб – роздача милостині;

5. мубах – дії, за невиконання їх нема гріха (сідати, вставати, їсти, пити);

6. макрух – небажані дії (дивитися по сторонах під час читання молитви);

7. муфсід – дії, що порушують вже почате поклоніння (сміх під час молитви);

8. харам – суворо заборонені дії (убивство невинної людини, крадіжка, вживання алкоголю, свинини);

9. шарт – попередні умови до поклоніння (омовіння, спати лицем до Кибле);

10. рукн – поясний земний поклін.

Абу Ханіфа фактично заснував письмові традиції й методологічні основи мусульманського права. На відміну від інших шкіл, він використовував яйати *Корана й Яунни* як *самостійного незалежного* джерела, попередньо зробивши ретельний відбір хадісів. Імам широко використовував метод рішення проблем шляхом застосування *аналогії – кійаса*, користуючись *методом «переваги» («іхтіхсан»)*.

Іншою релігійно-правовою школою сунітського ісламу є *малікітський мазхаб,* засновником його був *Малік ібн Анас аль-Асбахі* (715–795 рр.), який народився в Медині. Згідно з малікітським мазхабом, як і у всіх інших сунітських правових школах, основним джерелом мусульманського права є *Коран і Сунна.* Малік стверджував, що кожен коранічний текст передбачає лише одне тлумачення, і сприймав ці *тексти буквально,* якщо не було ніяких свідчень, що вказували на іншу інтерпретацію. Будь-яке рішення, виведене з Корану, Малік ставив вище за інші. Він вважав, що Сунною є вчинки й висловлювання Пророка Мухаммада, правові приписи *(фетви)* його споборників, а також «діяння мединців» *(амаль)*.

Вчені малікітського мазхабу спиралися на хадіси *мутаватір і машур,* що відображали загальновідомі *фетви* й були передані численними ланцюгами передавачів. Малік спілкувався з 900 вченими, брав у них уроки. Його першим вчителем був Рабіа ібн Абд-ар-Рахман, а потім Абд-ур-Рахмамаб Хурмуза. Маліком було зібрано й записано 100 000 хадісів. Із 17-ти років він почав давати уроки, на яких були присутніми більше учнів, ніж на лекціях його вчителів. Біля дверей його будинку збиралося багато бажаючих повчитися або поставити йому питання. Абдурахман ібн Анас так говорив про нього: «Зараз нема у світі більш гідного вченого в науці про хадіси, ніж Малік. Я не бачив сумнішу за нього людину». У свою чергу імам аш-Шафії зазначав: «Там, де читається хадіс, імам Малік виблискує як небесна зірка».

Ніхто не міг зрівнятися з Маліком в запам'ятовуванні наук. Якщо не було б Маліка та Суфьяна ібн Уйайна, то в «Хіджазі не залишилося б знань». На думку

Ал-Аузаі, імам Малік був головою всіх вчених, муфтієм Медіни та Мекки. Його основна книга «Муватта» є збірником хадісів, які він записав від своїх учнів. Імам Малік ніколи не поспішав давати фетву. Відповідаючи на питання, він міг інколи сказати «Ля едрі» «Я не знаю». Малік зауважував: «Якби в мене була можливість, я звернув би шиї всім, хто тлумачить Шляхетний Коран, спираючись на свій короткий розум». Малікіти для інтерпретації правового матеріалу широко застосовували судження *за аналогією (кійас),* яке розглядалося як технічний прийом прямого співвідношення вирішуваного питання з *насс*. Для розв'язання питань, які не можна було співставити із жодним джерелом, було розроблено раціоналістичний принцип *істіслах*, тобто «незалежне судження заради користі», за яким юридичне судження виводиться лише на основі незалежного висновку, однак яке обов'язково має бути спрямоване на дотримання суспільного інтересу. Найбільш відомі ученики Маліка – Ібн-І Касім, Абдуллах ібн-і Вехб, Ешхеб ібн Абд-ул-Авіз аль-Кайсі [1].

Аналіз визначного раннього ісламського релігійно-правового документа малікітськогом мазхабу – твору Маліка ібн Анаса *«Муватта»* – дає змогу стверджувати, що основними джерелами ісламського права автор вважає Коран і Сунну, які складають об'єднане єдине джерело – *насс*, доповненням до якого виступає *амаль мединців* як правовий комплекс колективного досвіду мединської релігійної громади. Малік ібн Анас широко застосовував такі методи вирішення духовно-правових питань, як судження за аналогією *(аль-кійас),* шляхом прямого співставлення вирішуваного питання з *насс*, а у випадку неможливості співставлення ним був розроблений *аль-істіслах* – новий метод виведення правового рішення на основі вільного судження заради загальної суспільної користі, що не суперечить Корану й Сунні. Це забезпечувало можливість вибору між *аль-кійас* та *аль-істіслах*, хоча в сумнівних випадках надавалася перевага останньому [18].

Імам аш-Шафії (767–820 рр.), керівник шафіїтської школи, народився в Газзі й помер в Єгипті. Він ще в дитинстві вивчив Коран і книгу Маліка «Муватта», а з 15 років він почав давати фетви. Дев'ять років аш-Шафії навчався в Маліка в Медині. Особливості арабської мови він вивчав у жителів племені Хузайл, проживаючи з ними в степах. Аш-Шафії в 785 р. приїхав у Багдад і вчився в імама Азама Абу Ханіфа. Через 2 роки аш-Шафії поїхав до Мекки для здійснення Хаджу, а потім переїхав до Єгипту, де й помер. Серед сучасників імама мало хто міг змагатися з ним знаннями Корана й Сунни. Ще молодим він переміг у знаннях своїх вчителів. Його знання, моральний образ життя, гострий розум і відмінна пам'ять дозволили аш-Шафії за короткий час стати «мутлак муджтахідом» засновником мазхаба. Жителі Мекки, Медіни, Палестини, Єгипту дотримувалися знань його школи. Він мало їв і мало спав: «Їжа у великій кількості обтяжує людину, зменшує здатність отримувати й розуміти знання. Того, хто любить поїсти, завжди тягне до сну, що, звісно, забирає багато цінного часу. Дуже помірний прийом їжі є основою для молитви, для отримання знань, а значить – порятунку» [6].

Абу Абдаллах Мухаммад ібн-Ідріс аш-Шафії – засновник мазхабу, який був названий *шафіїтським*. Основа мазхабу полягала в тому, що Коран і Сунна розглядаються як єдине джерело права, причому Сунна є лише доповненням до Корану, а не додатковим матеріалом для співставлення й виведення середнього рішення.

Аш-Шафії визнавав як додаткове джерело права *індивідуальні думки* споборників Пророка, але за умов відсутності в них розходжень. Написавши твір «аль-Рісала», він виявив недоліки в правових судженнях сучасних йому знавців права й підкреслив важливість посилань на Коран і Сунну. При цьому аш-Шафії відрізнявся самостійністю у висловлюваннях своєї думки, порівняно зі своїми попередниками, наголошуючи на необхідності прийняття зваженої, продуманої точки зору, ширше використовував іджтіхад, маючи на увазі динамічні зміни повсякденного життя. Це звільнило правознавців від дрібних подробиць у правових рішеннях, залишивши тільки основні поняття, які й склали створену аш-Шафії науку *аль-фікх* – ісламську юриспруденцію, на основі якої й розвивався шаріат.

Складаючи науку аль-фікх і використовуючи підхід «за аналогією», він заповнював прогалину, яку залишили в науці ханафіти й малікіти. Шафіїтський мазхаб виділяється численністю наукових поглядів. Порівняно з ханафітським мазхабом, мазхаб Шафії дозволяв ухилятись від складного логічного аналізу, прийнявши судження за прямою аналогією, та, порівняно з малікітським, не вимагав докладного знання правового комплексу мединської громади поряд із текстами Корану й Сунни, що для більшості факіхів було просто неможливим. Він фактично обґрунтував чотири коріння-джерела (Коран, Сунну, іджму, кійас), попереджуючи розкол і зберігши єдність мусульманського права [16; 17].

Погляди аш-Шафії суттєво вплинули на подальшу розробку питань фікха через його численних учнів та послідовників, серед яких і засновник четвертого суніт-ського мазхабу *Ахмад ібн Ханбал Абу Абдалла* (780–855 рр., за іншими даними – 778–855 рр.). Особливе значення в його творах приділено розробці «крайньої концепції» *(бідда),* згідно з якою всі нововведення у вірі й житті, що не мають обґрунтування в Корані й хадісах і не підтверджені *іджмою* перших трьох поколінь мусульманських авторитетів, мають піддаватися осуду. Ханбаліти чітко сформулювали й рішуче відстоювали статус Сунни Пророка, забороняли обговорювати текст *(матн)* хадісів, оголосивши ставлення до Сунни основним критерієм визначення «правовір'я» в ісламі. Сунна Пророка була проголошена єдиним коментарем до Корану [13; 18].

Імам *Абу Абдалах Шайбані Марузі Ахмад ібн Ханбал* жив у Багдаді (780–855 рр.), вчився в імама Шафії, тому в них є багато спільного. Блискучий знавець хадісів і фікху, він був прославився завдяки своїй пам'ятті, глибокого розуму й богобоязливістю. Ахмад ібн Ханбал зібрав близько 700 000 – 1 000 000 повідомлень хадісів, у яких були вказані нововведення (бідда), правила молитви, обов'язки богословів, що були відсутні в Корані й хадісах та не підтверджені іджмою перших трьох поколінь мусульманських авторитетів [2]. Ханбаліти сформулювали й відстоювали статус Сунни Пророка, забороняли обговорювати тексти (мати) хадісів, оголосили ставлення до Сунни основним критерієм «правовір'я» в Ісламі.

Водночас Ахмад ібн Ханбал був противником раціональних нових підходів до тлумачення Корану. Сунну він вважав таким же гідним документом, як і Коран. Його прагнення були звернуті до чіткого, ясного висловлювання думок згідно з Кораном. Основою цього Ібн Ханбала вважав істинну віру й відсутність будь-яких конфліктів серед віруючих. Збирав він їх не з книжок, а об'їхав майже весь ісламський світ (Куфа, Басра, Мекка, Медіна, Алжир, Ємен, Сирія). Імам знав 300 000 хадісів

напам'ять та імена передавачів. Він вчився в Шафії. Учні та послідовники Ібн Ханбали сповідували істинний традиціоналізм, який відкидає сумнівні трактовки й нововведення, пропагандуючи іслам у чистому вигляді. Основні положення ханбалітської школи (обробка хадісів, загальних та особистих основ віри, права, історії ісламу) викладалися зрозумілою, чіткою мовою, розрахованою на простого читача. У зв'язку з тим, що ханбалістський мазхаб став найбільше ідейним і теоретично обґрунтованим джерелом ваххабізму, до нього зверталися в майбутньому всі авторитети ісламу, такі як Ад-дин ібг-Тамійа (1263–1328 рр.), Мухаммед ібн Абд аль-Ваххаб (1703–1793 рр.) [15; 16].

Усі мазхаби засновано на вченнях Корану та хадісах. Не можна думати, що, слідуючи мазхабу, людина не слідує Корану й хадісам. Насправді слідування мазхабу найбезпечніший спосіб слідування Корану й хадісам, тому що людина покладається на знання імамів, які володіють науками Корану й хадісів та знають, як застосовувати ці знання [10; 13].

Висновки. Виникнення ісламських шкіл обґрунтовано необхідністю тлумачення основних положень Корану й Сунни, удосконалення ісламського права й розробки нових норм, які б адекватно відображали існуючі ситуації. Чотири основні богословсько-правові школи 7–8 століть очолювали найбільш освічені імами того часу, вони об'єднали інтереси людей, зменшили кількість протиріч та соціально-правових проблем. Усі мазхаби дотримувалися основних положень доктринальних особливостей шиїзму як релігійної течії, маючи специфічні методи вирішення складних соціально-економічних та правових питань.

Література

1. Абу Асад аль-Ханафи. Люди Сунны и Согласия кто они / Абу Асад аль-Ханафи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://islam-karachaevo-cherkesia.ru/attachments/362_sun.
2. Бехруз Х. Исламские традиции права : [монография] / Х. Бехруз. – О. : Юридическая литература, 2006. – 296 с.
3. Галюк С. Є. Порівняльно-правова характеристика джерел сучасного мусульманського права : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права» / С. Є. Галюк ; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Л., 2009. – 16 с.
4. Закиютдин Шаёбан. Усулюль-Фикх / Закиютдин Шаёбан, Ибрахим Каафи Донмез. Анкара, 1990. 145 с.
5. Значение и смысл Корана : в 4 т. / под ред. Абделя Салама аль Манси ; пер. Абдель Салама аль-Манси. – М. : Сауримо, 2002– . – Т. 1 : Суры 1–8. – 2002. – 690 с. ; Значение и смысл Корана : в 4 т. / под ред. Абделя Салама аль Манси ; пер. Абдель Салама аль-Манси. – М. : Сауримо, 2002– . – Т. 2 : Суры 9–21. – 2002. – 689 с. ; Значение и смысл Корана : в 4 т. / под ред. Абделя Салама аль Манси ; пер. Абдель Салама аль-Манси. – М. : Сауримо, 2002– . – Т. 3 : Суры 22–39. – 2002. – 687 с. ; Значение и смысл Корана : в 4 т. / под ред. Абделя Салама аль Манси ; пер. Абдель Салама аль-Манси. – М. : Сауримо, 2002– . – Т. 4 : Суры 40–114. – 2002. – 702 с.
6. Керимов Г. М. Ислам и его влияние на общественно-политическую жизнь народов Ближнего и Среднего Востока / Г. М. Керимов. М. : Знание, 1982. – 64 с.
7. Керимов Г. М. Шариат и его социальная сущность / Г. М. Керимов. М. : Наука,1978. – 228 с.
8. Леонтович Ф. И. Адаты кавказских горцев. Материалы по обычному праву Северного и Восточного Кавказа : в 2-х вып. / Ф. И. Леонтовича. – О., 1882 1883. Вып. 1. – 1883. – 850 с.
9. Лубська М. В. Мусульманське право як філософсько-релігійний феномен : автореф. дис. ... докт. філос. наук : спец. 09.00.11 «Релігієзнавство» / М. В. Лубська ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. К., 2008. 22 с.
10. Постановления и рекомендации Совета исламской академии правоведения (фикха) – фетвы / перевод М. Ф. Муртазин, В. А. Ушаков. – М. : Ладомир, 2003. – 278 с.

11. Сигалов М. К. Общее и особенное в западноевропейской и мусульманской правовой культуре : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / М. К. Сигалов ; Московский университет МВД России. – М., 2006. – 26 с.
12. Сюкияйнен Л. Р. Религиозный экстремизм: правовые, политические и идеологические аспекты / Л. Р. Сюкияйнен // Религиозный экстремизм в Центральной Азии. Проблемы и перспективы : материалы конференции (г. Душанбе, 25 апреля 2002 г.). – Душанбе, 2002. С. 3 10.
13. Сюкияйнен Л. Р. Структура мусульманского права / Л. Р. Сюкияйнен // Мусульманское право (структура и основные институты) / ред. колл. Л. Р. Сюкияйнен, В. Е. Чиркин, Ю. А Юдин. М. : Изд-во ИГиП АН СССР, 1984. С. 20 37.
14. Сюкияйнен Л. Р. Исламское право в правовых системах стран Арабского Востока / Л. Р. Сюкияйнен // Государство и право в развивающихся странах : сб. ст. / отв. ред. В. Е. Чиркин ; АН СССР, Ин-т государства и права. М. : Наука, 1976. С. 42 43.
15. Тахиров Ф. Т. Шариат: правовая регламентация брачно-семейных и наследственных отношений / Ф. Т. Тахиров., А. Г. Халиков. Душанбе : Дониш, 2001. 105 с.
16. Тленшева Р. М. Мусульманское уголовное право в условиях современного светского государства : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Р. М. Тленшева ; Российский университет дружбы народов. М., 2009. 29 с.
17. Хайруллоев Ф. С. Принцип справедливости в мусульманском праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Ф. С. Хайруллоев ; Академия управления МВД России. М., 2007. 22 с.
18. Халиков А. Г. Хадис как источник мусульманского права (сунитское направление) / А. Г. Халиков. – Душанбе : Дониш, 1998. 215 с.

Анотація

Мавед С. О. **Школи ісламського права.** – Стаття.

Виникнення правових шкіл (мазхабів) викликано необхідністю тлумачення положень Корану й Сунни, які не повністю давали відповіді на постійно нові соціально-політичні й релігійні питання, які постійно виникали. У кожній школі – своє ставлення до іджтіхаду, який означає наполегливість, принцип вільного тлумачення ісламського права. Усі послідовники, маючи свої особливості, дотримувалися принципів та основ іджтіхада, встановлених імамом мазхаба, але під час використання цих правил і принципів робили власні висновки.

Ключові слова: ісламське право, Коран, Сунна, сунітська правова школа, шиїтська правова школа, мазхаб, іджтіхад, іджма, хадіс.

Аннотация

Мавед С. О. **Школы исламского права.** – Статья.

Возникновение правовых школ (мазхабов) вызвано необходимостью толкования положений Корана и Сунны, которые не полностью давали ответы на постоянно возникающие новые социально-политические и религиозные вопросы. В каждой школе – свое отношение к иджтихаду, который означает настойчивость, принцип свободного толкования исламского права. Все последователи, имея свои особенности, придерживались принципов и основ иджтихада, установленных имамом мазхаба, но при использовании этих правил и принципов делали свои выводы.

Ключевые слова: исламское право, Коран, сунна, сунитская правовая школа, шиитская правовая школа, мазхаб, иджтихад, иджма, хадис.

Summary

Maved S. O. **Islamic law schools.** – Article.

«Mazhhab», translated from the Arabic Law School, a good judge. In early Islam Madhhab was known as legal doctrines, and then they were over 10. Now there are fore major religious and legal scools. They are authorutative, are known worlwide and are well designed, as cover all possible aspects of life in Muslim society. Each scools of thought their attitude to idjtihad, especially with regard to the question «dates of idjtihad» , some believe that they were closed after the death of Mohammad, and other,that the gates were closed and did not. All followers adhere to the priciples and foundations of idjtihad , that imams of Madhhab established, but wich these rules and priciples sometimes come to different opinions.

Key words: islamic law, Koran, sunna, sunith law school, shiit law school, mazhab, ijtihad, ijma, hadis.

Розділ 2

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347.440.34 (477)

О. С. Яворська

РЕАЛЬНІ ДОГОВОРИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Проблеми договірного права України в тих чи інших аспектах активно досліджуються науковцями. Наукові дослідження моменту укладення цивільного договору (набрання ним чинності) з огляду на практичну значущість цього питання є актуальними. На підставі аналізу наукових досліджень загальнотеоретичних проблем договірного права, окремих видів договірних зобов'язань автор пропонує власні міркування щодо моменту укладення договору залежно від його моделювання як реального чи консенсуального. Цивільне законодавство не містить законодавчої дефініції реального чи консенсуального правочину (договору). У навчальній літературі консенсуальний договір трактується як такий, що вважається укладеним (набуває чинності) з моменту досягнення згоди сторін з усіх його істотних умов у формі, необхідній за законом. Відповідно, реальним є договір, для визнання якого укладеним, окрім погодження сторонами істотних умов договору, необхідно вчинити певну дію (наприклад, передати майно).

У ч. 1 ст. 638 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) [1] передбачено, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Згідно з нормою ч. 1 ст. 640 ЦКУ договір є укладеним із моменту отримання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Таким чином, порівняльний аналіз наведених норм дає підставу для висновку про презумпцію консенсуальності цивільного договору. Якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним із моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії (ч. 2 ст. 640 ЦКУ). Тобто про реальний характер договору має бути спеціально зазначено в актах цивільного законодавства. Норма ч. 3 ст. 640 ЦКУ, що набула чинності з 1 січня 2012 р., імперативно встановлює: договір, який підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним із дня такого посвідчення (точніше, з моменту його посвідчення). Тобто, за загальним правилом, такі договори завжди консенсуальні.

У правових нормах, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, зазвичай не зазначається спеціальне правило про момент укладення договору. Характер договору визначається словесною формулою правової норми: для консенсуального договору – «сторона зобов'язується» вчинити певні дії; для реального договору – «сторона передає» певне майно іншій стороні на підтвердження факту укладення договору, а не на його виконання. Лише в ст. 1046 ЦКУ прямо зазначено, що договір позики є укладеним із моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. Такі формулювання правових норм дають підстави для висновку, що більшість цивільних договорів носять консенсуальний характер (наприклад, законодавчі дефініції відповідних договорів у ст. ст. 698, 712, 713, 714, 715, 837, 865, 936, 979, 1054, 1115, 1130, 1302 ЦКУ). Деякі моделюються як консенсуальні, так і реальні (ст. ст. 655, 717, 759, 787, 806, 810, 1077 ЦКУ). І лише окремі

© О. С. Яворська, 2013

договірні конструкції моделюються як реальні. Такий висновок постає, зокрема, зі змісту ст. ст. 731, 744, 1029, 1046 ЦКУ. У законодавчих визначеннях відповідних договорів вживається формулювання «передає», і лише для договору позики прямо зазначено, що такий є укладеним із моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. Щодо інших договорів, що моделюються відповідно до їхнього визначення як реальні, відсутні спеціальні вказівки про момент їх укладення. А відтак слід звертатися для його визначення до загальних норм ст. 640 ЦКУ про момент укладення договору.

З'ясування сутності консенсуального та реального договору має велике практичне значення. Адже за консенсуальним договором передання майна здійснюється на стадії виконання договору, тоді як за реальним договором передання майна слід вчинити на стадії укладення договору. А отже, різними будуть і правові наслідки непередання майна. Відповідно, за консенсуальної моделі договору непередання майна слід кваліфікувати як невиконання договору. Правовий наслідок – застосування засобів цивільної відповідальності чи інших способів захисту прав особи, якій майно не передано. За реальної ж моделі непередання майна має наслідком неукладення договору. Якщо ж договір неукладений, то не може йтися про встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків його сторін, тим більше про застосування будь-яких засобів захисту в разі непередання майна чи невчинення іншої дії. У договорах про передання майна у власність вірне визначення характеру договору дає змогу правильно вирішити питання й про момент набуття права власності за договором (ст. 334 ЦКУ).

Найбільш жвава наукова дискусія пов'язана з характеристикою договорів ренти та довічного утримання (догляду). О.А. Шевченко вважає, що договір ренти – це реальний договір, оскільки його укладення вимагає передання майна. До передання майна він не зумовлює жодних правових наслідків. Договір ренти є одностороннім правочином, оскільки створює обов'язки лише для однієї сторони – платника ренти [2, с. 212]. В.М. Коссак стверджує, що договір ренти є консенсуальним договором: права й обов'язки сторін виникають після досягнення згоди з усіх істотних умов у передбаченій законом формі. Цей договір є двосторонньо зобов'язуючим [3, с. 612]. На думку Р.А. Майданика та І.С. Тімуш, договір можна визначити як оплатну, ризикову (алеаторну), двосторонню, імперативно реальну або консенсуальну (у встановлених законом випадках), довготривалу угоду [4, с. 313]. М.К. Галянтич вважає, що договір ренти є реальним, якщо йдеться про житло, необхідне для проживання [5, с. 243].

Інші науковці звертають увагу на законодавчі норми про можливість застосування до договору ренти положень про купівлю-продаж у випадку відплатного передання майна під виплату ренти. Зокрема, М.С. Ткалич вважає, що оскільки договір купівлі-продажу є консенсуальним, то в такому випадку й договір ренти набуває ознак консенсуальності. Уклавши договір про відплатне передання майна під виплату ренти, одержувач ренти зобов'язується передати майно у власність, а платник ренти має право вимагати його передання. Відповідно, платник ренти зобов'язаний виплачувати ренту, а одержувач ренти має право вимагати виконання відповідних дій. Якщо ж майно під виплату ренти передається безвідплатно, то

застосовуються положення про договір дарування. Цей же договір є реальним, а тому й договір ренти в такому випадку теж реальний. Тому договір ренти, залежно від форм передання майна, може бути як реальним, так і консенсуальним, а отже, відповідно, – взаємним чи односторонньо зобов'язуючим [6, с. 38–40]. Однак, як постає зі змісту норми ч. 2 ст. 734 ЦКУ, положення про купівлю-продаж чи дарування до відносин із договору ренти застосовуються субсидіарно, якщо це не суперечить суті договору ренти. Тому автоматично переносити дію цих норм на відносини сторін договору ренти буде неправильно.

М.П. Апанасюк доводить, що характер договору ренти залежить від виду майна, яке передається під виплату ренти. Якщо передається нерухоме майно, то з врахуванням норм ст. 334 ЦКУ договір матиме ознаки консенсуального правочину; під час передання рухомого майна, залежно від форм його передання (відплатно чи безвідплатно), договір може бути як консенсуальним, так і реальним [7, с. 313–314]. Такий підхід певною мірою нівелює критерій та сенс розмежування договорів на реальні та консенсуальні. Якщо в кожному окремому випадку слід оцінювати характер договору залежно від виду майна, що передається за договором, то сенс поділу втрачається.

Отже, ті чи інші наукові аргументи зводяться до обґрунтування таких позицій: договір ренти є консенсуальним, а відтак – взаємно зобов'язуючим; договір ренти є реальним, односторонньо зобов'язуючим; договір ренти може бути як реальним, так і консенсуальним залежно від виду майна, що передається за договором. Отже, вимагає вирішення проблема факту передання майна й правові наслідки, пов'язані з ним.

Аналогічний стан наукової дискусії й щодо характеристики договору довічного утримання (догляду). Свого часу консенсуальний характер договору довічного утримання обґрунтовував О.С. Іоффе [8, с. 300]. У науковій літературі до введення в дію ЦКУ договір довічного утримання характеризувався виключно як реальний договір: момент укладення договору довічного утримання пов'язаний із переданням майна; договір є чинним із моменту його державної реєстрації, саме в цей момент до набувача переходить право власності на майно; передання майна не є обов'язком відчужувача й здійснюється на стадії укладення договору [9, с. 486; 10, с. 343; 11, с. 444; 12, с. 157]. М.В. Скаржинський обґрунтовує консенсуальний характер договору довічного утримання [13, с. 15]. Р.А. Майданик вважає, що договори ренти та довічного утримання (догляду) є реальними договорами в разі відчуження рухомого майна, а консенсуальними – у разі відчуження нерухомого майна [14, с. 348]. О.М. Великорода зауважує, що більш аргументованою є точка зору вчених, які вважають договір довічного утримання реальним. На його думку, цей договір є реальним, одностороннім, оплатним та алеаторним [15, с. 13, 20]. А.Б. Гриняк погоджується з позицією представників концепції консенсуального характеру договору довічного утримання, однак вважає, що цей договір може бути й реальним [16, с. 14]. Цікаву позицію висловлює І.О. Дзера, яка вважає, що на практиці виявлення ознак консенсуальності чи реальності договору довічного утримання необхідно здійснювати також на підставі його конкретного змісту [4, с. 327].

Чому ж законодавець для ренти та довічного утримання (догляду) застосовує стверджувальну форму дієслова «передає», а не «зобов'язується передати»? Очевидно, що такий законодавчий підхід зумовлений потребами захистити інтереси більш слабкої, уразливої сторони договору. У договорі ренти такою стороною безперечно є одержувач ренти, а в договорі довічного утримання – відчужувач. Адже передання майна у власність іншій особі (відповідно, платнику ренти та набувачу) не єдина, взаємопогоджена мета договорів. Сторона передає майно, але з метою отримання рентних платежів чи утримання. І ця мета не досягається одномоментно, а буде реалізовуватися впродовж тривалого часу. Тому, передавши майно, сторона ще не впевнена в тому, що отримає взамін, чи буде досягнута її мета за договором. Передаючи у власність майно, право власності в особи припиняється. Взамін вона ще не отримала нічого. Еквівалентність переданому не може бути відомою на момент укладення договору. Ризик укладення договору повною мірою на цій стадії покладається на особу, що відчужує майно. Тому вона й потребує додаткового захисту. Реальна конструкція договору в таких випадках якраз і покликана надати відчужувачу більші гарантії для реалізації своїх намірів.

Наукова дискусія щодо характеристики договорів ренти та довічного утримання (догляду) все ж зумовлена відсутністю чітких та послідовних законодавчих положень. Бажаючи надати, наприклад, договору дарування консенсуального чи реального характеру, законодавець у його дефініції вказує: дарувальник «передає» або «зобов'язується передати». Тобто словесна форма є виразом характеру договору: якщо «передає» – договір реальний, якщо «зобов'язується передати» – договір консенсуальний. Установлені й відповідні правові наслідки. Якщо договір дарування є консенсуальним, то відповідно до норм ст. 723 ЦКУ в разі настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановленої договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, обдаровуваний має право вимагати від дарувальника передання дарунка або відшкодування його вартості. За реального характеру договору дарування обдаровуваний не вправі вимагати передання дарунку та, відповідно, не вправі застосовувати будь-які примусові засоби впливу до потенційного дарувальника. Застосувавши до договору ренти, довічного утримання (догляду) словесну форму «передає», законодавець не надав їй логічної завершеності, що й зумовило різні тлумачення характеристики цього договору.

На підставі договорів ренти та довічного утримання (догляду) відбувається перехід права власності, відповідно, від одержувача ренти до її платника та від відчужувача до набувача. Для правильної кваліфікації досліджуваного питання варто звернутися до аналізу норм про форму цих договорів. Нормами ст. 745 ЦКУ чітко передбачено, що договір довічного утримання (догляду) незалежно від виду майна, що передається, завжди підлягає нотаріальному посвідченню, а в разі передання нерухомого майна, підлягає державній реєстрації, тоді як питання про форму договору ренти не таке однозначне.

Норми ст. 732 ЦКУ, якими встановлюються правила про форму договору ренти в попередній редакції, породжували їх неоднозначне трактування. Ця неоднозначність не була усунута й після внесення змін до цієї статті від 10 лютого 2010 р. Адже ч. 1 ст. 732 ЦКУ передбачає, що договір ренти укладається в письмовій фор-

мі, а в ч. 2 вказано, що договір ренти та договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти підлягають нотаріальному посвідченню. За такої редакції ст. 732 ЦКУ важко однозначно відповісти на запитання щодо того, у якій формі все ж таки укладається цей договір.

Під час порівняльного аналізу інших норм, що встановлюють правила про форму договору, наприклад, того ж договору довічного утримання (догляду), редакції норм обох частин ст. 732 ЦКУ видаються неправильними. Норми ч. 2 виключають норму ч. 1 цієї статті, адже зміст норми ч. 2 ст. 732 ЦКУ дає підстави для висновку, що будь-який договір ренти, незалежно від виду майна, що передається під виплату ренти, підлягає нотаріальному посвідченню, а договір про передання нерухомого майна під виплату ренти підлягає нотаріальному посвідченню, тоді як у ч. 1 зазначено, що договір ренти укладається в письмовій формі. Здається, що, уточнюючи редакцію норми ч. 2 ЦКУ, законодавець мав на увазі поширення вимоги про нотаріальне посвідчення договору ренти незалежно від виду майна, що передається під виплату ренти, а норми ч. 1 просто треба було виключити. З урахуванням норм ст. 640 ЦКУ про момент укладення договору, що підлягає нотаріальному посвідченню, норм ст. 334 ЦКУ про момент набуття права власності за договором і положення Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майна та їх обтяжень» [17] доходимо висновку, що договір довічного утримання (догляду) і договір ренти є укладеними з моменту їх нотаріального посвідчення, а право власності на нерухоме майно, що передається за цими договорами, виникає в момент його державної реєстрації. Право власності ж на рухоме майно виникає, відповідно, у набувача за договором довічного утримання (догляду) та в платника ренти за загальним правилом із моменту його передання. Таким чином, зазначені договори, не дивлячись на їхню законодавчу дефініцію, є консенсуальними.

Сам факт передання майна на підтвердження укладення реального договору не матиме значення, якщо право власності набувача вже зареєстровано. Справжність, однозначність намірів сторін про передання права власності, окрім того, що вона зафіксована в тексті договору, не з'ясовується. Про це свідчить і судова практика. Справи за позовом набувачів за договором довічного утримання (догляду) про спонукання відчужувача до передання майна й усунення перешкод у користуванні майном зустрічаються доволі часто. Суди вирішують такі справи на користь набувачів, керуючись нормами ст. 334 ЦКУ та відповідними нормами Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майна та їх обтяжень». Наявність таких справ у судовій практиці є свідченням того, що відчужувач реально не усвідомив наслідки самого нотаріального посвідчення договору, з яким пов'язується момент набуття права власності в набувача. Тому публічна заява обох сторін, у якій констатується перехід права власності з переданням прав на майно, що передається за договором, була б додатковим наголосом на зміні правового статусу сторін.

Враховуючи ризиковий, особливо довірчий характер договорів ренти та довічного утримання (догляду), нотаріус під час їх посвідчення мав би чітко роз'яснювати сторонам правові наслідки їхніх дій, а також виявляти їхню волю на передання майна. На законодавчому рівні доцільно було б передбачити, що під час нотаріального посвідчення договору сторони взаємно погоджуються, що передання майна

відбулося або відбудеться в обумовлені ними строки та в обумовленому порядку. Це особливо актуально, якщо за договором передається нерухоме майно. Умову про констатацію факту передання майна й перехід прав на нього доцільно фіксувати в договорі й розцінювати її як істотну його умову.

Цікавий підхід у правовому регулюванні відносин сторін під час передання майна у власність і перенесенні права власності від його відчужувача до набувача знаходимо в Німецькому цивільному уложенні [18, с. 71, 251, 262, 264]. Зокрема, § 311b для договорів, відповідно до яких одна сторона приймає зобов'язання передати або набути право власності на земельну ділянку, вимагається нотаріальне посвідчення. Для передання права власності на земельну ділянку необхідними є згода уповноваженої особи й іншої сторони про зміну в правах і внесення змін у поземельну книгу (§ 873). Про згоду відчужувача й набувача про передання права власності має бути заявлено компетентному органу в присутності обох сторін. Заяву про передання права власності може прийняти будь-який нотаріус (§ 925). Таким чином, кожна формальна процедура, дотримання якої є необхідним для передання права власності, має за мету чітко й однозначно виявити справжній намір сторін про передання права власності. Окрім нотаріального посвідчення договору, сторони в публічний спосіб повинні заявити про свій намір, і лише тоді може бути внесено зміни в поземельну книгу. Вимагається згода сторін і для передання рухомої речі. Так, згідно з § 929 для передання права власності на рухому річ необхідно, щоб власник передав річ набувачу й вони обоє були згідними, що право перейшло.

Принцип свободи договору надає можливість сторонам самим визначати характер договору, що ними укладається. Суб'єкти цивільних відносин мають активніше використовувати індивідуальне правове регулювання своїх відносин за допомогою договору.

Більшість цивільних договорів є консенсуальними. Консенсуальна природа договору є більш логічною, зручнішою, навіть у контексті визначення самого договору як домовленості сторін. Конструкція реального договору менш поширена, образно кажучи, більш громіздка, проте від неї не слід відмовлятися. Ті поодинокі випадки реальних конструкцій договорів є необхідними для балансу інтересів сторін договору, вирівнювання їхнього статусу. Інтереси більш «слабкої» сторони в договорі (ризикує більше, втрачає зараз більше, точно не знаючи, що здобуде) захищаються повніше з допомогою конструкції реального договору. Саме ця слабка сторона повинна остаточно вирішити: передає вона своє майно чи ні, а не законодавець повинен її до цього спонукати.

Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. Цивільний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2004–2004. – Ч. 2. – 2004. – 896 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – К. : Істина, 2004. – 976 с.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005–2005. – Т. ІІ. – 2005. – 1008 с.

5. Галянтич М. К. Житлове право України : [навчальний посібник] / М. К. Галянтич. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 528 с.
6. Ткалич М. С. Поняття та юридична характеристика договору ренти за цивільним правом України / М. С. Ткалич // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 5. – С. 38–40.
7. Апанасюк М. П. Договір ренти : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М. П. Апанасюк ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2004. – 18 с.
8. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юридическая литература, 1975. – 880 с.
9. Гражданский кодекс Украинской ССР : [научно-практический комментарий] / под ред. О. М. Якименко. – К. : Политиздат Украины, 1981. – 639 с.
10. Советское гражданское право / под ред. В. Ф. Маслова и О. А. Пушкина. – К. : Вища школа, 1983. – 462 с.
11. Харитонов Е. О. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство : [учебное пособие] / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – К. : А.С.К., 2002. – 827 с.
12. Цивільне право України : [підручник] : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-е вид., доп. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2003–2003. – Кн. 1. – 2003. – 736 с.
13. Скаржинський М. В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М. В. Скаржинський ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2006. – 20 с.
14. Аномалії в цивільному праві України : [навчально-практичний посібник] / відп. ред. Р. А. Майданик. – К. : Юстініан, 2007. – 912 с.
15. Великорода О. М. Договір довічного утримання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. М. Великорода ; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника. – К., 2006. – 24 с.
16. Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. Б. Гриняк ; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. – К., 2007. – 20 с.
17. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України в ід 11 лютого 2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 19. – Ст. 623.
18. Гражданское уложение Германии / науч. ред. А. Л. Маковского и др. – 2-е изд., доп. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.

Анотація

Яворська О. С. **Реальні договори в цивільному праві України.** – Стаття.

Автор аналізує момент укладення договору залежно від його конструкції як реального чи консенсуального та момент набуття права власності за такими договорами, зокрема, на підставі аналізу норм про договори ренти та довічного утримання (догляду).

Ключові слова: консенсуальний, реальний договір, рента, довічне утримання (догляд).

Аннотация

Яворская А. С. **Реальные договора в гражданском праве Украины.** – Статья.

Автор анализирует момент заключения договора в зависимости от его конструкции как реального или консенсуального и момент приобретения права собственности за такими договорами, в частности, на основании анализа норм о договорах ренты и пожизненного содержания (ухода).

Ключевые слова: консенсуальный, реальный договор, рента, пожизненное содержание (уход).

Summary

Yavorska O. S. **Real contracts in civil law of Ukraine.** – Article

The author analyses moment of contract conclusion depending on its type – real or consensual contract, as well as moment of acquisition of property rights under these contracts, in particular, under rent contract and contract of life maintenance.

Key words: real contract, consensual contract, rent, life maintenance.

УДК 349.41:347.734

В. Д. Сидор

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ ПІД ЗАСТАВУ ЗЕМЛІ

Постановка проблеми. Іпотечне кредитування під заставу земельної нерухомості отримало розвиток лише в останнє десятиріччя. В умовах збільшення чисельності землевласників застава стає однією з форм забезпечення й захисту їхніх інтересів. Розвиток однієї з найважливіших форм застави, тобто застави землі, в Україні стримується великою кількістю об'єктивних факторів. Серед основних проблем, пов'язаних із заставою земельних ділянок, можна назвати запровадження гарантій договірних відносин, забезпечення збалансованості інтересів сторін у договорі застави земельних ділянок, усунення суперечностей у законодавстві, гарантування доступності іпотечного кредитування. Земельне законодавство повинно забезпечити кожному власникові земельної ділянки та підприємцеві свободу земельного обігу. За допомогою іпотечного кредитування й використання застави земельних ділянок можна створити необхідні умови для перерозподілу землі на користь високоефективних і конкурентоспроможних господарств.

Аналіз останніх наукових досліджень. Дослідженню проблем іпотечного кредитування під заставу земельної нерухомості присвячено праці таких науковців у галузі земельного та аграрного права: Н.В. Грищук, В.К. Гуревський, І.І. Каракаш, П.Ф. Кулинич, В.Ю. Малий, А.М. Мірошниченко, В.В. Носік, О.О. Погрібний, В.І. Семчик, О.В. Степська, Н.І. Титова, М.В. Шульга та ін. У галузі цивільного права ці питання досліджували Д.О. Мальцев, Р.В. Карпов, О.С. Кізлова, І.Й. Пучковська, Є.О. Харитонов, Т.С. Шкрум та ін. Враховуючи, що іпотечний ринок знаходиться на початковому етапі розвитку й характеризується незначними обсягами, а також недоступністю окремих видів іпотечного кредитування, зокрема, під заставу землі сільськогосподарського призначення, це питання вимагає поглибленого вивчення.

Метою статті є дослідження правових аспектів іпотечного кредитування під заставу земельних ділянок, а також ефективності організаційно-правового механізму забезпечення іпотеки землі.

Виклад основного матеріалу. Нині основним завданням у сфері розвитку заставних відносин із землею є створення належної законодавчої бази, яка б відповідала прогресивним міжнародним стандартам. Вважаючи пріоритетним напрямом розвиток саме того законодавства, що зміцнює порядок в економіці, необхідно було б у більш стислі строки розробити локальну довгострокову програму вдосконалення національного законодавства. Важливе значення для розвитку правового регулювання правовідносин земельної застави має розробка концепції теорії іпотечного права. Нині в Україні найпоширенішими видами іпотечного кредитування є банківський кредит під заставу комерційної нерухомості та житла. А на землі сільськогосподарського призначення тільки з'являється попит, що дає можливість спрогнозувати, що в найближчому майбутньому ці землі стануть досить ліквідними, тому земельні ділянки сільськогосподарського призначення слід розглядати

© В. Д. Сидор, 2013

як потенційно достатню й ліквідну заставу, що дозволить отримувати сільськогосподарським товаровиробникам середньо- та довгострокові банківські кредити.

Сучасний стан правового регулювання іпотечного кредитування в Україні характеризується фрагментарністю та суперечливістю законодавства, використанням у правовому регулюванні кардинально різних концепцій правової природи іпотечних цінних паперів. Застосування єдиного підходу та уніфікація визначень необхідна для подальшого розвитку іпотечного законодавства [1, с. 14].

У Земельному кодексі України відносини застави земельних ділянок або прав на них регламентуються ст. 133, редакція якої за останні два роки зазнала значних змін. Зокрема, законом № 5245-VI від 06.09.2012 р. до ч. 1 ст. 133 внесено зміни, відповідно до яких у заставу можуть передаватися земельні ділянки державної, комунальної та приватної власності, якщо інше не встановлено законом, а також права на них: право оренди земельної ділянки, право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій), якщо інше не передбачено законом. Крім того, закон № 4188-VI від 20.12.2011 р. ч. 1 ст. 133 доповнено абзацом, відповідно до якого земельна ділянка або право на неї може бути передано в заставу лише за умови присвоєння земельній ділянці кадастрового номера в порядку, визначеному законом [2].

Потенціал земельної застави величезний, але для його використання необхідно буде здійснити значний обсяг робіт за такими напрямами: підготувати правове поле, здійснити концентрацію аграрного капіталу, створити вільний земельний ринок тощо. Розвиток земельної застави в сільському господарстві України має значні перспективи. Ідеться про отримання вітчизняними сільськогосподарськими виробниками кредиту під заставу землі для здійснення аграрного виробництва, купівлі сільськогосподарської техніки, матеріалів і насіння, проведення агрохімічних заходів та ін.

Неочікувано гостро дискусійним виявилося питання про доцільність створення в Україні Державного земельного банку й спеціалізованих іпотечних банків. Деякі науковці й практики вважають, що система іпотечного кредитування буде ефективно функціонувати за наявності універсальних, а не спеціалізованих комерційних банків. На наш погляд, те, що в національній банківській системі немає спеціалізованих земельних іпотечних банків, вигідно сучасним неефективним вітчизняним комерційним банкам. Основним суб'єктом відносин щодо земельного іпотечного кредитування має бути Державний земельний банк, що діє на підставі статуту, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 липня 2012 р. № 934.

Головним завданням у сфері розвитку заставних відносин із землею є створення належної законодавчої бази, яка б відповідала прогресивним міжнародним стандартам і була створена з урахуванням позитивного досвіду запровадження відповідного законодавства в сусідніх країнах з аналогічними стартовими умовами, зокрема в Росії та Казахстані [3, с. 52].

Закон України «Про іпотеку» в ст. 1 визначає іпотеку як вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні й користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання

боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання отримати задоволення своїх вимог внаслідок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Особливості іпотеки земельних ділянок встановлюються в ст. 15 зазначеного закону. Іпотека земельних ділянок здійснюється відповідно до цього закону. Заборони та обмеження щодо відчуження й цільового використання земельних ділянок, установлені Земельним кодексом України, є чинними за їх іпотеки. Реалізація переданих в іпотеку земельних ділянок сільськогосподарського призначення під час звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на прилюдних торгах. Покупцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення можуть бути особи, визначені Земельним кодексом України. Дія цього закону не поширюється на земельні ділянки, які перебувають у державній чи комунальній власності й не підлягають приватизації [4].

Іпотека виникає на підставі договору, закону або рішення суду. Аналізуючи відносини іпотечного кредитування, В.Ю. Малий обґрунтував поняття договору іпотечного кредитування під заставу землі як двостороннього правочину, вчиненого іпотекодавцем – власником земельної ділянки та іпотекодержателем (спеціалізованою кредитною установою), за яким перший зобов'язується в означений термін повернути забезпечені іпотекою кошти, а другий своєчасно та в передбаченому договором обсязі надає грошовий кредит, а в разі його неповернення має право задоволення вимоги за рахунок вартості означеної ділянки [5, с. 14].

Ефективне кредитування виробничої сфери, у тому числі аграрної, під заставу земельних ділянок сільськогосподарського призначення можливе лише за наявності достатніх правових, економічних та інституційних передумов. Конкретними правовими передумовами запровадження застави земельних ділянок сільськогосподарського призначення виступають правові гарантії приватної власності на землю; законодавча підтримка застави земельних ділянок як надійного способу забезпечення виконання договірних зобов'язань; єдність земельної ділянки та розміщених на ній будівель, споруд і насаджень; регулювання організації та діяльності іпотечних банків; державне сприяння розвитку організаційно-фінансових форм і засобів забезпечення іпотечних банків коштами, які давали б фінансово-економічну можливість видавати довгострокові кредити під заставу землі. До економічних передумов слід насамперед віднести такі: стабільність і паритет цін; стабільність обмінного курсу національної валюти; загальне економічне зростання. З економічними та правовими передумовами тісно пов'язані інституційні, а саме: становлення спеціалізованих іпотечних банків; наявність широкої мережі кадастрових служб та організація державної реєстрації прав на нерухоме майно; розвиток сфер нотаріальних послуг, оціночної та страхової діяльності [6, с. 74–75]. Винятково важливе значення має створення правових основ щодо організації та діяльності іпотечних банків, особливо стосовно умов надання іпотечного кредиту, оцінки заставлюваних земель і порядку емісії та погашення іпотечних цінних паперів [7, с. 79].

На сьогодні правила про заставу земельних ділянок є частиною загальних правил про заставу й сконцентровані на підставі відносин, які виникають у результаті застави. У зв'язку з прийняттям Закону України «Про іпотеку» й низки інших законів, спрямованих на врегулювання правовідносин застави, з'явилась можли-

вість формування нової системи довгострокового кредитування аграрних товаровиробників, що дозволить знизити ризик банківської діяльності й підвищити доступність кредитів для населення. Проте, на жаль, у Законі України «Про іпотеку» залишилось неврегульованим питання застави земельних ділянок сільськогосподарського призначення. З точки зору застави земельних ділянок сільськогосподарського призначення необхідно чітко визначити права власників земельних ділянок, процедуру купівлі-продажу землі, її умови. Надання селянам у ході земельної реформи сертифікатів, якими закріплюється право приватної власності на земельний пай, призводить до утворення дрібної форми землеволодіння, за якої неможливо створити дієву систему земельної застави. Заставні операції з дрібними земельними ділянками не можуть бути ефективними. Розвиток земельної застави, крім того, передбачає як обов'язкову умову наявність якісних (середніх і кращих) земель та ефективного землеробства. Існуючі обмежені можливості застосування застави в сільському господарстві України обумовлені насамперед дефіцитом нормативної бази національного законодавства, інфраструктури фінансових ринків, браком досвіду та високопрофесійного менеджменту в цій сфері економічних відносин. Тому наявність Земельного кодексу України й Закону України «Про іпотеку» не виключає необхідності прийняття законодавчих актів із питань правового регулювання застави земельних ділянок, що містять розгорнуту правову регламентацію забезпечення зобов'язань під час вчинення заставних операцій із землею.

Суттєвою особливістю й перевагою застави є найбільш характерна властивість саме права власності – це право слідування. Це означає, що право власності з боку заставодержателя (кредитора) неначе слідує за земельною ділянкою, де б і в чиїй би власності вона не знаходилась. Земельна ділянка буде предметом застави до моменту припинення основного зобов'язання (у цьому випадку – кредитної угоди). Таким чином, у будь-якому випадку (продаж, обмін, передача чи перехід у спадщину) заставлена земельна ділянка є заставою до моменту припинення дії зобов'язання заставодавця (боржника). Усі ці переваги роблять заставу земельних ділянок дуже привабливою формою забезпечення банківських кредитів.

Важко заперечувати той факт, що розвиток земельної застави позитивно позначається на розвитку реального сектора аграрної економіки, впливає на подолання соціальної нестабільності й має важливе значення безпосередньо для функціонування, підвищення стабільності та ефективності банківської системи країни [8, с. 69]. Саме тому створення необхідних умов для розвитку цього правого інституту є невідкладним завданням сьогодення.

Слід відзначити, що законодавче регулювання земельних відносин не є досконалим для кредитування під заставу землі. Так, здійснення застави земельних ділянок передбачає обов'язкове дотримання принципу їх цільового використання. Зміна цільового призначення земельної ділянки здійснюється сільськими, селищними, міськими радами, районними держадміністраціями. У ринкових умовах таке законодавче закріплення є фактором, який, безумовно, стримує вільний ринковий обіг земельних ділянок, тому що комерційні банки не наділені правом змінювати цільове призначення заставлених земельних ділянок. І впевненості, що їх клопотання щодо цього питання будуть розглянуті позитивно, коли земля перейде

в їхню власність, у них немає [9, с. 70]. Тому ризики банків можуть бути надзвичайно великими, оскільки звернути стягнення на таку земельну ділянку та відчужити її в майбутньому без зміни цільового призначення буде дуже важко.

Висновки. Аналіз сутності й змісту правового інституту іпотечного кредитування під заставу земельних ділянок дозволяє зробити висновок про необхідність детального правового регулювання цього інституту в Україні. Незважаючи на низку позитивних зрушень, у цій сфері залишається чимало проблем, які вимагають невідкладного розв'язання. Суть земельної застави полягає у використанні позичальником землі як предмета застави для отримання довгострокового кредиту на виробничі потреби, для здійснення аграрного виробництва: купівлі сільськогосподарської техніки, матеріалів і насіння, проведення агрохімічних заходів тощо. Земельна застава буде ефективною лише за належного рівня розвиненості ринку земельних ділянок сільськогосподарського призначення.

Українським законодавцям у найближчий час необхідно зробити певні кроки щодо правового забезпечення розвитку застави земель сільськогосподарського призначення в державі. Із цією метою необхідно першочергово забезпечити розробку та прийняття нормативних документів для реалізації основних положень Земельного кодексу України; внести відповідні зміни до законів, що регулюють банківську та страхову діяльність, з метою включення до них норм, пов'язаних із розвитком іпотечного ринку. Перспективний розвиток законодавства в цій сфері сприятиме становленню, розвитку й ефективному функціонуванню інституту застави землі як передумови розвитку ринкових відносин в Україні.

Для врегулювання земельних заставних відносин в Україні необхідно прийняти спеціальний закон «Про заставу (іпотеку) земельних ділянок», який визначить прозорий та ефективний механізм застави землі. У цьому законі регламентації підлягатимуть порядок фіксації й переходу права власності на земельну ділянку; єдині правила реєстрації й кадастру; правила та умови державної реєстрації обтяжень земельної ділянки; прозорі правила оформлення та реалізації іпотечних прав та виконання заставних зобов'язань із застосуванням чіткої системи визначення пріоритету вимог заставодержателя та інших осіб на заставлену земельну ділянку; інструменти оформлення заставного зобов'язання на первинному ринку для подальших операцій із ними на вторинному ринку; спрощена та неформалізована процедура оформлення застави земельних ділянок; чіткі та прозорі правила та умови задоволення забезпечених вимог кредиторів за рахунок заставленої земельної ділянки сільськогосподарського призначення.

Література

1. Карпов Р.В. Заставна в системі іпотечних цінних паперів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Р.В. Карпов ; Національний університет «Одеська юридична академія». – О., 2011. – 18 с.
2. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.
3. Волков С.С. Перспективи розвитку ринку іпотечного кредитування в Україні / С.С. Волков, Г.С. Шемшученко // Вісник Національного банку України. – 2003. – № 6. – С. 49–55.
4. Про іпотеку : Закон України від 5 червня 2003 року № 898-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.

5. Малий В.Ю. Правове регулювання іпотеки землі в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / В.Ю. Малий ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2007. – 20 с.
6. Кручок С.І. Передумови іпотечного кредитування / С.І. Кручок // Вісник аграрної науки. – 2002. – № 3. – С. 74–75.
7. Шуст О.А. Економіко-правові передумови формування іпотечного кредитування / О.А. Шуст // Землевпорядний вісник. – 2004. – № 1. – С. 75–80.
8. Євтух О.С. Іпотека як складова ринкового механізму господарювання / О.С. Євтух // Економіка України. – 2000. – № 1. – С. 65–69.
9. Гриджук Д.М. Застава як спосіб забезпечення виконання зобов'язань : [монографія] / Д.М. Гриджук, В.О. Олійник. – К. : Оріяни, 2002. – 324 с.

Анотація

Сидор В. Д. **Особливості правового регулювання іпотечного кредитування під заставу землі.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню правових аспектів іпотечного кредитування під заставу земельних ділянок, а також ефективності організаційно-правового механізму забезпечення іпотеки землі. Доводиться необхідність прийняття спеціального закону «Про заставу (іпотеку) земельних ділянок», який визначить прозорий та ефективний механізм застави землі. Встановлено, що земельна застава буде ефективною лише за належного рівня розвиненості ринку земельних ділянок сільськогосподарського призначення.

Ключові слова: земельна нерухомість, кредитування, земельна власність, права на землю, Державний земельний банк, земельні відносини, іпотека, земельна ділянка.

Аннотация

Сидор В. Д. **Особенности правового регулирования ипотечного кредитования под залог земли.** – Статья.

Статья посвящена исследованию правовых аспектов ипотечного кредитования под залог земельных участков, а также эффективности организационно-правового механизма обеспечения ипотеки земли. Доказывается необходимость принятия специального закона «О залоге (ипотеке) земельных участков», который определит прозрачный и эффективный механизм залога земли. Установлено, что земельный залог будет эффективной лишь при надлежащем уровне развития рынка земельных участков сельскохозяйственного назначения.

Ключевые слова: земельная недвижимость, кредитование, земельная собственность, права на землю, Государственный земельный банк, земельные отношения, ипотека, земельный участок.

Summary

Sydor V. D. **Features of the legal regulation of mortgage lending against land.** – Article.

This article is devoted to researching the legal aspects of mortgage loans secured by land, and the effectiveness of organizational and legal mechanism to ensure mortgage land. The necessity of a special law "On mortgage of land", which define a transparent and effective mechanism to mortgage land is proved. It is determined that land mortgage will be effective only if an appropriate level of development of agricultural land market.

Key words: land property, credit, land ownership, land rights, state land bank, land relations, mortgage, land plot.

УДК 347.440:347.235

Н. В. Фролова

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ДОГОВОРИ ЩОДО ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК

Постановка проблеми. Закріплення в Земельному кодексі України (далі – ЗК України) цивільно-правових договорів як підстави для переходу права власності або користування землею стало підґрунтям для розвитку договірних відносин щодо землі, яка стала об'єктом цивільно-правових відносин. Проте земля не звичайний об'єкт, тому необхідно зупинитися на обмеженнях щодо вільного обігу земельних ділянок унаслідок особливого статусу землі як об'єкта права для збереження й охорони земельного фонду.

Проблеми договірних відносин у сфері набуття прав на землю висвітлено в працях таких вчених, як М. Долинська, О. Врублевський, В. Артеменко та інші.

Метою статті є визначення, охарактеризування та систематизація видів цивільно-правових договорів у сфері набуття прав на землю.

Виклад основного матеріалу дослідження. Цивільно-правовий договір (угода) – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Цивільно-правова угода укладається у вигляді договору. Основний її зміст залежить від того, який обсяг прав передається від власника земельної ділянки іншій стороні згідно з угодою. Зокрема, угоди можуть бути спрямовані на передачу прав власності та відчуження земельної ділянки, на передачу окремих повноважень власника чи на обмеження власника в реалізації ним деяких повноважень.

Ринок землі є невід'ємною частиною економіки будь-якої розвиненої держави. Проте земля – найважливіший ресурс, що займає виняткове місце в житті й діяльності будь-якого суспільства, через що обіг землі відрізняється своїми обмеженнями та відмінностями. За своєю юридичною природою угоди щодо земельних ділянок мають не лише цивільно-правовий, а й публічно-правовий характер, оскільки їх укладення й виконання опосередковані рішеннями органів державної влади та місцевого самоврядування щодо визначення правового режиму земельної ділянки як предмета угоди, а також оформленням прав на земельні ділянки. Враховуючи це, правове регулювання обігу земельних ділянок потребує комплексного підходу до застосування норм та методів як приватноправового, так і публічно-правового характеру.

Як зазначається в п. 2 ст. 131 ЗК України, укладення передбачених у п. 1 цієї статті угод щодо земельних ділянок здійснюється відповідно до Цивільного кодексу України з урахуванням вимог Земельного кодексу України. Договори про перехід права власності на земельні ділянки укладаються в письмовій формі та нотаріально посвідчуються.

Ринок землі володіє низкою специфічних особливостей: земля є дарунком природи, але й об'єктом купівлі-продажу земельних орендних відносин; земельні ділянки підрозділяються на кращі, середні й гірші залежно від тих або інших природно-кліматичних умов, а також їхнього місцезнаходження; унаслідок фік-

© Н. В. Фролова, 2013

сованості площі земельних угідь природою пропозиція землі характеризується обмеженістю.

Відповідно до чинного законодавства щодо землі можна укладати такі види цивільно-правових угод: договір купівлі-продажу, договір міни, договір дарування, договір ренти, договір довічного утримання, договір оренди, договір концесії, договір застави, договір встановлення сервітуту, договір емфітевзису, договір суперфіцію, заповіт (спадковий договір).

Договір купівлі-продажу земельної ділянки – це двостороння угода, відповідно до якої одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати земельну ділянку у власність іншій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти земельну ділянку й сплатити за неї певну грошову суму. Цей договір є консенсуальним, оплатним та взаємним (синалагматичним).

Право продажу земельної ділянки належить, як правило, її власникові, який самостійно обирає покупця та визначає істотні умови договору. Можливим є також продаж земельної ділянки на конкурентних засадах, тобто шляхом проведення земельних торгів, які відбуваються у формі аукціону. Зокрема, обов'язково здійснюється на конкурентних засадах продаж земельних ділянок із земель державної та комунальної власності суб'єктам підприємницької діяльності під забудову та в разі звернення стягнення на земельну ділянку, що перебуває у власності громадянина чи юридичної особи (ст. ст. 134, 139 ЗК України). Також воля власника не має вирішального значення під час примусового продажу ділянки на виконання рішення суду. Власник земельної ділянки також не є абсолютно вільним під час визначення її юридичної долі в разі існування щодо неї права спільної власності.

У договорі купівлі-продажу земельної ділянки має бути вказано такі істотні умови, як предмет договору, дані про місце розташування, площу, функціональне призначення, обтяження та обмеження щодо використання земельної ділянки, ціна продажу, умови оплати, порядок розрахунків, права та обов'язки сторін, а також інші умови, які визначаються за погодженням між продавцем і покупцем. Сторонами в договорі дарування відповідно до ст. 131 Земельного кодексу України можуть бути громадяни та юридичні особи України, держава, територіальні громади.

Стосовно купівлі земельних ділянок сільськогосподарського призначення встановлено правило переважної купівлі (ч. 2 ст. 130 ЗК України). Таке право встановлено для громадян України, які постійно проживають на території відповідної місцевої ради, де здійснюється продаж земельної ділянки, а також таке право мають відповідні органи місцевого самоврядування.

Переважне право купівлі в чинному законодавстві закріплено за власниками часток у спільній власності під час продажу одним із співвласників своєї частки в спільному майні. Під час порушення цього переважного права інший співвласник, чиє право було порушено, має право вимагати переведення на нього прав та обов'язків покупця проданої з порушенням переважного права купівлі частки в спільної власності.

Договір дарування земельної ділянки – це договір, за яким одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обда-

рованому) безоплатно земельну ділянку у власність. Цей договір є консенсуальним, безоплатним, одностороннім, причому необхідною є наявність згоди обдарованої особи прийняти ділянку. Підписуючи договір, обдарована особа висловлює цим свою згоду прийняти подарунок. Із набуттям права власності на земельну ділянку зазначена особа бере на себе й обов'язки, пов'язані з володінням та користуванням нею, у тому числі обов'язок використовувати отриману ділянку за її цільовим призначенням.

Сторонами в договорі дарування, відповідно до ст. 131 ЗК України, можуть бути громадяни та юридичні особи України, держава, територіальні громади.

Умови договору дарування залежно від конкретної законодавчої конструкції можуть бути класифіковані на загальні й спеціальні. Загальні притаманні будь-якому договору дарування, спеціальні – окремим договорам дарування. До загальних належать умови щодо предмета договору дарування та безоплатності передання предмета договору. До спеціальних істотних умов належать такі: строк або відкладальна обставина за договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому через певний строк (у певний термін) або в разі настання відкладальної обставини; зміст обов'язку на користь третьої особи; умова про особу, на користь якої встановлюється обов'язок за договором дарування з обов'язком обдаровуваного на користь третьої особи.

Договір міни (бартеру) земельної ділянки – це договір, за яким кожна зі сторін зобов'язується передати іншій стороні у власність одну земельну ділянку в обмін на іншу земельну ділянку. За погодженням сторін можлива грошова доплата за земельну ділянку більшої вартості, що обмінюється на земельну ділянку меншої вартості. У разі укладення договору міни зміна цільового призначення земельної ділянки самовільно не допускається.

Договір міни є двостороннім, а кожна зі сторін зобов'язується передати протилежній стороні відповідну ділянку (інше майно). Предмет договору міни як земельно-правової угоди становлять дві земельні ділянки чи ділянка та інше майно. Тому міна може відбуватися у двох формах: у вигляді обміну земельними ділянками та у вигляді обміну земельної ділянки на будь-яке інше майно.

Договір застави землі (іпотека) – це договір, згідно з яким кредитор (заставодержатель) має право в разі невиконання боржником (заставодавцем) забезпеченого заставою зобов'язання отримати задоволення з вартості заставленої земельної ділянки, а також об'єктів, розташованих на земельній ділянці та невід'ємно пов'язаних із нею, переміщення яких є неможливим без знецінення та зміни їхнього призначення, переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Застава виникає на підставі договору, закону або рішення суду.

Предметом іпотеки можуть бути належні громадянам на праві приватної власності земельні ділянки та багаторічні насадження, майно, пов'язане із землею: будівля, споруда, квартира, підприємство (його структурні підрозділи) як цілісний майновий комплекс, а також інше майно, віднесене законодавством до нерухомого.

Сторонами договору застави земельних ділянок є заставодержатель, тобто кредитор за основним зобов'язанням, що забезпечується іпотекою, та власник заставленого майна, тобто боржник за основним зобов'язанням, що забезпечене заставою,

або особа, яка не бере участі в цьому зобов'язанні. Якщо заставодавець і боржник не є однією й тією ж особою, істотне значення для заставного правовідношення має сам об'єкт застави, а не ті правовідносини, які існують між таким заставодавцем та основним боржником.

Договір довічного утримання (догляду) – це договір, згідно з яким одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їхню частину, інше нерухоме майно (земельну ділянку) або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно (ст. 744 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)).

Договір довічного утримання (догляду) є одностороннім, оскільки за ним лише одна сторона – набувач – наділений обов'язками, а друга сторона – відчужувач – має лише права. Цей договір є оплатним, оскільки набувач отримує у власність певне майно, а відчужувач – необхідне утримання у вигляді відповідних матеріальних благ і послуг. При цьому цивільне законодавство не вимагає, щоб вартість майна, що передається відчужувачем, була еквівалентною вартості надаваного набувачем утримання.

Договір довічного утримання є реальним договором, бо момент укладення договору довічного утримання пов'язаний із передачею майна. Відповідно до ст. 744 ЦК України одним з об'єктів договору довічного утримання є земельна ділянка. Оскільки договір довічного утримання спрямовано на передачу майна у власність, то, відповідно, це майно має належати відчужувачеві на праві власності й не має обмежуватися заставою.

Відповідно до ст. 746 ЦК України відчужувачем може бути фізична особа незалежно від її віку та стану здоров'я. Набувачем може бути повнолітня, дієздатна фізична особа або юридична особа. Якщо набувачами є кілька фізичних осіб, вони стають співвласниками майна, переданого їм за договором, на праві спільної сумісної власності. Якщо набувачами є кілька фізичних осіб, їхній обов'язок перед відчужувачем є солідарним. Договір довічного утримання може бути укладений відчужувачем на користь третьої особи.

Договір ренти – це договір, за яким одна сторона (одержувач ренти) передає другій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично (протягом певного строку або безстроково) виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі. У договорі ренти факт переходу права власності на майно зумовлений наданням зустрічного задоволення, що визначає його оплатний характер. Однак, на відміну від договору купівлі-продажу, що передбачає оплату певної обумовленої суми за відчужуване майно, розмір зустрічного задоволення за договором ренти погоджується лише у вигляді суми періодичного платежу, виплата якого проводитиметься або протягом певного терміну, або протягом усього життя відчужувача. Якщо договором ренти встановлено, що одержувач ренти передає майно у власність платника ренти за плату, до відносин сторін щодо передання майна застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, а якщо майно передається безоплатно – положення про договір дарування, якщо це не суперечить суті договору ренти (ч. 2 ст. 734 ЦК

України). Згідно зі ст. 733 ЦК України як юридичні, так і фізичні особи можуть виступати сторонами договору ренти.

У разі передачі під виплату ренти земельної ділянки або іншого нерухомого майна одержувач ренти набуває право застави на це майно (ч. 1 ст. 735 ЦК України). Відповідно, виникає право іпотеки за законом.

Договір укладається в письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню й державній реєстрації в порядку, встановленому чинним законодавством. Юридичними ознаками договору є односторонність, реальність та відплатність.

Договору ренти притаманні специфічні ознаки, які свідчать про його самостійність серед інших цивільно-правових договорів про передачу майна у власність: а) зміст ренти полягає в обов'язку однієї особи надати утримання іншій, яке для неї часто є єдиним джерелом отримання засобів існування; б) відносини ренти мають стабільний характер; в) характерна ознака ренти – алеаторність, тобто існує ризик, що розмір рентних платежів буде більшим або, навпаки, меншим за вартість відчуженого під виплату ренти майна.

Договір оренди землі – це договір, за яким орендодавець зобов'язаний за плату передати орендарю земельну ділянку у володіння й користування на певний строк, а орендар зобов'язаний використовувати земельну ділянку відповідно до умов договору та вимог земельного законодавства. Право оренди земельної ділянки – це засноване на договорі строкове платне володіння й користування земельною ділянкою, необхідною орендарю для провадження підприємницької та іншої діяльності. Оренда може бути короткостроковою (не більше 5 років) і довгостроковою (не більше 50 років). Орендодавцями земельних ділянок є їхні власники та уповноважені особи. Порядок передачі земель в оренду врегульовано ст. 124 Земельного кодексу України. Він змінюється залежно від того, у чиїй власності перебуває земельна ділянка (приватній, комунальній, державній), змінюється чи ні цільове використання ділянки. У випадку зміни цільового призначення передача земельної ділянки здійснюється за проектами відведення. Згідно зі ст. 124 Земельного кодексу України передача в оренду земельних ділянок, що перебувають у державній чи комунальній власності, здійснюється на підставі рішення відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування шляхом укладення договору оренди земельної ділянки. Отже, для отримання бажаної земельної ділянки в оренду необхідний дозвіл уповноваженого органу на укладення договору. Для цього підприємець подає до відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування за місцем розміщення земельної ділянки заяву (клопотання) у письмовій формі. Для прийняття такого рішення цим органам дається місячний термін (ст. 16 Закону України «Про оренду землі»).

Договір концесії – це угода, відповідно до якої уповноважений орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування надають на платній і строковій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити об'єкт концесії або істотно поліпшити його й здійснювати управління ним згідно із законом із метою задоволення суспільних потреб. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про концесії» концесія визначається як надання з метою задоволення суспільних потреб уповноваженим органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядуван-

ня на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній або фізичній особі права на створення та управління об'єктом концесії (строкове платне володіння) за умови взяття суб'єктом підприємницької діяльності на себе зобов'язань щодо створення та управління об'єктом концесії, а також майнової відповідальності й можливого підприємницького ризику. У цьому законодавчому визначенні концесії є деякі правові складові оренди. Однак не всі вони збігаються з аналогічними ознаками оренди землі. Концесієдавцем виступає уповноважений орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування, а отже, земельна ділянка є об'єктом права державної або комунальної власності. Крім того, концесіонером може бути лише суб'єкт підприємницької діяльності. Нарешті, на відміну від інших видів підприємницької діяльності, які здійснюються з метою отримання прибутку, метою концесійної діяльності є задоволення суспільних потреб.

Концесійний договір укладається на визначений у ньому строк. Проте він має бути не менше 10 та не більше 50 років.

Договір використання земельної ділянки для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) – це договір, згідно з яким власник земельної ділянки відплатно чи безвідплатно передає іншій особі право користування земельною ділянкою, зберігаючи щодо неї право власності. Емфітевзисом є довгострокове, відчужуване та успадковуване речове право на чуже майно, яке полягає в наданні особі права володіння й користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб із метою отримання плодів та доходів від неї з обов'язком ефективно її використовувати відповідно до цільового призначення. Договір про встановлення емфітевзису формально є консенсуальним, оскільки для виникнення емфітевтичного права не вимагається передачі земельної ділянки. Суб'єктами емфітевзису є власник земельної ділянки та особа, яка виявила бажання користуватися останньою для сільськогосподарських потреб (землекористувач, емфітевта). Стороною відносин емфітевзису не може бути особа, якій земельна ділянка надана на умовах постійного користування чи на умовах оренди. Об'єктом емфітевтичного права є користування земельною ділянкою сільськогосподарського призначення, що знаходиться в приватній, комунальній або державній власності.

Договір використання земельної ділянки під забудову (суперфіцій) – це договір, згідно з яким власник земельної ділянки надає її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших будівель і споруд. Перевагою договору суперфіцію, порівняно з договором оренди, є можливість відчуження права суперфіцію без отримання згоди власника (ч. 2 ст. 413 ЦК України), тоді як права землекористувача за договором оренди обмежуються спорудженням об'єктів нерухомості на земельній ділянці та можливістю передачі її в суборенду в обох випадках за згодою власника [1].

Предметом договору суперфіцію є право користування земельною ділянкою для будівництва певних видів споруд чи будівель із можливістю для суперфіціарія набути право власності на них та для землевласника – отримувати частку прибутку землекористувача. Під час надання земельної ділянки в користування з метою забудови необхідно, щоб її подальше використання відповідало цільовому призначенню ділянки.

Договір земельного сервітуту – це договір, який встановлює право власника (користувача) однієї земельної ділянки на обмежене користування чужою, як правило, суміжною, земельною ділянкою з метою усунення недоліків своєї земельної ділянки. Отже, одна земельна ділянка (слугуюча) обслуговує іншу (панівну) у межах прав, що надаються власнику пануючої земельної ділянки щодо користування слугуючою земельною ділянкою.

Договір встановлення земельного сервітуту укладається між особою, яка вимагає його встановлення, та власником (володільцем) земельної ділянки. Закон не визначає істотних умов договору про встановлення земельного сервітуту. Тому достатнім є опис характеру сервітуту, що встановлюється, тобто обсяг прав, що надаються користувачеві, та порядок його здійснення. Сервітут може стосуватися як всієї земельної ділянки, так і її частини. Для коректного опису в договорі ділянки, щодо якої встановлюється земельний сервітут, необхідним є складання відповідної схеми із зазначенням меж ділянки, на яку встановлюється сервітут. Під час встановлення сервітуту сторонам доцільно також визначитися щодо його строку та плати за його встановлення [2].

ЗК України як одну з підстав набуття права власності на землю вказує спадкування. Відповідно до Цивільного кодексу України успадкування земельних ділянок може здійснюватися за законом та заповітом. Спадкування визначається в Цивільному кодексі України як перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Відповідно до ст. 1302 ЦК України *спадковий договір* – це такий договір, за яким одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Сторонами спадкового договору є відчужувач – подружжя, один із подружжя або інша особа, та набувач – фізична або юридична особа (ст. 1303 ЦК України).

Таким чином, однією з підстав виникнення, зміни або припинення прав на землю є цивільно-правовий договір. Орієнтація економіки нашої країни на ринкові відносини привела до радикальних змін у сфері договірних відносин у земельному праві. Ринок землі є інструментом і гарантією реалізації основних конституційних прав громадян та юридичних осіб права мати землю в приватній власності, права вільно здійснювати володіння, користування й розпорядження землею, якщо це не завдає шкоди довкіллю та не порушує прав і законних інтересів інших осіб. Договірні відносини в земельному праві – це важливий інструмент земельної реформи й невід'ємна умова та засіб здійснення економічної реформи в цілому.

Літератури

1. Саврук С. Такий непростий суперфіцій (не плутати з орендою) / С. Саврук // Правовий тиждень. – 2010. – № 28(206). – С. 12–15.
2. Романенко Г. Договір встановлення земельного сервітуту / Г. Романенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://imperator.od.ua/2011-10-10-09-39-58/14/112.

Анотація

Фролова Н. В. **Цивільно-правові договори щодо земельних ділянок.** – Стаття.

Договірні відносини у сфері набуття прав на землю набувають поширення в наш час. Розвивається ринок земель, через що питання набуття прав на землю на договірних засадах потребують удоскона-

лення та розвитку. Стаття присвячена характеристиці видів договорів щодо переходу права власності на землю та права землекористування.

Ключові слова: цивільно-правові договори, ринок землі, права на землю.

Аннотация

Фролова Н. В. **Гражданско-правовые договоры в сфере земельных участков.** – Статья.

Договорные отношения в сфере приобретения прав на землю получают распространение в наше время. Развивается рынок земель, из-за чего вопрос приобретения прав на землю на договорных началах требует совершенствования и развития. Статья посвящена характеристике видов договоров в сфере права собственности на землю и права землепользования.

Ключевые слова: гражданско-правовые договоры, рынок земли, права на землю.

Summary

Frolova N. V. **Civil contracts in the field of land.** – Article.

Contractual relations in the acquisition of rights to land are becoming more common in our time. Developed land market through the issue of land rights acquisition on a contractual basis require improvement and development. The article investigates types of agreements on transfer of land ownership and land use rights.

Key words: civil contracts, land market, land rights.

УДК 347.122:347.24:349.442:332.8

А. О. Синельникова

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ОБ'ЄКТА НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА

Об'єкти незавершеного будівництва на сьогодні є фактично вилученими з господарського обігу суб'єктів господарювання через низку причин, серед яких такі: різні підходи на практиці до визначення об'єкта незавершеного будівництва, що призводить до проблем із реєстрацією права власності на такі об'єкти, їх відчуженням, реєстрацією права власності на ці об'єкти новими власниками та неоднозначної судової практики в цій сфері. У зв'язку із цим уточнення поняття об'єкта незавершеного будівництва має важливе значення в дослідженні правового режиму об'єкта незавершеного будівництва.

На практиці зростає кількість позовів про визнання недійсними договорів відчуження об'єктів незавершеного будівництва, а дій державних реєстраторів прав на такі об'єкти – незаконними, з'являються фіктивні договори відчуження будівельних матеріалів тощо. Причинами такої ситуації на практиці є відсутність виробленого судами України єдиного підходу у вирішенні спорів, пов'язаних з участю об'єктів незавершеного будівництва в господарському обігу суб'єктів господарювання.

Єдиний підхід у визначенні поняття об'єкта незавершеного будівництва відсутній і на законодавчому рівні, зокрема в Законі України «Про іпотеку», Положенні про надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам для придбання в сільській місцевості завершених або незавершених будівництвом індивідуальних житлових будинків, наказі Фонду державного майна України «Про затвердження Класифікатора державного майна». Деякі нормативно-правові акти, наприклад Цивільний кодекс України та Постанова Кабінету Міністрів України «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів», не ви-

© А. О. Синельникова, 2013

значають поняття об'єкта незавершеного будівництва взагалі, проте встановлюють його окремі ознаки. Подібний стан законодавства зумовлює проблеми у визначенні правового режиму об'єктів незавершеного будівництва.

На теоретичному рівні над визначенням поняття об'єкта незавершеного будівництва працювали такі автори, як А.С. Савченко [6, с 64], Г.Р. Мацюк [7, с. 11], Е.Ц. Батуєва [8, с. 5], С.М. Сліпченко [9, с. 31], О.М. Козирь [10, с. 26], Ю.О. Ходико [11, с. 95] та інші. При цьому досить часто запропоновані визначення містять протилежні наукові підходи. Єдиного підходу у визначенні поняття об'єкта незавершеного будівництва, який би повністю задовольняв потреби теорії й практики, наразі не вироблено.

З огляду на вищезазначене дослідження питання щодо визначення поняття об'єкта незавершеного будівництва є актуальним.

Метою цієї статті є уточнення поняття об'єкта незавершеного будівництва, виходячи з існуючих та запропонованих ознак цього об'єкта.

Поставлена мета досягається шляхом аналізу існуючих положень законодавства, що регулюють режим об'єктів незавершеного будівництва, практики та теорії, а також дослідження й виокремлення ознак об'єкта незавершеного будівництва.

Господарський суд Донецької області, вирішуючи справу, пов'язану з реєстрацією об'єкта незавершеного будівництва, визначає його як «об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства» [1]. Господарський апеляційний суд Київської області, навпаки, у своєму рішенні спирається на положення Цивільного кодексу України, визначаючи об'єкт незавершеного будівництва як сукупність будівельних матеріалів [2].

Можна зробити висновок, що на практиці відсутній єдиний підхід до визначення об'єкта незавершеного будівництва.

Під об'єктом незавершеного будівництва, відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку», розуміється «об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства» [3].

Визначення поняття об'єкта незавершеного будівництва як об'єкта, щодо якого будівництво розпочато, але який не прийнято в експлуатацію на підставі оформлених відповідно до чинного законодавства документів, також дає Положення про надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам для придбання у сільській місцевості завершених або незавершених будівництвом індивідуальних житлових будинків [4].

Інше визначення об'єкта незавершеного будівництва як об'єкта, щодо якого розпочато будівництво, але який не прийнято в експлуатацію, включаючи законсервований об'єкт, міститься в наказі Фонду державного майна України «Про затвердження Класифікатора державного майна» [5].

З вищенаведених визначень об'єкта незавершеного будівництва можна виокремити його першу ознаку: будівництво об'єкта незавершеного будівництва розпочато на підставі всіх необхідних дозволів, ліцензій тощо, але призупинено (законсервовано), об'єкт не прийнято в експлуатацію у встановленому законом порядку.

Водночас доречно також зазначити, що в чинних нормативно-правових актах існує неузгодженість: об'єкт незавершеного будівництва до прийняття його в експлуатацію за контекстом Постанови Кабінету Міністрів України «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» законодавець відносить до нерухомого майна без роз'яснень причин та підстав такої класифікації, водночас відповідно до ст. 331 Цивільного кодексу України «до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна)» [12].

Виходячи з наведеного вище, можна зробити висновок, що в законодавстві відсутній єдиний підхід до визначення об'єкта незавершеного будівництва та несформовано позицію щодо його приналежності до рухомого чи нерухомого майна.

У науковій літературі також відсутня єдність щодо визначення поняття об'єкта незавершеного будівництва. Так, С.М. Сліпченко визначав незавершене будівництво як цілісний об'єкт, а не як сукупність будівельних матеріалів, при цьому розглядав його як матеріал для майбутніх конструкцій [9, с. 31].

Г.Р. Мацюк, навпаки, доводить, що об'єкт незавершеного будівництва складається з незавершеного будівництвом майна, а також із будівельних матеріалів, які були використані в процесі будівництва цього об'єкта та стали його невід'ємною складовою [7, с. 11]. Цю позицію підтримує також Е.Ц. Батуєва та О.М. Козир, які також наголошують на тому, що об'єкт незавершеного будівництва не можна вважати лише матеріалом для майбутніх конструкцій, оскільки він є об'єктом, що складається з усіх матеріалів та конструкцій, використаних у процесі його будівництва [10, с. 26].

Інші визначення об'єкта незавершеного будівництва надаються А.С. Савченко та Ю.О. Ходико, але вони повною мірою не відображають усіх особливостей об'єкта незавершеного будівництва, а лише акцентується на його окремих додаткових ознаках. Так, А.С. Савченко вважає об'єкт незавершеного будівництва новоствореним об'єктом нерухомості, який виникає тільки у зв'язку з активними діями людини [6, с. 64]. На думку Ю.О. Ходико, об'єктом незавершеного будівництва є цілісний майновий комплекс, ціна на який складається, виходячи, зокрема, з відсотка готовності, стану споруди, географічного розташування тощо [11, с. 95]. Таким чином, визначення, запропоноване А.С. Савченко, акцентує увагу на тому, що об'єкт незавершеного будівництва створюється в результаті активних дій людини, що й так постає з інших наведених визначень. Визначення, надане Ю.О. Ходико, формує підхід у визначенні ціни таких об'єктів, проте не відображає особливостей його правового режиму.

З аналізу наведених вище теоретичних визначень об'єкта незавершеного будівництва можна вивести його другу ознаку: об'єкт незавершеного будівництва складається з незавершеного будівництвом майна (фундамент, стіни тощо), а також із будівельних матеріалів, які були використані в процесі будівництва цього об'єкта та стали його невід'ємною складовою.

У теоретичних дослідженнях В.В. Вітрянського [13, с. 241] та Г.М. Грищенко [14, с. 123] звертається увага на те, що об'єкт, який будується на підставі

договору підряду, є виключно об'єктом зобов'язання, що постає з договору підряду, та не може розглядатися як об'єкт речових прав. Ґрунтуючись на цих дослідженнях, доречно вивести третю ознаку об'єкта незавершеного будівництва: об'єкт незавершеного будівництва не є предметом жодних договорів будівельного підряду.

Для підтвердження обґрунтованості вищенаведеної ознаки доречно звернути увагу на судову практику Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації та федеральних окружних судів, які визначають об'єкти незавершеного будівництва як об'єкти нерухомості, призначені для подальшого завершення будівництвом, які не є предметом договорів будівельного підряду й вважаються законсервованими, оскільки якщо об'єкт будівництва є предметом чинних договорів будівельного підряду, то про нього не можна говорити як про об'єкт нерухомості в цілому та об'єкт речових прав зокрема, оскільки він є об'єктом зобов'язання, що постає з договору будівельного підряду [15].

Виходячи з вищенаведених ознак об'єкта незавершеного будівництва, пропонується таке його визначення. Об'єкт незавершеного будівництва – це об'єкт, будівництво якого розпочато на підставі всіх необхідних дозволів, ліцензій тощо, але призупинено (законсервовано), який не прийнято в експлуатацію у встановленому законом порядку, що складається з незавершеного будівництвом майна (фундамент, стіни тощо), а також із будівельних матеріалів, які були використані в процесі будівництва цього об'єкта й стали його невід'ємною складовою, та не є предметом жодних договорів будівельного підряду.

Враховуючи уточнене та запропоноване вище визначення об'єкта незавершеного будівництва, доречно доповнити ст. 331 Цивільного кодексу України та ст. 139 Господарського кодексу України частинами такого змісту: «Об'єкт незавершеного будівництва – це об'єкт, будівництво якого розпочато на підставі всіх необхідних дозволів, ліцензій тощо, але призупинено (законсервовано), який не прийнято в експлуатацію у встановленому законом порядку. Об'єкт незавершеного будівництва складається з незавершеного будівництвом майна (фундамент, стіни тощо), а також із будівельних матеріалів, які були використані в процесі будівництва цього об'єкта й стали його невід'ємною складовою, та не є предметом жодних договорів будівельного підряду».

Введення запропонованого поняття в Господарський кодекс України та Цивільний кодекс України дозволить впорядкувати відносини, пов'язані з реєстрацією права власності на об'єкти незавершеного будівництва, їх відчуженням, та дозволить уникнути множинності тлумачення цього поняття на практиці. Водночас питання правового режиму об'єкта незавершеного будівництва та його приналежності до рухомого чи нерухомого майна потребують подальшого дослідження.

Література

1. Рішення Господарського суду Донецької області за позовом ТОВ «РосУкрОйл» до Комунального підприємства «Артемівське бюро технічної інвентаризації» та до Артемівської міської ради (Справа № 14/293пн) від 13 грудня 2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/12834442.

2. Рішення Київського апеляційного господарського суду за апеляційною скаргою ПП «Вілта-Сервіс» до ПАТ «Райфайзенбанк Аваль» (Справа № 34/149) від 31 серпня 2011 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/128883442.
3. Про іпотеку : Закон України від 5 червня 2003 р. // Закони України. – 2003. – Т. 1. – С. 12–34.
4. Про затвердження Положення про надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам для придбання у сільській місцевості завершених або незавершених будівництвом індивідуальних житлових будинків : Наказ Мінагрополітики України від 25 квітня 2001 р. // Урядовий кур'єр. – 2001. – № 35. – С. 5–14.
5. Про затвердження Класифікатора державного майна : Наказ Фонду державного майна України від 15 березня 2006 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 29. – С. 7–13.
6. Савченко А.С. Форма та види існування об'єктів незавершеного та самочинного будівництва як об'єктів цивільних правовідносин / А.С. Савченко // Право і суспільство. – 2011. – № 5. – С. 61–68.
7. Батуева Е.Ц. Хозяйственно-правовое регулирование отношений, связанных с объектом незавершенного строительства как недвижимым имуществом : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Е.Ц. Батуева ; Харьковский национальный университет имени В.Н. Каразина. – Х., 2004. – 25 с.
8. Мацюк А.С. Правовий режим об'єктів незавершеного будівництва / А.С. Мацюк // Юридична газета. – 2011. – № 10–11. – С. 12–20.
9. Слипченко С.С. Ещё раз о праве собственности на объекты незавершенного строительства / С.С. Слипченко // Адвокат. – 2010. – № 3. – С. 17–22.
10. Козырь О.М. Недвижимость в новом Гражданском кодексе Российской Федерации / О.М. Козырь // Домашний адвокат. – 1996. – № 7–8. – С. 8–12.
11. Ходико Ю.С. Об'єкт незавершеного будівництва та особливості його правового режиму / Ю.С. Ходико // Вісник прокуратури. – 2011. – № 9. – С. 89–95.
12. Цивільний кодекс України : станом на 01 січня 2013 р. – К. : Парлам. вид-во, 2013. – 368 с.
13. Витрянский В.В. Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2003. – № 6. – С. 6–10.
14. Грищенко Г.М. Господарсько-правове регулювання організації і здійснення капітального будівництва і Україні : [монографія] / Г.М. Грищенко. – Донецьк : Юго-Восток, 2012. – 210 с.
15. Обзор практики разрешения споров, возникающих по договорам купли-продажи недвижимости : Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 1997 р. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2003. – № 11. – С. 21–28.

Анотація

Синельникова А. О. **Щодо визначення поняття об'єкта незавершеного будівництва.** – Стаття.

У статті здійснено дослідження та порівняння визначень об'єкта незавершеного будівництва в нормативно-правових актах, судовій практиці та в теоретичних дослідженнях авторів з України та Росії, виведення основних ознак об'єкта незавершеного будівництва з досліджуваних джерел, а також виокремлення нової ознаки цього об'єкта. За результатами дослідження на підставі виокремлених ознак об'єкта незавершеного будівництва надається нове визначення поняття об'єкта незавершеного будівництва, яким пропонується доповнити Цивільний кодекс України та Господарський кодекс України.

Ключові слова: об'єкт незавершеного будівництва, поняття об'єкта незавершеного будівництва, реєстрація об'єкта незавершеного будівництва.

Аннотация

Синельникова А. А. **Относительно определения понятия объекта незавершенного строительства.** – Статья.

В статье проведено исследование и сравнение определений объекта незавершенного строительства в нормативно-правовых актах, судебной практике и в теоретических исследованиях авторов из Украины и России, выделение основных признаков объекта незавершенного строительства из исследуемых источников, а также нового признака этого объекта. По результатам исследования на основании выделенных признаков объекта незавершенного строительства предоставляется новое определение понятия объекта незавершенного строительства, которым предлагается дополнить Гражданский кодекс Украины и Хозяйственный кодекс Украины.

Ключевые слова: объект незавершенного строительства, понятие объекта незавершенного строительства, регистрация объекта незавершенного строительства.

Summary

Sinelnikova A. O. **About defining the definition of construction in process.** – Article.

This article provides definitions of research and comparison facility under construction in legal acts, judicial practice and theoretical studies by authors from Ukraine and Russia, the withdrawal of the main signs of incomplete construction of the studied sources, and the isolation of the new features of object 'object. The study examined evidence on the basis of incomplete construction provided a new definition of the unfinished building, which supplements the Civil Code of Ukraine and the Commercial Code of Ukraine.

Key words: construction in progress, definition of construction in progress, recording of the construction in progress.

УДК 347.77 (477)

Р. Е. Эннан

ОСОБЕННОСТИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

Результаты интеллектуальной деятельности занимают особое место в едином общем рынке Европейского Союза (далее – ЕС), оказывая значительное влияние на развитие новых технологий и инноваций. Однако без эффективных мер по обеспечению защиты прав правообладателей говорить о развитии инновационной деятельности, новых технологий не приходится, как, впрочем, и о привлечении инвестиций в эту сферу. В связи с этим необходимо, чтобы материальное право интеллектуальной собственности, являющееся в значительной степени составной частью *acquis communautaire* (достижений ЕС), было обеспечено эффективными мерами правовой защиты в рамках всего ЕС. Это стало бы инструментом для успешного развития внутреннего рынка, для обеспечения соблюдения прав на результаты интеллектуальной деятельности всех правообладателей, которые обладали бы эффективными механизмами юридической защиты своих прав.

Как известно, страны-члены ЕС являются участниками Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), которое содержит положения об обеспечении защиты прав на интеллектуальную собственность (ч. 3), являющиеся общепризнанными международными стандартами по защите прав на результаты интеллектуальной деятельности, применимыми в странах-членах ЕС. Кроме того, государства-члены ЕС являются также участниками целого ряда международных универсальных соглашений в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности, содержащих специальные положения об обеспечении защиты прав на результаты интеллектуальной собственности.

Однако в законодательстве государств-членов ЕС продолжают сохраняться значительные расхождения в том, что касается мер по обеспечению защиты прав на интеллектуальную собственность. К ним можно отнести прежде всего вопросы, касающиеся применения временных мер, используемых для обеспечения сохранности доказательств, вопросы расчета причиненного ущерба, применения процедур по прекращению посягательства на права в отношении результатов интеллектуальной деятельности. Указанные расхождения в национальных законодательствах отрицательно отражаются на функционировании единого рынка ЕС и не позволя-

© Р. Е. Эннан, 2013

ют обеспечить необходимое единообразие правовой защиты интеллектуальной собственности на всей территории ЕС. Это в свою очередь приводит к ослаблению материального права интеллектуальной собственности, к фрагментации внутреннего рынка ЕС в этой сфере [1]. В свою очередь посягательства на права в отношении результатов интеллектуальной деятельности связаны с организованной преступностью, которая активно подключается к использованию глобальной сети Интернет в целях распространения пиратской продукции по всему миру. Это требует принятия эффективных мер, связанных с обеспечением защиты прав интеллектуальной собственности в рамках всего ЕС.

В связи с вышеизложенным важным этапом на пути гармонизации правовой охраны интеллектуальной собственности в ЕС является принятие Директивы 2004/48/ЕС от 29 апреля 2004 г. об обеспечении защиты прав на интеллектуальную собственность (далее – Директива). Значение факта принятия Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность огромно, поскольку впервые на уровне ЕС ставится вопрос о гармонизации норм процессуального права стран-членов ЕС в отношении применения мер по обеспечению защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности. Основной задачей Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность является сближение законодательных положений государств-членов ЕС, касающихся мер, процедур и средств, направленных на обеспечение защиты прав на интеллектуальную собственность [2].

Необходимо подчеркнуть, что меры, процедуры и средства правовой защиты интеллектуальной собственности, предусмотренные в Директиве 2004 г., применяются к любым нарушениям прав на интеллектуальную собственность, предусмотренным как наднациональным правом, так и законодательством соответствующего государства-члена ЕС. При этом положения Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность не исключают применения специальных положений ряда директив ЕС, касающихся обеспечения защиты прав на конкретные объекты интеллектуальной собственности. Также положения Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность не затрагивают положений иных актов ЕС, касающихся правовой охраны физических лиц в отношении доступа к данным персонального характера, а также свободного обращения этих данных, электронной цифровой подписи, как и международные обязательства государств-членов ЕС, включая уголовные процедуры и применимые санкции.

Государства-члены ЕС должны предусмотреть в своем национальном законодательстве меры, процедуры и средства, необходимые для обеспечения защиты прав на интеллектуальную собственность и предусмотренные положениями Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность. Указанные меры, процедуры и средства должны быть доступными и единообразными, не должны быть чересчур сложными и дорогостоящими, не должны устанавливать чрезмерных сроков и вызывать неоправданных задержек и отсрочек. Кроме того, меры, процедуры и средства должны также быть эффективными, пропорциональными, реализуемыми и применяться таким образом, чтобы избежать создания препятствий законной торговле, и предложить средства, направленные против возможных злоупотреблений этими мерами (п. 2 ст. 3 Директивы) [3].

В законодательстве государств-членов ЕС должны быть предусмотрены положения, касающиеся определения круга лиц, обладающих правом на применение мер, процедур и средств защиты прав на объекты интеллектуальной собственности, предусмотренных Директивой о защите прав на интеллектуальную собственность, к которым, в частности, относятся следующие категории лиц: 1) правообладатели на объекты интеллектуальной собственности; 2) любые другие лица, получившие разрешение на использование данных прав, в частности лицензиаты, в пределах и на условиях, предусмотренных применимым законодательством; 3) организации по коллективному управлению правами в отношении объектов интеллектуальной собственности, традиционно признаваемые в качестве представителей правообладателей на объекты интеллектуальной собственности в пределах и на условиях, предусмотренных применимым законодательством; 4) профессиональные организации защиты, традиционно признаваемые в качестве представителей правообладателей на объекты интеллектуальной собственности в пределах и на условиях, предусмотренных применимым законодательством.

Устанавливается специальная презумпция права на применение мер, процедур и средств правовой защиты в отношении объектов интеллектуальной собственности, в соответствии с которой для применения мер, процедур и средств правовой защиты автор или обладатель смежных прав не должен предъявлять доказательств своего авторства или наличия исключительных прав (ст. 5 Директивы).

Государства-члены ЕС должны обеспечить, чтобы по требованию стороны, представившей обоснованные и достаточные доказательства в поддержку своих требований и определившей доказательства в поддержку своих требований, находящиеся под контролем второй стороны, компетентные судебные органы могли истребовать необходимые доказательства от второй стороны при условии обеспечения сохранности конфиденциальной информации. При этом разумным и достаточным доказательством может признаваться количество копий произведения или охраняемого объекта смежных прав. При нарушении прав на объекты интеллектуальной собственности, совершенном в коммерческих масштабах, государства-члены ЕС должны принять необходимые меры, чтобы предоставить компетентным судебным органам право на основании заявления заинтересованной стороны издавать приказ о предоставлении второй стороной банковских, финансовых или коммерческих документов, находящихся у этой стороны, при условии обеспечения сохранности конфиденциальной информации [4].

Предусматривается специальная обязанность государств-членов ЕС, в соответствии с которой они должны предусмотреть в своем национальном законодательстве, чтобы еще до начала рассмотрения дела по существу компетентные судебные органы по требованию стороны, представившей необходимые и разумные доказательства о том, что ее права на объекты интеллектуальной собственности нарушены или могут быть нарушены, могли принять быстрые и эффективные временные меры для обеспечения сохранения необходимых доказательств. Такие меры могут включать в себя подробное описание с изъятием образцов контрафактных товаров или без такового, наложение ареста на спорные товары, а в соответствующих случаях – и на материалы и инструменты, использовавшиеся для производства и рас-

пространения этих товаров, как и на сопутствующие документы. Указанные меры при необходимости могут быть приняты без выслушивания второй стороны в случае, если любая задержка способна причинить невосполнимый ущерб правообладателю либо существует очевидный риск уничтожения доказательств.

В случае, когда меры по сохранению доказательств были приняты без выслушивания второй стороны, то данная сторона должна быть без промедления уведомлена о проведении подобных мер сразу же после их осуществления. По ходатайству заинтересованной стороны, подвергшейся указанным выше обеспечительным мерам, в течение разумного срока после подобного уведомления о примененных мерах указанные обеспечительные меры могут быть пересмотрены, отменены или подтверждены на заседании, где сторона может быть заслушана (п. 1 ст. 7 Директивы) [5]. Меры по обеспечению сохранности доказательств могут быть обусловлены внесением заявителем залога или иного эквивалентного адекватного обеспечения, предназначенного гарантировать возмещение любого ущерба, понесенного ответчиком в силу применения обеспечительных мер.

Государства-члены ЕС должны предусмотреть в своем законодательстве, что меры по сохранению доказательств должны быть отменены или прекратить свое действие иным образом по требованию ответчика. Тем не менее это ограничивает права ответчика требовать возмещения ущерба, если потребовавший обеспечительных мер заявитель не обратился в течение разумного срока в компетентные судебные органы с исковыми требованиями о рассмотрении дела по существу и вынесении решения по существу.

Срок для предъявления указанных выше требований может быть определен компетентным судебным органом, вынесшим решение о принятии обеспечительных мер, если это допускается законодательством соответствующего государства-члена ЕС. В противном случае этот срок не должен превышать 20 рабочих дней или 31 календарный день (если этот срок является более длительным). В случае, когда обеспечительные меры отменены или более не применяются в силу любого действия либо бездействия заявителя, а также если впоследствии будет установлено, что не было нарушения права на интеллектуальную собственность или угрозы такого нарушения, суд имеет право приказать истцу по требованию ответчика предоставить соответствующее возмещение за любой ущерб, причинный обеспечительными мерами (п. 4 ст. 7 Директивы). Следует отметить также, что государства-члены ЕС могут принять необходимые меры для защиты свидетелей по делам, связанным с обеспечением доказательств [6].

Важным достижением Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность является закрепление специального права на информацию, принадлежащего правообладателям на объекты интеллектуальной собственности. В соответствии с данным правом правообладатели в рамках судебного разбирательства по делам о нарушении их прав на объекты интеллектуальной собственности могут потребовать через суд предоставить им информацию о происхождении дистрибьюторской сети товаров и услуг, которая нарушают право на интеллектуальную собственность.

Эта информация может быть представлена самим правонарушителем и/или любым другим лицом: а) во владении которого были обнаружены контрафактные то-

вары в коммерческих масштабах; б) использующим контрафактные услуги в коммерческих масштабах; в) предоставляющим в коммерческих масштабах услуги, используемые в деятельности по нарушению прав на интеллектуальную собственность; г) которое обозначено лицами, указанными в п. «а», «б» и «в», в качестве производителя, изготовителя или распространителя товаров либо поставщика услуг.

Вышеуказанная информация должна включать в себя: 1) имя (наименование) и адреса производителей, изготовителей, распространителей, а также и прежних хранителей (владельцев) товаров или услуг, а также предполагаемых оптовых и розничных распространителей; б) сведения о количестве произведенных, изготовленных, поставленных, полученных или заказанных товаров и услуг, а также об их цене.

Перечисленные выше меры по получению информации не препятствуют правообладателям пользоваться иными законодательными или подзаконными нормативными положениями, которые, в частности: а) предоставляют правообладателю возможность получать более полную информацию; б) регулируют использование информации в уголовном и гражданском процессе; в) регулируют ответственность за злоупотребление правом на информацию; г) регулируют защиту конфиденциальности источников информации или доступ к данным персонального характера [7].

Государства-члены ЕС должны предпринять необходимые меры, чтобы наделить компетентные судебные органы полномочиями по ходатайству заявителя: а) вынести в отношении предполагаемого нарушителя постановление (судебный запрет), целью которого является предупреждение любого неминуемого нарушения прав на интеллектуальную собственность, запрет временного характера при условии уплаты штрафа (когда законодательство это допускает) на продолжение предполагаемых нарушений, или обусловить продолжение действий по предполагаемому нарушению прав на интеллектуальную собственность предоставлением обеспечения, предназначенного гарантировать правообладателю уплату возмещения причиненного ущерба. Кроме того, судебные запреты могут быть вынесены при аналогичных условиях в отношении услуг посредников, используемых третьими лицами для посягательства на права в отношении охраняемых объектов интеллектуальной собственности; б) вынести постановление о наложении ареста и передаче в суд товаров, подозреваемых в нарушении прав на интеллектуальную собственность в целях предотвращения их попадания и обращения в торговой сети.

В тех случаях, когда нарушение прав на интеллектуальную собственность происходит в коммерческих масштабах, государства-члены ЕС должны предоставить национальным судебным органам полномочия по вынесению решения о наложении обеспечительного ареста на движимое и недвижимое имущество предполагаемого нарушителя, включая блокирование его банковских счетов, при условии предоставления потерпевшей стороной обоснования того, что возмещение ущерба при данных обстоятельствах становится маловероятным. В этих целях компетентные судебные органы могут потребовать предоставления банковских, финансовых или коммерческих документов или доступ к необходимой информации (п. 2 ст. 9 Директивы).

Следует подчеркнуть, что компетентные судебные органы при применении указанных выше охранительных мер могут потребовать от заявителя предоставления

любых доказательств и подтверждений, свидетельствующих о том, что именно это лицо является правообладателем на объекты интеллектуальной собственности и что осуществлено нарушение либо существует угроза нарушения принадлежащих ему прав [8].

Временные охранительные меры могут в соответствующих случаях приниматься компетентными органами и без заслушивания ответчика, в частности в тех случаях, когда любая задержка может причинить невосполнимый ущерб правообладателю. В этом случае стороны извещаются о применении таких мер незамедлительно. Судебное заседание может быть назначено по требованию ответчика с возможностью для него быть выслушанным в разумные сроки после извещения о применении охранительных мер с тем, чтобы данные меры могли быть изменены, отменены или подтверждены (п. 4 ст. 9 Директивы).

Временные охранительные меры могут быть отменены или их действие может быть прекращено иным образом по требованию ответчика, если истец не инициировал в разумные сроки судебное разбирательство по существу заявленных требований. Компетентные судебные органы могут обусловить применение охранительных мер уплатой истцом залога или иного адекватного обеспечения, предназначенного гарантировать вероятное возмещение ущерба, причиненного такими мерами ответчику. В тех случаях, когда охранительные меры отменены или не применяются в силу действия или бездействия истца или же когда впоследствии было установлено, что не существовало нарушения или угрозы нарушения прав на интеллектуальную собственность, компетентные судебные органы имеют право по требованию ответчика вынести в отношении истца решение о возмещении ответчику причиненного ущерба применением охранительных мер (п. 7 ст. 9 Директивы).

Государства-члены ЕС должны предусмотреть в своем законодательстве, что после вынесения решения по существу наряду с возмещением причиненного ущерба правообладателю компетентные судебные органы могут вынести решение по требованию истца о применении соответствующих мер по отношению к контрафактным товарам, а также в отношении материалов и оборудования, которые в основном использовались при создании или изготовлении подобных товаров. К указанным мерам, которые могут быть применены компетентным судебным органом, относятся следующие: а) отзыв товаров из коммерческого обращения; б) окончательное изъятие из коммерческого обращения; в) уничтожение. Кроме того, суд может постановить, что обозначенные выше меры должны быть осуществлены за счет нарушителя, если только этому не препятствуют особые обстоятельства (п. 2 ст. 10 Директивы). Также при выборе данных мер необходимо учитывать соразмерность между тяжестью правонарушения и принимаемыми мерами, как, впрочем, и интересы третьих лиц.

В случаях, когда принято судебное решение, установившее нарушение права на интеллектуальную собственность, компетентные судебные органы могут вынести решение о запрете правонарушителю продолжать действия, нарушающие права на интеллектуальную собственность. Неисполнение данного судебного решения должно влечь за собой наложение штрафных санкций, предназначенных обеспечить исполнение решения, если законодательство государства-члена ЕС предусма-

тривает это. При этом указанные выше меры могут выть применены и в отношении посредников, услуги которых использовались третьими лицами для нарушения прав на интеллектуальную собственность [9].

Государства-члены ЕС могут также предусмотреть применение так называемых альтернативных мер. Это означает, что в соответствующих случаях по просьбе стороны, в отношении которой должны быть применены указанные выше меры, компетентные судебные органы могут вынести решение о выплате потерпевшей стороне денежной компенсации вместо отзыва или изъятия контрафактного товара из коммерческого обращения или его уничтожения при условии, что указанное лицо действовало непреднамеренно и без небрежности и если применение обозначенных выше мер могло бы причинить данному лицу непропорциональный ущерб, а также если выплата денежной компенсации представляется пострадавшей стороне удовлетворительной мерой.

Директива о защите прав на интеллектуальную собственность исходит из необходимости гармонизации исчисления размера причиненного нарушением права на результаты интеллектуальной собственности ущерба и судебных издержек. Так, в частности, предусматривается, что по требованию потерпевшей стороны компетентные судебные органы могут вынести решение в отношении нарушителя прав на интеллектуальную собственность, который сознавал или имел достаточные основания сознавать подобный характер его деятельности, о возмещении потерпевшей стороне причиненного ущерба.

При определении размера причиненного ущерба компетентные судебные органы, во-первых, принимают во внимание такие соответствующие обстоятельства, как негативные экономические последствия, включая упущенную выгоду, сумму полученных нарушителем неправомерных доходов, а в соответствующих случаях и моральный вред, причиненный правообладателю, или, во-вторых, в качестве альтернативы могут принять решение в соответствующих случаях об определении размера возмещаемого ущерба в твердой сумме, которая рассчитывается на основе таких элементов, как сумма вознаграждения, которая причиталась бы правообладателю в случае, если бы нарушитель обратился к правообладателю за разрешением на использование нарушенных им прав [10].

В случае, когда правонарушитель при осуществлении им контрафактной деятельности не знал или не мог знать о ее противоправном характере, государства-члены ЕС могут наделить судебные органы правом взыскания полученных доходов или возмещения причиненного ущерба, который можно определить. В отношении судебных издержек государства-члены ЕС должны предусмотреть, чтобы разумные и соразмерные судебные издержки и иные расходы, которые понесла выигравшая процесс сторона, по общему правилу были возложены на проигравшую сторону при условии соблюдении принципа справедливости (ст. 14 Директивы).

В целях превенции последующих правонарушений в сфере права интеллектуальной собственности и информирования широкой общественности о судебных решениях в сфере правовой защиты интеллектуальной собственности государства-члены ЕС должны наделить судебные органы, рассматривающие споры в сфере права интеллектуальной собственности, полномочиями по принятию решений

на основании заявления истца и за счет нарушителя о широком распространении информации о принятом судебном решении, включая объявление о принятом судебном решении и публикацию в целом или в части судебного решения. Кроме того, могут быть предусмотрены и иные дополнительные меры информационно-рекламного характера, принимаемые в соответствующих особых обстоятельствах, включая и информирование в широком масштабе.

Государства-члены ЕС должны всячески содействовать разработке профессиональными организациями и ассоциациями специальных кодексов поведения на наднациональном уровне, призванных внести вклад в обеспечение соблюдения прав на интеллектуальную собственность. Без ущерба мерам, процедурам и средствам правовой защиты гражданско-правового характера, предусмотренным положениями Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность, государства-члены ЕС могут применять и иные соответствующие санкции в случае нарушения прав на результаты интеллектуальной деятельности. Кроме того, предусматривается механизм последующий оценки результатов применения положений Директивы о защите прав на интеллектуальную собственность, в который включаются как государства-участники ЕС, так и институты ЕС.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, необходимо отметить, что усилия, направленные на эффективную реализацию предписаний права ЕС, привели к тому, что законодательство ЕС все чаще регулирует вопросы гражданско-процессуального права. Директива ЕС 2004 г. о защите прав интеллектуальной собственности содержит подробные положения о процессуальном праве на иск, о доказательственном праве, об обеспечительных мерах, а также о санкциях в случаях нарушения прав интеллектуальной собственности. Директива также содержит нововведения относительно исчисления размера ущерба при нарушении прав интеллектуальной собственности. Директива ЕС 2004 г. является поворотным пунктом на пути к гармонизации гражданско-процессуального права ЕС, принимая во внимание то, что многие ее положения обусловлены спецификой права интеллектуальной собственности.

Литература

1. Трунк А. Эффективная реализация прав интеллектуальной собственности в ЕС: Директива 2004 г. как инструмент унификации гражданского процессуального права / А. Трунк // Интеллектуальная собственность в России и ЕС: правовые проблемы : сборник статей / под ред. М. Богуславского. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – С. 115–131.
2. Інглезакіс І. Цивільно-правові способи захисту прав інтелектуальної власності у державах-членах ЄС: законодавство та судова практика / І. Інглезакіс // Актуальні питання охорони інтелектуальної власності в Україні та ЄС в контексті європейської інтеграції : матеріали Міжнародної наукової конференції (м. Київ, 30 червня 2010 р.). – К. : Фенікс, 2010. – С. 314–336.
3. Капіца Ю. Захист прав інтелектуальної власності в державах-членах ЄС / Ю. Капіца // Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2005. – № 3. – С. 76-79.
4. Капіца Ю.М. Забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності в ЄС / Ю.М. Капіца // Інтелектуальний капітал. – 2005. – № 4. – С. 3-11.
5. Энтин В. Меры обеспечения прав на интеллектуальную собственность в европейском праве / В. Энтин // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2005. – № 6. – С. 37–43.
6. Пирогова В. Усиление борьбы с контрафактной продукцией – ожидания европейских стран / В. Пирогова // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2005. – № 12. – С. 24–28.

7. «Звук вокруг»: меры по борьбе с подделками и пиратством в рамках ЕС // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2005. – № 1. – С. 60–61.
8. Директива ЕС 2004/48/ЕС от 29 апреля 2004 г. об обеспечении защиты прав на интеллектуальную собственность [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://lexdigital.ru/2012/039.
9. Шелонина О. Формы интеграционных процессов в сфере интеллектуальной собственности / О. Шелонина // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2007. – № 4. – С. 56–60.
10. Материалы относительно деятельности ЕС в сфере защиты интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]. – Режим доступу : http://www.europa.eu/int/ comm/ internal market/en/ intprop/index.htm.

Аннотация

Эннан Р. Е. **Особенности гражданско-правовых способов защиты прав интеллектуальной собственности в Европейском Союзе.** – Статья.

В статье проводится анализ защиты прав интеллектуальной собственности в Европейском Союзе с учетом положений Директивы Европейского Союза 2004 г. Исследованы положения Директивы Европейского Союза о процессуальном праве на иск, о доказательственном праве, об обеспечительных мерах, а также о санкциях за нарушения прав интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, защита прав, ответственность за нарушение прав.

Анотація

Еннан Р. Є. **Особливості цивільно-правових способів захисту прав інтелектуальної власності в Європейському Союзі.** – Стаття.

У статті проведено аналіз захисту прав інтелектуальної власності в Європейському Союзі з урахуванням положень Директиви Європейського Союзу 2004 р. Досліджено положення Директиви Європейського Союзу щодо процесуального права на позов, про докази, про запобіжні заходи, а також щодо санкції за порушення прав інтелектуальної власності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, захист прав, відповідальність за порушення прав.

Summary

Ennan R. E. **Features of civil legal methods of protecting intellectual property rights in the European Union.** – Article.

The article analyzes the protection of intellectual property rights in the EU with regard to the provisions of the EU Directive 2004 studied the provisions of the EU Directive on procedural right to bring suit on the law of evidence, interim measures and sanctions for violations of intellectual property rights.

Key words: intellectual property rights protection, liability for infringement.

УДК 347.78

О. О. Мацкевич

ПОРІВНЯННЯ ІНТЕРНЕТ-ЗМІ ТА ІНШИХ СУБ'ЄКТІВ, ЩО ДІЮТЬ У СФЕРІ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Інтернет-мережа надає більше можливостей для створення та поширення інформації, сучасні технічні засоби дозволяють оперативніше висвітлювати певні події. Розширюється й коло осіб, які створюють або розповсюджують суспільно значиму інформацію[1].

[1] Наприклад, особи, які займаються так званою громадянською журналістикою – різновид журналістики, що створюється особами, які не мають професійного статусу журналіста, але інформація, яку вони розповсюджують, є суспільно важливою.

© О. О. Мацкевич, 2013

Водночас нині досить суперечливим і невирішеним на науковому та практичному рівнях є питання, що саме вважати інтернет-ЗМІ: будь-який сайт мережі чи окремі, визначені сайти. Адже навіть наведене в найпопулярнішій енциклопедії Інтернету визначення не дає остаточного уявлення про те, які саме веб-сайти треба вважати цифровими ЗМІ: «Інтернет-ЗМІ (інтернет-видання) – регулярно оновлюваний інформаційний сайт, який ставить за мету виконувати функцію засобу масової інформації й користується певною популярністю й авторитетом (має свою постійну аудиторію)» [1].

Незважаючи на відсутність цього визначення, існуюча практика й результати наукових досліджень дають можливість сформулювати певні критерії, яким мають відповідати сайти для того, щоб вважатися інтернет-медіа. До таких критеріїв можна віднести періодичність, редагування, достовірність та об'єктивність інформації, ідентифікацію інформації за автором та структуруванням (наповненням), самоідентифікацію та оформлення (наявність зовнішніх ознак, що дозволяють віднести сайт до ЗМІ). Особливість інтернет-видань полягає також у відсутності необхідності створювати редакційну раду та приймати редакційний статут, що є обов'язковим для телерадіокомпаній та друкованих засобів масової інформації[2]. У цій роботі ми розглядатимемо інтернет-видання, які відповідають вищевказаним ознакам.

Крім того, інтернет-ЗМІ дають можливість розмістити одночасно не тільки друкований текст чи зображення (із яких складаються журнали, газети тощо), але й звукозаписи, відео чи анімацію (що використовуються радіо- або телебаченням), тобто використовує засоби донесення інформації, характерні як для друкованого, так і аудіовізуального засобів масової інформації[3]. Таким чином, здійснюючи свою діяльність, інтернет-ЗМІ одночасно під час розміщення інформації може використати як об'єкти авторського права (статті, фото тощо), так і об'єкти суміжних прав (звукозаписи, програми мовлення тощо).

З урахуванням такої особливості вимагає своєрідного підходу проблема визначення кола нормативно-правових актів, які б могли врегульовувати питання використання об'єктів авторських та суміжних прав у діяльності інтернет-видань. Диференційований підхід до правового регулювання повинен забезпечувати застосування до об'єктів авторського права Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» та відповідних положень спеціального законодавства про авторське право, а щодо об'єктів суміжних прав слід застосовувати Закон України «Про телебачення і радіомовлення» та відповідні положення Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Особливість формування інформації, засобів її подачі, донесення інформації до користувачів зумовлює й специфічний суб'єктний склад осіб. Саме тому метою цієї статті є проведення порівняльно-правового аналізу інтернет-ЗМІ та інших суб'єктів, що здійснюють свою діяльність у сфері створення та розповсюдження масової

[2] Більш детально це питання розглядалося автором у такій статті: Правовий статус Інтернет-ЗМІ // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2011. – № 1. – С. 28–36.

[3] Частина 2 ст. 22 Закону України «Про інформацію» визначає, що засоби масової інформації – засоби, призначені для публічного поширення друкованої або аудіовізуальної інформації.

інформації. Для досягнення поставленої мети проаналізуємо норми відповідних законодавчих актів, що регулюють діяльність окремих засобів масової інформації.

Для початку з'ясуємо, хто може створювати (засновувати) інтернет-ЗМІ та вважатися його власником. У Цивільному кодексі України поняття власника розкривається через тріаду його правомочностей. Так, ч. 1 ст. 317 Цивільного кодексу України встановлює, що власникові належать права володіння, користування та розпоряджання своїм майном. Проте визначення цього поняття не наводиться. Відсутнє в законодавстві й таке поняття, як «власник інтернет-ЗМІ».

Власником інтернет-ЗМІ може бути як фізична особа, яка власними зусиллями створює сайт (авторський блог – власне мережне ЗМІ), так і юридична особа. Проте найімовірніше – юридична особа.

Серед юридичних осіб насамперед виокремимо такі:

– телерадіоорганізацію, до якої відповідно до закону відноситься зареєстрована в установленому законодавством порядку юридична особа, яка на підставі виданої Національною радою України з питань телебачення і радіомовлення ліцензії на мовлення створює або комплектує та/чи пакетує телерадіопрограми і/або передачі та розповсюджує їх за допомогою технічних засобів мовлення (ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»);

– видавництво – спеціалізоване підприємство, основним видом діяльності якого є підготовка й випуск у світ видавничої продукції (ст. 1 Закону України «Про видавничу справу»);

– інформаційне агентство, яке може виступати як засновник (співзасновник) інших засобів масової інформації та є юридичною особою (ст. ст. 1, 6 Закону України «Про інформаційні агентства»)[4];

– юридичну особу, що функціонує як ЗМІ суто в мережі (мережне ЗМІ). Статус цієї особи не закріплений у законодавстві України.

Розглянемо випадок, коли певна особа матиме відношення до створення й до подальшого використання певного ресурсу, який може бути інтернет-ЗМІ. Спочатку проаналізуємо правовий статус таких суб'єктів, як *«організація мовлення»* та *«мовник»*.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» використовує поняття «організація ефірного мовлення» та «організація кабельного мовлення». До першої відносять телерадіоорганізацію, що здійснює публічне сповіщення радіо- чи телевізійних передач і програм мовлення (як власного виробництва, так і виробництва інших організацій) шляхом передачі в ефір за допомогою радіохвиль. До другої – телерадіоорганізацію, що здійснює публічне сповіщення радіо- чи телевізійних передач і програм мовлення (як власного виробництва, так і виробництва інших організацій) шляхом передачі на віддаль сигналу за допомогою кабелю (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Отже, організація мовлення – це телерадіоорганізація, яка здійснює публічне сповіщення програм і передач, як власного виробництва, так і виробництва інших організацій.

[4] Інформаційне агентство більш детально розглядати не має сенсу, адже його продукція в будь-якому випадку реалізується через використання одного з видів ЗМІ.

У спеціальному законі мовник (радіо- чи телепередач) визначається як суб'єкт господарювання, який створює (комплектує та/або пакетує) телевізійні чи радіопрограми та передачі й розповсюджує їх у відкритому або кодованому вигляді за допомогою технічних засобів шляхом трансляції та ретрансляції для приймання їх споживачами (ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»).

Із цього постає, що мовником може бути не лише юридична особа, а й фізична особа, яка здійснює господарську діяльність та зареєстрована відповідно до закону як підприємець (відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 55 Господарського кодексу України). Отже, коло осіб, які можуть бути мовниками, є ширшим за тих, що можуть бути організаціями мовлення.

На противагу цьому характер діяльності мовника, відповідно до законодавства, є вужчим за характер діяльності телерадіоорганізації. Так, розповсюдження, яке здійснює мовник, обмежується відкритим або кодованим виглядом за допомогою технічних засобів шляхом трансляції та ретрансляції. А щодо розповсюдження програм і передач телерадіоорганізацій зазначається, що воно здійснюється за допомогою технічних засобів. У Законі України «Про авторське право і суміжні права» стосовно діяльності організацій мовлення йдеться вже про публічне сповіщення – передачу за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав в ефір чи передачу на віддаль творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організацій мовлення тощо, коли зазначена передача може бути сприйнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуки не можуть бути сприйняті.

Проте ми погоджуємося з думкою, що сповіщення становить собою одну з форм розповсюдження об'єктів авторського права або суміжних прав із використанням технічних, переважно телекомунікаційних, засобів [2, с. 245]. Тобто, незважаючи на певні розбіжності у визначеннях, всі три розглянуті вище особи займаються розповсюдженням програм і передач. Крім того, спільним є те, що організація мовлення й мовник у своїй діяльності мають справу з програмами та передачами, які вони можуть створювати самостійно, чи використовувати програми та передачі інших суб'єктів.

Отже, проаналізувавши зазначені вище терміни, доходимо висновку, що для позначення одного й того ж суб'єкта діяльності законодавець використовує два різні терміни, що знижує якість законодавства, а отже, відповідна термінологія потребує уніфікації та вдосконалення. Для цього законодавцю слід вибрати один із наявних термінів та внести зміни у відповідні нормативні акти або запропонувати новий.

Звернімо увагу й на те, що, прирівнявши інтернет-ЗМІ до організацій мовлення, їм належатимуть лише ті майнові суміжні права, які закріплені в Законі України «Про авторське право і суміжні права» (ч. 1 ст. 41): виключне право на використання своїх програм будь-яким способом і виключне право дозволяти чи забороняти іншим особам: а) публічне сповіщення своїх програм шляхом трансляції й ретрансляції; б) фіксацію своїх програм на матеріальному носії та їх відтворення; в) публічне виконання й публічну демонстрацію своїх програм у місцях із платним входом.

У випадку ж, коли необхідно отримати право на трансляцію або ретрансляцію програм і передач інших організацій, можна укласти договори з такими організаціями. Укладення таких договорів цілком входить до компетенції такого суб'єкта, як *власник телерадіоорганізації*. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», власник телерадіоорганізації – фізична або юридична особа, яка набула права власності на телерадіоорганізацію або на частку її статутного капіталу шляхом заснування чи в інший передбачений законодавством спосіб. Власник телерадіоорганізації не має права втручатися у творчу діяльність телерадіоорганізації в інший спосіб, ніж через внесення змін до редакційного статуту телерадіоорганізації (ч. 3 ст. 57 зазначеного закону), який у свою чергу містить вимоги до створення та поширення інформації (ч. 1 ст. 57 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»).

Отже, як постає з визначення, власник не може виконувати жодних творчих функцій або втручатися до процесу створення інформаційного продукту конкретного ЗМІ. Він не отримуватиме прав на такий продукт, адже права на цей продукт належатимуть телерадіоорганізації. Таким чином, власник інтернет-ЗМІ не може вважатися ідентичним власникові телерадіоорганізації.

Водночас власник телерадіоорганізації має спільні риси із засновником друкованого засобу масової інформації, тому що відповідно до ст. 21 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» підготовку та випуск у світ друкованого засобу масової інформації за дорученням засновника (співзасновників) здійснює редакція або інша установа, що виконує її функції (наявність редакційної ради є обов'язковою умовою діяльності телерадіоорганізації, на відміну від інтернет-ЗМІ). Крім того, засновником видання також може бути як фізична, так і юридична особа.

Отже, власник телерадіоорганізації та засновник друкованого засобу масової інформації мають спільні риси, але поняття власника інтернет-ЗМІ не тотожне поняттям «власник телерадіоорганізації» або «засновник друкованого засобу масової інформації», оскільки вони засновують власні засоби масової інформації, які за своїм характером не є тотожними з інтернет-ЗМІ. Проте телерадіоорганізація або друкований засіб масової інформації можуть заснувати (створити) власне мережне ЗМІ та вважатимуться його власниками.

Водночас законодавцем закріплено правовий статус ще однієї особи, яка здійснює підготовку й випуск видання. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про видавничу справу» такою особою є *видавець*. У цій статті видавця визначено як фізичну чи юридичну особу, яка здійснює підготовку й випуск видання.

Відповідно до ст. 20 вказаного закону права та обов'язки видавця у відносинах з автором (співавторами) твору в галузі науки, літератури й мистецтва, їхніми спадкоємцями чи з особою, якій автори чи їхні спадкоємці передали авторські майнові права, чи з особами, яким належать права на інші об'єкти права інтелектуальної власності, визначаються законодавством України з питань інтелектуальної власності.

З урахуванням специфіки видавничої діяльності видавець має право, зокрема:

– видавати як обнародувані, так і необнародувані твори науки, літератури й мистецтва незалежно від їхнього призначення, жанру, обсягу, а також способу від-

творення, виражені в письмовій чи будь-якій іншій формі, набувати невиключних або виключних майнових прав на них;

– приймати від юридичних і фізичних осіб замовлення на підготовку й випуск у світ видань, надавати їм редакційно-видавничі та інші послуги відповідно до профілю своєї діяльності.

Стаття 28 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» передбачає, що видавцем друкованого засобу масової інформації може бути суб'єкт підприємницької діяльності, який здійснює функції матеріально-технічного забезпечення видання друкованого засобу масової інформації, на підставі пред'явлення засновником (співзасновниками) свідоцтва про його державну реєстрацію й укладеного між ними договору, саме через функції матеріально-технічного забезпечення видавець друкованого ЗМІ не набуває авторських та суміжних прав. Відповідальність за порушення авторських та суміжних прав нестимуть засновник та редакція журналу.

Таким чином, законодавець по-різному визначив правовий статус видавця: у широкому розумінні – у Законі України «Про видавничу справу», у вузькому – у Законі України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні». Однак ефективність законодавства залежить насамперед від термінологічної узгодженості та універсальності понять, що використовуються. Якщо порівняти поняття «видавець» в широкому розумінні з поняттям «засновник друкованого засобу масової інформації», то можна дійти висновку, що засновник (власник) друкованого засобу масової інформації, визначений у Законі України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», більше відповідає поняттю видавця із Закону України «Про видавничу справу».

Характер діяльності видавця в інтернет-ЗМІ дещо відрізняється від видавця в розумінні вказаного закону про друковані засоби масової інформації: видавцю інтернет-ЗМІ не потрібно кожного разу слідкувати за якістю друку, правильністю макетування тощо.

Правовий статус видавця закріплено також у ст. 19 «Авторське право на збірники та інші складені твори» Закону України «Про авторське право і суміжні права». У ч. 2 зазначеної статті сказано, що видавцям енциклопедій, енциклопедичних словників, періодичних збірників, збірників наукових праць, газет, журналів та інших періодичних видань належать виключні права на використання таких видань у цілому. Видавець має право за будь-якого використання таких видань зазначати в них своє ім'я або вимагати такого зазначення.

Відповідно до ч. 1 ст. 19 Закону України «Про авторське право і суміжні права» авторові збірника та інших складених творів[5] (упорядникові) належить авторське право на здійснення ним підбору й розташування творів та (або) інших даних, що є результатом творчої праці (упорядкування). Упорядник збірника користується авторським правом за умови дотримання ним прав авторів кожного з творів, включених до складеного твору. Автори творів, включених до складеного твору, мають

[5] Деякі дослідники відносять сайт до складених творів через те, що він складається з низки творів, які можна використати окремо один від одного.

право використовувати свої твори незалежно від складеного твору, якщо інше не передбачено авторським договором з упорядником збірника.

Проте спірним є питання щодо того, чи можна при цьому видавця вважати упорядником. Для відповіді на це запитання проаналізуємо характерні риси діяльності упорядника (укладача).

О.О. Штефан зазначає, що результат праці упорядників збірників полягає в тому, що вони організовують, обробляють, систематизують, оновлюють укладені твори [2, с. 154]. Творчий характер діяльності укладача найменш очевидний, оскільки майже завжди будь-який добір і будь-яке розміщення матеріалів можуть вважатися творчими через неможливість довести зворотне. Тому в більшості випадків необхідно визнати творчий характер діяльності автора укладеного твору [3, с. 135].

На тому, що видавець періодичних видань не є автором-упорядником, наголошує В.А. Хохлов: «Він не має авторського права на добір або розташування матеріалів, якими володіє відповідний упорядник (п. 2 ст. 1260 Цивільний кодекс Російської Федерації). У нього немає тих прав, які залишаються в автора. Тому правомірним є твердження, що улюблена формула багатьох газет та журналів «передрук допускається лише з дозволу редакції» немає законних підстав. Очевидно, у цьому випадку йдеться про використання окремих статей, оскільки, наприклад, передрук, що становить копіювання елементів власне газети (журналу), дійсно вимагає згоди редакції» [4, с. 100]. В.Є. Козиревв та К.Б. Леонтьєв додають, що ті положення, які відносяться до періодичних видань, не є повністю зрозумілими. З одного боку, на створення періодичних видань не поширюються положення щодо службових творів. Автори творів, що включені до періодичного видання, зберігають права на використання власних творів незалежно від видання в цілому. З іншого боку, у законі передбачені окремі положення, що відносяться до прав видавців періодичних видань, за якими визнається особливе, самостійне, виключне право на використання таких видань, а також право вимагати вказівки власного найменування за будь-якого використання таких видань [5, с. 120].

Водночас до обов'язків видавця не належить добір інформації. Крім того, відомо, що на сайтах мережних ЗМІ з дотриманням усіх прав власника інформації часто публікують новини, які є власністю інших суб'єктів інформаційних відносин. Відповідна особа в певному інтернет-ЗМІ займається добором таких повідомлень, проте не створює їх сама. Така діяльність подібна до упорядкування, а сама особа має статус, подібний до укладача.

Наповнювати інтернет-видання матеріалами можуть автор(и) або головний редактор та/або редактори рубрик. Головний редактор, відповідно до функціональних обов'язків, є особою, якій власник інтернет-ЗМІ доручив керування процесом наповнення ресурсу.

Також сайт може наповнюватися шляхом використання технічних можливостей спеціальних програм (наприклад, технології RSS, яка робить можливим перегляд новин будь-яких інтернет-ЗМІ в повному обсязі або за бажанням тільки їхню частину, посилання на статтю або інші дані). Проте в цьому випадку про жодні авторські або суміжні права йтися не може.

Таким чином, у засобах масової інформації можуть бути окремі особи, до функціональних обов'язків яких входить упорядкування. Саме тому правовий статус

видавця та упорядника (укладача) є різним. На нашу думку, упорядник вважатиметься власником ЗМІ лише за умови, якщо він є одноосібним автором сайту, тобто здійснює водночас як творчі, так і адміністративно-організаційні функції.

Отже, аналіз законодавчих актів та спеціальної літератури дає підстави сформулювали певні пропозиції щодо вдосконалення національного законодавства. На нашу думку, вбачається за необхідне розробка та прийняття спеціального закону, у якому потрібно закріпити правовий статус інтернет-ЗМІ та його власника. Необхідно також передбачити в законах, що регулюють діяльність засобів масової інформації, положення про те, що відповідні засоби масової інформації можуть розповсюджувати власний інформаційний продукт за допомогою мережних ЗМІ, а також виступати засновниками таких ЗМІ. Потребують перегляду та докладнішого викладу положення Закону України «Про авторське право і суміжні права» щодо регулювання діяльності видавців та упорядників.

Література

1. Інтернет-ЗМІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uk.wikipedia.org.
2. Право інтелектуальної власності. Академічний курс : [підруч. для студ. вищих навч. закладів] / [О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.] ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. – К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2007. – 696 с.
3. Право інтелектуальної власності. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / за заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. – К. : Парламентське вид-во, 2006. – 432 с.
4. Хохлов В. А. Авторское право: законодательство, теория, практика / В. А. Хохлов. – М. : Городец, 2008. – 288 с.
5. Козырев В. Е. Авторское право. Вводный курс : [учеб. пособие] / В. Е. Козырев, К. Б. Леонтьев. – М. : Университетская книга, 2007. – 256 с.

Анотація

Мацкевич О. О. **Порівняння інтернет-ЗМІ та інших суб'єктів, що діють у сфері масової інформації.** – Стаття.

Автором проведено аналіз інтернет-ЗМІ та інших суб'єктів, що здійснюють діяльність у сфері масової інформації: організацій мовлення, телерадіоорганізації, видавця, мовника. Приділено також увагу питанню щодо того, чи можна при цьому видавця вважати упорядником.

Ключові слова: інтернет-ЗМІ, телерадіоорганізація, мовник, видавець, упорядник, власник ЗМІ, масова інформація.

Аннотация

Мацкевич О. О. **Сравнение интернет-СМИ и других субъектов, действующих в сфере массовой информации.** – Статья.

Проведен анализ интернет-СМИ и других субъектов, осуществляющих деятельность в сфере массовой информации: вещательных организаций, телерадиоорганизации, издателя, вещателя. Уделено также внимание вопросу о том, можно ли при этом издателя считать составителем.

Ключевые слова: интернет-СМИ, телерадиоорганизация, вещатель, издатель, составитель, собственник СМИ, массовая информация.

Summary

Matskevych O. O. **Comparison of Internet media and other subjects operating in the sphere of mass media.** – Article.

The author provides the analysis of online media and other subjects operating in the sphere of mass media: broadcasting organizations, broadcasters, publishers. Attention is paid also to the question whether it is possible to consider a publisher as a compiler.

Key words: Internet media, broadcaster, publisher, compiler, media owner, mass media.

УДК 341.231.14 (575.113+612.646+616-089.843)

Р. М. Хажинський

МІЖНАРОДНЕ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СОМАТИЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

Актуальність теми. Історія розвитку концепції прав людини переконливо доводить, що поява кожного нового покоління прав людини обумовлена докорінними змінами в суспільстві, зміною світоглядної парадигми. Одним з основних досягнень другої половини XX століття став розвиток науки, техніки та виробництва. Однак науково-технічний прогрес має позитивні та негативні сторони. З одного боку, розвиток науки та техніки сприяв поліпшенню якості життя, створенню нових робочих місць, проте з іншого – досягнення медицини, генетики, біології, біоінженерії, хімії модифікували суспільство. З'явилася реальна можливість не тільки змінити багато звичних речей, покращити світ навколо, але й змінити самого себе. Людина отримала можливість припиняти своє життя або життя рідних людей (евтаназія, аборт). У найближчому майбутньому наука надасть можливість клонувати людину; поява двох генетично ідентичних, але душевно різних людей зумовить низку проблем, зокрема юридичних.

Метою статті є розкриття особливостей міжнародного регулювання забезпечення соматичних прав людини.

Стан дослідження проблеми. Проблематика дослідження не стала до нашого часу предметом окремого розгляду як українських, так і закордонних науковців. Водночас слід назвати праці А.Х. Абашидзе, М.О. Лаврик, М.Г. Матузова, А.М. Солнцева, В.Д. Сорокіна, О.Е. Старовойтової та ін.

Вивчення генома людини стало причиною того, що деякі вчені почали заявляти про знаходження «гена злочинності», наявність якого призводить до генетичної дискримінації, хоча людина з подібним геном може прожити все життя й не вчинити жодного злочину. Розподіл людських генів на «погані» та «добрі» є приводом до виведення «ідеальних людей». Перераховані приклади лише крапля в морі, порівняно з майбутньою невідомістю [1].

Забезпеченням міжнародного регулювання соматичних прав займаються переважно такі впливові міжнародні організації, як Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН), Організація ООН з питань освіти, науки та культури (далі – ЮНЕСКО), Рада Європи та Європейський Союз (далі – ЄС). Ці впливові міжнародні організації насамперед регулюють соматичні права людини, які М.А. Лаврик у своїй класифікації назвав «право людини щодо органів та тканин» [12].

Питання клонування людини в другій половині XX століття за умов розвитку біомедицини, біоінженерії цікавило вчених багатьох галузей знань. Клонування зазвичай визначається як виробництво кліток або організмів із тими ж нуклеарними геномами, що й в іншої клітки або організму [21]. У 1997 році весь світ дізнався про першу клоновану істоту – ссавця Доллі. Занепокоєння суспільства та наукової спільноти полягало не в самому факті клонування, а в тому, що вихідного тваринного (прототипу) на момент клонування вже не існувало. Експеримент вважається технологічним про-

© Р. М. Хажинський, 2013

гресом, порівнянним з розщепленням атома [17]. Контекст цього експерименту обумовив прийняття низки міжнародно-правових актів із метою регулювання процесів клонування та запобігання в майбутньому відтворенню ідентичних істот.

Європейські інститути були першими, хто почав на міжнародному рівні регулювати ці питання. Так, Рада Європи прийняла Додатковий протокол про заборону клонування людини 1998 року до Конвенції Ради Європи про права людини в біомедицині 1997 року (далі – Конвенція) [10]. Відповідно до переліку країн, які підписали та ратифікували цю Конвенцію, розміщеному на сайті Верховної Ради України (інформація станом на 12 травня 2003 року), Україна підписала її 22 березня 2002 року, але на той час не ратифікувала [15].

У преамбулі Додаткового протоколу про заборону клонування людини від 12 січня 1998 року зазначається, що інструментальний підхід до людської істоти у формі умисного створення генетично ідентичних істот являє собою зловживання біологією та медициною [5].

У ст. 1 цього додатку до Конвенції сформований принцип, спрямований на захист гідності та індивідуальності кожної людської істоти: «Забороняється будь-яке втручання з метою створення людської істоти, генетично ідентичної іншій людській істоті, живій або померлій». У ч. 2 ст. 1 зазначеного протоколу розкривається значення терміна «людська істота»: «Людська істота, генетично ідентична іншій людській істоті, означає людську істоту, яка має з іншою людською істотою тотожний набір генів ядра» [5].

Другий Додатковий протокол до цієї Конвенції про трансплантацію органів та тканин людини від 24 січня 2002 року Україна підписала 26 червня 2006 року, однак станом на 04 липня 2007 року його не ратифікувала (за інформацією, розміщеною на сайті Верховної Ради України) [16].

У цьому протоколі в ст. 2 надається визначення терміна «трансплантація»: «Термін «трансплантація» означає повний процес видалення органа або тканини в однієї особи й імплантацію цього органу або тканини іншій особі, включаючи всі процедури з підготовки, збереження й зберігання органу» [6]. Відповідно до ст. 13 за дотримання положень ст. ст. 14 і 15 цього Протоколу орган або тканина можуть бути видалені в живого донора тільки після того, як відповідна особа надасть вільну згоду на це в письмовій формі або офіційному органу. Відповідна особа може в будь-який момент відкликати згоду [6].

Третій Додатковий протокол до цієї Конвенції було прийнято 25 січня 2005 року. Відповідно до ч. 1 ст. 2 цей Протокол застосовується щодо повного спектру досліджень у галузі охорони здоров'я, що включають втручання в людський організм. Положення третього розділу сформульовані комітетом з етики, який перевіряє етичний бік майбутніх медичних досліджень у всіх галузях медичних знань. Розділ 6 надає перелік особливих ситуацій, за яких вважається можливим проведення медичних досліджень над людьми: дослідження в період вагітності або грудного вигодовування; дослідження на особах в екстрених клінічних ситуаціях; дослідження на особах, позбавлених волі [7].

Перераховані три ситуації є дискусійними, особливо в аспекті адекватного реагування на медичні дослідження людей у складних життєвих обставинах. Так,

під час вагітності та певний час після пологів жінка знаходиться в психосоматичному стані, який не дає їй змоги повною мірою усвідомлено приймати рішення, тим більше погоджуватися на медичні дослідження. Дослідження на особах, позбавлених волі, мають дуже тонку межу між добровільним погодженням на це та примушенням до таких дій із боку адміністрацій пенітенціарних установ. Не для кого не є таємницею те, що в більшості країн світу, навіть дуже демократичних, ці установи – «держава в державі». Широка громадськість та контролюючі органи починають активно цікавитися цими установами лише тоді, коли відбувається якийсь неприйнятний інцидент.

У зв'язку із цим необхідно дуже прискіпливо ставитися до медичних досліджень над в'язнями, тим паче до добровільності отримання згоди від них на такі дослідження. Складний вибір постає й перед родичами тяжко хворої людини, яким пропонують погодитися на медичний експеримент, який може допомогти, як на останню надію для спасіння близької людини. Для лікарів це переважно можливість продовжити медичне дослідження. Жодної гарантії ніхто не дає, але ймовірність допомоги існує, тому родичі погоджуються на такий шанс.

Отже, прийняття рішення про участь у біомедичних дослідженнях повинно бути обґрунтованим та усвідомленим, наскільки це можливо за складних життєвих обставин.

ООН також зайнялася правовим регулюванням такого суперечливого явища, як клонування. 11 листопада 1997 року орган ООН ЮНЕСКО прийняв Декларацію про геном людини та права людини, яку ООН погодила, прийнявши резолюцію № 53/152 від 9 грудня 1998 року. Стаття 11 розкриває сутність цієї декларації: «Не допускається практика, що протирічить людській гідності, така, як *практика клонування в цілях відтворення людської особи*» [2].

08 березня 2005 року Генеральна Асамблея ООН приймає Декларацію ООН про клонування людини резолюцією № 59/280 (далі – Декларація). У цій Декларації підкреслюється, що застосування досягнень біологічних наук повинно мати за мету полегшення страждань і зміцнення здоров'я особи й людства в цілому. Крім того, ООН закликала всіх країн-учасниць цієї організації «заборонити всі форми клонування людей такою мірою, у якій вони несумісні з людською гідністю й захистом людського життя» [4].

Щодо захисту жінок та їхніх ще не народжених дітей (ембріонів), то багато робить міжнародна спільнота лікарів, яка діє на випередження неправомірних дій своїх колег. Так, Гельсінська декларація Всесвітньої медичної асоціації «Етичні принципи медичних досліджень за участю людини як об'єкта дослідження» в п. 4 зазначає: «Женевська декларація ВМА (990_001) висуває лікарю таке зобов'язання: «Здоров'я мого пацієнта буде основним моїм клопотом», а Міжнародний кодекс медичної етики (990_002) проголошує: «Надаючи медичну допомогу, лікареві належить діяти виключно в інтересах пацієнта»[3].

Розглянемо «Положення про трансплантацію фетальних тканин», яке прийнято на 41-шій Всесвітній медичній асамблеї в Гонконзі в березні 1989 року. Використання для трансплантації фетальних тканин людини в більшості випадків засноване на великій кількості експериментальних даних, отриманих під час дослідів

на тваринах. Головним серед визначених етичних міркувань, пов'язаних із вказаною проблемою, є можливість впливу фетальної трансплантації на рішення жінки про необхідність аборту. На жінку, яка сумнівається щодо прийняття рішення про аборт, можуть вплинути аргументи про можливу користь, яку принесе їй згода на переривання вагітності. Ці міркування вимагають заборони: а) передачі фетальних тканин певним реципієнтам; б) продажі таких тканин; в) наполягання на згоді на використання тканин для трансплантації до того, як прийнято остаточне рішення щодо проведення аборту [14].

Слід зазначити, що на жінку, яка сумнівається щодо рішення про аборт, насамперед повинні вплинути лікарі, до яких звертається жінка з проханням провести таку операцію. Лікарі повинні керуватися етичними нормами та принципами, а вже потім науковою доцільністю від подібної трансплантації для подальших досліджень цієї проблематики.

У Хартії основних прав Європейського Союзу, яка прийнята в Ніцці в 2000 році, зазначені два важливі принципи соматичних прав людини. У п. 3 ч. 2 ст. 3 йдеться про заборону на перетворення людського тіла і його частин на джерело прибутку, а в п. 4 ч. 2 ст. 3 – заборону клонування як спосіб розмноження людських істот.

Однак у жодному міжнародному акті, який присвячено забороні клонування, не проведена чітка межа між репродуктивним та терапевтичним клонуванням та не надані визначення. Враховуючи вищевикладене, можемо запропонувати такі дефініції. *Репродуктивне клонування* – це повне відтворення людської істоти, тотожної ззовні з прототипом, шляхом взяття будь-якої соматичної клітини в людини для подальшого відтворення, яка на момент відтворення може бути померлою. *Терапевтичне клонування* – це відтворення органу чи групи органів із неушкоджених клітин людини, якій необхідне заміщення ураженого органу внаслідок певного захворювання, з подальшим трансплантуванням цього відтвореного органу цій же людині.

Пропонуємо розглянути в міжнародному аспекті право людини на вживання наркотичних препаратів як різновид соматичного права. На міжнародному рівні на початку XX сторіччя виникло занепокоєння значним збільшенням вживання наркотичних препаратів та жахливими наслідками цього явища для конкретної людини та людства в цілому. Першим кроком на шляху протидії наркоманії на міжнародному рівні стала Шанхайська опіумна комісія, засідання якої проходило в Шанхаї з 5 до 26 лютого 1909 року. Однієї з основних цілей цієї комісії була розробка заходів, які б ефективно протидіяли нелегальному ввозу наркотиків із країн Азії до США та Європи. Розглянувши різні пропозиції держав-учасниць комісії, сформувалися дві позиції. Одна з них належить делегації США, яка наполягала на швидкому або повільному припиненні куріння опіуму, інші – на регулюванні й поступовій забороні. Комісія в цілому підтримала останню точку зору [18].

У подальшому було прийнято Міжнародну конвенції з опіуму 1912 року [13], Першу Женевську конвенцію про заборону виробництва, внутрішньої торгівлі та використання очищеного опіуму [19], Другу Женевську конвенцію 1925 року, Міжнародну конвенцію з опіуму 1925 року [20].

З 1921 року міжнародний контроль за наркотиками здійснювався в межах Ліги Націй. У 1925 році було прийнято Женевську угоду про заборону виробництва,

внутрішньої торгівлі й використання очищеного опіуму й Міжнародну конвенцію з опіуму, у 1931 році – Міжнародну конвенцію з обмеження виробництва й регулювання розподілу наркотиків та Бангкокську угоду. У 1936 році у Женеві було укладено Міжнародну конвенцію про заборону незаконної торгівлі наркотичними речовинами.

У 1946 році ООН прийняла резолюцію, якою затвердила комісію з наркотичних засобів. У 1961 році цією комісією був вироблений міжнародний багатосторонній договір про наркотичні засоби, а саме Єдина конвенція про наркотичні засоби [8]. Як завершальну стадію створення системи міжнародного контролю за виробництвом і розповсюдженням наркотичних речовин можна відзначити підписання в 1971 році в Нью-Йорку Конвенції про психотропні речовини [11].

У грудні 1988 року було прийнято Конвенцію Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин [9].

Висновки. Метою прийняття цих міжнародних актів є врегулювання зазначених соматичних прав на благо людства та окреслення меж, які не можна порушувати. Медичні дослідження повинні бути направлені на збереження та відновлення нормального людського життя з беззаперечним дотриманням принципу гуманізму. Створення інших біологічних істот, подібних фізіологічно до людей, є неприпустимим, адже це призведе до виникнення певних соціальних та юридичних проблем.

Міжнародне регулювання обігу наркотичних засобів залишається актуальним. Обіг наркотичних речовин та їхніх складових переважно пов'язаний із транснаціональною злочинністю, яка контролює цей процес. Кожна країна окремо не в змозі регулювати розповсюдження та вживання наркотичних речовин різними прошарками населення. Реалізація соматичного права особистості на вживання наркотиків у більшості країн пов'язана з порушенням заборон і, відповідно, накладенням юридичної відповідальності (адміністративної чи кримінальної). Можливість особистості скористатися певними соматичними правами стикається з міжнародною забороною, але це нормально, тому що вседозволеність – шлях до хаосу.

Література

1. Абашидзе А.Х. Новое поколение прав человека: соматические права человека / А.Х. Абашидзе, А.М. Солнцев // Московский журнал международного права. – 2009. – № 1(73). – С. 69–82.
2. Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_575/conv?test=XX7MfyrCSgkyxMfyrC.GFUkjHI4zws80msh8Ie6.
3. Етичні принципи медичних досліджень за участю людини у якості об'єкта дослідження: Гельсінська декларація Всесвітньої медичної асоціації [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/990_005/conv?test=XX7MfyrCSgkyxXnIZi.GFUkjHI4zws80msh8Ie6.
4. Декларация Организации Объединенных Наций о клонировании человека [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_d57/conv?test=XX7MfyrCSgkyxXnIZi.GFUkjHI4zws80msh8Ie6.
5. Дополнительный протокол к Конвенции о защите прав человека и достоинства человеческого существа в связи с использованием достижений биологии и медицины, касающийся запрещения клонирования человеческих существ (ETS № 168) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_526.
6. Дополнительный протокол к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_684.

7. Дополнительный протокол к Конвенции о правах человека и биомедицине в области биомедицинских исследований [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_686/conv.
8. Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 року (з доповненнями) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_177.
9. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_096.
10. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини : Конвенція про права людини та біомедицину [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_334/conv.
11. Конвенція про психотропні речовини // Офіційний вісник України. – 2005. – № 4. – Ст. 265.
12. Лаврик М. А. К теории соматических прав человека / М. А. Лаврик // Сибирский юридический вестник. – 2005. – № 3. – С. 24–25.
13. Міжнародна конвенція з опіуму 1912 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://leksika.com.ua/10800723/legal/konventsiya_pro_opium_1912.
14. Положение о трансплантации фетальных тканей [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/990_039/conv?test=XNLMf5x.qwJgxXnwZi.GFUkjHI4zws80msh8Ie6.
15. Список подписаний и ратификаций Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине (ETS № 164) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_529.
16. Список подписаний и ратификаций Дополнительного протокола к Конвенции по правам человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человеческого происхождения (ETS № 186) (по состоянию на 4 июня 2007 года) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_812.
17. Стаття про вівцю Доллі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ru.wikipedia.org/wiki/%C4%EE%EB%EB%E8_(%EE%E2%F6%E0).
18. Шанхайская опиумная комиссия. История возникновения системы международного контроля над наркотиками [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ufo.fskn.gov.ru/?articleID=100.
19. Agreement concerning the Manufacture of Internal Trade in and Use of Prepared Opium (done 11 February 1925; in force 28 July 1926) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://en.wikipedia.org/wiki/Agreement_concerning_the_Manufacture_of,_Internal_Trade_in_and_Use_of_Prepared_Opium.
20. International Opium Convention (done 19 February 1925; in force 25 September 1928) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-6-a&chapter=6&lang=en.
21. House of Commons Library Research Paper 01/104 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.parliament.uk.

Анотація

Хажинський Р. М. **Міжнародне правове регулювання забезпечення соматичних прав людини.** – Стаття.

У статті висвітлено особливості міжнародного забезпечення соматичних прав людини. Проаналізовано міжнародне правове регулювання в контексті реалізації різних соматичних прав. Надано визначення репродуктивному та терапевтичному клонуванню.

Ключові слова: права людини, міжнародне забезпечення, соматичні права, фетальні тканини, трансплантація, наркотичні засоби.

Аннотация

Хажинский Р. М. **Международно-правовое регулирование обеспечения соматических прав человека.** – Статья.

В статье рассматривается особенности международно-правового обеспечения соматических прав человека. Проанализировано международно-правовое регулирование в контексте реализации различных соматических прав человека. Даны определения репродуктивному и терапевтическому клонированию.

Ключевые слова: права человека, международное обеспечение, соматические права, фетальные ткани, трансплантация, наркотические средства.

Summary

Hazhinskiy R. M. **International legal adjusting of providing somatic human rights.** – Article.

In the article examined to the feature international legal providing of somatic human rights. The international legal adjusting analyzed in the context of realization of different somatic human rights. Determinations have given to the reproductive and therapeutic cloning.

Key words: human rights, international legal providing, transplantation, somatic rights, fetal fabrics, narcotic facilities.

УДК 347.82 (470-477).001.36

М. В. Юрченко

ПОВІТРЯНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ЯК ПРАВОВА ОСНОВА ДІЯЛЬНОСТІ АВІАЦІЙНОЇ ГАЛУЗІ

Постановка проблеми. В останні роки в процесі бурхливого розвитку законодавства в Україні використовуються різні види законодавчих актів. Чільне місце серед них займає кодекс як акт, що забезпечує однакове та системне правове регулювання. Значимість кодексу в системі законодавства визначається головним чином його змістом і функціональними властивостями. Індивідуалізація цього акта проводиться за найбільш суттєвою ознакою: кодекс повно й всебічно, докладно й безпосередньо регулює певну галузь суспільних відносин. Він має широку сферу застосування в межах галузі права, оскільки об'єднує норми всіх її основних інститутів. Повітряний кодекс України як основне авіаційне законодавство держави встановлює правові основи діяльності в галузі авіації, визначає державне регулювання цієї діяльності та використання повітряного простору України як спрямоване на гарантування безпеки авіації забезпечення інтересів держави, національної безпеки та потреб суспільства й економіки в повітряних перевезеннях та авіаційних роботах. Тому, власне, питання чіткого нормативного врегулювання діяльності цивільної авіації є необхідним, а теоретичний аналіз цих питань – актуальним.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В основу написання статті покладено аналіз нормативно-правових актів, що регулюють діяльність цивільної авіації, зокрема Повітряного кодексу СРСР 1932 р., Повітряного кодексу СРСР 1935 р., Повітряного кодексу СРСР 1961 р., Повітряного кодексу СРСР 1983 р., Повітряного кодексу України 1993 р., Повітряного кодексу України 2011 р. та Чиказької конвенції про міжнародну авіацію 1944 р. Проблеми вдосконалення вітчизняного законодавства в галузі авіації та приведення його у відповідність до міжнародних норм та стандартів є актуальними. Окремі їх аспекти є предметом дослідження українських і зарубіжних науковців. Так, проблемі вдосконалення транспортного законодавства, необхідності внесення змін у Повітряний кодекс України 1993 р. присвятили свої наукові праці О.В. Клепікова, Р.Т. Баран та Л.М. Баран. Особливості правового регулювання діяльності авіаційного транспорту аналізують у своїх дослідженнях В.К. Колпаков, В.М. Малишко, Г.М. Грабовська. Водночас слід зазначити, що робіт узагальненого характеру, які б дали комплексний порівняльний аналіз повітряних кодексів різних років, особливо нового Повітряного кодексу

© М. В. Юрченко, 2013

України 2011 р., показали їхнє значення для розвитку вітчизняної авіації, немає. Це додатково підкреслює актуальність обраної теми та необхідність її теоретичної розробки.

Мета дослідження – показати значення кодексів у системі законодавства, провести порівняльний аналіз повітряних кодексів СРСР та України різних років, охарактеризувати основні положення нового Повітряного кодексу України 2011 р., показати його позитивні риси та недоліки, звернути увагу на можливі шляхи вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Кодекс (лат. codex – книга) – це сукупність законів у певній галузі права, різновид кодифікації. Кодекс відрізняється досить складною структурованою системою. Нормативні поняття, принципи та приписи окремих правових інститутів об'єднуються в параграфи, глави, розділи, підрозділи, статті. Основу для регулювання окремих інститутів можуть створювати норми, об'єднані під назвою «загальні положення», або «основні положення», які зазвичай є початковими статтями всього кодексу або його частин, розділів.

У практиці радянського законодавства форму кодексу мали як акти СРСР, так і акти союзних республік. Загальносоюзні кодекси (зокрема, Повітряний кодекс СРСР) мали характер міжгалузевого законодавчого акта. Вони видавалися з предметів виключної компетенції СРСР. Кодекси союзних республік приймалися для доповнення інших актів Основ законодавства Союзу РСР та союзних республік. Основи містили найбільш суттєві, основоположні правила відповідної галузі законодавства.

Кодекси як нормативні акти мають деякі особливі риси. Так, професор Ю.А. Тихомиров з особливостей, притаманних цьому правовому акту, виділяє дві його властивості, що мають найважливіше значення для забезпечення однорідності галузей законодавства. Кодекс виступає, по-перше, свого роду узагальненою нормативно базою для законів та інших актів у відповідній галузі права. Не можна допускати відступів від його положень, замінювати або «дробити» їх. По-друге, кодекс має бути юридичним пріоритетом під час регулювання суспільних відносин за допомогою норм інших галузей. Здійснюючи їх кореляцію, він сприяє зміцненню внутрішньосистемних зв'язків у вітчизняному законодавстві [1, с. 14].

Важливе місце в системі законодавства належить повітряним кодексам. Повітряний кодекс як правовий акт, як різновид закону є традиційним для вітчизняного законодавства. Історія видання кодексів у нашій країні нараховує більше сімдесяти років. У СРСР повітряні кодекси приймалися в 1932 р., 1935 р., 1961 р. і 1983 р. Введення в дію кожного нового кодексу було обумовлено науково-технічним прогресом у галузі створення нової авіаційної, космічної, ракетної, артилерійської й іншої техніки, а також потребою регламентувати заходи щодо забезпечення безпеки повітряних пересувань. Постійно зростаюча інтенсивність польотів повітряних суден та інших літальних апаратів вимагала вдосконалення та уніфікації правил використання повітряного простору, обов'язкових для всіх його користувачів, і прийняття нових законодавчих рішень.

Істотним недоліком радянських повітряних кодексів, прийнятих у 1932 р., 1935 р. і 1961 р., було поширення їхньої дії тільки на цивільну авіацію. Діяльність дер-

жавної авіації та авіації, використовуваної для проведення дослідно-конструкторських, експериментальних робіт і випробувань авіаційної техніки, а також іншої діяльності в повітряному просторі (стрільба, пуски ракет тощо), не регламентувалася законами СРСР. Це часто призводило до інцидентів як у повітряному просторі, так і під час обслуговування повітряних суден різних відомств на аеродромах.

З метою виправлення цієї негативної ситуації 11 травня 1983 р. був прийнятий новий Повітряний кодекс СРСР, дія сорока однієї статті якого поширювалася на всю авіацію Радянського Союзу [2]. Новацією було також відображення в ньому положень Чиказької конвенції 1944 р. [3] у зв'язку з приєднанням СРСР до цієї конвенції в 1970 р.

У 1944 р. в Чикаго була укладена Конвенція про міжнародну цивільну авіацію й створена універсальна міжнародна міжурядова організація Міжнародної цивільної авіації (ІКАО). Мета й завдання цієї організації – регламентація міжнародних польотів цивільних повітряних суден у міжнародному й національному повітряному просторах із метою забезпечення їхньої ефективності та безпеки. Чиказька конвенція поклала початок формуванню нової галузі міжнародного права – міжнародного повітряного права – сукупності й системи норм, що регулюють діяльність міжнародної цивільної авіації. Приєднання СРСР до цієї організації мало суттєве значення для координації міжнародного співробітництва в справі практичного використання в глобальному масштабі повітряного простору, як міжнародного, так і національного, цивільною авіацією.

Оцінюючи Повітряний кодекс СРСР 1983 р., необхідно зазначити, що в ньому вперше було визначено поняття «авіаційний персонал» та встановлено адміністративну відповідальність за порушення правил безпеки польоту повітряних суден. При цьому слід також акцентувати на тому, що переважна більшість положень як цього кодексу, так і прийнятих на його основі підзаконних актів були розраховані на їх застосування в умовах жорсткої адміністративно-командної системи управління цивільною авіацією. Прийняття закону, що встановив загальний однаковий порядок використання повітряного простору СРСР, і не тільки для польотів всіх видів повітряних суден, але й для іншої діяльності в повітряному просторі, яка може становити загрозу безпеці польотів (пуски ракет, стрільби, вибухові роботи тощо), стало революційною подією того часу в галузі розвитку й удосконалення повітряного права.

Проте, характеризуючи в цілому повітряні кодекси СРСР, необхідно зазначити, що радянське законодавство було побудоване на тотальному втручанні держави в будь-яку діяльність, пов'язану з використанням повітряного простору цивільною авіацією. Основною рисою радянського повітряного законодавства була система заборон та обмежень, закріплених за державними авіаційними органами. Держава здійснювала тотальний контроль над усім, що відбувалося в повітряному просторі. Заборонялася будь-яка самостійність у використанні авіації цивільного призначення експлуатантами на свій розсуд. У радянському повітряному законодавстві домінувало положення про закритість і недоступність повітряного простору для діяльності потенційних користувачів. Економічний бік використання повітряного простору для перевізної діяльності на внутрішніх та міжнародних повітряних

маршрутах мав враховуватися радянськими законами й правилами з повітряного права. Витратний механізм був закладений в економіку радянського повітряного транспорту. Весь тягар утримання внутрішніх та міжнародних повітряних сполучень лежав на радянській державі. Очевидно, що за своєю суттю та змістом радянське повітряне законодавство не було пристосоване до регулювання ринкових відносин.

Процес становлення авіаційної галузі в сучасній Україні співпав із кризовими явищами перших років незалежності. Щоб досягти бажаного результату, треба було вдосконалити механізми державного регулювання авіаційної галузі та насамперед почати з удосконалення галузей нормативно-правової бази. Ефективність діяльності вітчизняного авіаційного транспорту значною мірою залежала від дієвості механізмів, які застосовує держава, регулюючи відносини в авіаційній галузі.

На думку українського вченого Г.М. Грабовської, «особливості саме інституційних передумов регулювання національного процесу авіаційної діяльності визначають роль держави як основного регулятора, здатного безпосередньо впливати на створення конкурентноздатного середовища на ринку авіаційних перевезень і на рівень безпеки в авіації» [4, с. 373].

За часів незалежності перший Повітряний кодекс України був прийнятий 4 травня 1993 р. [5]. Повітряний кодекс України 1993 р. відіграв значну роль на етапі розвитку української авіації. У цей період почався розвиток ринкових відносин у цивільній авіації. Була надана свобода ініціативі, створенню нових національних авіакомпаній різних форм власності. Завдяки цьому авіації України вдалося уникнути повного краху в умовах різкого падіння обсягів перевезень на внутрішньому ринку, обмеженого правового поля для здійснення міжнародних польотів. До того ж у вересні 1992 р. Україна стала членом Міжнародної організації цивільної авіації (International Civil Aviation Organization, ICAO). Це поклало на неї додаткові зобов'язання. Впродовж 18 років цей Повітряний кодекс України був основним нормативно-правовим документом авіаційної галузі. Проте з кожним роком у зв'язку з бурхливим розвитком авіації все гостріше відчувалась недосконаліть державного управління авіаційним комплексом, невідповідність високим міжнародним стандартам безпеки авіаційних перевезень, застарілість регулювання господарської діяльності. Усі ці фактори негативно позначалися на ефективності роботи авіаційного комплексу, що ускладнювало інтеграцію України в міжнародний авіаційний простір.

Повітряний кодекс України 1993 р. із самого початку зберігав інститути радянського повітряного права. Його можна вважати документом перехідного періоду, який став регулятором відносин в авіаційній галузі тільки на початковому етапі переходу від радянської системи господарювання до системи ринкових відносин у галузі. Повітряний кодекс України 1993 р. фактично не містив у собі ринкові елементи. У таких умовах досягти високого рівня ефективності регулювання діяльності авіаційного транспорту тільки шляхом застосування підзаконних нормативно-правових актів було досить проблематично.

З огляду на перспективи участі України в Європейському спільному авіаційному просторі та її бажання розширити можливості для українських громадян та

компаній літати без обмежень винятково важливо було забезпечити нові правила діяльності авіації. Україна вже була на той час членом таких впливових міжнародних організацій, як згадана Міжнародна організація цивільної авіації (ICAO), Європейська конференція цивільної авіації (ECAC), Європейська організація з безпеки аеронавігації (EUROCONTROL), та була кандидатом у члени Об'єднаних Авіаційних Властей (JAA), частину повноважень яких було передано Європейській агенції з безпеки авіації (EASA). І вона вже не могла не враховувати регуляторні вимоги цих організацій. Окрім цього, чинне законодавство не дозволяло гарантувати ефективне функціонування сектору, у якому б діяв незалежний регулятор, а також могли вільно співіснувати оператори різних організаційно-правових форм, а безпека забезпечувалася на високому рівні як в небі, так і на землі в аеропортах.

Необхідність прийняття нового повітряного кодексу була очевидною. Він повинен був враховувати такі питання: а) впорядкування регулюючих та наглядових функцій у сфері авіації та системи організації державного управління; б) розв'язання питань фінансування загальнодержавних витрат на забезпечення діяльності цивільної авіації; в) реалізація державної політики у сфері ліцензування, здійснення державного регулювання діяльності підприємств цивільної авіації всіх форм власності, пов'язаної з наданням послуг із перевезення пасажирів, вантажів повітряним транспортом, згідно з єдиними нормами й правилами; г) адаптація законодавства України до acquis communautaire Європейського Союзу (далі – ЄС). Останній пункт означав надання Державній авіаційній службі України широких повноважень для виконання діяльності з нагляду за безпекою й реальної можливості їх реалізовувати, а також утворення незалежного органу з розслідування авіаційних подій. До того ж Україна повинна була гармонізувати своє законодавство з базовими acquis communautaire, що містили такі блоки: спільні європейські правила цивільної авіації (процедури, ліцензії у сфері цивільної авіації); управління рухом (ліцензії авіадиспетчерів, спільні заходи щодо розвитку системи нового покоління управління європейським повітряним рухом (SESAR), нормативна база для створення єдиного європейського неба); безпека повітряних польотів; стандарти техніки безпеки та експлуатації (повідомлення про інциденти в цивільній авіації); авіаційна техніка безпеки (повітряні судна третіх країн, які використовують аеропорти ЄС, аварії та інциденти в цивільній авіації, інформування пасажирів про особливості перевізника й чорний список компаній високого ризику); екологічні вимоги (шумовий вплив повітряних суден і викидів CO2).

У результаті значної колективної роботи науковців, працівників авіаційного сектору, державних органів влади була підготовлена нова редакція Повітряного кодексу України. Після громадського обговорення його основних положень 19 травня 2011 р. Верховна Рада України прийняла новий Повітряний кодекс України, який набрав чинності 17 вересня 2011 р.

Прийняття нового Повітряного кодексу України було одним із пріоритетів співробітництва у сфері транспорту на 2010 р., визначених у Порядку денному асоціації (ПДА) між Україною та ЄС, та однією з передумов підписання Угоди про спільний авіаційний простір. Крім того, Україна повинна була враховувати міжнародні регуляторні вимоги в цій сфері.

До переваг нового Повітряного кодексу України можна віднести такі:

1) розподіл авіації на державну й цивільну;

2) упорядкування регулюючих та наглядових функцій у сфері авіації та системи організації державного управління. Повітряним кодексом України визначено вповноважений орган із питань цивільної авіації, який реалізує державну політику й стратегію розвитку авіації України, здійснює державне регулювання діяльності в галузі цивільної авіації;

3) вирішення питань фінансування загальнодержавних витрат на забезпечення діяльності цивільної авіації;

4) реалізація державної політики у сфері ліцензування, здійснення державного регулювання діяльності підприємств цивільної авіації всіх форм власності, пов'язаної з наданням послуг із перевезення пасажирів, вантажів повітряним транспортом, згідно з єдиними нормами й правилами;

5) захист прав споживачів послуг із повітряних перевезень. Уперше чітко прописані обов'язки авіакомпанії перед пасажирами;

6) забезпечення безпеки авіації (польотів, техніки експлуатації). Наприклад, встановлено вікові обмеження для пілотів комерційної авіації та обмеження щодо будівництва на приаеродромній території;

7) модернізація засад функціонування аеропортів та аеродромів. Документом визначено аеродроми (вертодроми) та їхню державну реєстрацію, сертифікацію аеродрому, маркування аеродромів, злітно-посадкових майданчиків, приаеродромну територію, будівництво на приаеродромній території, землі аеропортів (аеродромів), наземне обслуговування в аеропортах і на аеродромах, а також повноваження місцевих органів виконавчої влади щодо забезпечення діяльності аеропортів та забезпечення громадського порядку в аеропортах;

8) відповідальність за порушення законодавства в галузі цивільної авіації, зокрема фінансові санкції, що застосовуються до юридичних осіб-суб'єктів авіаційної діяльності. Встановлено розміри штрафів за різні порушення;

9) захист навколишнього середовища. Суб'єкти авіаційної діяльності зобов'язані під час експлуатації літаків на землі та в повітрі дотримуватися встановлених нормативів вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах і впливу фізичних факторів та вживати заходи для зменшення обсягів викидів цих речовин і рівня шуму, електромагнітного та радіаційного випромінювання;

10) адаптація законодавства України до acquis communautaire ЄС. Надання уповноваженому органу в галузі цивільної авіації (Державній авіаційній службі України) більшої незалежності від Міністерства інфраструктури України, утворення Національної комісії з розслідування авіаційних подій [6]. Нова редакція Повітряного кодексу України повинна була дозволити лібералізувати польоти українських авіакомпаній до США, оскільки вони можуть бути віднесені до першої групи компаній Федерального авіаційного агентства.

Проте новий Повітряний кодекс України мав і низку недоліків. Так, на думку фахівців, у кодексі не визначено порядок роботи та пільги для «малої авіації». Попри те, що прийняті зміни спрямовані на врегулювання та захист прав пасажирів, кодекс враховує не всі ситуації, у яких може опинитися пасажир. Наприклад, не

прописана компенсація, якщо пасажир постраждав під час польоту, немає конкретних штрафів у випадку пошкодження багажу. Також новий Повітряний кодекс України переобтяжений посиланнями на норми інших законодавчих та нормативно-правових актів, що суттєво ускладнює його реалізацію. Певною мірою деякі вказані недоліки були виправлені новим підзаконним актом «Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу» від 30 листопада 2012 р. [7].

Слід також звернути увагу на загальні підходи до розуміння процесів гармонізації національного авіаційного законодавства до законодавства Європейського Союзу, а також щодо питань застосування стандартів та рекомендованої практики Міжнародної організації цивільної авіації (ІСАО). Під час створення національної нормативно-правової бази авіаційної галузі необхідно приділяти увагу питанню співвідношення права й економіки, оскільки економіка впливає на право безпосередньо та опосередковано: через державу, політику, правосвідомість та інше. Необхідність регулювання економічних відносин в авіаційній галузі породжується економічними потребами. Право виступає як закріплювач сформованих реальних відносин в економіці, забезпечує їхню стабільність, фіксує їх, а також відповідає матеріальним умовам життя у визначених межах.

Висновки. Отже, усі повітряні кодекси склали законодавчу основу для розвитку авіації. Кожен із них відповідав певним історичним умовам та реаліям. Новий Повітряний кодекс України 2011 р. спрямований на приведення чинного законодавства у відповідність до норм міжнародного повітряного права, його оновлення значно полегшить «відкриття» неба ЄС, США та інших країн для пасажирів, авіаперевізників та літакобудування України. У нову редакцію Повітряного кодексу України імплементовано окремі норми міжнародного, зокрема європейського, авіаційного законодавства, а також закладено основи для їх подальшої реалізації шляхом видання відповідних підзаконних актів різного рівня. Разом із приведенням у відповідність чинних нормативно-правових актів це дозволить створити чітку й прозору правову структуру, яка має забезпечити сталий розвиток цивільної авіації України.

Література

1. Тихомиров Ю.А. Кодекс в системе законодательных и иных правовых актов / Ю.А Тихомиров, Е.А. Юртаева // Журнал российского права. – 1997. – № 4. – С. 14–19.
2. Воздушный кодекс Союза ССР : Утвержден Указом Президиума ВС СССР от 11 мая 1983 г. № 9275-X [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=2434.
3. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію від 7 грудня 1944 р. (DocICAO 7300) // Офіційний вісник України. – 2004. – № 40. – Ст. 2667.
4. Грабовська Г.М. Особливості правового регулювання діяльності авіаційного транспорту / Г.М. Грабовська // Транспортне право в XXI столітті : матеріали III Міжнародної наукової конференції (м. Київ, 21 лютого 2013 р.) / Національний авіаційний університет. – К. : Комп'ютерпрес, 2013. – С. 373–375.
5. Повітряний кодекс України : Закон України від 4 травня 1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
6. Повітряний кодекс України : Закон України від 19 травня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 29. – Ст. 123.
7. Про затвердження Правил повітряних перевезень пасажирів і багажу : Наказ Міністерства інфраструктури України № 735 від 30 листопада 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2013. – № 4. – С. 303. – Ст. 136.

Анотація

Юрченко М. В. **Повітряний кодекс України як правова основа діяльності авіаційної галузі.** – Стаття.

У статті показано значення Повітряного кодексу України як правової основи діяльності авіаційної галузі, зроблено порівняльний аналіз Повітряного кодексу СРСР та Повітряного кодексу України попередніх років, охарактеризовано основні положення нового Повітряного кодексу України 2011 р.

Ключові слова: Повітряний кодекс України, державна авіація, цивільна авіація, повітряний простір України, літальні апарати, «відкрите небо».

Аннотация

Юрченко М. В. **Воздушный кодекс Украины как правовая основа деятельности авиационной отрасли.** – Статья.

В статье показано значение Воздушного кодекса Украины как правовой основы деятельности авиационной отрасли, сделан сравнительный анализ Воздушного кодекса СССР и Воздушного кодекса Украины предыдущих лет, охарактеризованы основные положения нового Воздушного кодекса Украины 2011 г.

Ключевые слова: Воздушный кодекс Украины, государственная авиация, гражданская авиация, воздушное пространство Украины, летательные аппараты, «открытое небо».

Summary

Yurchenko M. V. **Air Code of Ukraine as the legal basis of the aviation industry.** – Article.

The article shows the importance of the Air Code of Ukraine as a legal framework for the aviation industry, the comparative analysis of the Air Code of the USSR and the Air Code of Ukraine previous years, describes the main provisions of the new Air Code of Ukraine in 2011.

Key words: Air Code of Ukraine, State aircraft, civil aviation, airspace Ukraine, aircraft, “open skies”.

УДК 349.6

І. В. Гиренко

ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ВСЕЄВРОПЕЙСЬКОЇ СТРАТЕГІЇ ЗБЕРЕЖЕННЯ БІОЛОГІЧНОГО Й ЛАНДШАФТНОГО РІЗНОМАНІТТЯ 1995 Р. ТА ПРОБЛЕМИ ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЇ У СФЕРІ ОХОРОНИ РОСЛИННОГО СВІТУ УКРАЇНИ

Актуальність теми дослідження обумовлюється нагальною потребою в реалізації механізмів, закладених у Всеєвропейській стратегії збереження біологічного й ландшафтного різноманіття (далі – Стратегія) з метою вдосконалення правового регулювання у сфері збереження рослинного світу України. Причиною цього є те, що протягом останніх двадцяти років кількість рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів рослин зросла майже в п’ять разів. Рослинний світ масово втрачає свої природні ареали через забруднення довкілля, виснажливе використання, значне сільськогосподарське освоєння земель. Також характерною особливістю цього природного ресурсу є висока чутливість до наслідків змін клімату та інтенсивного антропогенного навантаження.

З огляду на це Стратегія видається одним із найбільш дієвих міжнародно-правових інструментів у боротьбі з деградацією та катастрофічним скороченням популяцій рослинного світу України. При цьому Стратегія має рекомендаційний характер, і кожна з країн, що її приймали, самостійно визначає пріоритети в цій сфері та встановлює механізми реалізації Стратегії в національному законодавстві. Ця обставина значно підвищує відповідальність за прийняття правильних

© І. В. Гиренко, 2013

і науково обґрунтованих рішень органами державної влади й місцевого самоврядування.

Аналіз публікацій засвідчив наявність порівняно невеликої кількості праць, присвячених цій темі. Серед них назвемо насамперед розвідки А.П. Гетьмана, Ю.С. Шемшученка, а також Н.Р. Малишевої, В.І. Олещенко, С.В. Кузнєцової щодо правових засад імплементації Конвенції про охорону біорізноманіття в національне законодавство. В екологічну науку значний внесок зроблено О.І. Фурдичком та В.В. Лавровим, які розглядали питання збереження біорізноманіття в контексті збалансованого розвитку лісової галузі. Окремо слід відмітити наукові розвідки О.І. Блінкової, присвячені питанням застосування заходів щодо зменшення загроз біорізноманіттю в Криму.

У цілому наявні матеріали дають лише загальне уявлення про міжнародно-правовий механізм використання Стратегії у сфері охорони рослинного світу та майже не охоплюють проблеми його реалізації на регіональному (місцевому) рівні. Також Стратегія досі не була предметом наукових пошуків учених-юристів і потребує подальшого дослідження.

Метою статті є вивчення проблеми відбиття в Стратегії питань охорони, раціонального використання та відтворення рослинного світу, а також пошук шляхів створення нових і вдосконалення існуючих національних правових інструментів у цій сфері.

Виклад матеріалів дослідження слід розпочати з визначення категорії «біорізноманіття», яке надається в Стратегії та є її ключовим поняттям. Цей термін означає різноманітність живих організмів з усіх джерел, зокрема наземних, морських та інших водних екосистем та екологічних комплексів, частиною яких вони є, в включає в себе різноманітність у межах виду, між видами й різноманіття екосистем. Таким чином, біологічне різноманіття являє собою стан і здатність існування багатоманітності різних видів живої природи. Щодо рослинного світу цей термін має особливе значення, позаяк лише в Україні нараховується 27 тис. видів флори й мікробіоти, 1,2 тис. видів лишайників, 5,1 тис. видів судинних рослин. При цьому на території України, за даними вчених та експертів, ще не описано багато видів рослинності й однієї третини грибів і водоростей.

Прийняття Стратегії в Софії в 1995 р. стало важливим кроком у реалізації Конвенції про охорону біорізноманіття (далі – Конвенція), підписаної 05.06.1992 р. на конференції ООН із питань навколишнього природного середовища та розвитку в Ріо-де-Жанейро. Україною Конвенцію було ратифіковано Законом України від 29.11.1994 р., вона набула чинності 07.02.1995 р. [2]. Попри те, що з моменту ратифікації Конвенції минуло майже 20 років, поняття біорізноманіття не знайшло повного свого відображення в законодавчих актах, пов'язаних з охороною навколишнього природного середовища. Так, цей термін зафіксовано в Лісовому кодексі України 2006 р. в ст. 85 «Збереження біорізноманіття в лісах», у Законі України «Про екологічну мережу» 2004 р. в ст. 3 «Терміни, що вживаються у цьому Законі», ст. 6 «Право власності на землю та інші природні ресурси об'єктів екомережі», ст. 13 «Наукове забезпечення формування, збереження та використання екомережі», ст. 17 «Порядок включення до переліків територій та об'єктів екомережі».

При цьому в двох основних законодавчих актах у галузі охорони рослинного світу – Законі України «Про рослинний світ» 1999 р. та Законі України «Про природно-заповідний фонд України» 1992 р. [4] – дефініція зазначеного поняття відсутня.

Текст Стратегії складається з преамбули, вступу, стратегічного плану дій на 1996–2000 рр., чотирьох глав і додатків.

До преамбули Стратегії включено виконавче резюме, стратегічну основу, стратегічні принципи, цілі й завдання, операційну основу, пріоритетні завдання. У виконавчому резюме вказується на відповідальність країн Європи за збереження біологічного різноманіття та необхідність передачі його прийдешнім поколінням. Наголошується, що Стратегія забезпечує базу з координації об'єднання зусиль різних країн, спрямовану на розробку нового законодавства, ліквідацію прогалин у сфері правового регулювання збереження біорізноманіття. Особливістю цієї частини документу є окреслення стратегічних напрямів та ідей, які формулюють підґрунтя для розробки Стратегії та визначають сутність її вимог, закріплених в основній частині. Такий підхід пов'язується з усвідомленням справжньої цінності біорізноманіття та необхідності його збереження в Європі не лише для нинішнього, а й для прийдешніх поколінь.

У підрозділі «Стратегічна основа» коротко викладається історія підготовки Стратегії та наводяться міжнародні угоди, на базі яких відбувалася її підготовка.

Практичний інтерес мають десять принципів біологічного різноманіття, на яких засновується стале використання природних ресурсів. У вирішенні проблем охорони рослинного світу необхідно використовувати такі принципи: екологічної компенсації шкоди, завданої цьому природному ресурсу; екологічної єдності рослинного світу; відновлення або відтворення природних ресурсів; покращення використання технологій; участі громадськості в процесах охорони й раціонального використання рослинного світу.

У підрозділі «Цілі Стратегії і завдання» наводяться вісім основних цілей, на досягнення яких спрямовано Стратегію. До сфери рослинного світу належать такі цілі: 1) відновлення ключових екосистем; 2) стійке управління; 3) використання позитивного потенціалу біорізноманіття; 4) підвищення можливостей біорізноманіття до відновлення.

Далі в преамбулі Стратегії викладаються «Пріоритетні завдання», до яких належить планування поетапної реалізації цього документа впродовж наступних 20 років. Перший етап охоплював 1996–2000 рр. та регламентувався в підрозділі «План дій щодо збереження біологічного та ландшафтного різноманіття на 1996–2000 рр.». У ньому представлено декілька напрямів діяльності органів державної влади й місцевого самоврядування щодо реалізації цього плану. Так, п. 8 передбачає застосування комплексу заходів щодо збереження природних лук, які характеризуються біологічною різноманітністю рослинного світу. Важливе значення має п. 11 Стратегії «Заходи щодо охорони видів, що перебувають під загрозою зникнення», у якому передбачається розробка планів дій щодо збереження всіх зазначених видів рослин. На країни, які підписали Стратегію, покладається обов'язок зі збереження колекції ботанічних садів та використання їх досвіду з відновлення рідкісних видів рослин. Згідно з п. 11.5 Стратегії міжнародне співтовариство підтримує країни

в реалізації програм з охорони окремих видів рослин, що перебувають під загрозою зникнення, і може виділяти необхідні для цього фінансові кошти.

Розділ 1 «Загальний огляд» складається з чотирьох частин: вступу, обґрунтування, стратегії, перспективних цілей у сфері збереження загальноєвропейського біологічного й ландшафтного різноманіття. У вступі вказується про загрозу природному середовищу з боку людського суспільства у вигляді скорочення місцезростань та ареалу розповсюдження рослин, зменшення кількості їх видів.

У підрозділі 1.2 «Обґрунтування» викладаються програмні цілі й загальні положення, пов'язані з реалізацією Стратегії. З точки зору охорони рослинного світу важливе значення має пункт про збалансоване використання природних ресурсів і розробку відповідних правових механізмів на різних рівнях державної й місцевої влади.

Загальні положення викладено в п. 1.3 «Стратегія», який вказує на необхідність врахування екологічних аспектів в усіх секторах економіки сільського господарства та в соціальній сфері. За образним висловом Ю.С. Шемшученка, повинна відбутися екологізація правових норм, що регламентують усі сфери суспільних відносин, у тому числі тих, які пов'язані з рослинним світом [6].

На відміну від п. 1.1, п. 1.4 містить виклад більш конкретних підходів щодо реалізації Стратегії, що зафіксовано в його назві «Перспективні цілі у сфері збереження загальноєвропейського біологічного ландшафтного різноманіття». У цьому пункті зазначається, що загальна перспективна мета стратегії полягає в тому, щоб досягти впродовж 20 років високого рівня біологічного різноманіття на всьому європейському континенті. Із цією метою передбачається здійснення стратегії відповідно до прийнятих п'ятирічних планів дій, у кожному з яких вирішуються найбільш актуальні й важливі завдання, у тому числі щодо охорони та раціонального використання рослинного світу.

Наступним підрозділом глави 1 є оцінка стану біологічного різноманіття Європи. Наголошується, що основним негативним показником є різке зменшення площі лісів, яке призводить до скорочення ареалів розповсюдження рослинного світу. Так, у Стратегії зазначається, що в давні часи ліси покривали від 80 до 90% суші Європи, а до 1995 р. їх площа зменшилася до 33%. Скорочення площ, зайнятих цим природним ресурсом, негативно позначилося на біорізноманітті, оскільки зникли значні площі біотопів, після чого під загрозою зменшення чисельності опинилися 40% ссавців, 45% птахів, стільки ж видів вищих рослин, 45% рептилій, 53% риб. У зв'язку із цим неабиякий інтерес мають дослідження українського академіка С.А. Генсірука, за розрахунками якого на початку першого тисячоліття ліси посідали майже 40% площі України, а сьогодні – лише 15%. При цьому в певні історичні періоди площа цього природного ресурсу скорочувалася до 7% [1, с. 27].

З точки зору розгляду етапів реалізації Стратегії важливе значення має глава 2 «Стратегія на 1996–2016 рр.», яка складається із семи підрозділів: мета стратегії, всеєвропейські цілі й завдання, пріоритетні завдання, стратегічні принципи, стратегічна та оперативна основа, учасники здійснення стратегії, структура планів дій.

У підрозділі 2.1 «Мета стратегії» вказується на необхідність використання політичних засобів, що включають прийняття на державному рівні відповідних програм, різного роду ініціатив, підготовку організаційних заходів, формування еко-

логічних фондів, підтримку наукових досліджень, а також збір інформації щодо біологічного різноманіття Європи. З огляду на це положення рекомендується проводити експлуатацію природних ресурсів з урахуванням соціально-економічних та екологічних чинників.

Зміст підрозділу 2.2 «Всеєвропейські цілі й завдання» фактично повторює зміст підрозділу 1.4 Стратегії; відмінність між ними полягає в необхідності створення єдиної загальноєвропейської екологічної мережі, яка сприятиме збереженню біорізноманіття. Відповідно до Стратегії до 2000 р. країни-підписанти зобов'язуються розробити національні програми й плани дій. Одним із кроків у реалізації цього положення в Україні стало прийняття Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми збереження біорізноманіття на 2005–2025 рр.» від 22.09.2004 р., яке на практиці виконується лише частково [5].

Подібно до попереднього розділу в главі 2 Стратегії наявний підрозділ 2.3 «Пріоритетні завдання». До таких належить впровадження концепції біорізноманіття на максимально можливій кількості географічних регіонів Європи, об'єктів, екосистем. Рекомендується використовувати цей принцип у таких галузях, як сільське господарство, регіональна політика, лісівництво, водогосподарська діяльність, міське планування. У Стратегії рекомендовано приділяти особливу увагу сільському господарству, оскільки значна площа земель відповідного призначення в усіх країнах Європи є розораною та використовується в агропромисловому комплексі. При цьому зменшилася родючість багатьох територій, через що їх використання в сільському господарстві стало неефективним. З огляду на це в Стратегії рекомендовано створення на таких землях лісів, лугів, рекреаційних зон та інших природних об'єктів. Для України цей пункт має особливе значення через наявність чималої кількості (53,8%) деградованих, еродованих і таких, що втратили сільськогосподарське призначення, земель. На сьогодні юридичний механізм виведення таких земель з обігу з подальшою передачею іншим відомствам із метою їх відновлення є вкрай складним і заплутаним. Важливу роль у вирішенні цього питання має відіграти Закон України «Про Державний земельний кадастр», що набрав чинності 01.01.2012 р. [3].

Стратегія передбачає використання раціональних методів ведення землеробства, скорочення використання неорганічних добрив і пестицидів. За різними оцінками на території України накопичено близько 35,5 тис. тонн різних видів таких речовин, які спричиняють негативний вплив на об'єкти рослинного світу.

У галузі туризму й організації дозвілля Стратегія рекомендує використовувати методики, засновані на екологічній стабільності використовуваних територій, за допомогою яких можна досягти балансу економічних, соціальних та екологічних інтересів.

Важливим елементом стратегії є міське й сільське планування, що дозволяє відновити та зберегти рослинний покрив на територіях населених пунктів і земель, що їх оточують. У галузі водогосподарської діяльності збереження біорізноманіття має важливе значення під час створення водозахисних насаджень навколо річок, їх витоків, місць забору води, водойм, озер, морів і лиманів.

Підрозділ 2.4 «Стратегічні принципи» містить аналіз 10 принципів, які дозволяють зберегти біорізноманіття на території країн Європи. Розгляд їх змісту дозволяє виділити ті з них, які пов'язані зі збереженням рослинного світу, а саме: принцип № 3, що полягає в максимальному скороченні несприятливого впливу антропогенної діяльності на біорізноманіття; принцип № 5 «Екологічна компенсація», що передбачає зменшення шкідливих наслідків антропогенної діяльності шляхом проведення компенсаційних та природоохоронних заходів; принцип № 7 «Поновлення та відтворення природних ресурсів», що полягає в проведенні моніторингу з метою виявлення видів рослин, які перебувають під загрозою зникнення; принцип № 10 вказує на необхідність участі громадськості в збереженні біорізноманіття та її доступу до відповідної інформації.

У підрозділі 2.5 «Стратегія й оперативна основа» викладається перелік десяти заходів, проведення яких рекомендується з метою реалізації Стратегії. З точки зору правового забезпечення охорони рослинного світу важливе значення мають обмін досвідом використання національних стратегій, підтримання біорізноманіття, внесення коректив до національної політики в галузі ринків і торгівлі різними видами рослин, використання фінансових коштів міжнародних фондів, «м'яка» податкова політика, спрямована на стимулювання раціонального використання природних ресурсів, підтримання програм, пов'язаних із регіональними, національними й культурними традиціями в галузі охорони рослинного світу.

У підрозділі 2.6 «Учасники здійснення стратегії» визначаються такі учасники, а саме: органи державної влади й місцевого самоврядування, міжнародні організації, навчальні, науково-дослідницькі установи, просвітницькі організації, музеї, зоопарки, ботанічні сади, громадські організації, об'єднання громадян, різні співтовариства. В Україні накопичено значний позитивний досвід участі ботанічних садів у збереженні біорізноманіття. Так, Ботанічний сад імені академіка О.В. Фоміна, Національний ботанічний сад імені М.М. Гришка НАН України, Донецький ботанічний сад НАН України, Ботанічні сади Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна, Львівського національного університету імені Івана Франка, Одеського національного університету імені І.І. Мечнікова зробили істотний внесок у просвітницьку екологічну діяльність. Кожною із цих установ розроблено програми з охорони рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, цінних рослин, видаються брошури, пам'ятки, інформаційні бюлетені.

У підрозділі 2.7 «Структура Плану дій» передбачено комплекс дій щодо координації планів і заходів, пов'язаних зі збереженням біорізноманіття. Стратегія рекомендує реалізацію двох підходів. По-перше, плани дій окремих країн повинні містити пункти, що забезпечують реалізацію спільних зусиль країн-підписантів щодо збереження біорізноманіття. Це пов'язується з тим, що найбільш значущі об'єкти рослинного світу (наприклад, високогірні альпійські луги, ліси передгірної частини Альп, Карпат, Балканських гір) охоплюють території багатьох країн. З огляду на це отримання об'єктивних результатів щодо правової охорони об'єктів рослинного світу можна досягти лише за одночасного докладання зусиль багатьох держав. По-друге, необхідно розкрити в національних планах дій основні заходи,

спрямовані на збереження біорізноманіття. У Стратегії рекомендовано під час підготовки національних планів дій і заходів встановлювати певну послідовність їх реалізації. На першому етапі передбачається прийняття нормативно-правових актів для вирішення нагальних питань. На другому етапі пропонується врахувати можливість збереження унікальних видів рослин та закріпити це у відповідних нормативних актах. Третій етап – це визначення комплексу конкретних заходів на певний період. Четвертий етап передбачає необхідність проведення організаційних заходів щодо збереження біорізноманіття в науково обґрунтованій послідовності з урахуванням існуючих загроз для рослинного світу.

До прийняття цієї Стратегії головна увага в розв'язанні проблеми збереження біорізноманіття зосереджувалася переважно на рівні національних законодавств. Розробка Стратегії стала важливим кроком в усвідомленні глобального характеру цієї проблеми. Загалом ідея співробітництва на міжнародному, регіональному та національному рівнях між країнами, міжурядовими організаціями, неурядовим сектором у справі збереження біорізноманіття й невиснажливого використання його компонентів є ключовою для Стратегії.

Висновки. Таким чином, Всеєвропейська стратегія збереження біологічного й ландшафтного різноманіття являє собою логічно побудований документ, у якому розглядається послідовність дій зі збереження біорізноманіття. В Україні реалізація Стратегії має проходити за такими напрямами правотворчості:

1) збільшення площ лісів, які є головною ланкою екологічного ланцюга та істотно покращують можливості впровадження концепції біорізноманіття;

2) відновити ключові екосистеми, знищені в результаті антропогенної діяльності;

3) закріпити в нормативно-правових актах досвід провідних ботанічних садів зі створення й охорони ботанічних колекцій;

4) впровадити принцип біорізноманіття в сільському господарстві, який передбачає раціональне ведення землеробства, виведення з обігу деградованих земель, їх залісення та повернення до нормального екологічного стану.

Враховуючи особливості природного поширення об'єктів рослинного світу, наведені завдання доцільно вирішувати шляхом прийняття й реалізації регіональних програм.

Література

1. Генсірук С.А. Ліси України / С.А. Генсірук. – Львів : Наук. т-во ім. Т.Г. Шевченка, 2002. – 469 с.
2. Правові засади впровадження в Україні Конвенції про біорізноманіття : [монографія] / Н.Р. Малишева, В.І. Олещенко, С.В. Кузнєцова, Н.Д. Красіліч, В.І. Карамушка. – К. : Хімджест, 2003. – 176 с.
3. Про Державний земельний кадастр : Закон України від 07.07.2011 р. № 3613-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3613-17.
4. Про природно-заповідний фонд України : Закон України від 16.06.1992 р. № 2456-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 502.
5. Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми збереження біорізноманіття на 2005–2025 рр. : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 р. № 675-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/675-2004.
6. Шемшученко Ю.С. Актуальні проблеми кодифікації національного та міжнародного екологічного права / Ю.С. Шемшученко // Право України. – 2011. – № 2. – С. 4–10.

Анотація

Гиренко І. В. **Основні положення Всеєвропейської стратегії збереження біологічного й ландшафтного різноманіття 1995 р. та проблеми її реалізації у сфері охорони рослинного світу України.** – Стаття.

У статті розглядаються основні положення Всеєвропейської стратегії збереження біологічного й ландшафтного різноманіття (Софія, 1995 р.), прийнятої в межах реалізації Конвенції про охорону біологічного різноманіття в Ріо-де-Жанейро (1992 р.). Показано, що імплементація Всеєвропейської стратегії збереження біологічного й ландшафтного різноманіття дозволить якісно покращити правове регулювання охорони й використання об'єктів рослинного світу та привести його у відповідність до чинних європейських стандартів. Розглядаються напрями правотворчості, за якими має відбуватися реалізація зазначеної стратегії: збільшення площ лісів, відновлення ключових екосистем, впровадження принципу біорізноманіття в сільське господарство тощо.

Ключові слова: охорона рослинного світу, Конвенція про охорону біорізноманіття, програмний акт, міжнародне співробітництво, гармонізація законодавства.

Аннотация

Гиренко И. В. **Основные положения Всеевропейской стратегии сохранения биологического и ландшафтного разнообразия 1995 г. и проблемы ее реализации в сфере охраны растительного мира Украины.** – Статья.

В статье рассматриваются основные положения Всеевропейской стратегии сохранения биологического и ландшафтного разнообразия (София, 1995 г.), принятой в рамках реализации Конвенции об охране биологического разнообразия в Рио-де-Жанейро (1992 г.). Показано, что имплементация Всеевропейской стратегии сохранения биологического и ландшафтного разнообразия позволит качественно улучшить правовое регулирование охраны и использования объектов растительного мира и привести его в соответствие с действующими европейскими стандартами. Рассматриваются направления правотворчества, по которым должна проходить реализация указанной стратегии: увеличение площадей лесов, восстановление ключевых экосистем, внедрение принципа биоразнообразия в сельском хозяйстве и другие.

Ключевые слова: охрана растительного мира, Конвенция об охране биоразнообразия, программный акт, международное сотрудничество, гармонизация законодательства.

Summary

Girenko I. V. **The main provisions of All-European strategy for biological and landscape diversity 1995 and problems of its implementation in the field of protection the vegetation of Ukraine.** – Article.

The article examines the main provisions of All-European strategy for the biological and landscape diversity (Sofia, 1995), adopted in the framework of the Convention on biological diversity in Rio de Janeiro (1992). There was shown that the implementation of the Strategy will allow to improve the quality of the legal regulation of vegetation use and protection and also bring it into line with current European standards. The directions of law-making in the implementation of this Strategy: increasing forest area, renovation of key ecosystems, the implementation of the principle of biodiversity in agriculture and others – were examined.

Key words: protection of vegetation, Convention on Biodiversity, program act, international cooperation, harmonization of legislation.

УДК 351.822

С. Р. Сулейманова

ПРО ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВАЛЮТНОГО РЕГУЛЮВАННЯ Й КОНТРОЛЮ

Валютне регулювання й контроль займають провідне місце в економічній політиці держави: від правильного валютного регулювання залежать стабільність і міцність національної грошової одиниці. Валютне регулювання є однією з найбільш динамічних складових як національної, так і світової валютно-фінансових систем. Від валютного курсу залежить стан платіжного балансу, зовнішньої торгівлі, рух довгострокових та короткострокових капіталів. Зміни валютного курсу істотно

© С. Р. Сулейманова, 2013

впливають на розвиток макроекономічних процесів у національній економіці та на зовнішньоекономічні позиції країни. В умовах кризової ситуації в нашій економіці тематика валютного регулювання й контролю є надзвичайно актуальною.

Важливий внесок у розвиток теорії валютного регулювання й контролю зробили такі сучасні російські правознавці, як Т.І. Губарьова, А.С. Селівановський, О.С. Федченко, Є.Г. Батанов та ін. В українському науково-правовому просторі дослідження валютного регулювання й контролю здійснювалися з позиції фінансового, банківського права такими науковцями: В.А. Ющенко, В.І. Міщенко, А.С. Гальчинський, А.А. Грищенко, Л.М. Кравченко, С.Ю. Михайличенко, О.О. Шапошников, М.І. Савлук, П.М. Федосов, Р.М. Сухий, С.І. Лучковська, А.М. Іскоростенський, О.С. Шевчик, А.В. Гарбінська-Руденко та ін. Також дослідження окремих проблем валютного регулювання й контролю здійснено в роботах О.Є. Северіна, О.П. Подцерковного та ін.

Проте деякі питання, пов'язані з валютним регулюванням і контролем, потребують подальшого вивчення. Необхідність дослідження відносин валютного регулювання й контролю обумовлена такими причинами: у зв'язку з тим, що в сучасній юридичній літературі не зменшується інтерес до інституту валютного регулювання й контролю, доцільним є розгляд їх правової конструкції, оскільки, як показує досвід вивчення українського законодавства, уявлення про цей інститут «грішать» неточностями. У законодавстві України та наукових дослідженнях і досі немає єдиного визначення понять «валютне регулювання» та «валютний контроль».

На думку М.І. Савлука, валютне регулювання – це діяльність держави та уповноважених нею органів щодо регламентації валютних відносин економічних суб'єктів та їхньої діяльності на валютному ринку [1].

О.А. Костюченко вважає, що валютне регулювання – діяльність держави, спрямована на регламентацію міжнародних розрахунків і на порядок здійснення операцій із валютними цінностями [2].

Г.А. Тосунян та А. В. Ємелін під цією категорією розуміють комплекс здійснюваних державними органами правових заходів із метою створення й забезпечення органів валютного регулювання та контролю, встановлення й проведення певного порядку здійснення операцій із валютними цінностями, забезпечення та захисту права власності на валютні цінності, регламентації міжнародних розрахунків, підтримання стабільності курсу іноземної валюти [3].

Щодо визначення валютного контролю також існують різні думки. Зокрема, В.С. Кротюк визначає валютний контроль як діяльність держави в особі органів валютного контролю, спрямовану на забезпечення дотримання валютного законодавства під час здійснення валютних операцій [4, с. 10].

В.С. Новосьолов валютний контроль розглядає як діяльність держави, спрямовану на забезпечення валютного законодавства під час здійснення валютних операцій [5].

Проте за такого підходу дещо звужується коло суб'єктів, які здійснюють валютний контроль. Адже валютний контроль проводять не лише державні органи, а й суб'єкти, які не наділені статусом органу державної влади. Так, М.П. Кучерявенко вказує на те, що валютний контроль – це діяльність держави та уповноважених органів із забезпечення дотримання валютного законодавства під час здійснення ва-

лютних операцій [6, с. 339], тобто певні уповноважені органи, окрім безпосередньо держави, є також контролюючими суб'єктами, що здійснюють валютний контроль.

О.А. Костюченко визначає валютний контроль як систему контролю уряду за обміном іноземної валюти в країні, тобто регулювання обсягу готівки в іноземній валюті та її обмінного курсу щодо інших валют [7, с. 158].

Таке ж визначення наводиться й у юридичній енциклопедії за редакцією Ю.С. Шемшученка: «...система контролю за обміном іноземної валюти в країні, тобто регулювання обсягу готівки в іноземній валюті та її обмінного курсу щодо інших валют» [8, с. 323]. Таким чином, не повною мірою охоплений об'єкт валютного контролю, оскільки валютні операції пов'язані не лише з обміном іноземної валюти. Водночас до об'єкта контролю не належать питання регулювання. Є. О. Алісов вважає, що валютний контроль являє собою основний елемент режиму валютних обмежень [9, с. 120], а отже, існування валютного контролю фактично ставиться в пряму залежність від валютних обмежень, які насправді можуть як використовуватися, так і ні, що залежатиме від завдань валютної політики держави.

П.Н. Говенко відносить валютний контроль до елементів валютного регулювання [5, с. 402–403].

О.Ю. Грачова розглядає валютний контроль як один із видів фінансового контролю, що здійснюється під час проведення валютних операцій [10, с. 360]. Таким чином, не розкривається сутність валютного контролю, а лише вказується на належність його до окремих більших систем.

Валютне регулювання й контроль в Україні ґрунтуються на Конституції України, Законі України «Про Національний банк України», Законі України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», Декреті Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» та нормативно-правових актах Національного банку України, що визначають правові засади організації валютного регулювання й контролю.

Основними завданнями валютного регулювання та валютного контролю є розвиток економіки й сприяння підвищенню рівня стабільності та міцності національної грошової одиниці. Оскільки валютне регулювання може стимулювати або стримувати економічний розвиток у державі, воно має важливе значення в економічній політиці країни та тісно пов'язане з усією системою економічних відносин держави.

Свого часу Україна як незалежна держава підписала статті Угоди Міжнародного валютного фонду (далі – Статут МВФ) та взяла на себе зобов'язання щодо організації власної валютної системи, передбачені ст. XIV Статуту МВФ. Зокрема, 24 вересня 1996 р. Україна прийняла зобов'язання відповідно до ст. VIII Статуту МВФ, що свідчило про офіційне міжнародне визнання гривні конвертованою за поточними операціями.

Основною метою валютного контролю є забезпечення дотримання валютного законодавства у сфері здійснення валютних операцій, які виступають його об'єктом. Нормативне закріплення мети валютного контролю дозволить більш чітко відмежувати цей вид діяльності від схожих видів контрольної діяльності, предмет яких може перетинатися з валютним контролем.

Згідно зі ст. 19 Господарського кодексу України держава здійснює контроль і нагляд за господарською діяльністю суб'єктів господарювання, у тому числі й у сфері валютного регулювання – за дотриманням суб'єктами господарювання вимог валютного законодавства [11].

Операції з придбання, продажу та обміну валюти на валютних аукціонах, валютних біржах та на міжбанківському валютному ринку, розрахункові операції між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами відносяться до видів зовнішньоекономічної діяльності згідно із Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [12]. Таким чином, зовнішньоекономічна й валютна політика в Україні розглядаються в єдності.

Згідно з Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» в Україні діє система державних органів у сфері валютного регулювання й валютного контролю [13].

Валютну політику здійснюють:

– Верховна Рада України;

– Кабінет Міністрів України;

– Міністерство доходів і зборів України;

– Національний банк України.

Так, серед основних завдань Міністерства доходів і зборів України є забезпечення формування та реалізації державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установлений законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону, торгових патентів.

Міндоходів України відповідно до покладених на нього завдань:

– організовує проведення перевірок щодо дотримання встановлених законом строків здійснення розрахунків в іноземній валюті, готівкових розрахунків та наявності ліцензій;

– організовує контроль за дотриманням правил переміщення валютних цінностей через митний кордон України та ін. [14].

Під час планової виїзної перевірки податкові органи можуть перевіряти й питання, що підлягають контролю на підставі Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» [13], Указу Президента України «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» [15] та Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» [16].

Органи Міндоходів на підставі Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23 вересня 1994 р. № 185/94-ВР перевіряють дотримання резидентами строків розрахунків за експортними, імпортними та лізинговими операціями. Відповідно до ст. 1 вказаного закону передбачено зарахування виручки резидентів в іноземній валюті на їхні валютні рахунки не пізніше 180 календарних днів «із дати митного оформлення (виписки вивізної вантажної митної декларації) продукції, що експортується, а в разі експорту робіт (послуг), прав

інтелектуальної власності – із моменту підписання акта або іншого документа, що підтверджує виконання робіт, надання послуг, експорт прав інтелектуальної власності» [16].

При цьому одним із найгостріших моментів судової практики є спори, що виникають стосовно протилежного підходу податкових органів та суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності до тлумачення окремих положень Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті». Положення цього закону висувають занадто жорсткі вимоги до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності щодо порядку здійснення ними розрахунків.

Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» має важливе значення під час здійснення органами Міндоходів контролю за дотриманням законодавства про валютні операції суб'єктами господарювання, тому його термінологія потребує детального тлумачення для правильного застосування в процесі здійснення контролю.

Під час контролю за своєчасністю (не пізніше 180 календарних днів) надходження попередньо оплачених імпортних товарів виникає питання щодо правильності визначення початку відліку та закінчення законодавчо встановлених термінів здійснення імпортних операцій.

Закон посилається на виконання саме імпортної операції та містить чітке визначення її початку: «із моменту здійснення авансового платежу або виставлення векселя» [16].

На нашу думку, на законодавчому рівні державою мають бути визначені певні критерії (документи), за дотримання яких зовнішньоекономічні операції вважаються закінченими, а інформація про них може надаватися одним контролюючим державним органом іншому.

Валютна політика повинна сприяти розвитку зовнішньоекономічних відносин між країнами. Для притоку іноземних інвестицій в економіку країни, покращення інвестиційного клімату України необхідно лібералізувати валютне законодавство.

Таким чином, валютне регулювання й контроль є важливими інструментами валютної та грошово-кредитної політики. Валютне регулювання – це комплекс здійснюваних державними органами правових заходів із метою створення й забезпечення органів валютного регулювання та контролю, встановлення й проведення певного порядку здійснення операцій із валютними цінностями, забезпечення та захисту права власності на валютні цінності, регламентації міжнародних розрахунків, підтримання стабільності курсу іноземної валюти. Валютний контроль – це діяльність держави та уповноважених органів із забезпечення дотримання валютного законодавства під час здійснення валютних операцій.

Зазначені в статті пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства України дозволять врегулювати механізм проведення перевірок суб'єктів валютних правовідносин за дотриманням норм валютного законодавства й уникнути зловживань із боку органів валютного контролю під час здійснення ними перевірок, а також створять сприятливі умови для України в зовнішній торгівлі. Подальшими напрямами досліджень повинні бути шляхи законодавчого втілення вищезазначених пропозицій, розробка спеціального нормативно-правового акта про

регулювання порядку проведення перевірок щодо дотримання суб'єктами валютних правовідносин вимог валютного законодавства України. Адже від удосконалення валютного регулювання й контролю залежить як функціонування вітчизняної економіки загалом, так і життєдіяльність суб'єктів господарювання зокрема.

Література

1. Гроші та кредит : [підручник] / [М.І. Савлук, А.М. Мороз, М.Ф. Пуховкіна та ін.] ; за заг. ред. М.І. Савлука. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : КНЕУ, 2002. – 598 с.
2. Костюченко О.А. Банківське право : [підручник] / О.А. Костюченко. – К. : ВД «Професіонал», 2004. – 544 с.
3. Валютное право Российской Федерации : [учебное пособие] / А.В. Емелин, Г.А. Тосунян. – М. : Дело, 2002. – 288 с.
4. Кротюк В.С. Валютний контроль та його правова регламентація в Україні / В.С. Кротюк, А.С. Іоффе // Вісник Національного банку України. – 1997. – № 11. – С. 10–17.
5. Финансовое право : [учебник] / под ред. П.Н. Говенко. – 2-е, перераб. и доп. – Х. : Одиссей, 2007. – 431 с.
6. Воронова Л.К. Финансовое право : [учебное пособие] / Л.К. Воронова, Н.П. Кучерявенко. – Х. : Легас, 2003. – 448 с.
7. Костюченко О.А. Банківське право : [навчальний посібник] / О.А. Костюченко. – К. : А.С.К., 2001. – 576 с.
8. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. / гол. ред. Ю.С. Шемшученко. – М. ; К. : Українська енциклопедія, 2001– . – Т. 3. – 2001. – 801 с.
9. Алисов Е.А Правовое регулирование валютных отношений в Украине / Е.А. Алисов. – Х. : Консум, 1998. – 142 с.
10. Грачева Е.Ю. Финансовое право : [учебное пособие] / Е.Ю. Грачева, Э.Д. Соколова. – М. : Юристъ, 2003. – 384 с.
11. Господарський кодекс України : Закон від 16 січня 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 21–22. – Ст. 144.
12. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 року № 959-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.
13. Про систему валютного регулювання і валютного контролю : Декрет Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 року № 15-93 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184.
14. Про Міністерство доходів і зборів України : Указ Президента України від 18 березня 2013 року № 141/2013 // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 51.
15. Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства : Указ Президента України від 27 червня 1999 року № 734/99 // Урядовий кур'єр. – 1999. – 1 липня.
16. Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті : Закон України від 23 вересня 1994 року № 185/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 40. – Ст. 364.

Анотація

***Сулейманова С. Р.* Про деякі аспекти валютного регулювання й контролю.** – Стаття.

У статті розглядаються деякі аспекти валютного регулювання й контролю. Автором надані пропозиції щодо врегулювання механізму проведення перевірок суб'єктів валютних правовідносин щодо дотримання норм валютного законодавства, що дозволяє уникнути зловживань із боку органів валютного контролю.

Ключові слова: валютний контроль, валютне регулювання, органи валютного контролю та нагляду.

Аннотация

***Сулейманова С. Р.* О некоторых аспектах валютного регулирования и контроля.** – Статья.

В статье рассматриваются некоторые аспекты валютного регулирования и контроля. Автором представлены предложения по урегулированию механизма проведения проверок субъектов валютных правоотношений по соблюдению норм валютного законодательства, что позволяет избежать злоупотреблений со стороны органов валютного контроля.

Ключевые слова: валютный контроль, валютное регулирование, органы валютного контроля и надзора.

Summary

Suleimanova S. R. **About some aspects of the currency regulations and control.** – Article.

This article discusses some aspects of currency regulation and control. The author has submitted proposals to resolve the mechanism of inspections of foreign exchange on legal compliance exchange legislation to avoid abuses on the part of foreign exchange control.

Key words: currency control, currency regulations, currency control organs.

УДК 336.225

О. Г. Трофименко, Н. І. Логінова

СУЧАСНИЙ РІВЕНЬ УПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ СЕРВІСІВ ОБСЛУГОВУВАННЯ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ

Актуальність роботи. Нині в державі реалізується масштабна податкова реформа, концепцією якої є перетворення податкової служби з фіскального інструменту наповнення бюджету на висококваліфіковану сервісну службу з обслуговування платників податків.

Мета статті полягає в проведенні аналізу існуючого стану інформатизації податкової системи, виявленні пріоритетних напрямів, спрямованих на вирішення проблем управління інформаційними ресурсами податкової служби України.

Ступінь наукової розробки. За останній час проблемам реформування податкової служби присвячені серйозні й загальновизнані наукові роботи таких вітчизняних вчених та фахівців у сфері оподаткування: О.М. Бандурка, Р.А. Калюжний, М.Я. Швець, В.О. Шамрай, О.О. Чикаренко, В.Л. Андрущенко, М.А. Сендзюк, А.М. Соколовська, Т.І. Єфименко, А.О. Максюта, О.М. Розум, І.Ф. Рогач, С.М. Серьогін. Проте аспекти інформаційного забезпечення в цій сфері були розкриті недостатньо.

Виклад основного матеріалу. Наприкінці 2012 року значущою подією, спрямованою на оптимізацію апаратів центральних органів виконавчої влади та їхніх регіональних відділень, усунення міжвідомчих конфліктів і, як наслідок, підвищення якості публічного управління та надання адміністративних послуг, стало створення на базі податкової та митної служб Міністерства доходів і зборів України (далі – МДЗУ) (Указ «Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади» від 24 грудня 2012 року № 726/2012). Планується, що внаслідок об'єднання податкових та митних органів суттєво знизиться загальна кількість видатків на їхнє утримання, зменшиться адміністративний тиск у сфері підприємницької діяльності тощо.

Упровадження в межах податкової реформи системи електронного декларування, спрощення процедур реєстрації, введення єдиного соціального внеску та низка інших заходів не обійшли увагою авторитетні міжнародні експерти. За результатами 2011–2012 років Світовий банк вперше вніс Україну до переліку трьох країн регіону, які найбільш істотно скоротили кількість часу, необхідного для виконання податкових зобов'язань.

У 2013 році Україна піднялася відразу на 15 позицій у рейтингу оцінки легкості ведення бізнесу Doing Business-2013 Світового банку та Міжнародної фінан-

© О. Г. Трофименко, Н. І. Логінова, 2013

сової корпорації (IFC). Ця динаміка була зумовлена поліпшенням позицій держави за критерієм «оподаткування» (рейтинг Paying Taxes) на 18 пунктів.

Рейтинг податкових систем Paying Taxes проводиться щорічно, починаючи з 2006 року, і є складовою Doing Business. Paying Taxes оцінює фінансові та адміністративні витрати бізнесу на адміністрування податків із точки зору середньостатистичної місцевої компанії відповідно до податкових законів та регуляторних норм для кожної окремо взятої країни. Рейтинг оцінює податкове й адміністративне навантаження, яке несе окремо взята компанія. Обидва ці компоненти важливі для підприємців. Вони оцінюються Paying Taxes із використанням трьох основних показників:

– витрата часу на ведення звітності та сплату основних податків;

– сумарна податкова ставка;

– кількість податкових платежів.

За показником «витрати часу на податкову звітність» експерти Світового банку констатували скорочення з 657 годин 2011 року до 491 години в рейтингу 2012 року. До речі, наприкінці 2012 року ці витрати часу становили вже 350 годин. Скороченню витрат часу на виконання податкових формальностей сприяли масштабні заходи з популяризації та вдосконалення систем електронної звітності, спрощення процедури реєстрації нових платників ПДВ, удосконалення декларацій та податкових розрахунків.

Так, для України за показником «сумарна податкова ставка», порівняно з 57,1% у 2011 році, експерти Світового банку зафіксували її зниження до 55,4% у 2012 році. Податковим кодексом України заплановано подальшу лібералізацію ставок: ставку податку на прибуток із 1 січня 2013 року знижено до 19%, а ставку ПДВ буде знижено до 17% у 2014 році. Хоча, на думку фахівців групи Світового банку, для подальшого поліпшення позиції України в рейтингу Doing Business за показником «оподаткування» значно більш важливими є реформи, спрямовані на зниження адміністративного навантаження, ніж зниження ставок податку на прибуток чи ПДВ [1].

За показником «кількість платежів» у рейтингу податкових систем Paying Taxes зафіксовано значний прогрес України: від 135 платежів (у 2011 році) до 28 (у 2012 році). Якщо проаналізувати, то найбільша кількість платежів (24) в Україні припадає на податки на зарплатню, у той час як податок на прибуток адмініструється лише 1 платежем.

Отже, завдяки впровадженню електронних сервісів загальний рейтинг податкових умов в Україні зріс аж на 18 пунктів. Зараз Paying Taxes оцінює податкові умови в 185 країнах світу. Експертами Світового банку у звіті рейтингу Paying Taxes у 2013 році було зазначено: «Перетворення, які відбуваються в податковій сфері України, відповідають актуальним світовим трендам» [2].

Якщо ж говорити про те, яке саме місце посідає Україна в рейтингу Paying Taxes-2013, то стає зрозуміло, що наша країна тільки почала виходити з глухого кута. Зі 185 країн загальний рейтинг України піднявся зі 183 місця до 165, і зараз вона займає позицію між Кенією та Малі. До речі, Молдова вже другий рік поспіль посідає в цьому рейтингу 109 позицію. Серед країн СНД абсолютним ліде-

ром є Казахстан, який займає 17 позицію в рейтингу. Його громадяни витрачають 170 годин або 21 день на рік для сплати 7 податків із загальною податковою ставкою 28,6%. Водночас Росія займає 64 позицію (177 годин на сплату 7 податків зі ставкою 54,1%), а Грузія – 33 місце (280 годин на сплату 5 податків зі ставкою 16,5%). До речі, за 2012 рік Грузія піднялася в цьому рейтингу на 12 пунктів, Російська Федерація – на 30, а Вірменія – аж на 44 пункти. Найсприятливішими країнами з точки зору оподаткування є Об'єднані Арабські Емірати, Катар і Саудівська Аравія. В Об'єднаних Арабських Еміратах існує всього 4 податки, на сплату яких йде 12 годин. В Катарі – 4 податки (48 годин), а громадянам Саудівської Аравії для сплати всього 3 податків необхідно дев'ять діб [3].

У новому рейтингу найкращих для бізнесу країн, зіставленому Forbes, Україна посіла 104 місце з-поміж 141 країни. Для складання рейтингу було проаналізовано 141 країну за 11 різними показниками: майнові права, інновації, податки, технології, корупція, свобода (особиста, свобода торгівлі та грошова), бюрократія, захист прав інвесторів і продуктивність фондового ринку [4].

Слід зазначити, що всі ці рейтинги є своєрідними барометрами інвестиційного клімату країни, на які орієнтується іноземний бізнес, вибираючи найбільш перспективні майданчики для розміщення бізнесу та інвестицій, а міжнародні інституції – під час вибору партнерів для співпраці.

Отже, на МДЗУ чекає велика робота щодо покращення податкових умов. У зв'язку із цим зараз основними напрямами податкової політики обрано вдосконалення системи адміністрування податків і зборів, зокрема широкомасштабне впровадження електронних сервісів обслуговування й супроводу платників податків; стимулювання інвестиційного клімату, спрямованого на зростання економіки, справедливе застосування чинного законодавства. МДЗУ наголошує, що висновки фахівців Світового банку будуть враховані під час розробки Програми лібералізації державної податкової політики, яку доручив сформувати Президент України до 2014 року.

На сьогодні на законодавчому рівні веденню обліку в електронному вигляді сприяє низка нормативно-правових актів: Податковий кодекс України, Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг», Закон України «Про електронний цифровий підпис», Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» тощо.

Так, у п. 49.17 ст. 49 Податкового кодексу України зазначено: «Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері інформатизації, формування й використання національних електронних інформаційних ресурсів, впроваджує та утримує автоматизовану систему «Єдине вікно подання електронної звітності» для надання послуг із подання за допомогою мережі Інтернет звітності в електронному вигляді». А в ст. 48 вказано: «Достатнім підтвердженням справжності документа податкової звітності є наявність оригіналу підпису уповноваженої особи на документі в паперовій формі або наявність в електронному документі електронного цифрового підпису платника податку». Водночас Порядком застосування електронного цифрового підпису (далі – ЕЦП) органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємства-

ми, установами та організаціями державної форми власності, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2004 року № 1452, врегульовано питання застосування електронного цифрового підпису та сертифікатів відкритих ключів.

Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг» та «Про електронний цифровий підпис» встановлюють основні організаційно-правові засади електронного документообігу, використання електронних документів, правовий статус електронного цифрового підпису й регулюють відносини у сфері використання ЕЦП. Так, ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» визначено, що «електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа». Відповідно до ст. 6 цього ж закону «електронний підпис є обов'язковим реквізитом електронного документа, який використовується для ідентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу. Накладанням електронного підпису завершується створення електронного документа».

Згідно з п. 201.15 ст. 201 Податкового кодексу України платник податку веде реєстр виданих та отриманих податкових накладних в електронному вигляді та щомісяця подає органу податкової служби копії записів у реєстрах виданих та отриманих податкових накладних в електронному вигляді.

Наказом Державної податкової служби України від 10 квітня 2008 року № 233, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 16 квітня 2008 року за № 320/15011, затверджено Інструкцію з підготовки та подання податкових документів в електронному вигляді засобами телекомунікаційного зв'язку, у якій розтлумачено порядок подання платниками податків податкової звітності в електронному вигляді.

Для подання податкової звітності в електронному вигляді до податкових інспекцій підприємцям необхідно:

1) звернутись до державної податкової інспекції за місцем реєстрації або для фізичних осіб за місцем проживання щодо укладення договору про визнання електронних документів. Договір можна укласти як в паперовому, так і в електронному вигляді. Текст примірного договору про визнання електронних документів можна завантажити з веб-сайту www.sts.gov.ua;

2) у будь-якому представництві Центру сертифікації ключів (перелік представництв Акредитованих центрів сертифікації ключів розміщено на сайті в рубриці «Контакти») безкоштовно отримати посилені сертифікати відкритих ключів ЕЦП. Для цього слід прийти зі своїм носієм інформації (змінним флеш-носієм, оптичним носієм CD/DVD для запису, захищеним носієм ключової інформації тощо). Термін дії особистого ключа становить один рік від моменту отримання;

3) надати до ДПІ паперові та електронні копії сертифікатів відкритих ключів посадових осіб платника податків та електронної печатки;

4) вільно скачати із сайту www.sts.gov.ua та встановити на свій комп'ютер спеціалізоване програмне забезпечення для формування податкової звітності, яке безкоштовно розповсюджується податковими органами.

Популярність електронної звітності серед платників експерти пов'язують зі зручністю сервісу, який дає змогу підприємцеві не з'являтися до інспекції навіть раз на квартал для подання звітності, а відправляти документацію через Інтернет.

Крім того, на початку 2013 року для зручності, оперативності й покращення обслуговування підприємців та громадян на веб-порталі Державної податкової служби України було запроваджено новий електронний сервіс «Заповнення декларації про майновий стан і доходи», що дозволяє заповнити декларацію в електронному вигляду. Особливо зручним він є для тих платників, у яких відрізняються адреси реєстрації та фактичного проживання, оскільки декларацію про майновий стан і доходи потрібно подавати за місцем реєстрації фізичної особи. Зараз Департамент доходів і зборів з фізичних осіб МДЗУ проводить широку рекламну кампанію щодо популяризації електронних сервісів, які надають можливість в онлайн-режимі подання фізичними особами-платниками податків річної податкової декларації про майновий стан і доходи.

Ще однією новацією 2013 року стала можливість звітування в автоматичному режимі для підприємців, які працюють із касовими апаратами. Це стало можливим завдяки впровадженню електронної контрольної стрічки реєстраторів розрахункових операцій. Копії розрахункових документів і фіскальних звітних чеків формуватимуться на контрольній стрічці в пам'яті касового апарата або пам'яті приєднаного до нього модему. Раз на добу цей звіт автоматично передаватиметься до сервера обробки інформації Державної податкової служби України. Таке нововведення позбавить суб'єктів господарювання необхідності закуповувати й зберігати протягом трьох років паперову контрольну стрічку. До того ж автоматичне передання інформації значно спрощує процес звітування. Водночас електронне звітування дає можливість дистанційного контролю за суб'єктами господарювання, які здійснюють розрахунки в готівковій формі, та ще більше зменшити кількість перевірок таких платників. У подальшому, зі слів аналітиків податкової служби, у разі успішної подальшої імплементації нової системи перевірки касової дисципліни проводитимуться лише після надходження інформації про факти конкретних порушень від громадян, правоохоронних органів чи органів місцевого самоуправління [2].

Значному скороченню податкових перевірок платників податків сприяє електронна перевірка, аналогів якої досі не було. До Податкового кодексу України поняття «електронної перевірки» було внесено Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо перегляду ставок деяких податків і зборів» від 20 листопада 2012 року № 5503-VI. Зокрема, пп. 75.1.2 п. 75.1 ст. 75 Податкового кодексу України доповнено абзацом шостим такого змісту: «Документальною невиїзною позаплановою електронною перевіркою (далі – електронна перевірка) вважається перевірка, що проводиться на підставі заяви, поданої платником податків із незначним ступенем ризику, визначеним відповідно до п. 77.2 ст. 77 цього Кодексу, до органу державної податкової служби, у якому він перебуває на податковому обліку. Заява подається за 10 календарних днів до очікуваного початку проведення електронної перевірки. Форма заяви, порядок її по-

дання, прийняття рішення про проведення електронної перевірки встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики».

Нині МДЗУ розроблюється відповідна нормативно-правова база та програмне забезпечення для практичного застосування електронних перевірок. Враховуючи мінімізацію людського чинника, впровадження електронних перевірок суттєво зменшить тиск на підприємців та покращить умови ведення бізнесу в Україні.

Успішному впровадженню всіх нововведень беззаперечно сприятиме комплексне поєднання світового досвіду й розробок вітчизняної науки з моделювання податкових надходжень, що дозволить поліпшити обґрунтованість розрахунків прогнозованих обсягів доходів бюджету. Підвищенню якості рівня прогнозування обсягу бюджетних надходжень в Україні приділяється велика увага як із точки зору забезпечення сучасною технікою, так і з точки зору наявність кваліфікованого персоналу, здатного працювати зі спеціалізованим програмним забезпеченням.

До вивчення форм і методів прогнозування також була залучена відомча наука, виконувалися науково-дослідні роботи з розробки модельного апарату для визначення впливу макроекономічних показників на рівень податкових надходжень, виконаного в межах проекту «Модернізація державної податкової служби – 1» [5]. Триває робота з використання прогностичних можливостей модельного апарату для розподілу затверджених показників надходжень основних податків у регіональному розрізі. Аналіз наукових досягнень і практичного досвіду у сфері прогнозування надходжень у бюджет дозволив визначити подальші перспективи впровадження сучасних економіко-математичних моделей прогнозування надходжень у бюджет.

Висновки. Усі зазначені заходи в діяльності податкової служби країни спрямованні насамперед на забезпечення справедливого й пропорційного розподілу податкового навантаження та отримання державою стабільних доходів, захищених від небажаних економічних коливань. Залучення для цього позитивного загальноєвропейського досвіду податкової політики сприятиме співпраці із цими країнами й гармонізації законодавства України з правом Європейського Союзу. Планується за допомогою сучасних інформаційних технологій здійснювати оцінку обсягів потенційних надходжень у бюджет завдяки реалізації заходів щодо детінізації економічної діяльності платників податків.

Література

1. Співавтор Doing Business радить Україні не знижувати податків, а спростити їхнє адміністрування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.newsru.ua/finance/doing_business.html.
2. Білі починають і виграють. Світовий банк: «Українська податкова система – у тренді» // Вісник податкової служби України. – 2012. – № 46. – С. 10–13.
3. Overall ranking and underlying data [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pwc.com/gx/en/paying-taxes/data-tables.jhtml.
4. Лучшие страны для бизнеса: рейтинг Forbes [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.forbes.ru/sobytiya-photogallery/209486-luchshie-strany-dlya-biznesa-reiting-forbes.
5. Санжаревська І. Реформи – українські, стандарти – європейські / І. Санжаревська, М. Лаба // Вісник податкової служби. – 2013. – № 1(717). – С. 42–45.

Анотація

Трофименко О. Г., Логінова Н. І. **Сучасний рівень упровадження електронних сервісів обслуговування платників податків.** – Стаття.

У статті проаналізовано сучасні тенденції процесу інформатизації податкової служби України в межах проведення масштабної податкової реформи. Розглянуто реалізовані проекти з впровадження систем електронної звітності та електронного декларування доходів, які визнані провідними міжнародними експертами успішними. Конкретизовано пріоритетні напрями подальшої інформатизації податкової служби, покликані покращити умови ведення бізнесу в Україні.

Ключові слова: інформатизація податкової системи, інформаційні технології, електронна форма подання звітності, електронно-цифровий підпис, електронна перевірка.

Аннотация

Трофименко Е. Г., Логинова Н. И. **Современный уровень внедрения электронных сервисов обслуживания налогоплательщиков.** – Статья.

В статье проанализированы современные тенденции процесса информатизации налоговой службы Украины в рамках проведения масштабной налоговой реформы. Рассмотрены реализуемые проекты по внедрению систем электронной отчетности и электронного декларирования доходов, которые ведущими международными экспертами признаны успешными. Конкретизированы приоритетные направления дальнейшей информатизации налоговой службы, позволяющие обеспечить улучшение условий ведения бизнеса в Украине.

Ключевые слова: информатизация налоговой системы, информационные технологии, электронная форма подачи отчетности, электронно-цифровая подпись, электронная проверка.

Summary

Trofimenko E. G., Loginova N. I. **The modern level of implementation of electronic services for taxpayers.** – Article.

The article is about of analyzes the modern trends of the process of informatization of Tax Service of Ukraine as part of the large-scale tax reform. Ongoing projects about introduction of electronic reporting and electronic declaration income is considered. These projects have recognized by the leading international experts. There were concretized priorities for further informatization tax service. These priorities will provide to improve conditions of doing business in Ukraine.

Key words: informatization of the tax system, information technology, electronic form of reporting, electronic-digital signature, electronic check.

Розділ 3

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

УДК 343.141/143 (477)

М. М. Стоянов

СИСТЕМА ПРАВИЛ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ

Актуальність теми дослідження. Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) 2012 року вперше надав легальне визначення допустимості доказів. Проте правила допустимості доказів через їхню універсальність у кримінальному провадженні в тексті КПК України не систематизовано, а розміщено в різних його розділах та главах. У зв'язку із цим виникає необхідність систематизації правил допустимості доказів для полегшення їх правозастосування.

Метою статті є систематизація правил допустимості доказів у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Необхідно зазначити, що поняття допустимості доказів у науці кримінального процесу визначається більшістю сучасних фахівців через встановлення переліку умов (критеріїв, підстав, компонентів, елементів, правил) допустимості отриманих відомостей про факти [1, с. 57–58; 2, с. 27]. Із таким підходом варто погодитися, зазначивши лише, що розбіжності в питанні визначення терміна, який найчастіше застосовується авторами, не мають принципового значення, вони є змістовно синонімічними.

Аналіз дискусійних питань про зміст кожного критерію дозволяє зробити висновок про те, що вчені-процесуалісти встановлюють різні критерії дослідження доказів із точки зору їх допустимості. Водночас майже всі фахівці називають серед умов допустимості доказів у кримінальному провадженні такі складові елементи: належний суб'єкт, належний спосіб, належне джерело, належна форма закріплення відомостей про факти.

М.М. Кіпніс визначає допустимість як сукупність умов, передбачених законодавством для здійснення процесуальних дій, їхню послідовність, порядок закріплення та оформлення процесуальних дій, процесуальні строки [2, с. 5].

А.А. Костаков розрізняє три критерії допустимості доказів: 1) законність джерела фактичних даних; 2) законність способу отримання фактичних даних; 3) законність закріплення фактичних даних [3, с. 6–12].

К.Б. Калиновський та О.В. Смирнов серед критеріїв допустимості доказів виділяють, окрім належного суб'єкта доказування, належного джерела доказів, належного способу збирання доказів та законної процесуальної форми збирання доказів, законну процедуру перевірки доказів [4, с. 190]. Вважаємо, що визнання недопустимими відомостей у цілому обумовлено порушенням загальних правил допустимості, які зведені до правил про необхідність належного джерела, належного суб'єкта та належної процесуальної форми збирання доказів.

В аспекті останньої вимоги вважаємо невірним твердження про необхідність віднесення до умов допустимості доказів належної процедури перевірки доказів. Набуття відомостями про факти властивості допустимості як відповідності встановленій процесуальній формі відбувається під час збирання доказів. Проте,

© М. М. Стоянов, 2013

виходячи з положень КПК України 2012 року, порушення процесуальної форми під час перевірки (дослідження) доказів, також мають наслідком його недопустимість. Зокрема, ст. 290 КПК України встановлено процесуальний порядок відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження. При цьому якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, то суд не має права допустити відомості, що містяться в них як докази (ч. 12 ст. 290 КПК України). Крім того, ч. 2 ст. 23 КПК України встановлено, що не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК України (ідеться, наприклад, про показання свідків чи потерпілих, наданих у порядку ст. 225 КПК України).

Для підтвердження вказаної позиції варто звернутися до наукового доробку Г.М. Рєзніка [5, с. 19], який зазначає, що під час визначення допустимості доказів має місце приведення ознак, які характеризують процесуальну форму доказів, відповідно до норм кримінально-процесуального права. Це означає, що питання про допустимість доказів треба вирішувати не на власний розсуд, а шляхом простого застосування права.

У сучасній науковій літературі серед вчених-правознавців існує думка, що допустимість є властивістю як доказів, так і їхніх процесуальних джерел [6, с. 183]. Інші ж автори подібне роздвоєння поняття допустимості вважають недоцільним. Так, поділяючи оцінку доказів та їхніх процесуальних джерел, С.М. Сівочек акцентує увагу на тому, що більш точним є те, що допустимість є властивістю не доказів (відомостей про факти), а їхніх процесуальних джерел [7, с. 10].

Ця думка є дискусійною. Більш правильним здається розуміння під допустимістю саме властивості доказу, що виражається у вимозі дотримання вказівок кримінально-процесуального закону щодо суб'єктів, джерел, способів і порядку збирання (отримання, закріплення, приєднання до справи) відомостей про факти, що дають можливість використовувати їх для встановлення обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні [8, с. 9]. Тобто допустимість – це відповідність доказу вимогам кримінально-процесуального права, наявність належної процесуальної форми.

На основі детального аналізу теоретичної сутності категорії допустимості доказів зазначимо, що кримінально-процесуальний інститут допустимості доказів утворений групами правил, що визначають поняття доказу та його допустимості, способи та порядок збирання доказів (тобто надання їм процесуальної форми), коло суб'єктів, правомочних збирати докази в кримінальному провадженні, коло суб'єктів, уповноважених вирішувати питання про визнання доказів недопустимими, а також процесуальний порядок ухвалення такого рішення та його процесуальну форму.

Торкаючись питання правової регламентації допустимості доказів, необхідно відзначити, що чинне кримінально-процесуальне законодавство України містить визначення поняття допустимості доказів (ст. 86 КПК України), але не виділяє, за винятком випадків істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК України), критерії вирішення питання про недопустимість доказів. Крім того, висно-

вок про визнання за доказами цієї невід'ємної ознаки постає з положень класичної теорії доказів, зі змісту ч. 3 ст. 62 Конституції України (норма про неможливість обґрунтування обвинувачення на доказах, отриманих незаконним шляхом) та ч. 1 ст. 84 КПК України (легальне поняття доказів). У цілому норми, що прямо або опосередковано стосуються допустимості доказів, хаотично розташовані в тексті чинного КПК України.

Кримінально-процесуальний закон не містить конкретних умов допустимості доказів. Водночас український законодавець формулює правила допустимості доказів як у позитивній (визначення поняття допустимості, допустимих джерел доказів), так і в негативній формі (визначення окремих підстав недопустимості отриманих відомостей про факти). Визначаючи правила допустимості отриманих відомостей у позитивній формі, законодавець, таким чином, прагне вказати на загальну спрямованість процесу доказування на дотримання режиму законності процесуальної діяльності в цілому. Однак із позиції юридичної техніки акцент правової регламентації все-таки робиться на встановленні недопустимості доказів.

Негативний метод регулювання допустимості доказів здійснюється законодавцем двома шляхами: включенням прямої заборони в текст кримінально-процесуального закону та включенням непрямої заборони, коли формулюються норми загального характеру, наслідком яких стають умови й випадки недопустимості визначеної інформації.

К.І. Сутягін, визнаючи специфіку дії інституту допустимості в кримінальному й цивільному процесах, пов'язує перший переважно з негативним методом регулювання, а другий – із позитивним. При цьому позитивний метод допускає, що «для встановлення деяких обставин необхідні визначені докази» [9, с. 27]. Учений вбачає зв'язок позитивного методу регулювання допустимості зі спадщиною формальної системи доказів. Принцип вільної оцінки, не усуваючи інституту допустимості доказів, водночас забороняє обумовлювати допустимість тих або інших доказів характером досліджуваних фактичних обставин («жодний доказ не має заздалегідь встановленої сили») [9, с. 28].

Таке твердження знаходить підтримку в працях багатьох дослідників. Так, важливим у законодавчому визначенні свободи оцінки доказів, на думку Н.М. Пілюгіної, є положення, відповідно до якого закон, вказуючи перелік джерел доказів, із яких можуть бути отримані відомості, необхідні для встановлення обставин, що підлягають доказуванню, водночас не визначає, якими саме доказами повинні бути встановлені складові елементи предмета доказування. Свобода оцінки доказів, на її думку, виключає визначення заздалегідь сили тих або інших доказів, їхнього переважного значення, якісної й кількісної характеристики окремих доказів і всієї їх сукупності в цій справі [10, с. 17].

Цю точку зору цілком логічно спростовують автори, які визначають, що певні обставини можна встановити тільки на підставі висновку експерта [11, с. 230; 12, с. 252]. Відповідно до ч. 2 ст. 242 КПК України слідчий або прокурор зобов'язаний звернутися до експерта для проведення експертизи щодо: 1) встановлення причин смерті; 2) встановлення тяжкості та характеру тілесних ушкоджень; 3) визначення психічного стану підозрюваного за наявності відомостей, які викликають сумнів

щодо його осудності, обмеженої осудності; 4) встановлення віку особи, якщо це необхідно для вирішення питання про можливість притягнення її до кримінальної відповідальності, а іншим способом неможливо отримати ці відомості; 5) встановлення статевої зрілості потерпілої особи в кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених ст. 155 Кримінального кодексу України.

Для з'ясування обставин, які мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання (ст. 242 КПК України). На це звертає увагу Пленум Верховного Суду України в Постанові № 8 від 30 травня 1997 року «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах», вказавши, що акти та інші документи, у тому числі відомчі, де зазначаються обставини, встановлені із застосуванням спеціальних знань (наприклад, про причини аварії, розмір нестачі матеріальних цінностей), не можуть розглядатися як висновок експерта та бути підставою для відмови в призначенні експертизи.

Доречним у такому разі буде наведення прикладу із судової практики. Незважаючи на те, що приклад наведено на підставі КПК України 1960 року, у цілому такий підхід є властивим й для практики застосування нового кримінального процесуального законодавства.

Так, колегія суддів Судової палати в кримінальних справах в ухвалі від 12 лютого 2009 року зазначила: «Суд першої інстанції обґрунтував висновок про ступінь тяжкості заподіяних потерпілим тілесних ушкоджень недопустимим доказом – даними актів їх судово-медичного освідування. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 76 КПК України для встановлення тяжкості й характеру тілесних ушкоджень обов'язково призначається експертиза. Як вбачається з матеріалів порушеної в порядку ст. 27 КПК України кримінальної справи щодо ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 125 КК України, суд всупереч цим вимогам закону не призначив судово-медичну експертизу для визначення тяжкості та характеру тілесних ушкоджень, виявлених у ОСОБА_2, ОСОБА_4 та ОСОБА_3, а свої висновки про наявність у цих осіб легких тілесних ушкоджень обґрунтував даними актів їх судово-медичного освідування. Разом із тим дані вказаних актів не мають доказового значення, оскільки вони не відповідають вимогам ч. 2 ст. 65 КПК України» [13].

В аспекті наведеного вище необхідно зазначити, що розуміння такого компонента допустимості доказів, як належне джерело, трактується науковцями, як правило, виключно як законність отримання доказів лише з передбачених законом джерел (ч. 2 ст. 84 КПК України). Проте це не зовсім так. Належність джерела означає також і відповідність відомостей про обставини злочину відповідному передбаченому законом процесуальному джерелу доказів. Тому вважаємо вірними твердження фахівців, які зазначають, зокрема, що інформація, яка має відношення до справи, яка відома певній особі, може бути отримана з такого джерела, як показання свідка, а якщо це інформація, якою володіє особа, якій було злочином заподіяно моральну, матеріальну або фізичну шкоду, джерелом доказів буде показання потерпілого [12, с. 252].

Варто також додати, що, на відміну від кримінального процесуального права, інші процесуальні галузі права України містять норми, відповідно до яких обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказу-

вання, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування (ч. 2 ст. 59 Цивільного процесуального кодексу України, ч. 4 ст. 70 Кодексу адміністративного судочинства України, ч. 2 ст. 34 Господарського процесуального кодексу України). Враховуючи вищезазначене, вважаємо необхідним закріплення подібного положення й у тексті кримінально-процесуального закону.

Висновки. Таким чином, незважаючи на легальне визначення поняття допустимості доказу, наведення орієнтовного переліку випадків визнання доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, недопустимими, доводиться констатувати, що правила допустимості (недопустимості) доказів не систематизовані в КПК України. З одного боку, це пояснюється тим, що вся кримінальна процесуальна діяльність певним чином поєднана з доказовою діяльністю суб'єктів кримінального провадження, а з іншого – формалізм у визначенні підстав визнання відомостей недопустимими полегшує правозастосування та врешті-решт сприяє досягненню завдань кримінального провадження.

Література

1. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе / В.В. Золотых. – Ростов-на-Дону : Феникс, 1999. – 288 с.
2. Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве / Н.М. Кипнис. – М. : Юристъ, 1995. – 128 с.
3. Костаков А.А. Допустимость и принадлежность доказательств : [конспект лекций] / А.А. Костаков. – Л. : Ин-т усоверш. следств. работников, 1991. – 16 с.
4. Уголовный процесс : [учебник] / [А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский] ; под общ. ред. А.В. Смирнова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : КНОРУС, 2008. – 704 с.
5. Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств / Г.М. Резник. – М. : Юридическая литература, 1977. – 117 с.
6. Барабаш А.С. Механизм установления свойств и характеристик доказательств / А.С. Барабаш // Вестник Красноярского государственного университета. Серия «Гуманитарные науки». – 2005. – № 6. – С. 181–185.
7. Сівочек С.М. Оцінка джерел доказів у кримінальному процесі : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С.М. Сівочек ; Нац. академія внутр. справ України МВС України. – К., 2003. – 17 с.
8. Гридчин А.А. Обеспечение допустимости доказательств на предварительном следствии: процессуальные вопросы : автореф. дисс. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / А.А. Гридчин ; Юридический институт МВД Российской Федерации. – М., 1999. – 21 с.
9. Сутягин К.И. Основания и процессуальный порядок исключения недопустимых доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу : дисс. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / К.И. Сутягин ; Санкт-Петербургский университет МВД России. – СПб., 2007. – 213 с.
10. Пилюгина Н.Н. Свобода оценки доказательств в уголовном судопроизводстве : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / Н.Н. Пилюгина ; Саратовский юридический институт МВД России. – Саратов, 2007. – 22 с.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / відп. ред. : С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. – Х. : Одіссей, 2013. – 1104 с.
12. Кримінально-процесуальне право України : [підручник] / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2009. – 815 с.
13. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 12 лютого 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3110860.

Анотація

Стоянов М. М. **Система правил допустимості доказів у кримінальному провадженні України.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню системи правил допустимості доказів у кримінальному провадженні за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Умови допустимості доказів класифіковано з використанням формально-юридичного методу наукового пізнання. Обґрунтовано виділення такого компоненту допустимості, як належне дослідження доказів. Вказано на необхідність систематизувати правила допустимості доказів шляхом викладення критеріїв допустимості в одній статті Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: доказування, докази, допустимість доказів, критерії допустимості.

Аннотация

Стоянов Н. Н. **Система правил допустимости доказательств в уголовном производстве Украины.** – Статья.

Статья посвящена исследованию системы правил допустимости доказательств по новому Уголовному процессуальному кодексу Украины. Условия допустимости доказательств классифицированы с применением формально-юридического метода научного познания. Обосновано выделение такого компонента допустимости, как надлежащее исследование доказательств. Указано на необходимость систематизировать правила допустимости доказательств путем изложения критериев допустимости в одной статье Уголовного процессуального кодекса Украины.

Ключевые слова: доказывание, доказательства, допустимость доказательств, критерии допустимости.

Summary

Stoyanov M. M. **System rules the admissibility of evidence in criminal proceedings Ukraine.** – Article.

The article is devoted research of the system of rules of admission of proofs on the new Criminal judicial code of Ukraine. The terms of admission of proofs are classified with the use of formal-juridical method of scientific cognition. The selection of such component admission as proper research of proofs is grounded. A necessity to systematize the rules of admission of proofs by exposition of criteria admission in one article of the Criminal judicial code is indicated.

Key words: proving, proofs, admission of proofs, terms of admission.

УДК 343.621(477)

Н. Л. Березовська

УБИВСТВО З МИЛОСЕРДЯ?

Постановка проблеми. Часто аборт за бажанням обґрунтовують милосердям до ненародженої небажаної дитини. Чи так це? Право людини на життя закріплюється в ч. 1 ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (1966 р.), у ч. 1 ст. 2 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (1950 р.), у ст. 1 Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари (1983 р.), у ст. 2 Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини (1995 р.), у ст. 27 Конституції України (1996 р.), у ст. 281 Цивільного кодексу України (2003 р.).

Конституція України проголошує життя особи найвищою соціальною цінністю [1].

Цивільний кодекс України містить окрему ст. 281 під назвою «Право на життя» (зі змінами, внесеними згідно із Законом України № 2135-IV (2135-15) від 02.11.2004 р. – *Н. Б.*):

© Н. Л. Березовська, 2013

«1. Фізична особа має невід'ємне право на життя.

2. Фізична особа не може бути позбавлена життя.

Фізична особа має право захищати своє життя та здоров'я, а також життя та здоров'я іншої фізичної особи від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом.

3. Медичні, наукові та інші досліди можуть провадитися лише щодо повнолітньої дієздатної фізичної особи за її вільною згодою.

Клінічні випробування лікарських засобів проводяться відповідно до закону (ч. 3 ст. 281 доповнено абз. 2 згідно із Законом України № 3323-VI (3323-17) від 12.05.2011 р. – *Н. Б.*)

4. Забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя.

5. Стерилізація може відбутися лише за бажанням повнолітньої фізичної особи.

Стерилізація недієздатної фізичної особи за наявності медичних показань може бути проведена лише за згодою її опікуна, з додержанням вимог, встановлених законом.

6. Штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки.

У випадках, встановлених законодавством, штучне переривання вагітності може бути проведене при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів.

Перелік обставин, що дозволяють переривання вагітності після дванадцяти тижнів вагітності, встановлюється законодавством (встановлений постановою Кабінету Міністрів України від 15.02.2006 р. № 144-2006-п – *Н. Б.*).

7. Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством» [2].

У кримінальному праві України злочини проти життя містяться в розділі II Особливої частини [3].

Водночас визначення терміна «життя» законодавець не закріплює ні в диспозиціях статей, ні в можливій примітці до норми.

Це не викликало б заперечення, якби під час кваліфікації діяння не викликало так багато суперечок із приводу того, чи варте життя ненародженої дитини уваги держави.

Аналіз досліджень і публікацій. Проблемами захисту життя в кримінальному праві займалися вітчизняні науковці М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.О. Глушков, В.К. Грищук, В.Т. Дзюба, М.Й. Коржанський, В.О. Навроцький, В.І. Осадчий, В.В. Сташис, С.С. Яценко та інші.

Значну увагу розробці цієї проблематики приділяють і російські вчені, зокрема М.К. Аніянц, С.В. Бородін, М.І. Загородніков, А.А. Піонтковський, Е.Ф. Побігайло, М.Д. Шаргородський та інші.

Однак вирішення проблеми захисту права на життя ненародженої дитини ще не знайдено.

Мета статті – розкрити питання захисту життя до його остаточного правильного закріплення в законодавстві з огляду на крайню важливість теми для людського буття.

Виклад основного матеріалу. Християни знають відповідь на питання про захист життя, у тому числі ненародженої дитини. Їх однозначна відповідь є такою: право на життя дано Господом, тому не може самовільно відбиратися іншими особами, навіть найдорожчими (матір'ю та батьком).

Чому ж в Україні, історично християнській державі, право на життя фактично стало зневажатися? Чому вбивають ненароджених дітей, які в майбутньому, можливо, стали б гідними членами суспільства, допомогою в старості своїм близьким? Як це могло статися в державі, де в часи Великої Вітчизняної війни смертність серед новонароджених була нульовою, де притулки для дітей не створювалися, оскільки дітей брали на виховання інші люди, де сиріт поважали й допомагали їм?

Допустимою є позиція Е. Йічинського: якщо буде невизначеність у відповіді, то ми повинні дотримуватися тих суджень, які висловлюються на користь життя. Це один із принципів гуманізму: не забивають у труну тіло, доки не переконаються, що воно мертве; мисливець не стріляє, доки не переконається, що в кущах стоїть олень, а не інший мисливець. Тобто невизначеність повинна вирішуватися на користь життя. Якщо ж ембріон – людина, то ми повинні повною мірою надати йому або їй права людини, у тому числі й право на життя [4].

Життя починається із зачаття, тому й захищати ненароджену особу повинна не лише мати за власним бажанням, а й інші особи, держава.

На практиці застосування норм щодо захисту життя починається з моменту народження. Вважаємо, що відбувається підміна понять «життя» і «народження». І Конституція України, і Кримінальний кодекс України проголосили захист життя особи, а фактично захищається лише та частина життя, яка починається з моменту народження. Цивільне право України захищає матеріальні права дитини, у певних випадках і до її народження. Проте чи можуть матеріальні права бути важливішими за право на життя?

Кримінальний кодекс України в ст. 134 «Незаконне проведення аборту» закріплює кримінальну відповідальність за такі дії:

«1. Проведення аборту особою, яка не має спеціальної медичної освіти, карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до двох років.

2. Незаконне проведення аборту, якщо воно спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої, карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого».

Тобто за ч. 1 ст. 134 Кримінального кодексу України (далі – КК України) злочин є невеликої тяжкості, а за ч. 2 ст. 134 – середньої тяжкості. Максимальне за суворістю покарання за наявності похідних наслідків – п'ять років позбавлення волі. Однак на практиці за саме вбивство ненародженої дитини відповідальність взагалі відсутня, при цьому «гуманно» ставляться до осіб, які проводять незаконні аборти.

Так, згідно з витягом з ухвали судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 06.03.2001 р. слідує, що за незаконне проведення аборту за

сукупністю злочинів Х. визнано винною в тому, що вона як лікар-гінеколог незаконно проводила аборти й неодноразово отримувала за це винагороду від громадян шляхом вимагання та у великих розмірах. За що її засудили до 1 року позбавлення волі та за амністією звільнили від призначеного покарання [5].

У Єдиному державному реєстрі судових рішень у кримінальних справах ст. 134 КК України згадується на 343 сторінках, при цьому на одній сторінці 25 записів. Проте ні мати, на лікар чи інші особи не несуть відповідальності за вбивство цієї дитини.

Згідно із законодавством не вважається вбивством «штучне переривання вагітності» до 12 тижнів, коли дитина в утробі матері вже смокче пальця, у неї наявне серцебиття; а після цього строку (до 22 тижнів) – «у випадках, встановлених у законі».

Закон України «Про внесення змін до ст. 281 Цивільного кодексу України» від 02.11.2004 р. № 2135-15 при цьому закріпив, що в абз. 2 ч. 5 слова «та соціальних» виключити; в абз. 2 ч. 6 слова «двадцяти восьми» замінити словами «двадцяти двох»; в абз. 3 ч. 6 слова «за медичними та соціальними показаннями» виключити; ч. 7 викласти в такій редакції: «7. Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством». Цей закон набрав чинності 01.01.2005 р.

Юристи, закріплюючи можливість вбивати ненароджених дітей, примушують ставати вбивцями лікарів, які за своєю суттю повинні захищати життя. Розповсюдженою є точка зору щодо зміни свідомості таких осіб: «Відомо, що вбивство, пролиття крові, страждання жертви викликають у маніяків задоволення, те саме відчувають лікарі, які роблять аборти. Як правило, лікаря-гінеколога, який практикує аборти, розглядають як звичайну людину, як звичайного лікаря, тільки такого, який займається гріховним ремеслом. І зовсім забувають про те, що саме це гріховне ремесло призводить до однієї з найстрашніших людських пристрастей – жадоби крові й отримання задоволення від вбивства, які накопичуються як сніжний ком і вимагають нових і нових жертв. Такі лікарі люблять робити аборти. А ось до пологів ставлення в них інше. Є навіть термін «акушерська агресія». На підсвідомому рівні вони сприймають кожну породіллю як потенційну клієнтку свого абортарію, яка, замість того щоб принести задоволення, не пішла на аборт, а народила дитину» [6].

Уже не має сумнівів, що дитина, яку вбивають до народження, є живою, відчуває страх перед смертю, намагається врятуватися [7]. Соціальна й медична сторона проблеми неодноразово висвітлювалися [8; 9; 10]. Неодноразово зазначалися негативні наслідки абортів, або, як зараз висловлюються, «переривання вагітності». Так, наприклад, наводиться така невтішна статистика, переважно в Росії: «Кожного дня під час протизаконних абортів, які виконуються в країнах, де вони заборонені, гинуть понад 200 жінок, а за рік, таким чином, вмирає 70 тисяч людей у світі. Щорічно в Росії відбувається 2,5 мільйони офіційних абортів. Лише одна з трьох вагітностей у Росії зберігається. Дві штучно перериваються. Кожна третя жінка до 24 років і 8 із 10 жінок до 44 років хоча б раз зробили аборт. Через абор-

ти та захворювання, що передаються статевим шляхом, 17% сімейних пар у Росії не можуть мати дітей. 25–30% материнської смертності та 20–25% перинатальної (загибелі дітей із 28 тижнів вагітності до 7 днів після народження) – наслідки зроблених раніше абортів. У 2005 р. в Росії було зроблено 1 611 тис. абортів. У середині 1990-х рр. на одну народжену дитину припадало 2 аборти, тепер же кількість абортів майже зрівнялася з кількістю народжень, тобто мами вбивають стільки ж дітей, скільки народжують» [11].

На сайті акушерства й гінекології зазначається: «Аборт – це переривання вагітності на будь-якому її строку<...>. Аборт – це видалення вже зародка, який утворився. Тобто це завжди вбивство живої істоти, незалежно від термінів (до затримки, після <...>), способів (медикаментозний, інструментальний, вакуум <...>) і розмірів зародка (міні чи не міні)» [12; 13].

До Постанови Кабінету Міністрів України від 15.02.2006 р. № 144 діяла Постанова Кабінету Міністрів України від 12.11.1993 р. № 926, згідно з якою строки штучного переривання вагітності були до 28 тижнів, а показників, які тоді називалися «медичні та соціальні», було трохи більше. Що стосується медичних, то чомусь (не володіючи спеціальними знаннями, важко претендувати на достовірність висновку щодо переліку медичних показників) змінилася також їх назва в деяких випадках, наприклад, раніше вживалося поняття «новоутворення», а зараз – «злоякісні новоутворення».

До соціальних показань, за наявності яких могло проводитися штучне переривання вагітності від 12 до 28 тижнів, належали такі:

– наявність трьох і більше дітей;

– розлучення під час вагітності;

– смерть чоловіка під час вагітності;

– вагітність внаслідок зґвалтування;

– перебування жінки або її чоловіка в місцях позбавлення волі;

– позбавлення жінки батьківських прав;

– наявність у жінки дитини-інваліда;

– тяжке захворювання або травма чоловіка, що зумовили його інвалідність під час вагітності дружини [14].

Порівнюючи вказані постанови, ми можемо дійти висновку, що хоч окремо й не наведено соціальні показники, вони є. Напевно, до них можемо віднести такі: народження дітей із підтвердженим діагнозом спадкових захворювань та гетерозиготне носійство подружжям мутантних генів, що зумовлюють спадкові захворювання (як виправдання – пренатальне підтвердження діагнозу в плода із застосуванням інвазивних досліджень); вагітність внаслідок зґвалтування. До них знову додано вікові показники. Так, показаннями до штучного переривання вагітності, згідно з чинною постановою Кабінету Міністрів України, є вік (до 15 та після 45 років). Раніше в графі «Фізіологічний та інший стан» зазначалося про стан фізичної незрілості організму жінки – до 18 років (це при тому, що до набрання чинності Цивільним кодексом України шлюбний вік для жінки був 17 років без його зниження), стан загасання функції репродуктивної системи жінки – 45 років; стан після оперативного втручання, пов'язаного з вилученням життєво важливого органа.

Однак знову зводиться не до захисту життя ненародженої дитини, яка, як вважаємо, не може бути позбавленою права на життя відповідно до закріплення в ст. 281 Цивільному кодексі України. Навіть незважаючи на те, що ніхто у світі й серед чужих або рідних не захищає її право. Як же розуміти абз. 2 ч. 3 ст. 281 Цивільного кодексу України? Можливо, згідно з чинним законодавством тоді слід було б додати «крім ненароджених дітей, які не можуть захищатися»?

Вважаємо, що виправити ситуацію, яка склалася, можна декількома альтернативними шляхами: 1) закріпивши поняття «життя» в примітці до ст. 115 КК України; 2) роз'яснити значення терміна «життя» в постанові Пленуму Верховного Суду України.

Вносити зміни до КК України не буде потреби, оскільки «спричинення смерті іншій особі» поглинає також випадки вбивства ненародженої дитини.

Під час кваліфікації тяжких тілесних ушкоджень за ознакою «переривання вагітності» дії винної особи слід додатково кваліфікувати як вбивство.

Під час незаконного проведення аборту також повинна йти додаткова кваліфікація дій винних за вбивство маленької особи.

Висновки. Отже, кримінальне право, яке покликане захищати найбільш важливі суспільні відносини, не може «залишатися осторонь» найбільш цінних суспільних відносин – щодо захисту життя. Життя будь-якої особи повинне захищатися законом. Недопустимо говорити про правову державу там, де вчиняються вбивства за законним дозволом держави.

Література

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
3. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
4. Йичинский Э. Материализм о начале жизни / Э. Йичинский [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.noabort.net/materialism1.
5. Витяг з ухвали судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 06.03.2001 р. № 0060700-01 // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 3.
6. Открывая истину об абортах, освобождаем от заблуждений об абортах [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravdaobaborte.blogspot.com.
7. Безмолвный крик [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://theme.orthodoxy.ru/abort/natanson.html.
8. Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 1 : Пусть он увидит Солнце. – 1998 ; Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 2 : Аборт: медицинские и социальные аспекты. – 2004 ; Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 3 : Не убий! Нерожденные хотят жить! – 1995 ; Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 4 : Тяжелая правда. – 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.youtube.com/watch?v=0AcSywnuefk.
9. Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 5 : Русский крест. – 2006 ; Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 6 : Русский крест (фильмы Г. Царевой и Е. Козенковой). – 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.youtube.com/watch?v=ZxHiSXlqxkg.
10. Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 7 : Рожать или не рожать. – 2005 ; Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 8 : Ролики против абортов. – 2001–2009 ; Аборт – вся правда : в 9 ч. // Специальный корреспондент. – 1983–2009. – Ч. 9 : Аборты. – 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rutor.org/torrent/25514/abor.

11. Аборт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vpologenii.com/abort.
12. Акушерство и гинекология. Правда об абортах [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rusmg.ru/fordoctor/akig/abort.shtml.
13. Малярская Мария Михайловна // Библиотека доктора Соколова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.med2000.ru/malarsk.htm.
14. Про порядок штучного переривання вагітності від 12 до 28 тижнів : Постанова Кабінету Міністрів України від 12.11.1993 р. № 926 // http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/926-93-%D0%BF.

Анотація

***Березовська Н. Л.* Убивство з милосердя?** – Стаття.

У статті аналізується законодавство України, наводяться погляди на проблему вбивства ненароджених дітей за бажанням матері, пропонуються шляхи захисту життя з моменту зачаття.

Ключові слова: життя, аборт, момент початку життя, момент народження.

Аннотация

***Березовская Н. Л.* Убийство из милосердия?** – Статья.

В статье анализируется законодательство Украины, подаются взгляды на проблему убийства нерожденных детей по желанию матери, предлагаются пути защиты жизни с момента зачатия.

Ключевые слова: жизнь, аборт, момент начала жизни, момент рождения.

Summary

***Berezovska N. L.* Killing with kindness?** – Article.

This article analyzes the legislation of Ukraine, represented looks at the problem killing unborn children at the request of the mother, the ways of protecting life from the moment of conception.

Key words: life, abortion, beginning of life at birth.

УДК 343.141/143

І. Г. Івасюк

ЗНАЧЕННЯ ПОХІДНИХ ДОКАЗІВ ДЛЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Серед основоположних категорій кримінального процесу теорія доказів посідає одне із центральних місць. З метою вироблення єдиного підходу до розуміння змісту доказів у кримінальному процесуальному законодавстві України передбачено легальну дефініцію цього поняття та закріплено перелік його джерел (ст. 84 Кримінального процесуального кодексу України) [1]. А в теорії доказів із метою належної систематизації фактичні дані можна класифікувати за певними ознаками, їм об'єктивно властивими. Це передбачає їх поділ на окремі групи, що мають відносну самостійність. Однією із загальноприйнятих традиційних груп класифікації доказів у кримінальному процесі є їх поділ на первинні та похідні. З одного боку, необхідність такої класифікації сумнівів не викликає. З іншого боку, значення похідних доказів у процесі кримінально-процесуального доказування фактично не було об'єктом наукового вивчення в сучасних умовах розвитку кримінального судочинства загалом та теорії доказів зокрема.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз сутності похідних доказів у вітчизняному кримінальному процесі можна зустріти в роботах В.П. Бож'єва,

© І. Г. Івасюк, 2013

В.Г. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, Є.Г. Коваленка, Ф.М. Кудіна, В.Я. Лівшица, І.М. Лузгіна, В.Т. Нора, М.С. Строговича, С.М. Стахівського, Ф.Н. Фаткулліна, В.М. Хотенця, М.Є. Шумила, В.Ю. Шепітька та інших науковців, які досліджували їх частково щодо основних об'єктів наукового пошуку.

Формулювання мети статті. У такому випадку проблеми, пов'язані з доцільністю розмежування доказів на первинні й похідні, їх значенням для кримінально-процесуального доказування, набувають особливої актуальності, що виступає метою статті та сприяє формулюванню на цій основі відповідних висновків.

Виклад основного матеріалу дослідження. У теорії кримінального процесу та доказовому праві під первинними доказами розуміють відомості про факти, отримані з першоджерел (показання очевидця, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого; відомості, що містяться в оригіналі документів). А під похідними – докази, які отримано не з першоджерела, а «з інших рук» (копія оригіналу документа, показання особи, відомості, які вона отримала безпосередньо від очевидця, потерпілого чи опосередковано зі слів підозрюваного, обвинуваченого) [2, с. 374]. Тому первинними є докази, які отримано з першоджерела, тобто таких джерел, у яких факт отримав безпосереднє відображення. У свою чергу похідними є докази, які не є результатом безпосереднього відображення злочину, проте за своїм змістом відображають властивості первинних джерел інформації про нього [3, с. 33].

Роль похідних доказів у кримінальному судочинстві обумовлюється насамперед їх суттєвим значенням для формування доказової бази кримінального провадження. Якщо навіть не брати до уваги докази, що містяться в процесуальних документах, без яких не може існувати жодна кримінальна справа, то й у такому випадку похідні відомості та їх джерела зустрічаються в практичній діяльності доволі часто [4, с. 145].

Однак у теорії кримінального процесу загалом та доказовому праві зокрема можна зустріти позиції, у яких помилково обмежується застосування похідних доказів як самостійних фактичних даних лише тими випадками, коли їх першоджерела виявляються недоступними. Подібний погляд необґрунтовано применшує значення похідних доказів, зводить їх до рівня допоміжних порівняно з первинними доказами. Так, на думку А.Я. Вишинського, допустимість використання похідних доказів проявляється лише у випадках, коли неможливо отримати фактичні дані з першоджерела [5, с. 256]. Похідні докази, як зазначає В.Я. Лівшиц, можуть покладатися в основу вироку лише тоді, коли не існує жодної можливості використовувати першоджерела. У випадку, коли слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд у процесі особистого дослідження спираються на першоджерело, використовувати похідні докази з приводу цього факту вже неможливо [6, с. 112].

Проблема застосування в процесі доказування в кримінальному провадженні похідних доказів тісно пов'язується з реалізацією положень засади безпосередності дослідження показань, речей і документів. Зокрема, згідно зі ст. 23 Кримінального процесуального кодексу України суд досліджує докази безпосередньо, а показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не можуть

визнаватися доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України [1]. Хоча нормативні вимоги засади безпосередності в кримінальному провадженні спрямовуються на те, щоб усі докази, у тому числі й похідні, застосовувалися в процесі доказування. Обов'язковість застосовувати первинні докази в процесі судового пізнання не виключає можливості застосування разом із ними й похідних доказів. При цьому суд не має права обґрунтовувати судові рішення доказами, які не було безпосередньо перевірено (досліджено) ним за участі сторін під час судового розгляду [7, с. 87].

Кримінально-процесуальна діяльність суб'єктів, які здійснюють кримінальне провадження, вказує на те, що за наявності первинних фактичних даних похідні докази не лише мають проміжне значення (для встановлення головного доказового факту), а й іноді є вкрай необхідними для встановлення певних обставин, що підлягають доказуванню. Адже в правозастосовній практиці відомі випадки, коли щодо одного й того ж факту первинного та похідного доказу слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд надають перевагу похідним фактичним даним, визнаючи в процесі кримінально-процесуального доказування недоброякісним їх першоджерело.

Доказове право, яке проголошує методом оцінки доказів внутрішнє переконання, не передбачає заздалегідь доказову цінність тих або інших фактичних даних, оскільки жоден доказ не має наперед встановленої сили. Роль доказів у кримінальному процесі, у тому числі й похідних, визначається слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом з огляду на обставини кримінального провадження. Однак для доказів у кримінальному процесі загалом, у тому числі для похідних фактичних даних, слід виділити найбільш типові, узагальнені випадки їх значення для кримінально-процесуальної діяльності.

Під час дослідження значення похідних доказів у процесі кримінально-процесуального доказування в теорії кримінального процесу загалом та доказовому праві зокрема традиційно вказується на такі обставини: 1) замінюють первинні докази; 2) слугують засобом перевірки первинних доказів; 3) роблять можливим відшукання первинних доказів [8, с. 267–268; 9, с. 28; 10, с. 98; 11, с. 82].

Погоджуючись у цілому з таким розумінням значення похідних доказів для кримінально-процесуального доказування, слід зазначити, що будь-який доказ, який виступає засобом виявлення першоджерела, або замінює собою недоступний для отримання первинний доказ, або контролює своїм змістом інформацію первинного факту. Водночас після виявлення першоджерела похідний доказ слугує засобом перевірки або заміни первинних фактичних даних. Крім того, з'ясовувати значення похідних доказів як засобу перевірки первинних доказів, на наш погляд, дещо неправильно. Оскільки в результаті зіставлення тих та інших фактичних даних достовірними визнаються не первинні, а похідні докази. А у випадку, коли похідні фактичні дані виступають основним доказом у кримінальній справі, їх значення для кримінально-процесуального доказування виходить за межі засобу перевірки, їм слід відводити важливішу роль.

Значення похідних доказів для виявлення першоджерела обумовлюється також тим, що вони завжди містять вказівку на походження закріпленої в них інформації. Водночас вказане значення похідних фактичних даних має місце лише за умови, коли до моменту їх отримання слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом першоджерело цих похідних доказів ще не виявлене.

За можливості похідних фактичних даних виявляти первинні докази основним вважається факт вказівки ними на першоджерело, а не зміст і характер їх відомостей. Із цього постає, що основна властивість похідних доказів полягає переважно в збиранні доказів, зокрема під час проведення первинних слідчих дій. При цьому якщо похідні фактичні дані вказують на прямі докази, то за допомогою подальшого отримання первинних прямих відомостей за умови їх достовірності іноді розкривається злочин [4, с. 150–151].

В окремих випадках в основі формування похідних доказів лежать проміжні ланки. Виявляючи кожний подальший доказ, слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд завдяки похідним фактичним даним отримує в підсумку першоджерело, тим самим забезпечуючи виконання завдань кримінального провадження [12, с. 160].

Важливу роль відіграють також ті похідні докази, за допомогою яких можна виявити непрямі первинні докази. При цьому похідні докази іноді виконують роль причини, на підставі якої формується слідча або судова версія.

Виявлення за допомогою похідних фактичних даних їх першоджерела не означає, що похідні докази стають зайвими, а тому втрачають надалі своє самостійне доказове значення. Навпаки, вони, як і будь-який інший доказ у справі, загалом формують доказову базу всього кримінального провадження та виступають її структурним елементом.

Доказове значення похідних фактичних даних залежить від ступеня їх повноти та від того, які факти й обставини встановлюються ними. За умови достовірності важливішими в процесі доказування будуть похідні відомості, які відтворюють головний факт, а не відомості, за допомогою яких пізнається доказовий факт. З декількох похідних доказів, що встановлюють лише головний або один і той же доказовий факт, перевагу слід надавати найбільш суттєвим, ґрунтовним і категоричним фактичним даним. Повнота, всебічність похідних доказів, першоджерела яких не встановлено, має важливе значення для виявлення інших фактичних даних, які також використовуються для пізнання досліджуваного факту. Залучення іншої доказової інформації в сукупності з похідними доказами суттєво полегшує їх перевірку та оцінку, тим самим забезпечуючи достовірне встановлення пізнаваного факту [4, с. 153–154]. Ці похідні докази притаманні провадженню в справах про вбивства, про нанесення тяжких тілесних ушкоджень, у результаті яких настала смерть потерпілого, тощо. За відсутності в таких категоріях справ первинного доказового матеріалу похідні показання набувають важливого значення з метою встановлення обставин, які підлягають кримінально-процесуальному доказуванню.

Не менш важливу роль відіграють похідні докази також за їх спільного використання з первинними фактичними даними. Вдаватися до оперування похідними відомостями доводиться у випадках недостатності або сумнівності доказового

матеріалу, який знаходиться в розпорядженні суб'єктів, які здійснюють кримінальне провадження щодо встановлюваного факту [13, с. 146–147].

Під час спільного використання первинних і похідних доказів слід вказати на їх особливості. По-перше, похідні фактичні дані «підкріплюють» і підтримують первинні докази, які лежать у їх основі. Оскільки в кримінальному провадженні зустрічаються первинні докази, у яких може міститися суперечлива або непослідовна інформація, то похідні докази часто сприяють з'ясуванню ступеня вірогідності й категоричності такої інформації, тобто в певній частині первинні відомості є істинними, а в іншій – помилковими або неправдивими. А по-друге, цим підтверджується диференційований підхід до відомостей, отриманих із первинних доказів, та усувається викривлене ставлення до них як до недоброякісних фактичних даних. Роль похідних доказів за спільного використання їх із першоджерелами полягає також у тому, що вони спростовують іноді первинні відомості та вказують на їх недоброякісність. В інших випадках, навпаки, похідні докази вказують на відсутність головного факту, а тому виступають у якості засобу, що встановлює невинуватість особи [14, с. 156–157].

Похідні докази можуть виконувати функцію спростування первинних відомостей, за допомогою якої встановлюється окрема сторона головного факту. Зокрема, похідні докази нерідко вказують на суб'єктивну сторону злочину, розкривають мотиви й мету його вчинення, що у свою чергу забезпечує правильну його кваліфікацію.

Нарешті, значення похідних доказів під час спільного використання з первинними доказами полягає в тому, що вони заповнюють собою відомості першоджерела. Відомості похідних джерел іноді більш детально та всесторонньо доповнюють своєю інформацією досліджуваний факт, ніж інформація, отримана з першоджерела. Зокрема, щодо показань свідка, потерпілого та обвинуваченого ця обставина може пояснюватися специфікою сприйняття й закріплення інформації в пам'яті осіб, а також проміжком часу, який триває між сприйняттям особою відомостей та передачею їх суб'єктам, які здійснюють кримінальне провадження. Якщо під час дослідження факту тривалої давності особа, яка надала похідні показання, володіє кращою пам'яттю, ніж очевидець, і якщо передача відомостей очевидцем цій особі відбулася відразу після сприйняття факту, то похідні показання можуть певною мірою заповнити або доповнити першоджерело своєю інформацією. Повнота й усебічність похідних показань обумовлюється також тим, що очевидець у процесі допиту може замовчувати певні факти про подію злочину. Водночас ці відомості було передано ним іншій особі, показання якої є похідними. Зі вказаних причин слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд посилаються іноді на похідні показання як на такі, що заповнюють інформацію першоджерела [15, с. 94–98]. Аналогічно похідні документи, які стосуються певних фактів, іноді містять інформацію, що може не відображатися в показаннях очевидця цих фактів із причин забуття. Особливо це стосується протоколів слідчих і судових дій.

Висновки. Отже, досліджуючи значення похідних доказів, слід вказати на їх важливу роль, яку вони виконують у процесі кримінально-процесуального доказування. Значення похідних фактичних даних виражається, по-перше, у тому,

що вони слугують засобами виявлення першоджерел, тобто первинних доказів. Завдяки властивості похідних доказів вказувати на їх першоджерело слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд сприймають і досліджують у кримінальному провадженні первинну інформацію. Виявлення за допомогою похідних відомостей первинних доказів, які за своєю природою є прямими, за умови їх достовірності сприяє реалізації завдань кримінального провадження. По-друге, похідні докази замінюють у багатьох випадках початкові фактичні дані, які через різні об'єктивні причини не можуть використовуватися суб'єктами, що здійснюють кримінальне провадження. По-третє, важливе значення мають похідні докази під час спільного використання їх із початковими фактичними даними, де в одних випадках вони підкріплюють їх, у других – вказують на їх недостовірність, а в третіх – заповнюють собою первинну інформацію.

Таке значення похідних доказів у кримінальному провадженні вказує на необхідність розробки відповідних правил і методів доказування з метою правильного оперування ними.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17.
2. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса : в 2 т. / М.С. Строгович. – М. : Наука, 1968– . – Т. 1. – 1968. – 470 с.
3. Юрчишин В.Д. Висновок експерта як джерело доказів у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / В.Д. Юрчишин ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 228 с.
4. Кудин Ф.М. Производные доказательства и их источники в советском уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; судоустройство; прокурорский надзор; криминалистика» / Ф.М. Кудин ; Свердловский юрид. ин-т. – Свердловск, 1966. – 295 с.
5. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве / А.Я. Вышинский. – Изд. 3-е, доп. – М. : Юридическая литература, 1950. – 308 с.
6. Лившиц В.Я. Принцип непосредственности в советском уголовном процессе / В.Я. Лившиц. – М. ; Л. : АН СССР, 1949. – 207 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України : [наук.-практ. коментар] / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстиніан, 2012. – 1224 с.
8. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Юридическая литература, 1973. – 736 с.
9. Коваленко Є.Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України : [підручник] / Є.Г. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 632 с.
10. Кримінальний процес України : [підручник] / за ред. Ю.М. Грошевого, В.М. Хотенця. – Х. : Право, 2000. – 496 с.
11. Уголовный процесс : [учебник для студ. вузов, обуч. по спец. «Юриспруденция»] / под ред. В.П. Божьева. – 3-е изд., испр. и доп. – М. : Спарк, 2002. – 704 с.
12. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания / Ф.Н. Фаткуллин ; науч. ред. : Я.С. Аврах. – Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1973. – 176 с.
13. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания / И.М. Лузгин. – М. : ВШ МВД СССР, 1969. – 178 с.
14. Стахівський С.М. Кримінально-процесуальні засоби доказування : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / С.М. Стахівський ; Нац. академія внутр. справ України. – К., 2005. – 414 с.
15. Шепітько В.Ю. Психологія судової діяльності : [навч. посібник] / В.Ю. Шепітько. – Х. : Право, 2006. – 160 с.

Анотація

Івасюк І. Г. **Значення похідних доказів для кримінально-процесуального доказування: питання теорії та практики.** – Стаття.

У статті досліджується значення похідних доказів для кримінально-процесуального доказування з позиції теорії та практики їх застосування. Досліджуючи значення похідних доказів, автор вказує на їх суттєву роль, яку вони виконують у процесі кримінально-процесуального доказування, та виділяє їх характерні особливості.

Ключові слова: докази, доказування, кримінальне провадження, класифікація доказів, похідні докази.

Аннотация

Ивасюк И. Г. **Значение производных доказательств для уголовно-процессуального доказывания: вопросы теории и практики.** – Статья.

В статье исследуется значение производных доказательств для уголовно-процессуального доказывания с позиции теории и практики их применения. Исследуя значение производных доказательств, автор указывает на их существенную роль, которую они выполняют в процессе уголовно-процессуального доказывания, и выделяет их характерные особенности.

Ключевые слова: доказательства, доказывание, уголовное производство, классификация доказательств, производные доказательства.

Summary

Ivasyk I. G. **The value of derivative evidence criminal procedure proving: theory and practice.** – Article.

In article are investigated meaning of derivative evidence criminal procedure proving from the position of the theory and practice of its application. Exploring the importance of derivative evidences author indicates their essential role which they perform in process of criminal procedure proving and points out their characteristic features.

Key words: evidence, proving, criminal proceedings, classification of evidence, derived evidence.

УДК 343.222.4:347.426.6(4/8)

І. М. Горбачова

ДЕРЖАВНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОМПЕНСАЦІЙНОЇ ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Постановка проблеми. Узагальнюючи статистичні дані за період дії Кримінального кодексу України 2001 р. щодо компенсації спричиненої злочином шкоди можна дійти маловтішних показників. В Україні в більше 60% випадків вчиненим злочином заподіювалася майнова шкода, у 30% – фізична, у більше ніж 50% – моральна [1]. Лише в 25–30% випадків спричинення шкоди матеріальну шкоду було відшкодовано повністю, в 11% – частково, і в більше ніж 60% випадків не відшкодовано зовсім. Не останню роль у цьому відіграє недосконаліть розвитку компенсаційної функції кримінально-правової політики України (яка вирішується переважно шляхом подання цивільного позову в кримінальному судочинстві).

Водночас світове співтовариство неодноразово наголошувало й наголошує зараз на необхідності приділення належної уваги питанням захисту жертв злочину, забезпечення компенсації в повному обсязі спричиненої злочином шкоди. Одними з вирішальних кроків у питанні вирішення проблеми відшкодування шкоди від злочину стали Європейська конвенція 1984 р. «Про компенсацію шкоди жертвам насильницьких злочинів», Рекомендації Європейського комітету ООН із проблем

© І. М. Горбачова, 2013

боротьби зі злочинністю «Про положення жертви злочину в системі кримінального права й процесу» 1985 р., рішення VII конгресу ООН із попередження злочинності й поводження з правопорушниками 1985 р., Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою 1985 р. тощо [2, с. 39].

Європейська конвенція про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів 1983 р. передбачає, окрім іншого, право на державну компенсацію для осіб, яким було спричинено серйозні тілесні ушкодження або погіршення здоров'я, які знаходяться в прямому зв'язку з умисним насильницьким злочином; для утриманців осіб, які загинули в результаті злочину, та інших [3, с. 83]. Цей нормативний акт вказує, що державна компенсація є винятковою, тобто вона виплачується лише тоді, коли відсутнє відшкодування шкоди з інших джерел (засобів злочинця, фондів соціального забезпечення, страхування). Декларація ООН 1985 р. також наголошує на справедливій реституції жертвам, їх сім'ям або утриманцям: «Урядам слід розглянути можливість включення реституції у свою практику, положення й закони в якості одного із заходів покарання в кримінальних справах на додаток до інших кримінальних санкцій (ст. 9) [4, с. 69]. У п. 12 вказаної Декларації щодо компенсації також говориться, що в тих випадках, коли компенсацію неможливо отримати в повному об'ємі від правопорушника або з інших джерел, державам слід вживати заходи щодо надання фінансової компенсації жертвам, які в результаті тяжких злочинів отримали значні тілесні ушкодження або істотно підірвали своє фізичне чи психічне здоров'я, сім'ям, зокрема утриманцям осіб, які померли або стали фізично чи психічно недієздатними в результаті такої віктимізації [4, с. 70]. Таким чином, міжнародні правові акти різного рівня закликають держави створити дієвий механізм відновлення порушених прав від злочину й компенсації спричиненої шкоди потерпілим та гарантувати державне забезпечення цього механізму. Більшість сучасних зарубіжних країн забезпечують державне гарантування компенсаційної функції кримінальної відповідальності. Тому дослідження зарубіжного досвіду в цій сфері є актуальним із погляду запозичення позитивних моментів для вдосконалення компенсаційної функції кримінальної відповідальності в Україні.

Стан дослідження. У кримінально-правовій науці компенсаційна функція кримінальної відповідальності в цілому висвітлювалася в роботах С.А. Александрова, П.В. Брусніцина, В.А. Булатова, І.А. Власенко, І.С. Власова, Н.А. Голованової, М.І. Володіна, Л.А. Воскобітової, М.І. Гошовського, Р.А. Сабітова, О.В. Грищука, І.В. Красницького, А.В. Єндольцевої, С.В. Землюкова. З.З. Зінатулліна, Х. Зер, Т.М. Клюканової, А.А. Лакеєва, Ж.В. Мандріченко, А.А. Меньших, В.О. Навроцького, С.В. Щербака, А.В. Савченко, В.О. Тулякова, М.І. Хавронюка, М.В. Щедріна та інших учених. Питанням державних гарантій компенсаційної функції кримінальної відповідальності в літературі приділяється досить незначна увага, незважаючи на те, що за останні п'ять років до розгляду Верховної Ради України вже чотири рази надавалися законопроекти щодо правового забезпечення державної компенсації потерпілому спричиненої від злочину шкоди (які було відхилено через недосконалість визначення механізму формування фонду компенсації, підстав здійснення таких виплат).

Метою статті є визначення сучасних тенденцій окремих зарубіжних країн (Великобританії, США, ФРН, Франції, Республіки Сан-Марино, Республіки Польща та інших) у питанні правового регулювання й визначення підстав і порядку здійснення компенсаційних виплат потерпілому від злочину, у тому числі за рахунок спеціально створених державних або громадських фондів компенсації.

Виклад основного матеріалу. Світовій практиці відомі декілька видів відшкодування шкоди, завданої злочином: у порядку реституції (відновлення), державна компенсація шкоди, примирення й посередництво (медіація) [5, с. 197]. На думку В. Варкалло, принцип реституції витікає із самого поняття компенсаційної функції, що має на меті усунення майнової шкоди, а не збагачення потерпілого. Він пов'язаний з ідеєю порівняльної справедливості, особливою формою якої можна визнати відповідальність із відшкодування шкоди в її компенсаційній функції [6, с. 206]. Відшкодування шкоди, відновлення порушених прав потерпілого в кримінальному праві є однією зі складових охорони законних інтересів і прав осіб, які потерпіли від злочинних посягань. Відповідальність із відшкодування шкоди (у тому числі кримінально значимої) заповнює три взаємопов'язані функції кримінальної відповідальності: каральну, превентивно-відновну, компенсаційну [7, с. 67]. Значення компенсаційної функції полягає в тому, що всі різновиди юридичної практики націлюються на відшкодування будь-якої матеріальної, майнової або моральної шкоди, яку заподіяно протиправними діями окремим особам, соціальним групам, суспільству й державі в цілому [8, с. 308].

У межах запропонованої тематики предметом дослідження є державна компенсація шкоди від злочину в зарубіжних країнах. У більшості європейських країн профілактичні проекти «компенсація замість покарання», «примирення замість покарання» (кримінальні закони ФРН, Франції, Іспанії, США, Республіки Польща тощо) користуються широкою популярністю та мають щодо деяких видів злочинів ефективну попереджувальну дію.

Англійське законодавство передбачає також обов'язок відшкодування шкоди, заподіяної жертвам злочинів. До ухвалення Закону про кримінальну юстицію 1988 р. виплата компенсації з боку держави жертвам будь-яких насильницьких злочинів здійснювалася за спеціальною Програмою компенсації шкоди особам, які постраждали від злочинів (діяла у Великобританії з 1964 р.) [2, с. 39]. Закон про кримінальну юстицію 1988 р. надав Програмі компенсації шкоди особам, які постраждали від злочинів, статутного характеру. У ст. 108 цього закону було надано поняття «шкода від злочинів»: шкода, заподіяна або самим злочином, або діями, пов'язаними із затриманням чи спробою затримання злочинця або підозрюваного, а також із попередженням або спробою попередження злочину та допомогою, наданою констеблеві [9]. До злочинів, збиток від яких відшкодовується державою, цей закон відносить такі: зґвалтування, напад, підпал, вибух із загрозою життя або майну, використання вогнепальної зброї з метою протидії арешту тощо, залякування й насильницькі заворушення, викрадення людей, незаконне позбавлення волі, інший злочин, спрямований з умислом на спричинення смерті або тілесних ушкоджень [10, с. 118]. Законом 1988 р. також було засновано Раду з компенсації шкоди від злочинів, яка є публічною корпорацією з незалежним майном.

Відповідно до положень Закону про повноваження кримінальних судів 2000 р. під час призначення покарання на додаток до будь-якого іншого покарання суди мають право видавати накази – Compensation orders against convicted persons [11], згідно з якими засуджені зобов'язуються виплатити компенсацію будь-якій особі, якій було завдано тілесних ушкоджень, витрати й шкоду в результаті злочину або ж сплатити витрати, пов'язані з похованням особи, чия смерть настала в результаті злочину. І.С. Власов, Н.А. Голованова наводять цікаві дані. У першій виданій інструкції в якості відправних засад видання таких наказів було запропоновано такі розміри компенсацій: за простий перелом носа – 550 фунтів стерлінгів; за перелом носа зі зміщенням – 850 фунтів стерлінгів; за втрату двох передніх зубів – 1 тис. 500 фунтів стерлінгів; за череворозтин – 2 тис. 750 фунтів стерлінгів; за зґвалтування (включаючи небезпеку зараження СНІДом) – 5 тис. фунтів стерлінгів; за шрам на обличчі неодруженого чоловіка (не менше дюйма) – 5 тис. фунтів стерлінгів; за шрам на обличчі незаміжньої жінки – 8 тис. фунтів стерлінгів тощо [12, с. 78].

Як вказує А.А. Лакеєв, у США цей вид державної діяльності правильніше було б назвати державною підтримкою осіб, які постраждали від злочинів [2, с. 41]. США бере на себе відповідальність за безпеку своїх громадян і забезпечення правосуддя, і в разі порушення такого «контракту» злочином потерпілі мають право вимагати державної компенсації шкоди.

У цій державі компенсація охоплює всі витрати: на консультацію (юридичну, психологічну), на медичну допомогу, на відшкодування тимчасової втрати заробітку. Уряд США розробив низку заходів, спрямованих на допомогу жертвам злочинів.

Ці заходи можна розділити на такі групи:

1) матеріальна компенсація – грошові виплати, які повинні сплатити або компенсувати медичну та іншу допомогу, необхідну постраждалій особі. Виплати здійснюються на основі спеціальних федеральних програм із Фонду допомоги жертвам злочинів (структурний підрозділ Міністерства фінансів США). Засоби Фонду допомоги жертвам злочинів накопичуються за рахунок штрафів, застав, митних зборів і судових витрат, які стягуються з порушників федеральних законів, і надходять не до бюджету, як, наприклад, у нашій державі, а на рахунок Федерального фонду допомоги жертвам [12, с. 85];

2) примусова реституція – під час проголошення вироку щодо підсудного, який визнається винним у скоєнні злочину, суд може винести постанову про реституцію [13, с. 85].

У ФРН діє спеціальний закон про захист і допомогу жертвам злочинів, існує велика кількість приватних служб допомоги жертвам злочинів. За даними депутата Бундестагу ФРН З. Каудера, фондом «Вайсринг» щорічно надається допомога потерпілим від злочинів у розмірі близько 10 млн євро. Питання про державну компенсацію шкоди у ФРН, окрім власне Кримінального кодексу ФРН, регулюється Законом «Про компенсацію жертвам насильницьких діянь» від 11.05.1976 р. (з наступними змінами). Відповідно до параграфа 1 цього закону особа, здоров'ю якої спричинено шкоду внаслідок умисного протиправного фізичного нападу на неї чи на іншу людину або під час правомірної оборони від такого нападу, може вимагати за це медичну й матеріальну компенсацію відповідно до норм Федераль-

ного закону про соціальне забезпечення (Bundesversorgungsgesetz) [14]. Також у Німеччині діє Закон про відшкодування шкоди жертвам злочинів (OEG) 1976 р. Цим законом держава гарантує особам, яким було спричинено шкоду здоров'ю в результаті вчинення проти них умисного злочину, лікування, пенсійне забезпечення або догляд відповідно до зробленої заяви.

Розвинена система відновлення прав жертв злочинів також у Франції. У цій країні система законів, які регулюють захист інтересів потерпілих і порядок виплати компенсації за заподіяну жертві злочину матеріальну й тілесну шкоду, сформувалася в 70–80-х рр. XX ст. та регулювалася переважно положеннями трьох законів. Перший закон – «Про відшкодування шкоди за тілесну шкоду, заподіяну потерпілому злочином» – було ухвалено 03.01.1977 р. [15, с. 159]. Він увів до Кримінально-процесуального кодексу Франції нові норми, які регулюють питання виплати компенсацій потерпілим від злочину. Завдяки цьому стало можливим отримання потерпілим компенсації за заподіяну шкоду до того моменту, коли злочинця буде віддано до суду, що має право винести, крім основного вироку, ухвалу про відшкодування шкоди. Другим став Закон «Про посилення безпеки й захисту свободи особи» від 02.02.1981 р. У липні 1983 р. було ухвалено Закон «Про посилення захисту жертв злочинів», що вніс доповнення й зміни до Кримінального кодексу Франції та Кримінально-процесуального кодексу Франції. Зміни стосувалися відшкодування шкоди потерпілому від кримінальних злочинів, виконавець яких є невідомим або неплатоспроможним [16, с. 88]. Закон розширив коло осіб, які мають право на компенсацію: не лише особі, яка постраждала від злочину, а й особі, якій було завдано тілесної або моральної шкоди. Фактично держава, хоч із певними застереженнями, перейняла на себе зобов'язання з виплати потерпілим від злочину матеріальної компенсації, не ставлячи їх тепер у повну залежність від успіху слідства, результату судового процесу або платоспроможності винного. Згодом держава в регресному порядку стягує витрати з виплати шкоди потерпілому зі злочинця.

Не останню роль у підтримці потерпілих у Франції відіграють громадські організації, наприклад «Паризька допомога жертвам злочинів». У 1986 р. Декретом «Про відшкодування потерпілим збитків, заподіяних їм терористичними актами» було засновано Гарантійний фонд, основним і єдиним обов'язком якого є виплата матеріальної компенсації жертвам терористичних акцій. Засоби Гарантійного фонду поповнюються за рахунок щомісячних процентних відрахувань, які виплачуються страховими організаціями або агентствами із суми внесків за договорами страхування майна. Сума, що підлягає відрахуванню, щорічно переглядається й затверджується міністром економіки та фінансів.

Окрім положень кримінального законодавства Іспанії, спрямованих на забезпечення відшкодування заподіяної від злочину шкоди винною особою, існують також інші нормативні акти, які передбачають захист порушених прав потерпілих. Зокрема, главу 4 Органічного закону від 26.12.1984 р. присвячено питанням відшкодування шкоди потерпілим, спричиненої в результаті вчинених терористичних актів. Ці положення було істотно розширено Королівським указом від 13.11.1998 р. «Про регулювання відшкодування шкоди жертвам озброєних бандитських формувань і терористичних елементів». Цей указ вносить зміни до Органічного закону в частині

відшкодування шкоди потерпілим і розвиває ст. 55-2 Конституції Іспанії, що уповноважує уряд встановити відповідні нормативи для забезпечення належних умов із відшкодування шкоди під час спричинення тілесних ушкоджень як наслідків злочинних дій озброєних бандитських формувань або терористичних елементів. Потерпілі мають право на компенсацію з боку Генерального бюджету держави, що бере на себе відповідальність за наслідки вчинених, проте таких, що залишилися непокараними, злочинів, а також у випадках нанесення тяжких тілесних ушкоджень жертвам озброєних бандитських формувань і терористичних елементів [17, с. 109].

У питанні компенсації кримінальне законодавство Республіки Сан-Марино перекликається з положеннями німецького кримінального законодавства. Кримінальний кодекс Республіки Сан-Марино розрізняє реституцію (повернення майна), компенсацію потерпілому від злочину, а також компенсацію на користь держави, в рахунок погашення понесених витрат, і відносить компенсацію до видів кримінально-правових зобов'язань засудженого. Стаття 140 Кримінального кодексу Республіки Сан-Марино передбачає такі види зобов'язань: оплата на користь постраждалого витрат за лікування, понесених інститутом громадської безпеки за час хвороби; відшкодування майнової шкоди, фізичної чи моральної шкоди або повернення майна, яким він заволодів чи присвоїв собі; сплата потерпілому процесуальних витрат і витрат, пов'язаних із наданням юридичної допомоги, тощо [18].

Польське кримінальне законодавство також багате на заходи реституції й компенсації. Разом з іншими «кримінально-правовими заходами» ст. 39 Кримінального кодексу Республіки Польща передбачає обов'язок відшкодувати шкоду, грошову компенсацію (nawiazka), грошову виплату (swiadczenie pieniezne) [20, с. 239]. Держава забезпечує реституцію – відновлення в первинному стані порушених суспільних відносин, що виходить із положень ст. 45 Кримінального кодексу Республіки Польща. Обов'язок відшкодувати шкоду встановлюється судом за таких умов: засудження особи за злочин, що спричинив смерть, тяжкий розлад здоров'я, порушення діяльності органів тіла чи розлад здоров'я, за злочин проти безпеки руху або злочин проти довкілля, власності чи господарського обігу; за заявою потерпілого або іншої уповноваженої особи; зобов'язання відшкодувати шкоду повністю або частково. З 2000 р. в разі засудження винного за злочини (якщо особа своїми діями викликала катастрофу або безпосередню небезпеку катастрофи під час руху сухопутного, водного чи повітряного транспорту, що загрожує життю, здоров'ю багатьох людей або майну у великих розмірах, а також здійснене військовослужбовцем), вчинені під час управління ним механічним транспортним засобом, якщо він був у стані сп'яніння чи під впливом одурманюючого засобу або втік із місця події, суд ухвалює рішення про виплату грошової компенсації на користь установи чи громадської організації, якій доручено або яка відповідно до свого статуту зобов'язується надавати допомогу особам, які постраждали в транспортних подіях [20]. У такому випадку встановлено найбільший розмір грошової компенсації – від триразової до стократної мінімальної заробітної плати на момент винесення ухвали в першій інстанції.

Висновки. На підставі розглянутих правових положень США, Великобританії, Іспанії, ФРН, Франції, Республіки Сан-Марино та Польщі в частині врегулювання

реституції й компенсації шкоди, заподіяної злочином, можна зробити висновок, що інститут компенсації є ефективним інструментом захисту та відновлення порушених прав і свобод потерпілих від злочину. Його ефективність визначається тим, що в цих країнах механізм компенсації шкоди, заподіяної злочином, передбачає як судовий спосіб захисту, так і можливість отримання компенсації через відповідні спеціальні комісії й фонди або від держави. Практично в усіх розглянутих країнах закони передбачають, окрім безпосередньої компенсації (від злочинця – потерпілому), також компенсацію шкоди від держави (держава – потерпілому, винний – державі). Це дозволяє гарантувати компенсаційні виплати жертві злочину навіть у тих випадках, коли злочинця не виявлено, він є неплатоспроможним та немає необхідності чекати закінчення судового провадження.

Чинний Кримінальний кодекс України, на жаль, не передбачає ні в якості покарання, ні інших заходів кримінально-правового впливу компенсацію та реституцію як обов'язку особи, яка заподіяла шкоду. Аналіз низки норм Загальної та Особливої частини Кримінального кодексу України дозволяє говорити про те, що такі заходи передбачено в кримінальному праві України в якості або заохочувальних норм, або умов звільнення особи від покарання та його відбування (ст. ст. 45, 46, п. п. 2 і 21 ст. 66, п. 4 ч. 2 ст. 105, п. 1 ч. 1 ст. 76, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 289 та інші норми Кримінального кодексу України). Однак, як показує практика, шкода, заподіяна злочином, відшкодовується не завжди й не в повному обсязі. Отже, потерпілий або взагалі не отримує компенсацію спричиненої шкоди, або отримує в такому розмірі, що не покриває навіть третини спричинених збитків. Тому перспективним вбачається подальший розвиток в Україні як компенсаційної функції кримінальної відповідальності, так і забезпечення її державного гарантування.

Література

1. Буряковская Т.В. Для украинской Фемиды преступник интереснее, чем потерпевший / Т.В. Буряковская [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lenta.com.ua/571900.html.
2. Лакеев А.А. Материальное возмещение вреда и помощь жертвам преступлений: проблемы, зарубежный опыт / А.А. Лакеев // Проблемы уголовной ответственности и наказания в условиях формирования правового государства : сб. науч. трудов / редкол. : А.А. Лакеев, Н.А. Огурцов, А.В. Сумачев, А.А. Чистяков. – Рязань : РВШ МВД РФ, 1994. – С. 38–46.
3. Европейская конвенция по возмещению ущерба жертвам насильственных преступлений (ETS № 116) от 24.11.1983 г. // Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. – М. : СПАРК, 1998. – С. 81–85.
4. Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью : утвержденная Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 40/34 от 29.11.1985 г. – М. : Международные отношения, 1989. – 88 с.
5. Воскобитова Л.А. Судебная власть и медиация. Идеи восстановительного правосудия / Л.А. Воскобитова // Юридические аспекты конфликтологии : сб. статей / под ред. И.В. Петровой. – Ставрополь : ООО «Ванг», 2000. – С. 191–202.
6. Кривощеков Н.В. Возмещение вреда, причиненного преступлением в форме реституции / Н.В. Кривощеков // Уголовное судопроизводство: проблемы теории, нормотворчества и правоприменения : сб. науч. трудов / под ред. О.Г. Ковалева. – Рязань : Академия права и управления Федеральной службы исполнения наказаний, 2006. – Вып. 1. – С. 203–208.
7. Любичева С.Ф. Защита потерпевшего от преступления: правовые аспекты / С.Ф. Любичева // Юрист. – 1998. – № 1. – С. 65–69.

8. Шаповалова Л.И. Возмещение потерпевшему вреда, причиненного преступлением, как способ обеспечения его прав и законных интересов / Л.И. Шаповалова // Конституційні гарантії захисту людини в сфері правоохоронної діяльності : матер. наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 24–25 вересня 1999 р.). – Дніпропетровськ : Дніпропетровський юридичний інститут МВС України, 1999. – С. 308–313.
9. Criminal Justice Act 1988 Chapter 33 Office of Public Sector Information [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1988/ukpga_19880033_en_1.
10. Зер Х. Введение в восстановительное правосудие / Х. Зер // Правосудие по делам несовершеннолетних. Перспективы развития : сб. статей. – Вып. 1. – М. : МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 1999. – С. 115–126.
11. Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 Chapter 6 Office of Public Sector Information [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000006_en_1.
12. Зарубежное законодательство в борьбе с терроризмом / [И.С. Власов, Н.А. Голованова, С.А. Ионцева, А.А. Меньших и др.] ; отв. ред. И.С. Власов. – М. : Городец-издат, 2002. – 144 с.
13. Уголовное право Соединенных Штатов Америки : сб. нормат. актов / сост., отв. ред. И.Д. Козочкин. – М. : Изд-во УДН, 1986. – 160 с.
14. О социальной помощи в Германии [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vorota.de/WEB455.AxCMS.
15. Меньших А.А. О возмещении ущерба жертвам преступлений во Франции / А.А. Меньших // Журнал российского права. – 1999. – № 3(4). – С. 158–165.
16. Уголовный кодекс Франции 1992 г. / под ред. Л.В. Головко. – М. : Юридический центр Пресс, 2002. – 650 с.
17. Уголовный кодекс Испании 1995 г. / под ред. Н.Ф. Кузнецовой. – М. : Зерцало, 1998. – 218 с.
18. Уголовный кодекс Республики Сан-Марино 1974 г. (состоянием на 2001 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://law.edu.ru/search/search.asp.
19. Пюрковска-Флегер И. Новый Уголовный кодекс Республики Польша (основные положения) / И. Пюрковска-Флегер // Актуальные проблемы государства и права на современном этапе : матер. Междунар. науч. конф. студ. и аспирантов (г. Минск, 27–28 октября 2000 г.) / под ред. В.М. Хомича. – М., 2001. – С. 237–241.
20. Уголовный кодекс республики Польша 1997 г. / под ред. Н.Ф. Кузнецовой. – М. : Тесей, 2001. – 128 с.
21. Про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди громадянам, які потерпіли від злочину : проект Закону України № 0907 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc2.

Анотація

Горбачова І. М. Державне забезпечення компенсаційної функції кримінальної відповідальності в кримінальному праві зарубіжних країн. – Стаття.

Статтю присвячено питанням правового регулювання й забезпечення компенсації спричиненої злочином шкоди в зарубіжних країнах. Виявлено, що кримінально-правову політику багатьох зарубіжних країн спрямовано на створення державних гарантій у питаннях компенсації шкоди потерпілому від злочину. Такий механізм дозволяє забезпечити компенсацію шкоди жертві у випадках, коли порушника не виявлено правоохоронними органами, він є неплатоспроможним, не може здійснити виплату до винесення вироку суду тощо.

Ключові слова: компенсація, матеріальна шкода, моральна шкода, потерпілий від злочину, жертва, кримінальна відповідальність, реституція, злочин.

Аннотация

Горбачева И. М. Государственное обеспечение компенсационной функции уголовной ответственности в уголовном праве зарубежных стран. – Статья.

Статья посвящена вопросам правового регулирования и обеспечения компенсации причиненного преступлением вреда в зарубежных странах. Выявлено, что уголовно-правовая политика ряда зарубежных стран нацелена на создание государственных гарантий в вопросах компенсации вреда потерпевшему от преступления. Такой механизм позволяет обеспечить компенсацию вреда жертве в случаях, если нарушитель не выявлен правоохранительными органами, неплатежеспособен, не может осуществить выплату до вынесения приговора судом и так далее.

Ключевые слова: компенсация, материальный вред, моральный вред, потерпевший от преступления, жертва, уголовная ответственность, реституция, преступление.

Summary

Gorbachova I. M. **Government support to the compensatory function of criminal responsibility in criminal law of foreign countries.** – Article.

Article is devoted questions of legal regulation and providing compensation to of harm caused by the offense in foreign countries. It was revealed that the criminal policy of several foreign countries aimed at establishing the state guarantees in matters of compensation to victims of crime. Such mechanism allows to provide compensation of damage to the victim in cases if the offender is not identified by law enforcement agencies, is insolvent, or to make a payment court before sentencing, etc.

Key words: compensation of the material damage, moral damage, victim of the offense, victim, criminal responsibility, restitution, crime.

УДК 343.223

Н. Г. Арманов

ОТКАЗ ОТ ПРИМЕНЕНИЯ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРИ СОВЕРШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТ. 355 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Постановка проблемы. Наличие уголовно-правовой нормы, содержащей признаки определенного состава преступления в Особенной части Уголовного кодекса Украины (далее – УК Украины), порождает потребность в определенных мерах уголовно-правового воздействия, которые должны предусматриваться за совершение такого деяния. Распространенной, но далеко не единственной такой мерой является уголовная ответственность. А.Н. Трайнин в свое время отмечал, что наличие в действиях субъекта признаков состава преступления в полной мере обосновывает применение к виновному санкций, однако из этого нельзя делать вывод, что наличие состава всегда и безусловно влечет уголовную ответственность [1, с. 331]. Средства уголовно-правового воздействия, не связанные с реализацией уголовной ответственности, находят все больше сторонников в юридических научных кругах, однако при этом достаточно редко рассматривается взаимодействие таких средств, установленных Общей частью УК Украины, с нормами Особенной части.

Анализ последних исследований. На сегодняшний день известными отечественными учеными-криминалистами Ю.В. Баулиным, А.А. Дудоровым, О.О. Книженко, В.Н. Куцом, Н.И. Хавронюком, П.В. Хряпинским, А.Н. Ященком и другими акцентируется внимание на необходимости расширения сферы уголовно-правовых мер воздействия, не связанных с непосредственной реализацией уголовной ответственности. Набирает обороты политика реституционного правосудия.

Целью статьи является экстраполяция отказа от применения уголовной ответственности на конкретный corpus delicti, предусмотренный действующей редакцией ст. 355 УК Украины, а также заложенный в теоретическую модель ответственности за нарушение порядка разрешения имущественных и неимущественных споров, ранее предложенную нами [2; 3].

Изложение основного материала. Актуальными становятся вопросы разработки конкретных способов воздействия на виновное лицо без использования инструментария уголовной ответственности, вопросы расширения сферы применения

© Н. Г. Арманов, 2013

этих способов и определения границ их использования. Мнения ученых иногда кардинально различаются: от полного отказа от института уголовной ответственности до эклектического объединения институтов освобождения от уголовной ответственности и освобождения от наказания (отбывания наказания). Превалирует в доктрине уголовного права точка зрения, что в современных условиях противодействие преступности не может основываться только на силовом и бескомпромиссном методе. Последний ориентирован прежде всего на жесткую кару, а не на достижение целей, которые ставятся перед правосудием, и часто не устраняет вредные последствия преступления, а отягощает их [4, с. 5–6; 5, с. 34].

В связи с этим продолжает развиваться сфера применения института освобождения от уголовной ответственности, что снижает уровень репрессивности уголовной политики, уменьшает материальные затраты на содержание органов уголовной юстиции и нагрузку на уголовно-исполнительные учреждения. При этом на практическом уровне сохраняется проблема разграничения освобождения от уголовной ответственности и освобождения от наказания или его отбывания. Пленум Верховного Суда Украины в п. 1 Постановления № 12 от 23.12.2005 г. «О практике применения судами Украины законодательства об освобождении лица от уголовной ответственности» (далее – Постановление) определил освобождение лица от наказания или его отбывания как отказ государства от применения в отношении лица, совершившего преступление, установленных законом ограничений определенных прав и свобод путем закрытия уголовного дела, которое осуществляет суд в случаях, предусмотренных Уголовным кодексом Украины, в порядке, установленном Уголовным процессуальным кодексом Украины. Доктрина уголовного права освобождение от наказания определяет как отказ государства в случаях, предусмотренных законом, от реальной уголовной ответственности, то есть от назначения лицу, виновному в совершении преступления, наказания или от его отбывания или дальнейшего отбывания. Различие между освобождением от уголовной ответственности и освобождением от наказания усматривают в том, что в первом случае государство отказывается от реализации потенциальной ответственности, а во втором – от реальной уголовной ответственности [6, с. 60].

Новый подход к уяснению сущности «освобождений» в уголовном праве и их разграничения предложил В.Н. Куц. Он указывает, что «освободиться от ответственности» означает избавиться от реально существующих отягощений, уже возложенных на субъекта. Поэтому то, что названо в действующем законодательстве освобождением от ответственности, на самом деле таковым не является. Освобождением от уголовной ответственности фактически является то, что названо в действующем законодательстве освобождением от наказания и его отбывания. А то, что сегодня именуется освобождением от уголовной ответственности, необходимо называть освобождением от привлечения к уголовной ответственности или отказом от применения уголовной ответственности [7, с. 252]. Такой подход является достаточно интересным и обоснованным в связи с разрешением целого ряда теоретических вопросов, что позволяет взять его за основу для этого исследования.

В Разделе IX Общей части УК Украины предусмотрено пять видов отказа от применения уголовной ответственности: в связи с деятельным раскаянием, в связи

с примирением виновного с потерпевшим, в связи с передачей лица на поруки, в связи с изменением обстановки, в связи с окончанием сроков давности.

Статьей 45 УК Украины предусматривается возможность отказа от применения уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием. Для этого обязательны такие условия: совершение преступления впервые, совершение преступления небольшой тяжести или неосторожного преступления средней тяжести, искреннее раскаяние, активное способствование раскрытию преступления, полное возмещение нанесенного ущерба или устранение причиненного вреда.

Схожий вид отказа от применения уголовной ответственности предусматривается ст. 46 действующего УК Украины в связи с примирением виновного с потерпевшим. Здесь также есть обязательные условия, большинство из которых совпадают с условиями предыдущего вида отказа: совершение преступления впервые, совершение преступления небольшой тяжести или неосторожного преступлении средней тяжести, примирение виновного с потерпевшим, возмещение нанесенного ущерба или устранение причиненного вреда. На первый взгляд применение указанных видов отказа от применения уголовной ответственности к лицам, которые принуждают потерпевшего к выполнению гражданско-правового обязательства (в действующей редакции ст. 355 УК Украины) или нарушают порядок разрешения имущественных или неимущественных споров (в предлагаемой редакции ст. ст. 355 и 356), не должно подвергаться никаким ограничениям, поскольку деяния, за которые ч. 1 ст. 355 УК Украины предусматривается ответственность, как в существующем виде, так и в предлагаемой редакции являются преступлением небольшой тяжести. Однако некоторые ученые выражают сомнения в универсальности отказа от применения уголовной ответственности в связи с примирением виновного с потерпевшим. Так, Ю.В. Баулин отмечает, что перечень преступлений небольшой тяжести, при совершении которых виновного можно освободить от уголовной ответственности по ст. 46 действующего УК Украины, ограничивается как по кругу их субъектов, так и по кругу пострадавших. При этом определяющим признаком он называет публичные функции, возложенные на потерпевшего или виновного при совершении преступления [6, с. 137]. Н.И. Хавронюк прямо указывает на невозможность примирения в уголовных производствах о преступлении, предусмотренном ст. 355 УК Украины, так как это преступление посягает в первую очередь на публичные интересы [8, с. 126].

Стоит заметить, что возложение на правоприменителя функции определения «публичности» нарушенных интересов неминуемо приведет к ошибкам и различным воззрениям на этот вопрос в практической деятельности. Поэтому реализация такого избирательного подхода на сегодня является нежелательной. Необходимо установить формальный признак, с помощью которого станет возможным безошибочное решение указанного вопроса. Пленум Верховного Суда Украины в п. 4 Постановления рекомендует судам в качестве такого признака личность потерпевшего, отмечая, что таковым может выступать только физическое лицо, которому преступлением причинен моральный, физический или имущественный вред и которое признано потерпевшим в соответствии с Уголовным процессуальным кодексом Украины. То есть освобождение от уголовной ответственности в связи с при-

мирением, по мнению Верховного Суда Украины, не возможно в случаях, когда в уголовном производстве никто не признан потерпевшим либо потерпевшим является юридическое лицо. Такой подход весьма сомнителен с точки зрения теории уголовного права и интересов участников производства по делу. Для разрешения поставленного вопроса необходимо установить сущность примирения виновного с потерпевшим, под которым понимают «спільні дії суб'єкта, який вчинив діяння, що містить ознаки кримінального правопорушення, і після цього відшкодував завдані ним збитки або усунув заподіяну шкоду, і потерпілого, який висловив своє задоволення вжитими щодо нього заходами й надав згоду на звільнення першого від притягнення до кримінальної відповідальності або на настання іншого кримінально-правового наслідку, юридично оформлені відповідною письмовою угодою» [9, с. 238]. Такая экспликация позволяет рассматривать примирение виновного с потерпевшим не только с точки зрения уголовного права. Ею также охватывается уголовно-процессуальная составляющая (соглашение о примирении). Однако нас интересует примирение виновного с потерпевшим именно как вид освобождения от уголовной ответственности, а не как особый порядок уголовного судопроизводства. Верховный Суд Украины указывает, что примирение виновного с потерпевшим необходимо понимать как акт прощения в результате свободного волеизъявления, исключающий какое-либо неправомерное влияние, независимо от того, какая из сторон была инициатором и по каким мотивам. Одной из составляющих примирения, позволяющей выяснить его природу, является возмещение нанесенного ущерба или устранение причиненного вреда. Некоторые авторы даже называют это сущностью примирения [10, с. 127]. Под возмещением ущерба понимают внесение лицом денежных средств или имущества в фонды физических или юридических лиц, которым причинен материальный вред в результате совершения преступления, в размере, эквивалентном понесенным потерям; под устранением вреда – ликвидацию фактических вредных последствий преступления и восстановление первоначального состояния предмета преступного посягательства [11, с. 6]. Пленум Верховного Суда Украины, выражая свою точку зрения по этому вопросу, отметил, что возмещение нанесенного ущерба или устранение причиненного вреда состоит в добровольном удовлетворении виновным или другими лицами, в частности родителями или близкими родственниками, обоснованных претензий потерпевшего о возмещении причиненного преступлением материального и морального вреда, заглаживании его другим способом, например путем публичного извинения за нанесенное оскорбление. Указанное позволяет констатировать, что при определении природы примирения необходимо исходить из двух факторов: во-первых, примирение – это определенная деятельность, а значит, может осуществляться только определенными субъектами; во-вторых, примирение должно включать в себя возмещение ущерба и/или устранение причиненного вреда. Более никаких требований непосредственно к акту примирения не предъявляется. В связи с этим необоснованной представляется позиция Пленума Верховного Суда Украины, ограничившего примирение по кругу субъектов (физические лица). Вред, причиняемый преступлением, может затронуть также интересы юридических лиц. Потерпевшее в результате совершения преступления, предусмотренно-

го ст. 355 УК Украины, юридическое лицо может быть заинтересовано в примирении с виновным для скорейшего возмещения причиненного вреда. Более того, действующий Уголовный процессуальный кодекс Украины в ч. 1 ст. 55 предусматривает возможность признания юридических лиц потерпевшими, что также подтверждает возможность примирения с юридическим лицом. Если же принимать во внимание, что на сегодняшний день ведется активная законотворческая работа по введению юридических лиц в круг субъектов уголовной ответственности, то ограничение круга субъектов примирения физическими лицами необходимо признать пережитком прошлого и ориентироваться на существующие или зарождающиеся в обществе правоотношения. Указанное свидетельствует о безосновательности ограничения круга субъектов примирения только физическими лицами, что актуализируется в рамках ст. 355 УК Украины.

Особого внимания заслуживает вопрос возможности примирения при причинении вреда публичным интересам, поскольку основной непосредственный объект преступления, предусмотренного ст. 355 УК Украины, – порядок разрешения имущественных и неимущественных споров – относится к публичной сфере. Как уже говорилось, высказываются мнения о невозможности применения ст. 46 УК Украины в такой категории дел. Однако в доктрине уголовного права такая позиция поддается обоснованной критике [12, с. 71], поскольку именно человеку либо общности людей причиняется вред [13, с. 46, 53, 60], что имманентно детерминирует наличие потерпевшего в том или ином виде.

Таким образом, не возникает никаких сомнений в возможности примирения лицами, в действиях которых содержатся признаки основного состава принуждения к выполнению или невыполнению гражданско-правовых обязательств, и лицами, нарушившими порядок разрешения имущественных или неимущественных споров без отягчающих обстоятельств (в случае реализации предложенных изменений).

Статьей 47 действующего УК Украины предусмотрена возможность отказа от применения уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки в таких случаях: преступление было совершено впервые, совершено преступление небольшой или средней тяжести, лицо искренне раскаялось, имеется ходатайство коллектива предприятия, учреждения или организации о взятии на поруки. То есть лицо, не признавшее себя виновным в совершении преступления, передать на поруки нельзя. Отказаться от применения уголовной ответственности по ст. 47 УК Украины можно только по ходатайству коллектива предприятия, учреждения или организации, членом которого является виновный. Учитывая ограничения тяжести преступлений, отказ возможен в отношении лиц, которые совершили принуждение к выполнению или невыполнению гражданско-правовых обязательств, признаки которого закреплены в ч. ч. 1 и 2 ст. 355 действующего Уголовного кодекса Украины. В случае совершения деяний, признаки которых предлагается закрепить в предложенных моделях ст. ст. 355 и 356 УК Украины, к виновному лицу уголовная ответственность также может не применяться на указанных основаниях. Однако учитывая то, что применение ст. 47 УК Украины является дискреционным для суда, необходимо заметить, что последний должен отклонить ходатайство трудового коллектива, учреждения или организации, если лицо нарушало поря-

док решения имущественных или неимущественных споров именно в интересах этого учреждения.

Отказ от применения уголовной ответственности в связи с изменением обстановки на основании предусмотрен ст. 48 УК Украины. Необходимыми для этого условиями являются такие: совершение преступления впервые, совершение преступления небольшой или средней тяжести, ко времени уголовного производства в связи с изменением обстановки совершенное лицом деяние должно утратить общественную опасность, или же лицо должно перестать быть общественно опасным. Лицо можно признать утратившим общественную опасность в случае, когда оно само или обстановка вокруг него претерпела такие изменения, которые исключают совершение им нового преступления. То есть лицо может быть освобождено от уголовной ответственности при совершении принуждения к выполнению или невыполнению гражданско-правовых обязательств только в тех случаях, когда его действия были квалифицированы по ч. ч. 1 и 2 ст. 355 УК Украины. Поскольку деяния, признаки которых предлагается предусмотреть в ч. ч. 1 и 2 ст. ст. 355 и 356, в соответствии с установленной классификацией также будут относиться к преступлениям небольшой и средней тяжести, при их совершении также возможен отказ от применения уголовной ответственности.

Некоторые ученые связывают с потерей лицом, когда-то совершившим преступление, общественной опасности также такое основание отказа от применения уголовной ответственности, как истечение сроков давности [14, с. 48]. Этот вид закреплен в ст. 49 действующего УК Украины. При этом продолжительность срока законодатель связал с тяжестью совершенного преступления и, соответственно, с видом и мерой предусмотренного санкцией статьи Особенной части Уголовного кодекса Украины наказания. Согласно этому к лицу, совершившему принуждение к выполнению или невыполнению гражданско-правовых обязательств, не применяется уголовная ответственность, если со дня совершения им преступления до вступления приговора в законную силу прошло три, пять и десять лет при квалификации его действий по ч. ч. 1, 2 и 3 ст. 355 УК Украины соответственно. В случае реализации предложений по изменению диспозиций ст. ст. 355 и 356 УК Украины при совершении лицом нарушения порядка разрешения имущественных или неимущественных споров к нему не применяется уголовная ответственность, если со дня совершения им преступления до дня вступления приговора в законную силу прошло три года (при квалификации его действий по ч. 1 предложенных проектов ст. ст. 355 и 356 УК Украины), пять лет (при квалификации его действий по ч. 2 предложенных проектов ст. ст. 355 и 356 УК Украины), десять лет (при квалификации его действий по ч. 3 предложенных проектов ст. ст. 355 и 356 УК Украины).

Изложенное позволяет сделать следующие выводы:

1) для отказа от применения уголовной ответственности к лицу, виновному в совершении преступления, предусмотренного ст. 355 УК Украины (либо предложенной моделью ст. ст. 355 и 356 УК Украины) на основании ст. ст. 45, 46, 48, 49 УК Украины, не существует каких-либо специфических ограничений;

2) имеющиеся в науке и обобщениях судебной практики точки зрения, ограничивающие применение ст. 46 УК Украины при совершении преступления, пред-

усмотренного ст. 355 УК Украины, не соответствуют действующему уголовному законодательству и приоритетам уголовной политики;

3) субъектами примирения при нарушении порядка разрешения имущественных и неимущественных споров могут быть как физические, так и юридические лица;

4) существует только одно ограничение, при наличии которого следует взвешенно подходить к решению вопроса об отказе от применения уголовной ответственности в отношении лиц, совершивших деяние, предусмотренное действующей редакцией ст. 355 УК Украины, или в случае принятия соответствующих изменений в действующее законодательство (предложенными проектами ст. ст. 355 и 356 УК Украины). Статья 47 УК Украины не может быть применена к физическим лицам, совершившим указанные правонарушения в интересах предприятия, учреждения или организации, которые подают ходатайство о взятии на поруки.

Литература

1. Трайнин А.Н. Состав преступления по советскому уголовному праву / А.Н. Трайнин. – М. : Госюриздат, 1951. – 388 с.
2. Арманов М.Г. Деякі аспекти вдосконалення законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за «самоправні» злочини / М.Г. Арманов / М.Г. Арманов // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». – Х. : Харківський нац. пед. ун-т ім. Г.С. Сковороди, 2007. – Вип. 9. – С. 119–126.
3. Арманов М.Г. Покарання за вчинення злочинів, передбачених статтями 355 та 356 КК України / М.Г. Арманов // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». – Х. : Харківський нац. пед. ун-т ім. Г.С. Сковороди, 2011. – Вип. 17. – С. 177–186.
4. Куц В.М. Новий погляд на предмет і метод кримінального права / В.М. Куц // Вчені записки Харківського економіко-правового університету. – 2004. – № 1. – С. 5–8.
5. Сухарева Н.Д. Освобождение от уголовное ответственности и охранительная задача уголовного законодательства / Н.Д. Сухарева // Российский следователь. – 2005. – № 8. – С. 33–35.
6. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності : [монографія] / Ю.В. Баулін. – К. : Атіка, 2004. – 296 с.
7. Куц В.М. Теорія кримінальної відповідальності : [навч. посібник] / В.М. Куц. – К. : Національна академія прокуратури України, 2012. – 300 с.
8. Хавронюк М.І. Приватне обвинувачення і примирення за кримінальним законодавством України та інших держав Європи / М.І. Хавронюк // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 120–126.
9. Куц В.М. Примирення учасників кримінально-правового конфлікту (кримінально-правовий аспект) : [монографія] / В.М. Куц, А.М. Ященко. – К. : Юрайт, 2013. – 328 с.
10. Ященко А.М. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим: причинно-факторний комплекс здійснення / А.М. Ященко // Право і безпека. – 2005. – № 4/2. – С. 124–128.
11. Житний О.О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.О. Житний ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – 20 с.
12. Куц В.М. Примирення як засіб поновлення прав потерпілого від примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань / В.М. Куц, А.М. Ященко // Відновне правосуддя в Україні: бюлетень : зб. матеріалів за 2009 р. – К., 2009. – № 1–2. – С. 68–73.
13. Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты / Г.П. Новоселов. – М. : Норма, 2001. – 208 с.
14. Мальцев В.В. Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности / В.В. Мальцев // Уголовное право. – 2006. – № 1. – С. 45–49.

Аннотация

***Арманов Н. Г.* Отказ от применения уголовной ответственности при совершении преступления, предусмотренного ст. 355 Уголовного кодекса Украины.** – Статья.

В статье анализируются предусмотренные в Разделе IX Общей части Уголовного кодекса Украины виды отказа от применения уголовной ответственности. Производится их экстраполяция на состав преступления, предусмотренный в ст. 355 Уголовного кодекса Украины. Делаются выводы об особенностях и некоторых ограничениях при применении отдельных видов отказа от уголовной ответственности в случаях совершения преступления, предусмотренного в ст. 355 Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: освобождение от ответственности, отказ от применения ответственности, принуждение к выполнению гражданско-правовых обязательств, примирение, передача на поруки.

Анотація

***Арманов М. Г.* Відмова від застосування кримінальної відповідальності під час вчинення злочину, передбаченого ст. 355 Кримінального кодексу України.** – Стаття.

У статті аналізуються передбачені в Розділі IX Загальної частини Кримінального кодексу України види відмови від застосування кримінальної відповідальності. Здійснюється їх екстраполяція на склад злочину, передбачений ст. 355 Кримінального кодексу України. Робляться висновки про особливості й деякі обмеження щодо застосування окремих видів відмови від кримінальної відповідальності під час вчинення злочину, передбаченого ст. 355 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: звільнення від відповідальності, відмова від застосування відповідальності, примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань, примирення, передача на поруки.

Summary

***Armanov M. G.* Rejecting the use of criminal responsibility in the commission of an offense under the Criminal Code of Ukraine art. 355.** – Article.

In the article Section IX of the General Part of the Criminal Code of Ukraine kinds rejection of the use of criminal responsibility has been referred. Extrapolation to the offense provided for in art. 355 of the Criminal Code of Ukraine has been produced. The conclusions are made about the features and some of the limitations in the application of certain types of non-criminal liability in cases of crime as provided in art. 355 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: release of liability, waiver of the application of liability, forced to perform civil obligations, reconciliation bail.

УДК 343.2.01(477)

М. П. Ігнатенко

ФУНКЦІОНАЛЬНА СПРЯМОВАНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЙ ЗЛОЧИНІВ ІЗ ПОДВІЙНОЮ ФОРМОЮ ВИНИ

На сучасному етапі розвитку правової думки права, свободи й законні інтереси кожної людини визнаються найвищою соціальною цінністю.

Обов'язком держави є забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів, а також їх захист у випадку порушення.

Одним із дієвих засобів захисту порушених прав, свобод і законних інтересів людини й громадянина є застосування кримінально-правових заходів впливу на злочинців.

При цьому вважаємо, що застосування цих заходів не повинне обмежуватися лише захистом порушених прав, свобод і законних інтересів людини й громадянина, а й бути надійним засобом їх відновлення.

Межі повноваження суду під час розгляду кримінальної справи під час обрання заходів кримінально-правового впливу на засудженого визначає кримінально-

© М. П. Ігнатенко, 2013

правова санкція. Від чіткості її побудови залежать питання, пов'язані з індивідуалізацією покарання, а тому ефективність кримінально-правових заходів залежить від її (кримінально-правової санкції) конструкції.

Оскільки до сфери дії кримінального закону потрапляють і злочинці, і потерпілі, норми кримінального права повною мірою повинні захищати права й інтереси як перших, так і других.

Дослідженням покарання та окремих питань конструювання й удосконалення інституту кримінально-правових санкцій займалися такі вчені, як Б.В. Волженкін, Н.О. Беляєв, В.М. Бурлаков, І.М. Гальперін, С.І. Дементьєв, Ю.А. Демідов, Т.А. Денисова, І.А. Зінченко, М.І. Ковальов, В.М. Коган, І.Я. Козаченко, А.П. Козлов, М.Й. Коржанський, Л.Л. Кругліков, В.М. Кудрявцев, Н.С. Лейкіна, О.М. Литвак, Н.А. Орловська, В.О. Туляков, Ю.В. Філей, О.Г. Фролова. Проте, незважаючи на велику кількість робіт, присвячених цій проблематиці, окремі питання вдосконалення кримінально-правових санкцій потребують подальшого наукового осмислення.

Слід констатувати, що в науці кримінального права недостатньо уваги приділялося розгляду кримінально-правових санкцій як елемента правового регулювання й охорони суспільних відносин, що відображає інтерес індивідуальних осіб, зокрема в злочинах із подвійною формою вини, у яких наслідки виражаються переважно в завданні шкоди життю, здоров'ю людини, а також матеріальної шкоди.

У зв'язку із цим автор ставить за мету визначити й охарактеризувати функціональну спрямованість кримінально-правових санкцій злочинів із подвійною формою вини в контексті забезпечення приватного інтересу потерпілих від злочину під час застосування до злочинця заходів кримінально-правового впливу.

Оскільки основний акцент у роботі зосереджено на кримінально-правових санкціях злочинів із подвійною формою вини, необхідно визначити, які суспільно-небезпечні діяння відносяться до останніх.

При цьому слід зазначити, що автор у межах цієї роботи не ставить перед собою мету вирішення дискусії щодо віднесення тих або інших злочинів до злочинів із подвійною формою вини.

В основу виділення таких злочинів лягла ідея П.А. Фейєрбаха, що з'явилася в науці кримінального права ще на початку XIX століття. Її автор, виступаючи проти збереження в кримінальному праві поняття непрямого умислу, згідно з яким в умисну вину ставилися всі наслідки свідомо вчиненого особою діяння, відзначав, що бувають випадки збігу умислу й необережності в одному діянні. П.А. Фейєрбах визначив такі випадки терміном «необачність, визначена злим наміром» [1, с. 15–19]. Приписуючи встановлювати вину щодо і діяння, і суспільно-небезпечних наслідків, це поняття було покликане не допускати об'єктивного ставлення, що мало місце під час поширення поняття непрямого умислу на наслідки, які охоплюються не умислом, а необережністю.

Про можливість поєднання умислу й необережності говорив також М.С. Таганцев [2, с. 93]. Проте такий збіг розглядався ним як сукупність двох злочинів.

Як правильно відзначає Н.А. Нікітіна, встановлення в кримінальному законі правил відповідальності за злочини з двома формами вини стало важливим кроком у розвитку принципу суб'єктивного ставлення [3, с. 101–107].

Л.М. Кривоченко, будучи прихильником встановлення в кримінальному законі правил відповідальності за злочини зі змішаною формою вини, виділяє дві їх групи. До першої групи злочинів він відносить діяння, які становлять порушення будь-яких правил безпеки та є адміністративними, дисциплінарними чи іншими правопорушеннями, і лише настання суспільно-небезпечних наслідків робить вчинене злочином (ч. 1 ст. 286 Кримінального кодексу України (далі – КК України)). Змішана форма вини має місце у випадках, коли винний порушує правила умисно, а відношення до наслідків виражається лише в необережності. Загалом злочин вважається вчиненим із необережності, оскільки саме діяння (порушення правил безпеки) без настання суспільно-небезпечних наслідків не є злочином. До другої групи автор відносить суспільно-небезпечні діяння, які спричиняють два різні наслідки: перший є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, а другий (віддалений) – кваліфікаційною ознакою. У цих злочинах до діяння та до першого, обов'язкового наслідку суб'єктивна сторона виражається в умислі, а щодо кваліфікованого наслідку – лише в необережності. У цілому злочин визнається умисним тому, що саме умисне ставлення до діяння й найближчого наслідку визначає суспільну небезпечність злочину (ч. 2 ст. 121 КК України) [4, с. 80–81].

А.О. Пінаєв першу групу злочинів відносить до злочинів із подвійною формою вини, а другу – до злочинів зі змішаною виною [5, с. 165–176].

Водночас С.В. Гончаренко вважає, що під час розгляду другої групи злочинів виникає сукупність злочинів – умисного й необережного, що вимагає самостійної юридичної оцінки кожного вчиненого злочину, а не злиття умислу й необережності в третю, не передбачену кримінальним законом форму вини. Наприклад, умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, являє собою ідеальну сукупність тяжкого тілесного ушкодження та необережного вбивства [6, с. 59].

Не вдаючись до дискусії щодо визначення правової категорії поєднання умислу й необережності в одному злочинному діянні, відмінностей подвійної форми вини від змішаної (як ще її називають, складної форми вини), відзначимо, що Кримінальний кодекс України вказує на існування лише двох форм вини – умислу та необережності. Водночас Особлива частина КК України містить норми, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини, які характеризуються умисною формою вини щодо діяння та необережністю щодо суспільно-небезпечних наслідків.

Про те, що ці злочини не охоплюються лише умислом або необережністю, свідчить також положення ст. 27 Кримінального кодексу Російської Федерації. Однак Кримінальний кодекс Російської Федерації до злочинів із подвійною формою вини (хоча в цьому законі мова йде про злочини з двома формами вини) відносить лише другу групу злочинів, і в цілому такий злочин визнається вчиненим умисно.

Так, відповідно до ст. 27 Кримінального кодексу Російської Федерації, якщо в результаті вчинення умисного злочину завдаються тяжкі наслідки, які за законом тягнуть більш суворе покарання та які не охоплювалися умислом особи, кримінальна відповідальність за такі наслідки настає лише в тому випадку, якщо особа передбачала можливість їх настання, проте без достатніх для того підстав самовпевнено розраховувала на їх запобігання, або у випадку, якщо особа не передбачала, проте повинна була й могла передбачити можливість настання цих наслідків.

Незважаючи на те, якою правовою категорією український законодавець визначить поєднання умислу та необережності в одному злочинному діянні, слід зазначити, що такі діяння в цілому відносяться до злочинів із матеріальним складом, їх вчинення зазвичай супроводжується суспільно-небезпечними наслідками, зокрема завданням шкоди здоров'ю та власності фізичної особи (потерпілому), що регулюється ч. 2 ст. 131, ч. 3 ст. 133, ч. 2 ст. 134, ч. 1 ст. 136, ч. 1 ст. 137, ч. 2 ст. 150, ч. 3 ст. 150-1, ч. 1 ст. 176, ч. 1 ст. 177, ст. 197, ч. 2 ст. 205, ч. 2 ст. 258, ч. 2 ст. 258-5, ч. 2 ст. 265 КК України. У зв'язку із цим актуальним є питання відшкодування завданої злочином шкоди в межах застосування кримінально-правових заходів впливу на злочинця.

Аналіз чинного кримінального законодавства свідчить, що законодавець не приділяє уваги питанню відновлення прав, свобод і законних інтересів потерпілих від злочину.

Недостатня увага до питання відшкодування шкоди потерпілим від злочинів кримінально-правовими засобами частково виправдовується тією обставиною, що воно є класичним зразком публічної галузі.

Однак поділ галузей права на приватноправові та публічно-правові є достатньо умовним. Загальноприйнятою є точка зору, що підставою поділу галузей права на приватні та публічні є предмет і метод правового регулювання тих чи інших суспільних відносин. Такими методами є, зокрема, диспозитивний та імперативний. При цьому допускається застосування диспозитивного методу в публічно-правових галузях права, а імперативного – у приватноправових. Натомість їм відводиться різна роль у правовому регулюванні суспільних відносин. Так, для публічно-правових галузей основним є імперативний метод, для приватноправових – диспозитивний. При цьому відразу звернемо увагу, що ці методи є основними, проте не єдиними, що не виключає застосування диспозитивного методу правого регулювання в такій галузі, як кримінальне право.

Норми публічного права повинні не лише визначати функціонування самої державної організації та мати на меті задоволення інтересів суспільства, а й деякою мірою задовольняти індивідуальні інтереси приватних осіб.

Крім того, сучасні тенденції розвитку кримінально-правової думки дають підстави говорити, що роль приватного в кримінальному праві буде лише зростати.

На наш погляд, дієвим засобом відновлення порушених прав потерпілих повинне стати застосування кримінально-правових заходів впливу на злочинця на користь потерпілих від злочину.

Змістовна сторона приватного інтересу потерпілих від злочину в кримінальному праві знайшла своє відображення в чинному КК України під час побудови інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Обов'язковою умовою його застосування є відшкодування збитків або усунення заподіяної шкоди (ст. ст. 45, 46 КК України), що свідчить про встановлення індивідуальних інтересів вище за інтереси держави, не виключаючи при цьому останні.

Кримінальні кодекси УРСР 1927 та 1960 рр. подібних норм не містили. Однак заради справедливості слід зауважити, що в КК УРСР 1927 р. приватноправові інтереси індивідуальних осіб знайшли своє відображення під час застосування

такого заходу соціального захисту судово-виправного характеру, як «покладання обов'язку загладити заподіяну шкоду». Його суть полягала в покладенні на засудженого обов'язку усунути наслідки вчиненого ним правопорушення або заподіяного потерпілому збитку. Однак, як зазначає К.Р. Самвелян, такий захід соціального захисту дуже рідко зустрічався в кримінально-правових санкціях і ще рідше застосовувався судом [7, с. 22].

У сучасних умовах він (захід соціального захисту) є прототипом одного із способів захисту особистого немайнового або майнового права та інтересу в цивільному праві України.

Отже, питання реалізації приватних інтересів індивідуальних осіб у площині кримінального права не є новим.

Крім того, питанню відшкодування потерпілому завданої злочином шкоди значна увага відводиться нормами міжнародного права.

Зокрема, 29 листопада 1985 р. Генеральна асамблея ООН прийняла Декларацію Основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, яка знаменує собою значні зміни в кримінальній політиці. У ній спеціально обумовлюється необхідність найпильнішого підходу до жертв злочинів, а саме забезпечення якнайскорішого відшкодування завданої шкоди. Генеральна асамблея ООН рекомендує урядам розглянути можливість включення реституції у свою практику та закони в якості одного із заходів покарання в кримінальних справах. Під реституцією в Декларації Основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою розуміється повернення майна або виплата за завдану шкоду чи збиток, відшкодування витрат, понесених у результаті віктимізації, надання послуг та відновлення в правах.

Таким чином, у Декларації Основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою не лише звертається увага на необхідність найшвидшого відшкодування потерпілому завданої злочином шкоди, а й прямо вказується, що таке відшкодування повинне реалізовуватися як захід кримінального покарання.

Акцент на необхідність урахування індивідуальних інтересів потерпілих робиться в Концепції реформування кримінальної юстиції, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008. У ній визначено, що система кримінальної юстиції повинна будуватися на принципі поєднання прав особи й забезпечення публічних інтересів, а одним із завдань її реформування повинне бути посилення захисту прав та інтересів потерпілих, гарантоване відшкодування завданої злочином шкоди.

Як свідчить аналіз законотворчої діяльності Президента України, Кабінету Міністрів України та Верховної Ради України, у напрямі забезпечення відшкодування завданої злочином шкоди кримінально-правовими засобами ніякі конкретні заходи не приймаються. Закріплені в Концепції реформування кримінальної юстиції положення досі мають декларативний характер.

Водночас 15 квітня 2008 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності», який ознаменувався економією заходів кримінальної репресії та формалізацією правил призначення покарання, що значно покращило становище підсудних.

Права й інтереси потерпілих від злочину знову залишилися поза увагою законодавця.

Однак, як слушно зазначають С.І. Улезько та М.Б. Смоленський, правосуддя «не повинне проявляти гуманізм до злочинця всупереч інтересам потерпілого» [8, с. 98–100].

Під час здійснення правосуддя в кримінальних справах обов'язково повинні враховуватися та знаходити свою реалізацію приватні інтереси потерпілих від злочину.

Основні аргументи на користь цієї думки зводяться до того, що пряма шкода від злочину завдається конкретній людині, а не державі. Метою покарання повинні стати не лише кара й запобігання вчиненню нових злочинів, а й відновлення соціальної справедливості, як це передбачається в Кримінальному кодексі Російської федерації (ч. 2 ст. 43).

Отже, сумнівів у тому, що в межах застосування кримінально-правових заходів впливу на злочинця повинні враховуватися права та законні інтереси потерпілих, зокрема на відшкодування завданої злочином шкоди (відновлення соціальної справедливості), не виникає.

Чинний КК України містить вичерпний перелік покарань, серед яких відсутнє те, яке виконувалося б на користь потерпілого, а тому забезпечення відшкодування завданої злочином шкоди як захід кримінального покарання можливе шляхом або введення додаткового покарання, або перегляду існуючої системи покарань.

На необхідність введення додаткового виду покарання на користь потерпілих від злочинів неодноразово вказували В.О. Туляков та Н.А. Орловська [9, с. 409–413; 10, с. 448–452; 11, с. 25–30].

Так, Н.А. Орловська запропонувала передбачити додатковий вид конфіскації поряд з існуючим – на користь жертв (потерпілих) від злочинів. При цьому науковець обмежила можливість застосування такого покарання лише на користь жертв (потерпілих) від корисливих і корисливо-насильницьких злочинів. Так, наприклад, суспільно-небезпечне діяння, передбачене ч. 1 ст. 286 КК України, не відноситься ні до корисливих, ні до корисливо-насильницьких злочинів. Однак під час його вчинення завжди завдається шкода здоров'ю потерпілого, яка, на нашу думку, повинна відшкодовуватися кримінально-правовими засобами, зокрема шляхом застосування додаткового виду покарання на користь потерпілих від злочинів. Крім того, невирішеним залишається також питання щодо змісту й порядку застосування додаткової конфіскації. Водночас слід зазначити, що пропозиція введення додаткової конфіскації заслуговує на увагу та за умови її додаткового доопрацювання може бути предметом законодавчої ініціативи.

Що стосується пострадянського простору, слід зазначити, що відображення приватного інтересу потерпілих знаходить втілення в кримінально-правових санкціях Кримінального кодексу Киргизької Республіки 1997 р. Статтею 45 вказаного закону передбачається можливість використання такого виду покарання, як «потрійний аїп», що є стягненням, яке накладається судом у грошовому або натуральному вираженні в потрійному розмірі нанесеної шкоди.

Дві частини «потрійного аїпу» стягуються на користь потерпілого для відшкодування матеріальної та моральної шкоди, а третя частина – на користь держави.

Враховуючи позитивний законодавчий досвід Киргизької Республіки, вважаємо, що покарання на користь потерпілих від злочинів повинне мати подібний зміст. При цьому щоб не вводити новий вид покарання, оскільки в КК України, порівняно з кримінальним законодавством пострадянських держав, їх і так досить багато, слід переглянути зміст такого покарання, як штраф. Дві третини штрафу потрібно стягувати на користь потерпілого, одну третину – на користь держави.

Таким чином, поділ галузей права на публічно-правові та приватноправові є дещо умовним. Відшкодування завданої злочином шкоди повинне забезпечуватися шляхом застосування кримінально-правових заходів впливу на осіб, які вчинили злочин.

У кримінальному законодавстві України вже має місце реалізація приватних інтересів індивідуальних осіб, зокрема під час застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності (ст. ст. 45, 46 КК України).

Кримінальний кодекс України повинен містити покарання на користь потерпілих від злочинів. Таким покаранням, на нашу думку, може бути штраф, дві третини якого буде стягуватися на користь потерпілого, а одну третину – на користь держави.

Література

1. Гатыпова Э.Ю. Проблемы ответственности за преступления, совершенные с двумя формами вины: прошлое и современность / Э.Ю. Гатыпова // Следователь. – 2007. – № 7. – С. 15–19.
2. 2. Таганцев Н.С. Курс русского уголовного права. Часть Общая : в 2 кн. / Н.С. Таганцев. – СПб. : Тип. М.М. Стасюлевича, 1874– . – Кн. 1 : Учение о преступлении. – Т. 2. – 1874. – 175 с.
3. Никитина Н.А. Развитие понятия преступления с двумя формами вины / Н.А. Никитина // Известия высших учебных заведений. – 2007. – № 4. – С. 101–107.
4. Кримінальний кодекс України : [наук.-практ. коментар] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.] ; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. 4-е, доп. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. – 1208 с.
5. Пинаев А.А. Уголовное право Украины. Общая часть / А.А. Пинаев. – Х. : Харьков юридический, 2005. – 664 с.
6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 2-е вид., перероб. та допов. – К. : Дакор, 2008. – 1428 с.
7. Самвелян К.Р. Уголовно-правовые санкции: проблемы конструирования и применения : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / К.Р. Самвелян ; Кубанский гос. ун-т. – Краснодар, 1997. – 221 с.
8. Комментарий к криминальному кодексу Российской Федерации / под ред. С.И. Улезько и М.Б. Смоленского. – Ростов-на-Дону : МарТ, 2002. – 864 с.
9. Туляков В.А. Права жертв преступлений и некоторые проблемы развития современной уголовной политики / В.А. Туляков // Актуальні проблеми політики : зб. наук. праць. – 2001. – № 12. – С. 409–413.
10. Орловська Н.А. До питання модернізації кримінально-правових санкцій / Н.А. Орловська // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова. – 2005. – Вип. 25. – С. 448–452.
11. Орловська Н.А. Характер санкцій кримінально-правових норм: проблеми трансформації / Н.А. Орловська // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова. – 2009. – Вип. 47. – С. 25–30.

Анотація

Ігнатенко М. П. **Функціональна спрямованість кримінально-правових санкцій злочинів із подвійною формою вини.** – Стаття.

У статті розглядається можливість прояву приватного інтересу в кримінально-правових санкціях злочинів із подвійною формою вини шляхом введення додаткового покарання – на користь потерпілих (жертв) від злочинів.

Ключові слова: кримінально-правові санкції, злочини з подвійною формою вини, приватний інтерес.

Аннотация

Игнатенко М. П. **Функциональная направленность уголовно-правовых санкций преступлений с двойной формой вины.** – Статья.

В статье рассматривается возможность проявления частого интереса в уголовно-правовых санкциях преступлений с двойной формой вины путем введения дополнительного наказания – в пользу потерпевших (жертв) от преступлений.

Ключевые слова: уголовно-правовые санкции, преступления с двойной формой вины, частный интерес.

Summary

Ignatenko M. P. **Functional orientation of criminal law approvals of crimes with the double form of guilt.** – Article.

In article the author researches a possibility of displaying private interest in criminal sanction in corpus delicti with dual forms of guilty by force to providing supplementary punishment for benefit of victim.

Key words: criminal sanction, corpus delicti with dual forms of guilty, private interest.

УДК 343.24.001.11

О. С. Перешивко

ЩОДО КОЛА ПРИНЦИПІВ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Питання призначення покарання має складну та багатопланову природу й посідає одне з провідних місць як у науці кримінального права, так і в правозастосовній діяльності.

Призначення покарання з точним дотриманням усіх вимог законодавства набуло особливої актуальності у зв'язку із загальною демократизацією й розширенням гуманних засад у суспільному житті.

У юридичній літературі на належному рівні висвітлюються проблемні питання призначення покарання в площині загальних і спеціальних засад призначення покарання. Дослідженню зазначеного питання присвячено чимало монографій, дисертацій, інших наукових праць таких вітчизняних вчених: М.І. Бажанов, Я.М. Брайнін, С.А. Велієв, Г.С. Гаверов, В.О. Глушков, Т.А. Денисова, М.М. Ісаєв, І.І. Карпець, Г.А. Крігер, Л.Л. Кругліков, Н.Ф. Кузнєцова, В.Т. Маляренко, Г.П. Новосьолов, А.А. Пінаєв, В.В. Полтавець, Л.А. Прохоров, М.А. Скрябін, М.Н. Становський, В.Л. Чубарєв.

Однак доводиться констатувати, що до теоретично найменш розроблених проблем інституту призначення покарання слід віднести принципи призначення покарання.

Принципи призначення покарання розглядалися в працях М.І. Бажанова, Н.А. Беляєвої, В.О. Васильчука, С.А. Велієва, В.А. Гацелюка, С.В. Гізімчука, С.Н. Гловацької, О.П. Гороха, І.В. Жидких, С.Г. Келіної, Ю.Ю. Лемішко, Н.А. Лопашенко, В.Т. Маляренка, В.М. Махінчука, А.А. Музики, Л.А. Прохорова, Ю.Є. Пудовочкіна, О.І. Шинальського. Проте наявні теоретичні розробки не вичерпали цієї проблеми. До цього часу невирішеним залишається питання стосовно кола принципів призначення покарання, хоча воно має важливе теоретичне й практичне значення.

Теоретичне значення полягає в тому, що воно дозволяє розглядати основоположні ідеї в їх логічному й структурному взаємозв'язку. Науковий аналіз прин-

© О. С. Перешивко, 2013

ципів призначення покарання дає можливість чітко відмежувати їх від інших кримінально-правових категорій, а також розкрити природу правозастосовчої діяльності з призначення покарання.

Практичне значення принципів призначення покарання виражається в тому, що суди під час призначення покарання мають керуватися положеннями, вираженими в цих принципах. Недотримання зазначених положень може призвести до необґрунтованого, незаконного порушення прав, свобод та інтересів підсудного.

Проведений аналіз свідчить, що через відсутність законодавчого закріплення принципів призначення покарання в юридичній літературі виділяється значна їх кількість. Серед них автори називають такі: законність, відповідність покарання небезпеці злочину, визначеність та обґрунтованість покарання в судовому вироку, гуманність (гуманізм), демократизм, індивідуалізація та справедливість покарання, рівність громадян перед законом, економія заходів кримінально-правової репресії.

Нині не існує єдності серед науковців стосовно кола принципів призначення покарання. Так, Є.Л. Стрельцов до принципів призначення покарання відносить законність покарання, домірність покарання, індивідуалізацію покарання, справедливість покарання [1, с. 217].

С.І. Селецький зазначав, що призначення покарання базується на відповідних (певних) принципах, які лежать в його основі: законності покарання, винесення покарання в судовому вироку, підставності покарання й обов'язковості його мотивування у вироку, гуманності покарання, індивідуалізації покарання, справедливості покарання [2, с. 152].

А.С. Музика до кола принципів призначення покарання відносить законність покарання, справедливість покарання, обґрунтованість покарання, індивідуалізацію покарання [3, с. 180].

На думку О.І. Шинальського, найдоцільніше до кола принципів призначення покарання віднести законність покарання, визначеність і обґрунтованість покарання, гуманність, індивідуалізацію, справедливість [4, с. 79].

С.А. Велієва вважає, що принципами призначення покарання є законність, справедливість, гуманізм, рівність перед законом, відповідальність за вину, індивідуалізація покарання [5, с. 114].

На нашу думку, доцільно розглядати законність як один із принципів призначення покарання, оскільки він має велике практичне значення, орієнтуючи судові органи України на суворе дотримання ними законів у процесі застосування покарання.

Принцип законності пронизує всі норми кримінального права, проте оскільки у сфері призначення покарання законність знаходить своє специфічне вираження, то виділення цього принципу є обґрунтованим. Специфічне вираження принципу законності під час призначення покарання полягає в такому:

– кваліфікація конкретних діянь, які згідно із чинним кримінальним законодавством визнані злочинними, повністю здійснювалася уповноваженими на те органами й посадовими особами в точній відповідності до кримінального закону;

– покарання призначалося лише винній особі, тобто такій, у діях якої присутній склад того чи іншого злочину, передбаченого чинним кримінальним законодавством;

– покарання чи (та) інші заходи кримінально-правового характеру стосовно особи, яка вчинила злочин, призначалися тільки того виду й у тих межах, що передбачаються відповідними нормами чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України);

– застосування до зазначених осіб інших кримінально-правових заходів, пов'язаних із вчиненим ними злочином, відбувалося лише на підставі та в порядку, що передбачені КК України.

Визначеність покарання в судовому вироку як принцип призначення покарання прямо постає з принципу законності й полягає в тому, що призначене особі покарання повинно бути визначене в судовому вироку з точним зазначенням як виду, так і міри цього покарання. У резолютивній частині вироку знаходять своє вираження та набувають певної форми висновки суду щодо винуватості чи невинуватості особи у вчиненні злочину, суспільної небезпечності цього злочину та необхідності призначення покарання.

Обґрунтованість покарання в судовому вироку має надзвичайно важливе значення, оскільки обвинувальний вирок суду – це рішення, яке істотно обмежує права й законні інтереси особи, що вчинила злочин. Тому національним законодавством України передбачені правові норми, які гарантують, що в ході здійснення правосуддя особі, яка вчинила злочин, буде призначено обґрунтоване покарання, що відповідатиме тяжкості вчиненого злочину та достатнє для її виправлення.

Таким чином, принципи визначеності та обґрунтованості покарання в судовому вироку є важливою гарантією попередження суб'єктивізму й «голого розсуду» під час його постановлення, неодмінною умовою реального захисту прав і свобод особи, яка вчинила злочин [6, с. 174]. Зазначене положення й обґрунтовує їхнє виділення як самостійних принципів призначення покарання.

Гуманізм покарання як принцип його призначення вимагає від суду застосування до підсудного лише таких мір покарання, які в кожному випадку є дійсно необхідними. Він знайшов певне втілення в чинному КК України, де вказується, що покарання не ставить за мету заподіяння фізичних страждань або приниження людської гідності. Проте закріплення зазначеного положення в Кримінальному кодексі України є не єдиним проявом принципу гуманізму. Він, як і принцип законності, проявляється в багатьох нормах кримінального права. По-перше, законодавство, що регулює кримінальну відповідальність, передбачає низку пільг для окремих категорій суб'єктів. Ці пільги зазвичай пом'якшують заходи державного примусу, які застосовуються щодо особи у зв'язку із вчиненням нею злочину. По-друге, відповідно до ч. 2 ст. 66 КК України перелік обставин, які пом'якшують покарання не є вичерпним і суд може визнати пом'якшуючими й інші обставини, не зазначені в ч. 1 ст. 66 КК України. По-третє, відповідно до ч. 3 ст. 67 КК України перелік обставин, які обтяжують покарання, зазначений у ч. 1 ст. 67 КК, є, навпаки, вичерпним, і суд не вправі посилатись у вироку як на обтяжуючі й враховувати під час призначення покарання інші обставини. По-четверте, ст. 69 КК України передбачено, що за наявності виняткових обставин суд може призначити покарання менше нижчої межі, передбаченої санкцією відповідної норми Особливої частини КК України, чи призначити більш м'який

вид покарання, ніж передбачений цією нормою, чи не застосувати додатковий вид покарання, передбачений як обов'язковий.

Що стосується принципу справедливості, то необхідно наголосити, що його виділення як основоположної ідеї призначення покарання є доцільним. Це обумовлено тим, що справедливість є однією з обов'язкових умов ефективності покарання.

Важливість принципу справедливості призначення покарання полягає в тому, що зважена міра покарання, призначена з урахуванням вимог чинного законодавства, є не лише відплатою, карою за злочин, а й захистом винного від можливого перевищення влади під час засудження та здійснення покарання. Вимога домірності є способом охорони порушника від свавілля державної влади, оскільки обмежує міру покарання суспільною небезпечністю вчиненого та правом винного бути покараним у суворій відповідності до вчиненого ним діяння та його наслідків.

Вважаємо, що виокремлення такого принципу, як відповідність покарання небезпеці злочину, на одному рівні зі справедливістю покарання не є виправданим, оскільки справедливість покарання включає в себе як однин з елементів вимогу домірності покарання небезпеці злочину.

Спірним є й питання виділення як принципу призначення покарання демократизму, тому що в чинний КК України не ввійшли норми, які раніше передбачали різні форми залучення громадськості до здійснення правосуддя за кримінальними справами та контролю за поведінкою осіб, які скоїли злочин. А саме ст. 51 Кримінального кодексу РРФСР 1960 р., яка передбачала можливість участі громадян і трудових колективів у виправленні осіб, винних у нетяжких злочинах, під час передачі матеріалів про них до товариського суду. Громадськість, згідно з положеннями зазначеної статті, брала активну участь у виправленні засуджених, однак помилки, які допускалися на практиці з передачею справ на розгляд громадськості, призвели до поступового припинення такої практики, що, на нашу думку, і зумовило виключення принципу демократизму з кола принципів призначення покарання.

Також необхідно розглядати як принцип призначення покарання його індивідуалізацію, яка виражена в багатьох нормах чинного кримінального законодавства. Виділення індивідуалізації покарання як самостійного принципу призначення покарання вважаємо обґрунтованим, оскільки в кримінальному праві відповідальність персоніфікована: вона настає тільки у відношенні до конкретної особи, винної у вчиненні конкретного злочину, на підставі врахування тяжкості скоєного злочину, особи винного, а також обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Не є також виправданим виділення як самостійного принципу призначення покарання економії заходів кримінально-правової репресії, оскільки принцип справедливості призначення покарання включає як один з елементів вимогу, яка складає зміст економії заходів кримінально-правової репресії. Особі, винній у вчинені злочину, повинно бути призначено мінімальне покарання або інший захід кримінально-правового впливу, який є необхідним та достатнім для її виправлення й попередження вчинення нових злочинів як винним, так і іншими особами.

Виходячи з вищевикладеного, найбільш правильною у вітчизняній науці кримінального права вважаємо позицію, згідно з якою до принципів призначення покарання належать такі основоположні ідеї, як законність, визначеність покарання в судовому вироку, обґрунтованість та обов'язковість його мотивування, гуманність, індивідуалізація й справедливість покарання.

Цей погляд стосовно кола принципів призначення покарання поділяють М.І. Бажанов [7, с. 318], Р.В. Вереша [8, с. 206], О.І. Шинальський [9, с. 18].

Отже, резюмуючи викладене, слід наголосити на тому, що вивчення теоретичних суджень про принципи призначення покарання показує, що, не дивлячись на значну розробленість зазначеного питання наукою, воно викликає чимало дискусій, зокрема, під час визначення кола принципів призначення покарання. У свою чергу відсутність єдиної позиції щодо розглянутого питання зумовлює труднощі в правозастосовній практиці. Тому пропонуємо в чинному Кримінальному кодексі України закріпити вичерпний перелік принципів призначення покарання, а саме ч. 1 с. 65 КК України викласти в такій редакції:

«Стаття 65. Загальні засади призначення покарання

1. Суд, керуючись принципами законності, визначеності покарання в судовому вироку, обґрунтованості й обов'язковості його мотивування, гуманності, індивідуалізації та справедливості, призначає покарання:

1) у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин;

2) відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу;

3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання».

Література

1. Стрельцов Е.Л. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части : [учебник] / Е.Л. Стрельцова. – Х. : Одисей, 2002. – 672 с.
2. Селецький С.І. Кримінальне право України. Загальна частина : [навчальний посібник] / С.І. Селецький. – К. : Центр учбової літератури, 2007. – 496 с.
3. Музика А.С. Інститут призначення покарання: поняття і загальна характеристика / А.С. Музика, О.С. Горох // Право України. – 2011. – № 9. – С. 180–192.
4. Шинальський О.І. Покарання в системі засобів протидії злочинності : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.І. Шинальський. – К. : Національна академія наук України. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2003. – 223 с.
5. Велиев С.А. Принципы назначения наказания / С.А. Велиев. – СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 388 с.
6. Глинська Н.С. Функціональне призначення обґрунтування покарання в структурі кримінально-процесуальних рішень / Н.С. Глинська // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 1. – С. 172–181.
7. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.] ; за ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К. ; Х. : Юрінком Інтер, 2001. – 416 с.
8. Вереша Р.В. Кримінальне право України. Загальна частина : [навчальний посібник] / Р.В. Вереша. – К. : Центр учбової літератури, 2008. – 960 с.
9. Шинальський О.С. Принципи призначення покарання / О.С. Шинальський // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 12. – С. 18–20.

Анотація

Перешивко О. С. **Щодо кола принципів призначення покарання.** – Стаття.

У статті висвітлено основні підходи до визначення кола принципів призначення покарання. Визначено роль кожного з них в обранні конкретного виду та міри покарання особі, винній у вчиненні злочину. Обґрунтовується необхідність законодавчого визначення кола принципів призначення покарання.

Ключові слова: принцип, покарання, призначення покарання, основоположна ідея.

Аннотация

Першивко О. С. **Относительно круга принципов назначения наказания.** – Статья.

В статье рассматриваются основные подходы к определению круга принципов назначения наказания. Определена роль каждого из них в избрании конкретного вида и меры наказания лицу, виновному в совершении преступления. Обосновывается необходимость законодательного определения круга принципов назначения наказания.

Ключевые слова: принцип, наказание, назначения наказания, основополагающая идея.

Summary

Pereshivko O. S. **On the terms of the principles of sentencing.** – Article.

The article highlights the main approaches to the definition of the principles of sentencing. The roles of each in a specific type of election and punishment persons guilty of a crime. The necessity of legislative definition of the principles of sentencing.

Key words: principle, punishment, sentencing, fundamental idea.

УДК 343.13

Н. А. Гольдберг

СОГЛАШЕНИЯ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Актуальность исследования. Становление современного украинского государства с его изменениями в экономике и социальной сфере влечет рост преступности, что потребовало переосмысления и реформирования отдельных институтов уголовного и уголовно-процессуального права. Институт соглашения в уголовно-процессуальном законодательстве в связи с принятием Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины) приобрел особую актуальность в связи с его новизной.

Степень научной разработанности исследования. К вопросам заключения и реализации соглашения о сотрудничестве обращались многие ученые. Исследованию различных форм сделок в уголовном процессе посвящены труды таких авторов, как Л.В. Головко, К.Б. Калиновский, И.Л. Петрухин, М.А. Пешков, М.С. Строгович, И.Я. Фойницкий, С. Тейман.

Предмет исследования составляет действующее уголовно-процессуальное, уголовное законодательство, нормы международного права и соответствующие подзаконные акты, регулирующие производство по уголовному делу при заключении с подозреваемым или обвиняемым досудебного соглашения о сотрудничестве.

Цель исследования – выявить тенденции становления и развития института досудебного соглашения о сотрудничестве, изучить причины введения в УПК Украины института досудебного соглашения о сотрудничестве, определить понятие, цели, условия заключения досудебного соглашения о сотрудничестве.

© Н. А. Гольдберг, 2013

Изложение основного материала. Институт, который принято называть «сделкой с правосудием», в уголовно-процессуальном законодательстве Украины, которое действовало до 2012 г., не был известен. Однако ситуация изменилась в связи принятием Уголовного процессуального кодекса Украины, которым был введен принципиально новый для уголовного судопроизводства Украины правовой институт «производство на основании соглашений».

Таким образом, в нашем уголовном процессе появился правовой механизм, суть которого заключается в том, что подозреваемый, обвиняемый идет на сотрудничество с правоохранительными органами в лице прокурора для того, чтобы предоставить следствию ценную информацию о возможных соучастниках расследуемого уголовного дела, о местонахождении имущества, добытого преступным путем, о преступлениях, не известных органам следствия. Все это совершается в обмен на особый порядок рассмотрения уголовных дел в суде и значительное смягчение наказания.

Проблема теоретического и практического осмысления института «производство на основании соглашений» как одна из актуальных и важных проблем современного уголовного судопроизводства все больше привлекает внимание многих отечественных ученых-процессуалистов и практикующих юристов. Отдельным вопросам регламентации, заключения и применения досудебного соглашения о сотрудничестве в своих публикациях уделили внимание А.С. Александров, И.А. Александрова, Н.Н. Апостолова, Ю.В. Астафьев, О.Я. Баев, А.Р. Белкин, В.М. Быков, Л.В. Брусницын, И.Э. Звечаровский, С.В. Зуев, И.М. Комаров, И.В. Маслов, М.В. Мешков, Н.Н. Неретин, С.Б. Погодин, А.П. Рыжаков, А.В. Смирнов, А.А. Сумин, А.С. Шаталов и другие ученые.

Изучение норм УПК Украины и специальной литературы по указанной проблематике позволяет констатировать, что применение процедур примирения в уголовном производстве соответствует мировым тенденциям, которые складываются в последние десятилетия. Организация Объединенных Наций рекомендует использовать неофициальные механизмы урегулирования споров, включая посредничество, арбитраж или местную практику, чтобы способствовать примирению и предоставлению возмещения вреда жертвам (п. 7 Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью) [1, с. 108]. В решении Совета Европейского Союза «О положении жертв в уголовном производстве» содержится перечень обязательств для всех стран Европейского Союза по распространению медиации по уголовным делам и обеспечению принятия к рассмотрению любого соглашения между жертвой и правонарушителем, достигнутого в процессе медиации [2].

Механизм заключения различных видов соглашений в уголовном процессе существует в США, Канаде, Великобритании, Франции и других западных странах, он приносит неплохие результаты в раскрытии преступлений. Однако в отличие от зарубежных аналогов, цель которых – признание вины, достижение согласия в части квалификации и размеров наказания (предусмотренных, в частности, в законодательстве США, Испании, Италии, ФРГ), цель введения института досудебного соглашения о сотрудничестве в Украине – стимулирование положительных

посткриминальных поступков, в том числе усиление борьбы с организованной преступностью и коррупционными преступлениями. И с этой точки зрения по своему социально-правовому назначению институт соглашения о сотрудничестве в определенном смысле совпадает с институтом деятельного раскаяния и добровольного отказа от доведения преступления до конца [3, с. 110]. Поэтому досудебное соглашение о сотрудничестве в научном мире породило множество споров и дискуссий среди ученых-процессуалистов и практикующих юристов в области уголовного судопроизводства.

Как известно, в Украине в последнее время наблюдается тенденция недоверия граждан к суду, сложившееся в обществе представление о коррумпированности правоохранительной системы. При закреплении соглашений такое доверие, по нашему мнению, должно повыситься. Участники преступных сообществ не идут на контакт с правоохранительными органами, поскольку у них нет уверенности, что это облегчит их участь, то есть сделки необходимы в качестве механизма, гарантирующего снижение наказания. И последнее, что является немаловажным, – это факт, что «сделки с правосудием» позволят сократить сроки и значительно разгрузить правоохранительную и судебную системы.

Из «идейных» сторонников соглашений наиболее полно они описаны Б.И. Исмаиловым. Автор указывает: «В рассматриваемом институте разумный компромисс проявляется в различных формах, посредством которых законодатель гарантирует значительные уступки обвиняемому (подсудимому) в обмен на совершение им определенных положительных посткриминальных поступков... Громоздкая и сложная процедура судебного разрешения уголовных дел не только влечет за собой существенные материальные затраты общества, но и резко ограничивает «пропускную» способность судов, ведет к систематическому нарушению судьями процессуальных сроков рассмотрения и разрешения уголовных дел, связана с отвлечением большого числа людей (свидетелей, специалистов, потерпевших и других) от основной работы на период рассмотрения судом уголовного дела. Соответственно, применение соглашения о признании вины имеет целый ряд очевидных преимуществ: прежде всего, этот процессуальный институт позволяет существенно упростить процедуру рассмотрения уголовных дел, поскольку они не проходят все предусмотренные этапы. Немаловажно также, что применение соглашения о признании вины включает в себя условие сотрудничества обвиняемого или подсудимого с правоохранительными органами. Это позволяет получать от свидетелей необходимую информацию в случаях коррупции, наркотрафика и по другим сложным уголовным делам» [4].

Согласно ст. 469 УПК Украины существует два вида соглашений в уголовном производстве:

1) соглашение о примирении между потерпевшим и подозреваемым, обвиняемым;

2) соглашение между прокурором и подозреваемым, обвиняемым о признании вины.

Остановимся на соглашении между прокурором и подозреваемым, обвиняемым о признании вины.

Отношения, которые возникают между стороной обвинения и стороной защиты, для каждой из них представляют некую выгоду. По нашему мнению, это является немаловажным фактором для органов следствия и дознания, поскольку случаи добровольного содействия процессу установления истины по уголовному делу лицами, совершившими преступление, встречается не так часто, как хотелось бы. Сказанное можно обозначить как интерес со стороны государства. Мы уже указывали, что эти отношения являются обоюдовыгодными. В связи с этим и для лиц, совершивших преступление, здесь имеется тоже определенный интерес. Он проявляется в том, что лицо, изъявившее желание сотрудничать с правоохранительными органами в обмен на содействие следствию в раскрытии и расследовании преступления, изобличении и уголовном преследовании других соучастников преступления, розыске имущества, добытого преступным путем, может рассчитывать на назначение ему менее сурового наказания.

Соглашение о признании вины может заключаться как по инициативе прокурора, так и по инициативе подозреваемого, обвиняемого. Как показывает практика, в большинстве случаев инициатором такого соглашения является прокурор (который фактически и выполняет функции медиатора), поскольку, являясь представителем государства, он более заинтересован в положительном исходе уголовного производства. При этом такое соглашение заключается в производстве относительно уголовных проступков, преступлений небольшой или средней тяжести, тяжких преступлений, в результате которых вред причинен только государственным или общественным интересам. Положение УПК Украины о том, что заключение соглашения о признании вины в уголовном производстве, в котором участвует потерпевший, не допускается, косвенно указывает на то, что законодатель предпринял попытку оградить его от уголовного правонарушения от возможных противоправных влияний и посягательств в его адрес со стороны виновного либо других заинтересованных лиц.

Большинство ученых-процессуалистов, таких как О.Я. Баев, М.О. Баев, О.В. Карпов, А.В. Смирнов, В.М. Быков и А.М. Быков, И.В. Маслов, Т.Г. Николаева, Е.В. Ларкина и другие, говорят о необходимости учета мнения потерпевшего при заключении соглашения о сотрудничестве [5, с. 53]. Другие, напротив, считают, что права и законные интересы потерпевшего в этом случае являются некой «жертвой» на пути решения задач, поставленных государством в борьбе с организованной преступностью.

Заключение соглашения о признании виновности может инициироваться в любой момент после уведомления лица о подозрении до удаления суда в совещательную комнату для вынесения приговора. В случае недостижения согласия относительно заключения соглашения факт его инициирования и утверждения, сделанные с целью его достижения, не могут рассматриваться как отказ от обвинения или как признание своей вины. При осуществлении производства в отношении нескольких подозреваемых, обвиняемых в совершении одного или нескольких уголовных правонарушений соглашение может быть заключено с одним (несколькими) из подозреваемых или обвиняемых. Уголовное производство в отношении лица (лиц), по которым достигнуто согласие, подлежит выделению в отдельное производство [6].

При разрешении вопроса о заключении соглашения о признании вины с подозреваемым, обвиняемым прокурор обязан учитывать следующие обстоятельства:

1) степень и характер содействия подозреваемого или обвиняемого в проведении уголовного производства в отношении него или других лиц;

2) характер и тяжесть обвинения (подозрения);

3) наличие общественного интереса в обеспечении более быстрого досудебного расследования и судебного производства, разоблачении большего количества уголовных правонарушений;

4) наличие общественного интереса в предотвращении, выявлении или прекращении большего количества уголовных правонарушений или других более тяжких уголовных правонарушений.

Стоит отметить, что прокурор является главной фигурой со стороны обвинения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве. В связи с этим на стороне прокурора возникает обязательство дать полную и объективную оценку выполнения обвиняемым принятых на себя обязательств, основываясь на материалах уголовного дела. В случае признания, что обвиняемый полностью выполнил свои обязательства, прокурор обязывается внести представление в суд об особом порядке проведения судебного заседания, а также обязывается поддерживать перед судом внесенное им представление об особом порядке принятия судебного решения [7, с. 15].

В соглашении о признании вины, которое заключается между прокурором и подозреваемым, обвиняемым, в обязательном порядке должны быть указаны такие данные:

– стороны этого соглашения;

– дата заключения соглашения;

– формулировка подозрения или обвинения и его правовая квалификация со ссылкой на статью (и часть статьи) Уголовного кодекса Украины;

– существенные для этого уголовного производства обстоятельства;

– безоговорочное признание подозреваемым или обвиняемым вины в совершении уголовного правонарушения;

– обязанности подозреваемого или обвиняемого по сотрудничеству в разоблачении уголовного правонарушения, совершенного иным лицом (если соответствующие договоренности имели место);

– согласованное наказание и согласие подозреваемого, обвиняемого на его назначение;

– последствия заключения и утверждения соглашения;

– последствия невыполнения соглашения.

Такое соглашение должно быть скреплено подписями обеих сторон.

Новым УПК Украины закреплен ряд ограничений прав, которые возникают в процессе заключения соглашения о признании вины. Например, для прокурора существует ограничение права на обжалование приговора (ч. 1 ст. 473 УПК Украины). Эта процедура возможна либо когда судом будет назначено менее суровое наказание, чем было предусмотрено условиями соглашения, либо при утверждении судом соглашения в производстве, в котором соглашение не было заключено.

Подозреваемый, обвиняемый также получает ограничение на право обжалования приговора суда. Заключая соглашение о признании вины, он автоматически отказывается от осуществления определенного перечня прав, предусмотренного законодательством, а именно: права на судебное рассмотрение, в процессе которого прокурор обязан доказать каждое обстоятельство в инкриминируемом деянии; права допрашивать в ходе судебного рассмотрения дела свидетелей, заявлять ходатайства о вызове свидетелей и предоставлять доказательства, которые свидетельствуют в его пользу. Исключение составляют такие случаи:

– назначение судом наказания более сурового, чем было предусмотрено условиями соглашения;

– вынесение приговора без согласия подозреваемого, обвиняемого;

– невыполнением судом требований, установленных для такого вида производства, в частности неразъяснение подозреваемому, обвиняемому последствий составления этого соглашения.

Если соглашение достигнуто во время досудебного расследования, обвинительный акт вместе с подписанным сторонами соглашением направляется непосредственно в суд. Рассмотрение относительно соглашения производится судом во время подготовительного судебного заседания с участием сторон соглашения с уведомлением других участников судебного производства, явка которых не является обязательной.

Перед принятием решения об утверждении соглашения о признании вины суд должен выяснить у обвиняемого, вполне ли он понимает, какие наступят последствия в результате заключения и утверждения такого соглашения, ознакомлен ли он с перечнем прав, которыми он обладает при проведении судебного разбирательства в общем порядке.

Суд обязан убедиться в судебном заседании, что заключение соглашения является добровольным для обеих сторон, в том, что соглашение полностью соответствует требованиям закона, а также отказать в утверждении такого соглашения по одному из оснований, указанных в ч. 7 ст. 474 УПК Украины.

В случае отказа суда в утверждении соглашения о признании вины досудебное расследование или судебное разбирательство продолжаются в общем порядке. Повторное обращение с соглашением о признании вины в уголовном производстве не допускается. При отсутствии оснований для отказа в утверждении соглашения о признании вины суд постановляет приговор, которым утверждает соглашение о признании вины и назначает согласованную сторонами меру наказания.

В заключение стоит отметить, что соглашение о сотрудничестве – не альтернатива, не замена общего порядка осуществления правосудия, к его использованию следует прибегать только в крайних, исключительных, не терпящих отлагательства случаях, когда угроза обществу наиболее велика. В связи с этим целесообразно ограничить возможность использования соглашений только по наиболее опасным, особо тяжким преступлениям, таким как терроризм и подобные преступления против общества. Законодательство, регламентирующее заключение соглашений о сотрудничестве и порядок принятия судебного решения при заключении сделки, нуждается в серьезном совершенствовании. Соглашение о сотрудничестве – дву-

сторонний акт, в связи с чем лицо, сотрудничающее с правоохранительными органами, должно иметь определенные права и гарантии на получение снисхождения. В настоящее время возможность снисхождения ограничивается усмотрением прокурора, в ряде случаев – суда.

Литература

1. Землянская В.В. Внедрение медиации в уголовное производство Украины / В.В. Землянская // Прокуратура. Человек. Государство. – 2004. – № 6(36). – С. 107–111.
2. О процедуре примирения по уголовным делам : Рекомендация R(99)19 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам Совета Европы, посвященная медиации в уголовных делах, от 15.09.1999 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://mosmediator.narod.ru/index/0-345.
3. Костенко Н.С. Некоторые актуальные проблемы применения досудебного соглашения о сотрудничестве / Н.С. Костенко // Актуальные проблемы права России и стран СНГ – 2010 : матер. XII междунар. науч.-практ. конф. с элементами научной школы. – Челябинск, 2010. – Ч. 5. – С. 109–113.
4. Исмаилов Б.И. Теоретические аспекты использования институтов ускоренного порядка рассмотрения дел и «сделок о признании вины» в правоприменительной практике зарубежных государств [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.lawlibrary.ru.
5. Баев М.О. Досудебное соглашение о сотрудничестве: среди мифов и рифов / М.О. Баев, О.Я. Баев // Досудебное соглашение о сотрудничестве (правовые и криминалистические проблемы) : матер. науч.-практ. конф. (г. Воронеж, 21–22 декабря 2009 г.). – 2010. – Вып. 6. – С. 49–72.
6. Уголовный процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 г. № 4651-VI [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T124651.html.
7. Стовпова А. Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты досудебного соглашения о сотрудничестве на предварительном следствии / А. Стовпова, В. Тюнин // Уголовное право. – 2010. – № 3. – С. 15–21.

Аннотация

Гольдберг Н. А. **Соглашения в уголовно-процессуальном законодательстве.** – Статья.

В статье рассматриваются тенденции становления и развития института досудебного соглашения о сотрудничестве, причины введения в Уголовный процессуальный кодекс Украины института досудебного соглашения о сотрудничестве, а также проанализировано действующее уголовно-процессуальное законодательство при заключении с подозреваемым или обвиняемым досудебного соглашения о сотрудничестве.

Ключевые слова: досудебное соглашение о сотрудничестве, подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, соглашение о признании вины.

Анотація

Гольдберг Н. А. **Угоди в кримінально-процесуальному законодавстві.** – Стаття.

У статті розглядаються тенденції становлення й розвитку інституту угоди про співпрацю, причини введення в Кримінальний процесуальний кодекс України інституту досудової угоди про співпрацю, а також проаналізовано чинне кримінально-процесуальне законодавство під час укладення з підозрюваним або обвинуваченим досудової угоди про співпрацю.

Ключові слова: досудова угода про співпрацю, підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, угода про визнання вини.

Summary

Goldberg N. A. **Agreements in the criminal law.** – Article.

This article examines trends in the formation and development of the institution of pre-trial cooperation agreement with the causes of the introduction of the Criminal Procedure Code of Ukraine Institute of pretrial cooperation agreements, as well as analyzed given the current criminal procedural law at the conclusion of the suspect or the accused pre-trial cooperation agreement.

Key words: pre-trial agreement on cooperation, suspect, accused, victim, plea agreement.

УДК 343.268(477)

А. Я. Берш

ОСНОВАНИЯ И ЦЕЛИ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

Постановка проблемы. В уголовном праве Украины вопросы применения принудительных мер медицинского характера считаются одними из наиболее сложных и комплексных, что предопределяется прежде всего многогранностью этого института: он находится на перекрестке юридической и медицинской наук, совмещает в себе элементы как правовых отраслей знаний (уголовного, уголовно-исполнительного, уголовно-процессуального, административного права и так далее), так и социологических и медицинских (психиатрии, психологии, отрасли клинической медицины и так далее).

Принудительные меры медицинского характера призваны защитить общество от опасных посягательств лиц, которые страдают психическими расстройствами, обеспечить поддержание надлежащего уровня безопасности в социуме.

Анализ последних исследований и публикаций. В целом институт принудительных мер медицинского характера исследовали Ю.М. Антонян, М.Н. Голоднюк, Е.В. Мищенко, Г.В. Назаренко, С.Я. Улицкий, В.М. Бурдин, М.М. Книга, Р.И. Михеев и другие ученые.

Целью исследования является разработка положений относительно принудительных мер медицинского характера в уголовном праве Украины, создание на этом основании научно обоснованных предложений относительно совершенствования соответствующих норм действующего уголовного законодательства, а также выявление цели и основания применения принудительных мер медицинского характера.

Изложение основного материала. В современных условиях реализации уголовно-правовой реформы основной целью является усовершенствование законодательства, которое сможет обеспечить реализацию принципов правового государства в отношении человека, его жизни, здоровья, чести, достоинства, личной неприкосновенности и безопасности. Поэтому вопросы применения принудительных мер медицинского характера приобретают особую актуальность. Помещение человека в психиатрическое учреждение, связанное с изоляцией его от общества, серьезным образом может нарушать его права и свободы как личности [9, с. 2].

Поэтому принудительная (недобровольная) госпитализация лица в психиатрическое учреждение возможна только при наличии предусмотренных законом оснований и по решению суда. С этой целью соответствующие учреждения должны иметь возможность обеспечить необходимое психиатрическое и медицинское обслуживание [17, с. 52].

Вместе с тем принудительные меры медицинского характера, которые применяются в сфере уголовного судопроизводства, представляют собой комплексный институт уголовного, уголовно-процессуального права, судебной психиатрии и судебной психологии. Комплексность этого института заключается в том, что материально-правовые основания применения принудительных мер медицинского

© А. Я. Берш, 2013

характера реализуются при соблюдении условий, которые определяются уголовно-процессуальным законом. Установление невменяемости лица относительно совершенного общественно опасного деяния или его уголовно-процессуальная, а также пенитенциарная недееспособность не влекут обязательного применения принудительных мер медицинского характера, поскольку действующее уголовное законодательство далеко не в полной мере содержит четкие указания относительно оснований применения принудительных мер медицинского характера. В некоторой степени этот пробел заполняет ст. 503 Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины) 2012 г., которая предусматривает, что принудительные меры медицинского характера назначаются только тем лицам, которые являются общественно опасными. Поэтому в действующем Уголовном кодексе Украины 2001 г., в отличие от Уголовного кодекса 1960 г., в котором содержалась лишь одна статья, регулирующая институт принудительных мер медицинского характера (ст. 13), вопросу регулирования этого института посвящен раздел 14 Общей части. Однако четких указаний на правовые основания применения принудительных мер медицинского характера, на наш взгляд, действующий Уголовный кодекс Украины (далее – УК Украины) не содержит. Отмечается только, что в зависимости от характера и тяжести заболевания, тяжести совершенного деяния, с учетом степени опасности психически больного для себя или окружающих, суд может применить принудительные меры медицинского характера (ч. 1 ст. 94 УК Украины). То есть в этой норме отмечены только обстоятельства, которые должны учитываться при решении вопроса о применении того или иного вида и типа принудительных мер медицинского характера, а также отдается преимущество одному или другому виду. При этом конкретно и четко определенные основания применения принудительных мер медицинского характера законом не предусмотрены.

В юридической литературе под основаниями применения принудительных мер медицинского характера понимается «совокупность обстоятельств», которые определяют необходимость применения (неприменения) принудительных мер к душевнобольным, условия и порядок их применения, совокупность обстоятельств, необходимых для назначения принудительных мер медицинского характера психически больным лицам, совершившим общественно опасные деяния [19, с. 82].

Одни авторы считают, что основанием для применения названных мер является совершение общественно опасного деяния теми категориями лиц, которые указаны в ст. 93 УК Украины [1, с. 21]. При этом ничего не говорится об общественной опасности таких лиц, связанной с психическим расстройством и возможностью причинения существенного вреда в дальнейшем.

Другие ученые в качестве основания применения принудительных мер медицинского характера рассматривают необходимость лечения лиц, совершивших общественно опасные деяния [7, с. 17]. Однако не указывается, чем вызвана эта необходимость принудительного лечения психически больных.

Третьи исследователи к основаниям применения принудительных мер относят комплекс факторов, а именно:

1) факт совершения лицом общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом;

2) наличие у лица, его совершившего, психического расстройства;

3) необходимость лечения такого лица вследствие его психического состояния, вызывающего опасность причинения вреда себе или окружающим [6, с. 11].

При этом отмечается, что перечисленные основания представляют собой симбиоз, неразрывное целое, совокупность необходимых элементов, отсутствие хотя бы одного из которых означает отсутствие законодательной базы применения медицинских мер.

Согласно ст. 503 УПК Украины 2012 г. единственным основанием применения принудительных мер медицинского характера является факт совершения общественно опасного деяния определенными категориями лиц. К числу таких лиц относятся, во-первых те, которые признаны невменяемыми. Эти лица в силу болезненного состояния психики не способны осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими (ст. 19 УК Украины). Применение наказания к лицам, признанным невменяемыми, было бы несправедливым и нецелесообразным, поскольку своих целей – достижения социальной справедливости, исправления и специального предупреждения – наказание в этом случае не достигает.

Во-вторых, принудительные меры медицинского характера применяются к лицам, которые совершили преступление в состоянии вменяемости, но до постановления приговора суда или во время отбывания наказания заболели психическим расстройством, делающим невозможным назначение или исполнение в отношении них наказания.

Применение принудительных мер медицинского характера к лицам, страдающим психическими расстройствами, не исключающими вменяемость, и учет психических аномалий при назначении наказания является новацией действующего УК Украины. К сожалению, закон не раскрывает, каким образом суды должны учитывать так называемую ограниченную вменяемость при назначении наказания, что вызывает трудности в практическом применении. Вероятнее всего, психические аномалии, не исключающие вменяемость, должны учитываться как смягчающее обстоятельство при назначении наказания. Однако не ясно, как решать вопрос в случае, когда подобные психические расстройства являются следствием антисоциального образа жизни (например алкоголизма, наркомании) или если преступление, совершенное лицом, страдающим таким психическим расстройством, отличается особой дерзостью и жестокостью.

Некоторые авторы полагают, что существует три основания применения принудительных мер медицинского характера: 1) возможность назначения принудительных мер лицу, совершившему общественно опасное деяние; 2) наличие у лица, совершившего общественно опасное деяние, психического расстройства; 3) возможность причинения этим лицом иного существенного вреда либо опасность его для себя или других лиц [14, с. 18]. Отдельные авторы различают основание назначения судом принудительных мер медицинского характера (общественная опасность лица, страдающего психическим расстройством) и условия применения принудительных мер (совершение лицом общественно опасного деяния и наличие у него психического расстройства) [18, с. 35].

Фактически сторонники комплексного подхода к основаниям применения принудительных мер медицинского характера ведут речь о юридических и медицинских показателях общественной опасности психически больных лиц, совершивших общественно опасные деяния, предусмотренные уголовным законом. Фактически единственным основанием применения принудительных мер медицинского характера является общественная опасность психически больного лица, совершившего противоправное деяние.

Следует отметить, что общественная опасность является одной из важных социально-правовых и фактических характеристик невменяемого лица, критерием целого ряда вопросов уголовного, материального и процессуального права.

Общепринятыми в теории уголовного права являются положения, которые основными признаками (критериями) определения общественной опасности называют преступление, предусмотренное Особенной частью УК Украины, в частности:

1) объект, то есть те общественные отношения, которые нарушаются преступлением;

2) характер того вреда, который наносится объекту преступления;

3) способ совершения преступления;

4) форма вины и степень вины совершенного преступления;

5) мотивы и цель совершенного преступления;

6) характер совершенного преступления.

Некоторые ученые предлагают отнести к целям принудительных мер медицинского характера «проведение мер социальной реабилитации» (выработка у больных навыков жизни в обществе) в той мере, в какой это возможно в условиях медицинских учреждений, осуществляющих принудительное лечение [10, с. 12]. Предлагается выделять и такую цель, как «обеспечение безопасности больного для самого себя» [4, с. 26]. Охрана личности душевнобольных выражается в недопущении самоубийства душевнобольного или причинения им вреда своему здоровью, а также в защите жизни, здоровья, половой неприкосновенности, чести и достоинства душевнобольного от противоправных действий со стороны третьих лиц, которым может способствовать психическое состояние душевнобольного.

Комментатор нормативного предписания Е.В. Мищенко справедливо полагает: «Ясно сформулированные цели служат ориентирами для правильной, единообразной правоприменительной деятельности» [5, с. 28]. Вместе с тем некоторые авторы смешивают либо отождествляют цели и задачи уголовно-правового воздействия, усложняя тем самым проблему целеполагания в отношении принудительных мер медицинского характера [8, с. 45].

Фактически цели применения принудительных мер медицинского характера обозначают основные направления деятельности органов следствия, суда, уголовно-исполнительных учреждений соответствующего профиля в отношении психически больных, совершивших уголовно-противоправные деяния.

Действующее уголовное законодательство относит к целям применения принудительных мер медицинского характера два направления деятельности правоохранительных органов и медицинских учреждений: обязательное лечение (невменяемых, ограничено вменяемых и лиц, заболевших психической болезнью после

совершения преступления) и предупреждение совершения ими новых уголовно-противоправных деяний.

Между тем анализ законодательных и других правовых актов, регулирующих принудительные меры медицинского характера и изучение практики их применения, позволяет высказать мнение, что принудительные меры медицинского характера преследуют также такие цели, как охрана личности душевнобольных, их исправление (для лиц, которым принудительные меры медицинского характера назначены наряду с наказанием).

Под обязательным лечением следует понимать улучшение психического состояния лица, достижение стойкой, долговременной ремиссии при отсутствии сколько-нибудь заметных изменений личности.

Психиатры считают, что при каждом душевном заболевании наблюдается определенная группа синдромов, наличие или отсутствие которых позволяет говорить о том или ином психическом состоянии лица. Однако возможно и такое изменение психического состояния, которое не сопровождается улучшением, но делает больного неопасным для окружающих или для себя (вялость, апатия с одновременным угасанием бредовых идей) [3, с. 68]. Обязательное лечение душевнобольных – наиболее существенная цель, поскольку этим достигаются и другие цели, в частности охрана общества и личности самих душевнобольных. Для достижения этой цели к больным применяются все необходимые апробированные методы лекарственной и других видов терапии [16, с. 87]. Однако психические заболевания не всегда поддаются полному излечению. Например, психиатры весьма пессимистически оценивают возможность излечения шизофрении. Большинство исследователей считают, что благоприятный исход заболевания (состояние ремиссии, то есть частичное или полное исчезновение признаков заболевания) возможен в 30–40% случаев. Между тем среди лиц, признаваемых невменяемыми, около 50% больны шизофренией [2, с. 79].

Предупреждение – это система социально-правовых и медико-реабилитационных мер, благодаря которым лицо лишается возможности повторного совершения общественно опасных деяний. Н.Г. Иванов прав, что такие возможности могут быть совершенно разнообразными, но главное заключается в том, чтобы они соответствовали целям безопасности общества и не противоречили императивам законности, гуманизма и справедливости [15, с. 95].

В юридической литературе справедливо отмечается, что при применении принудительных мер, в отличие от целей наказания, отсутствует цель общей превенции – предупреждение преступлений, совершенных другими лицами [13, с. 24]. Указанные меры исключают возможность применения карательных средств вместо лечебно-реабилитационных. Целью применения принудительных мер медицинского характера ни в коем случае не является кара, наказание лица, к которому они применяются. Принудительные меры медицинского характера предполагают применение таких средств, как медикаментозная терапия, психотерапия, трудотерапия и другие реабилитационные средства, направленные на восстановление социальной адаптации больных лиц.

Анализируя все изложенное и подводя итог, можно отметить, что лица, совершившие общественно опасные деяния в состоянии невменяемости, в силу психиче-

ского расстройства не способны осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействий) либо руководить ими. Применение к ним принудительных мер медицинского характера обуславливается необходимостью устранения или смягчения причины общественно опасного поведения – психического расстройства.

Принудительные меры медицинского характера могут быть назначены судом лицам, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение или исполнение наказания. К ним относятся такие лица: которые совершили общественно опасные деяния, будучи вменяемыми, но до вынесения приговора заболели психическим расстройством; у которых после совершения общественно опасного деяния, но до вынесения приговора, наступило временное психическое расстройство, препятствующее определению их психического состояния во время совершения этого деяния, если по характеру содеянного и по своему психическому состоянию такое лицо представляет опасность для общества; которые заболели психическим расстройством во время отбывания наказания [12, с. 37].

Применение к этим лицам наказания не возможно, так как оно не окажет необходимого карательного воздействия, не сможет достичь поставленных перед ним целей.

Во всех названных случаях применение принудительных мер медицинского характера возможно при одновременном наличии таких трех условий:

1) совершение общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом, в качестве преступления;

2) психическое расстройство лица, исключающее возможность осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействий) либо руководить ими;

3) в силу характера деяния и болезненного состояния это лицо опасно для общества [11, с. 258].

Выводы. Следовательно, принудительные меры медицинского характера имеют двуединую лечебно-предупредительную цель. С одной стороны, их применение защищает интересы больного, поскольку реализация этих мер направлена на излечение либо улучшение его психического состояния. С другой стороны, применение принудительных мер медицинского характера осуществляется в интересах общества, так как эти меры направлены на предотвращение новых уголовно-противоправных действий со стороны психически больных лиц. Фактически медицинская цель принудительных мер медицинского характера выступает средством достижения юридической цели, которая состоит в обеспечении общественной безопасности.

Литература

1. Преступность и психические аномалии / [Ю.М. Антонян, С.В. Бородин] ; отв. ред. В.Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1987. – 208 с.
2. Банщиков В.М. Медицинская психология : [учебник для мед. вузов] / В.М. Банщиков, В.С. Гуськов, И.Ф. Мягков. – М. : Медицина, 1967. – 240 с.
3. Введенский И.Н. Принудительное лечение душевнобольных и психопатов / И.Н. Введенский // Душевнобольные и правонарушители и принудительное лечение / под ред. П.Б. Ганнушкина. – М. : Изд-во НКВД, 1929. – С. 7–22.

4. Голоднюк М.Н. Развитие российского законодательства о принудительных мерах медицинского характера / М.Н. Голоднюк // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». – 1998. – № 5. – С. 38–39.
5. Мищенко Е.В. Принудительные меры медицинского характера. Их правовая природа и основания применения судом : [учеб. пособие] / Е.В. Мищенко ; А.П. Гуськовой. – Оренбург : Изд. центр Оренбургского гос. аграрного ун-та, 1999. – 142 с.
6. Михеев Р.И. Принудительные меры медицинского характера в уголовном праве – социально-правовые и медико-реабилитационные меры безопасности / Р.И. Михеев, А.В. Беловодский, В.А. Воробей, О.Р. Михеев и др. – Владивосток : Вит, 2000. – 292 с.
7. Назаренко Г.В. Принудительные меры медицинского характера : [учеб. пособие] / Г.В. Назаренко. – М. : Дело, 2003. – 176 с.
8. Овчинникова А.П. Сущность и назначение принудительных мер медицинского характера : [учеб. пособие] / А.П. Овчинникова. – М. : ВЮЗИ, 1977. – 46 с.
9. Прокопенко А.С. Безумная психиатрия / А.С. Прокопенко. – М. : Совершенно секретно, 1997. – 176 с.
10. Протченко Б.А. Принудительные меры медицинского характера / Б.А. Протченко. – М. : Юридическая литература, 1976. – 104 с.
11. Уголовное право России. Общая часть : [учебник] / [С.И. Никулин, А.И. Рарог, А.И. Чучаев, Б.В. Яцеленко] ; под ред. А.И. Рарога. – М. : ИМП, 1997. – 319 с.
12. Сидоренко В.Н. Уголовное право Российской Федерации (Общая часть) : [учеб.-метод. пособие] / В.Н. Сидоренко, А.А. Толкаченко, Н.А. Шулепов. – М. : МНЭПУ, 1997. – 84 с.
13. Ситковская О.Д. Психология уголовной ответственности / О.Д. Ситковская. – М. : Норма, 1998. – 285 с.
14. Смирнов А.В. Уголовный процесс : [учебник для вузов] / [А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский] ; под общ. ред. А.В. Смирнова. – СПб. : Питер, 2004. – 552 с.
15. Улицкий С.Я. Спорные вопросы применения законодательства о принудительных мерах медицинского характера / С.А. Улицкий // Проблемы борьбы с преступной неосторожностью. – Владивосток : Изд-во ДВГУ, 1978. – С. 94–101.
16. Принудительное лечение в системе профилактики общественно опасных действий психически больных : сб. трудов. – М., 1997. – 106 с.
17. Курс кримінально-виконавчого права України. Загальна та Особлива частини : [навч. посібник] / [О.М. Джужа, В.О. Корчинський, С.Я. Фаренюк, В.Б. Василець] ; за заг. ред. О.М. Джужи. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 304 с.
18. Шаргородский М.Д. Наказание, его цели и эффективность / М.Д. Шаргородский. – Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – 160 с.
19. Морозов Г.В. Методологические проблемы вменяемости-невменяемости / Г.В. Морозов, Т.П. Печерникова, Б.В. Шостакович // Проблемы вменяемости в судебной психиатрии / под ред. Г.В. Морозова. – М., 1983. – С. 3–10.

Аннотация

Берш А. Я. **Основания и цели применения принудительных мер медицинского характера.** – Статья.

В статье рассмотрены основания и условия применения принудительных мер медицинского характера, а также цели и задачи применения таких мер к невменяемым.

Ключевые слова: принудительные меры медицинского характера, основания, цели, психически больные лица, невменяемость.

Анотація

Берш А. Я. **Підстави й цілі застосування примусових заходів медичного характеру.** – Стаття.

У статті розглянуто підстави й умови застосування примусових заходів медичного характеру, а також цілі й завдання застосування таких заходів щодо неосудних.

Ключові слова: примусові заходи медичного характеру, підстави, цілі, психічно хворі особи, неосудність.

Summary

Bersh A. Ya. **Grounds and aims of application of force measures of medical character.** – Article.

In the article necessary grounds and terms are considered for application of the forced measures of medical character, and also purpose and task of application of such measures to not responsible for one's the actions.

Key words: forced measures of medical character, grounds, aims, mentally sick persons, diminished responsibility.

УДК 343.241:343.162

А. С. Макаренко

ВИДИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ ПІД ЧАС ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ В УКРАЇНІ

Актуальність теми дослідження. Суддівський розсуд у кримінальному праві – це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного з варіантів рішення в кримінальному провадженні. З одного боку, застосування суддівського розсуду дає змогу врахувати всі обставини справи, забезпечити індивідуалізацію покарання, встановлення соціальної справедливості, тобто реалізувати всі приписи законодавця, у тому числі й ті, які не знайшли детальної регламентації кримінальним законом. З іншого боку, суддівський розсуд як феномен правової дійсності має й негативні наслідки. Недостатня визначеність кримінально-правових норм, багатозначність деяких термінів і понять, варіативність покарання, відсутність у законі детальних і чітких правил, критеріїв призначення покарання істотно ускладнюють правозастосовчий процес. Усе це призводить до нестабільності забезпечення кримінально-правового регулювання, різнобою в судовій практиці, а інколи й до судових помилок. У зв'язку із цим необхідним є комплексний аналіз такого складного правового феномену.

Стан дослідження проблеми. Окремі аспекти суддівського розсуду були предметом розгляду таких учених: А. Барака, Ю.В. Грачової, Ю.М. Грошевого, В.С. Канціра, А.О. Пивоварової, О.І. Рарога, О.П. Севастьянова, В.П. Степаліна та інших. Однак існуючі політичні, соціально-економічні зміни, зміни в законодавчому полі, обраний курс на гуманізацію кримінального законодавства та лібералізацію кримінально-правової політики обумовлюють необхідність подальшого наукового пошуку.

Метою статті є надання характеристики суддівського розсуду крізь призму таксономії останнього в доктрині кримінального права та втілених прийомах законодавчої техніки.

Отже, важливим аспектом у дослідженні суддівського розсуду є з'ясування питання про класифікацію такого розсуду. При цьому різні вчені говорять про види розсуду, про його форми, зазвичай ототожнюючи ці поняття. Ми будемо виділяти види суддівського розсуду, виходячи з того, що форма розсуду є зовнішньою формою об'єктивації, виразом суддівського розсуду [1, с. 330]. Наприклад, суд здійснює такий вид суддівського розсуду, як додатковий, у формі застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, які вчинили суспільно-небезпечні діяння в стані неосудності, обмеженої осудності або захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання (ст. 93 Кримінального кодексу України (далі – КК України)).

А. Барак залежно від кількості можливих варіантів рішення виділяє вузький і широкий розсуд, а залежно від ступеня свободи, якою володіє уповноважена сторона, – абсолютний та обмежений. Залежно від об'єкта суддівського розсуду правознавець пропонує іншу класифікацію. Він говорить про три види розсуду: вибір із сукупності фактів, які є необхідними для вирішення конфлікту; суддівський роз-

© А. С. Макаренко, 2013

суд під час застосування норми, який передбачає вибір із різних варіантів застосування, що допускаються цією нормою, одного, який суддівський розсуд вважає найбільш відповідним у ситуації, що склалася; суддівський розсуд під час встановлення самої норми, який передбачає вибір із нормативних можливостей найбільш відповідного варіанту [2, с. 27].

Р.С. Гудін виділяє формальний та неформальний розсуд. Формальний характерний тоді, коли його застосування постає зі змісту правової норми. Неформальний розсуд пов'язаний із застосуванням суддею правової норми, мова якої незрозуміла. Також учений виділяє попередній та остаточний розсуд. Попередній існує під час прийняття рішень, які можуть бути перевірені судом вищої інстанції. Остаточний розсуд Р.С. Гудін пов'язує з тими судовими рішеннями, які є остаточними [3, с. 236].

Дещо схожу думку висловлює М.Б. Рісний. Залежно від місця суб'єкта в правовій системі він характеризує остаточний розсуд (наприклад, розсуд Пленуму Верховного Суду України) і розсуд, який може бути переглянуто (розсуд всіх інших судових органів) [4, с. 75–76]. У зв'язку із цим необхідно навести класифікацію судового розсуду, запропоновану А.Б. Стьопіним. На його думку, варто виділяти судовий розсуд, прямо вказаний у законі, та судовий розсуд, прямо не зазначений у законі, який, однак, має місце в судовій практиці [5, с. 26].

О.А. Папкова класифікує суддівський розсуд залежно від виду правових норм, спираючись виключно на їх найменування. На її думку, видом суддівського розсуду є відносно-визначений суддівський розсуд, який має такі підвиди: ситуаційний та альтернативний, правомочний суддівський розсуд із підвидом факультативного суддівського розсуду [1, с. 332].

Класифікуючи суддівський розсуд, Д.Б. Абушенко обирає за критерій певну обмеженість встановленої законодавцем свободи. Таким чином, учений виділяє: 1) альтернативний вид – суд вибирає з декількох законних варіантів, прямо передбачених законодавцем; 2) рамочний – суд обмежений чіткими межами (верхньою й нижньою); 3) змішаний; 4) рамочний без верхньої межі [6, с. 45].

В.С. Канцір проводить таку класифікацію суддівського розсуду. За елементами застосовуваної правової норми розрізняє: а) розсуд під час застосування відносно-визначеної за змістом гіпотези; б) диспозиції; в) санкції. Залежно від виду відносно-визначеної за змістом кримінально-правової норми вчений розрізняє розсуд під час застосування кримінально-правових норм: а) альтернативних; б) факультативних; в) ситуаційних; г) оціночних. За особливостями «інструментів» розсуду науковець виділяє розсуд: а) правотлумачний; б) правоконкретизаційний; в) праводеталізуючий [7, с. 277; 8, с. 8–9].

Звичайно, кожна з наведених класифікацій учених заслуговує на увагу, оскільки робить певний акцент на тому чи іншому аспекті розглядуваного предмета дослідження залежно від критерію класифікації. Утім кожна класифікація є умовною й не може бути вичерпною.

Під час з'ясування питання класифікації суддівського розсуду ми обмежуватимемося конкретною стадією правозастосовчого процесу, а саме стадією вирішення кримінального провадження, у нашому випадку – стадією призначення покаран-

ня, не беручи до уваги власне стадію встановлення фактичної основи провадження й стадію встановлення юридичної основи провадження.

Так, першим критерієм класифікації буде обрано підставу суддівського розсуду під час призначення покарання як нормативну основу його здійснення. Залежно від цього суддівський розсуд під час призначення покарання буде поділятися на: а) розсуд під час застосування санкції Особливої частини КК України; тут ми виділяємо два підвиди залежно від виду санкції: відносно-визначений (відносно-визначений з елементами відносної або абсолютної визначеності) та альтернативний; б) правомочний, який виникає під час застосування уповноважуючих норм; в) оціночний розсуд; г) розсуд під час застосування неоднозначних юридичних понять.

За особливостями розумових операцій, які опосередковують здійснення суддівського розсуду та відображають концептуально-змістовну сутність під час призначення покарання останнього, виділяємо такі: а) власне пеналізаційний розсуд; б) правотлумачний розсуд.

Власне пеналізаційний розсуд реалізується під час застосування санкції Особливої частини КК України як такої з метою призначення винній у вчиненні злочину особі справедливого покарання, яке буде сприяти досягненню цілей кримінального покарання. Власне термін «пеналізація» (від лат. poena – покарання та action – дія) вживається в науковому обігу й не є законодавчим. Це й зумовлює відсутність єдності в підходах до його визначення. На думку, зокрема, Ю.А. Пономаренка, пеналізацією є визначення видів і розмірів покарань, що можуть бути застосовані за їх вчинення [9, с. 75; 10, с. 60; 11, с. 137; 12, с. 123]. Деякі вчені до цього ще й включають процес призначення покарання [13, с. 7–8; 14, с. 309; 15, с. 94]. А тому в науці визначення того, які саме органи здійснюють пеналізацію злочинів, є дискусійним. Одні вчені вважають, що пеналізація здійснюється виключно законодавцем, інші ж вважають, що її здійснює ще й суд, призначаючи покарання. Так, Ю.А. Пономаренко дотримується першої позиції. Підкреслюючи відмінні ознаки процесу пеналізації й процесу призначення покарання, вчений зазначає, що результатом пеналізації є потенційна кримінальна відповідальність, результатом же призначення покарання – реальна кримінальна відповідальність. Потенційна кримінальна відповідальність традиційно визначається з допущенням судової дискреції, яскравим свідченням чого є відносна визначеність покарань практично у всіх санкціях статей Особливої частини КК України. Реальна ж кримінальна відповідальність, яка визначається судом вже з використанням його дискретних можливостей, зажди чітко конкретизована за видами та розмірами покарань [9, с. 71].

На нашу думку, з наведених слів ученого саме й підтверджується той факт, що суд, призначаючи покарання, забезпечує реалізацію пеналізації, визначеної законодавцем, у життя. Ми вже зазначили, що право як таке оперує абстрактними поняттями, такі норми без застосування їх до реальної дійсності є лише потенцією. Суд як правозастосовчий орган забезпечує застосування кримінального законодавства в конкретних випадках призначення покарання. Тому ми вважаємо, що питання суб'єктів процесу пеналізації можна розглядати у вузькому сенсі – законодавець як єдиний суб'єкт, а також у широкому – законодавчий та судові органи.

При цьому ми ніяким чином не абсолютизуємо роль суду під час встановлення конкретної міри покарання.

Дійсно, як таке встановлення злочинності (криміналізації) і караності (пеналізації) діянь належить законодавцю, суд під час призначення покарань не має права виходити за встановлені законодавцем межі (наприклад, призначити покарання у вигляді позбавлення волі, якщо воно не передбачено санкцією, або вийти за максимальні межі покарання, встановлені санкцією Особливої частини КК, коли немає підстав для застосування ст. ст. 70, 71 КК України тощо). Однак діяльність судді із застосування санкції під час визначення конкретної міри покарання особі, визнаній винною у вчиненні злочину, не можна назвати нічим іншим, як пеналізаційним процесом. Суд не створює нових законодавчих приписів, він лише забезпечує перетворення потенційної відповідальності в реальну персоніфіковану.

Більше того, таку позицію можна підтвердити й приписами кримінального закону. Обґрунтовуючи свою позицію, Ю.А. Пономаренко зазначає, що пеналізація є діяльністю законодавця, оскільки полягає в «передбаченні» (ч. 1 ст. 50 КК України) або «визначенні» (ч. 3 ст. 3 КК України) покарання в законі. Законодавець передбачає (визначає) як в цілому систему й окремі види покарань, так і караність окремих злочинів зокрема [9, с. 75]. Ми можемо до цієї пари приписів «передбачає» – «визначає» додати ще «встановлює» (призначає). Суд встановлює (призначає) караність конкретного злочину конкретній особі (ст. 65 КК України) і таким чином забезпечує або реалізує пеналізацію в тих межах, яка встановлена законодавцем. Законодавець, закріплюючи види покарань у певних розмірах (строках), закладає наперед імовірну встановлену караність діянь. Проте конкретну караність діяння, вчиненого певною особою, суд встановлює на власний розсуд під час призначення покарання, враховуючи конкретні обставини справи.

Правотлумачний розсуд є розумовим процесом, спрямованим на встановлення й розкриття змісту кримінально-правової норми шляхом його усвідомлення суб'єктом тлумачення, що проявляється в з'ясуванні й роз'ясненні неоднозначних термінів і понять, оціночних понять, конкретизації прав та обов'язків. Вважаємо, правотлумачний розсуд поглинає правоконкретизаційний розсуд, праводеталізуючий розсуд тощо (які виділяє В.С. Канцір). Так, суд, звільняючи від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України, може покласти на засудженого обов'язки, передбачені ст. 76 КК України, конкретизуючи таким чином приписи останньої, роз'яснюючи їхній зміст.

Призначаючи конкретну міру покарання винній у вчиненні злочину особі, суд тлумачить шляхом роз'яснення зміст правозастосувального акта – вироку. Казуальне тлумачення є однією із центральних ланок у процесі винесення судового рішення. Звичайно, у будь-якому випадку суддя здійснює тлумачення кримінально-правової норми насамперед шляхом з'ясування змісту нормативного припису (для себе), а в деяких випадках і шляхом роз'яснення для інших суб'єктів.

Однак значення тлумачення права істотно зростає, коли виникають ситуації нетипового застосування права, тобто під час конкретизації права, за значного допущення розсуду правозастосовчого суб'єкта, а також в інших складних правових ситуаціях [16, с. 99]. Під час призначення покарання ситуації нетипового засто-

сування права зумовлені формулюванням законодавцем кримінально-правових норм із «поправкою» на суддівський розсуд – уповноважуючі норми (ст. ст. 69, 75, 93, ч. 1 ст. 97, ч. 1 ст. 105 КК України та ін.), оціночні поняття («інші обставини» (п. 5 ч. 1 ст. 66 КК України), «аморальні дії потерпілого» (п. 7 ч.1 ст. 66 КК України), «тяжкі наслідки» (п. 5 ч. 1 ст. 67 КК України та ін.)) – та певними недоліками законодавчої техніки – неоднозначні терміни («щире каяття», «сильне душевне хвилювання» та ін.) і поняття («особа винного», «тяжкість вчиненого злочину» та ін.). У такому випадку тлумачення права безпосередньо залежить від правової культури й правосвідомості судді, якість правозастосування вимагає більш високого рівня підготовки особи правозастосувача. Зазначене дає підстави розглядати правотлумачний розсуд як самостійний вид суддівського розсуду.

Також суддівський розсуд класифікують залежно від ступеня його директивності під час призначення покарання. Так, розрізняємо розсуд: а) основний (обов'язковий); б) додатковий (субсидіарний).

Основний, або обов'язковий, розсуд реалізується в кожному випадку призначення конкретної міри кримінально-правового впливу безпосередньо під час застосування санкції кримінально-правової норми. У цьому випадку ми говоримо про те, що розсуд є обов'язком судді. Це й відрізняє його від розсуду інших суб'єктів кримінально-правових відносин. Законодавець, закріплюючи відносно-визначені санкції, передбачає таким чином, що призначення конкретного покарання в межах таких санкцій залежить від розсуду правозастосувача. Суддя не може відмовитися від виконання передбачених обов'язків, тобто від вирішення як такої справи по суті. Однак призначення певної міри покарання в межах санкції також є й правом судді.

Додатковий, або субсидіарний, розсуд реалізується під час застосування уповноважуючих норм і є правом судді. Так, суддя за власним розсудом може призначати примусові заходи медичного характеру, додаткові покарання, які не передбачено санкцією статті Особливої частини КК України як обов'язкові, за наявності на те підстав призначати більш м'яке покарання, ніж передбачено законом тощо. Такий розсуд безпосередньо направлений на реалізацію принципу індивідуалізації покарання з метою призначення справедливої й доцільної міри кримінально-правового примусу, міри, яка буде відповідати конкретним обставинам провадження.

Висновки. Таким чином, з'ясування й виділення видів суддівського розсуду під час призначення покарання сприятиме його комплексно-змістовному аналізу, а також осмисленню закономірностей пеналізаційної теорії та практики.

Література

1. Папкова О. А. Усмотрение суда / О. А. Папкова. – М. : Статут, 2005. – 413 с.
2. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак ; пер. с англ. А. Ю. Лисин. – М. : НОРМА, 1999. – 246 с.
3. Goodin R. E. Welfare, Rights and Discretion / R. E. Goodin // Oxford Journal of Legal Studies. – 1986. – № 6(3). – P. 232–261.
4. Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд у юридичній практиці (загальнотеоретичне дослідження) / М. Б. Рісний // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. Серія 1 «Дослідження та реферати» / редкол. : П. М. Рабинович (гол. ред.) та ін. – Львів : Край, 2007. – Вип. 16. – 192 с.

5. Степин А. Б. Пределы судебного усмотрения при назначении наказания за терроризм / А. Б. Степин // Право и безопасность. – 2005. – № 2(15). – С. 26.
6. Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе / Д. Б. Абушенко. – М. : Норма, 2000. – 176 с.
7. Канцір В. С. Поняття та основні риси суддівського угляду / В. С. Канцір // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали ІІІ регіональної наукової конференції (м. Львів, лютий 1997 року). – Львів : Друкарня Івано-Франківського комітету у справах преси та інформації, 1997. – С. 276–279.
8. Канцір В. С. Проблеми судового угляду при застосуванні законодавства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В. С. Канцір ; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Львів, 1998. – 17 с.
9. Пономаренко Ю. А. Поняття пеналізації злочинів / Ю. А. Пономаренко // Питання боротьби зі злочинністю. – 2009. – Вип. 17. – С. 65–77.
10. Дагель П. С. Проблемы советской уголовной политики / П. С. Дагель. – Владивосток : Изд-во Дальневост. ун-та, 1982. – 124 с.
11. Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации / А. И. Коробеев. – Владивосток : Изд-во Дальневост. ун-та, 1987. – 268 с.
12. Панченко П. Н. Советская уголовная политика. Общетеоретическая концепция борьбы с преступностью: ее становление и предмет / П. Н. Панченко. – Томск : Изд-во Томск. ун-та, 1988. – 198 с.
13. Антонов И. М. Пенализация преступлений, причиняющих вред здоровью : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / И. М. Антонов ; Дальневосточный юридический институт. – Владивосток, 2004. – 30 с.
14. Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н. А. Лопашенко. – СПб. : Юридический центр «Пресс», 2004. – 339 с.
15. Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація / А. А. Митрофанов. – О. : Вид-во Одеського юрид. ін-ту, 2004. – 134 с.
16. Оборотов Ю. М. Теорія держави і права (прагматичний курс) : [екзаменаційний довідник] / Ю. М. Оборотов. – О. : Юридична література, 2005. – 184 с.

Анотація

Макаренко А. С. **Види суддівського розсуду під час призначення покарання в Україні.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню та аналізу видів суддівського розсуду під час призначення покарання. Наводяться точки зору вчених щодо цієї проблематики. Пропонується авторська класифікація видів суддівського розсуду, розкривається сутність кожного з видів, освітлюються дискусійні питання таксономії суддівського розсуду в цілому.

Ключові слова: суддівський розсуд, пеналізаційний розсуд, правотлумачний розсуд.

Аннотация

Макаренко А. С. **Виды судейского усмотрения при назначении наказания в Украине.** – Статья.

Статья посвящена исследованию и анализу видов судейского усмотрения при назначении наказания. Приводятся различные точки зрения ученых относительно данной проблематики. Предлагается авторская классификация видов судейского усмотрения, раскрывается сущность каждого из видов, освещаются дискуссионные вопросы таксономии судейского усмотрения в целом.

Ключевые слова: судейское усмотрение, пенализационное усмотрение правотолковательное усмотрение.

Summary

Makarenko A. S. **The types of judge's discretion at sentencing process in Ukraine.** – Article.

The article is devoted research and analysis of types of judge's discretion at sentencing process. The points of view of scientists are brought on this problematics. Author classification of types of judge's discretion is offered, essence opens up each of kinds, light up the debatable questions of taxonomy of judge's discretion on the whole.

Key words: judge's discretion, discretion in penalization, law interpretational discretion.

УДК 343.98

О. П. Ващук

МЕТОД ПІЗНАННЯ НЕВЕРБАЛЬНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ: СПОСТЕРЕЖЕННЯ

Спостереження як метод пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів застосовується в криміналістиці та використовується в практичній діяльності правоохоронних органів. Спостереження, маючи свою індивідуальну специфіку, обумовлюється такими елементами: суб'єктом пізнання, об'єктом пізнання, завданням, планом, процесом, результатами пізнання. Однак теоретичне обґрунтування цього методу пізнання невербальної інформації в криміналістиці вимагає більш пильної уваги з боку науковців. Саме метод спостереження є одним із найпоширеніших, найефективніших методів як у багатьох науках (криміналістика не є винятком), у практичній діяльності правоохоронних органів, так і в житті кожної людини. Суть спостереження варто звести до спланованого, планомірного сприйняття певного об'єкта з метою його пізнання шляхом виділення та оцінки його властивостей, ознак, характеристик. Проте спостереження характеризується як один із пасивних методів наукового дослідження, за якого спостерігач не впливає на розвиток подій, а сприймає його в «ідеалі», тобто в «натурі». Його примітивною формою є життєве спостереженням, яким користується кожна людина у своїй повсякденній практиці [1].

Так, Р.С. Бєлкін вказує, що під спостереженням слід розуміти сприйняття будь-якого об'єкта, явища, процесу, здійснюване навмисно й цілеспрямовано. Саме він виділяє в криміналістичних наукових дослідженнях такі об'єкти спостереження:

– елементи речової обстановки (сліди злочину, документи, окремі предмети тощо);

– осіб, ознаки їх сутності, прояви їх характеру, темпераменту, емоційного стану тощо;

– дії осіб, у тому числі й такі, які утворюють способи підготовки, вчинення та приховування злочину;

– явища;

– процеси [2, с. 82].

І.І. Когутич підкреслює, що спостереження – це сприйняття певного об'єкта, явища, процесу, яке відбувається для їх системного, цілеспрямованого, запланованого вивчення [3, с. 21]. В.Ю. Шепітько вказує, що спостереження як систематичне цілеспрямоване безпосереднє сприйняття предмета чи явища широко застосовують у криміналістиці як із науковою, так і з практичною метою: для вивчення й узагальнення правозастосовної практики, в експертних дослідженнях, під час виконання слідчих та інших дій тощо [4].

Суб'єктом спостереження є вчений-криміналіст, слідчий, прокурор (тобто верифікатор). Він може безпосередньо спостерігати (статична або динамічна форми). Однак криміналістика має справу не лише з речовими утвореннями, а й із людьми,

© О. П. Ващук, 2013

їх станом, емоціями, вчинками, діями, багато з яких можуть бути недоступними для безпосереднього сприйняття. У цих випадках використовується опосередковане спостереження (статична або динамічна форми), коли інформацію про злочин, об'єкт, подію, факт отримують від інших осіб. У цьому випадку верифікатор змушений вирішувати інше завдання: перевірити, наскільки отримані відомості відповідають тому, що ці особи спостерігали в дійсності [2, с. 82].

Криміналістичне спостереження обумовлюється такими специфічними ознаками:

1) спостереження здійснюється з метою отримання інформації, що має значення для розслідування злочину та практичного використання під час вирішення правових, криміналістичних, розшукових і тактичних завдань;

2) діяльність суб'єктів спостереження (верифікаторів) повинна здійснюватися відповідно до принципів кримінального судочинства (тобто Кримінального процесуального кодексу України) та використовувати лише ті засоби й прийоми, які відповідають критеріям допустимості в цій сфері правозастосування;

3) сфера застосування – це діяльність працівників правоохоронних органів, які ведуть боротьбу зі злочинністю кримінально-правовими засобами. При цьому метод спостереження застосовується не окремо, а в певних межах діяльності зазначених осіб, а саме: під час проведення слідчих (розшукових) дій (оглядів, допитів, пред'явлення особи для впізнання, пред'явлення речей для впізнання, пред'явлення трупа для впізнання, обшуків, слідчих експериментів тощо), негласних слідчих (розшукових) дій (аудіоконтролю, відеоконтролю особи; арешту, огляду й виїмки кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації з електронних інформаційних систем; обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу; спостереження за особою, річчю або місцем; аудіоконтролю, відеоконтролю місця; контролю за вчиненням злочину тощо), інших форм роботи з громадськістю під час розслідування злочинів;

4) коло об'єктів спостереження обмежується лише тими елементами й системами навколишнього світу, які мають відношення до розслідування злочину (предмет пізнання, засоби пошуково-пізнавальної діяльності, її планування та організація) [5, с. 28].

Метою спостереження є не просте суб'єктивне фіксування ознак зовнішності, поведінки особи, які виступають лише зовнішніми сторонами об'єкта дослідження [6, с. 20–43]. Мета спостереження є ширшою та включає в себе отримання інформації, аналіз інформації, встановлення зв'язку інформації з прихованими внутрішніми станами людини, її соціальною, суспільною, людською сутністю.

З мети спостереження поступово формується процес спостереження, який пов'язується з концентрацією уваги на об'єкті спостереження, тобто на пізнанні невербальної інформації від конкретної особи засобами невербального спілкування, що посилює сприйнятливість верифікатора до цього об'єкта. Виявлення й розшифрування прихованої інформації в процесі спостереження проводиться безперервно, являючи собою осмислювання верифікатором спостережуваного, що надалі є основою продовження спостереження за необхідності. Без виконання цієї умови спостереження ризикує втратити свій цілеспрямований, оціночний характер та пере-

творитися на безладну сукупність сприйнятої інформації, як таку, що може мати відношення до кримінального провадження, так і таку, що подібного відношення не має (або має, проте не в достатньому обсязі). Вплив на процес сприйняття має також сам верифікатор. Цей вплив пов'язується зі станом його свідомості, напрямами думок, концентрацією уваги, станом здоров'я, завантаженістю, особистим життям, що посилює або послаблює сприйнятливість навколишнього середовища.

Отже, процес спостереження – це складний багатоланковий процес, який потребує цілеспрямованої кропіткої праці, чіткої спланованої організації щодо планомірного сприйняття певного об'єкта з метою його пізнання шляхом виділення й оцінки його внутрішніх і зовнішніх властивостей [7]. Необхідним елементом спостереження при цьому виступає увага, яка існує в таких формах:

– мимовільна;

– довільна;

– післядовільна.

Дослідження невербальної інформації під час розслідування злочинів вимагає довільної уваги, яка характеризується свідомо поставленою метою на вивчення зовнішності, поведінки особи та вольовими зусиллями для стійкої концентрації уваги на виконання діяльності, необхідної для досягнення загальної мети спостереження.

Щодо характеристики уваги як складової спостереження окремо виділяють і досліджують такі її властивості:

1) стійкість (залежить від складності завдання, наявності перешкод, установки, інтересу, особливостей нервової системи);

2) концентрація;

3) здатність до «перемикання»;

4) розподіл;

5) обсяг [8].

Сучасне різноманіття засобів невербальної комунікації особи істотно ускладнює завдання пізнання всіх переданих за їх допомогою інформаційних знаків. Такі труднощі нерідко ще більше посилюються необхідністю паралельного виконання верифікатором інших дій (ведення протоколу, забезпечення функціонування технічних засобів, формулювання питань, вислуховування й оцінка смислового змісту відповідей, підтримка психологічного контакту тощо). Усе це приводить до необхідності «перемикання» й розподілу уваги, а відтак – до зниження рівня розшифрування невербальних знаків, зростання загрози втрати певної частини невербальної інформації.

На результативність спостереження як методу пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів впливає наявність плану спостереження у верифікатора. План спостереження – це сукупність програмних, методологічних, тактичних та організаційних елементів, дій і питань, які складено в певній послідовності для вирішення питання по суті.

План спостереження характеризується наявністю таких елементів:

1) мета спостереження;

2) об'єкт спостереження;

3) одиниця спостереження;
4) джерело інформації щодо спостереження;
5) елемент сукупності спостереження;
6) програма спостереження;
7) верифікатор спостереження;
8) місце спостереження;
9) календар спостереження;
10) час (термін, період) спостереження;
11) джерела й способи отримання даних спостереження;
12) матеріально-технічна база спостереження [8].

Практично в процесі спілкування, враховуючи людське сприйняття, що діє за принципом «від загального до конкретного», варто виділити певні особливості в спостереженні.

По-перше, спочатку оцінюється зовнішній вигляд особи, її фізичні характеристики, волосся, прикраси, одяг та інші зовнішні ознаки, на підставі яких може бути зроблено попередні висновки щодо її професійної діяльності (наприклад, уніформа, інша спеціальна форма тощо), національної (расової) належності (національне вбрання, його деталі), розумового розвитку (відчуття, сприймання, мислення, мовлення, пам'ять, уява), матеріального стану (низький, середній, високий) тощо.

По-друге, оцінюються анатомічні й біологічні властивості (статура), на основі аналізу яких встановлюються основні дані про особу (органи та системи органів людського тіла, зовнішні форми й пропорції тіла людини та його частин, окремі органи, їх мікроскопічна й макроскопічна будова, статеві ознаки, вік, національна належність, типові й індивідуальні особливості).

По-третє, більш детальному дослідженню піддаються дрібні деталі зовнішності людини, а саме:

– голова, співвідношення різних частин голови;
– обличчя, риси обличчя, його пропорції, лоб, зморшки, брови, очі, ніс, скули, рот, губи, підборіддя, шия;
– мімічні рухи особи, погляд, сміх, посмішка;
– хода, постава, стійка, посадка;
– форма рук і пальців, жестикуляція;
– рух нижніх і верхніх кінцівок, тулуба;
– характеристика голосу, наголосів у спілкуванні тощо.

На основі цієї інформації встановлюються додаткові дані про особу, що стосуються її психологічного й емоційного станів у певний період залежно від обставин [9; 10].

Наведений план пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів носить рекомендаційний характер і може адаптуватися до слідчих ситуацій на різних стадіях розслідування, слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, версіювання з огляду на з міркування доцільності, зміни обстановки тощо.

Аналіз і розшифрування виявлених невербальних знаків повинні здійснюватися з урахуванням, крім іншого, низки таких вимог:

1) розгляд різних видів невербальних інформаційних знаків необхідно проводити комплексно, враховуючи їх взаємопов'язаність, взаємозалежність і взаємообумовленість. Помилка деяких верифікаторів полягає в тому, що в процесі провадження допиту особи в них є прагнення виділити один із її жестів та розглядати його ізольовано від інших жестів, намагаючись при цьому надати йому абстрактне пояснення. Однак задля правильного розшифрування інтерпретації невербальних жестів доцільно враховувати всю сукупність знаків особи за певний період. Тобто ризик помилки може бути зведено до мінімуму лише на основі порівняльного аналізу результатів спостереження за різними видами невербальної інформації, які пов'язуються між собою, утворюючи цілісний розпізнавальний та ідентифікаційний комплекс знань;

2) віддаючи належне значущості результатів криміналістичного спостереження за окремими видами невербальних знаків, варто звернути увагу на вербальний канал передачі інформації. Характер співвідношення вербальної й невербальної складової інформаційної комунікації відбивається в певній залежності, що позначає стан внутрішньої відповідності, коли в психологічному стані особи немає протиріч, і невербальні знаки відповідають тому, що вона говорить. Співвідношення зазначених складових комунікації під час надання недостовірних даних, навпаки, характеризується неузгодженістю, протиріччями. У цьому випадку одне із завдань верифікатора – це надання правильної оцінки виявленим розбіжностям між свідомістю та підсвідомістю. Таке завдання є важливим, оскільки, як показує практика розслідування злочинів, деякі особи, потрапивши в провадження кримінального судочинства, спеціально грають у рольові ігри, прагнучи сформувати неправильне уявлення про себе, навести слідство на перевірку хибної версії тощо;

3) особливості кожної слідчої ситуації та категорії кримінального провадження, у якій реалізується метод спостереження (вираховування контексту спілкування, сукупність суб'єктивних та об'єктивних чинників, які детермінують ті чи інші відхилення від звичайних проявів активності об'єкта спостереження) [9; 10].

Важливу роль у контексті отримання об'єктивних результатів спостереження відіграють умови спостереження, які обумовлюють характер його пізнання (сприйняття, аналіз, використання). Мова йде про позитивні й негативні умови, які впливають на пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів.

До позитивних умов спостереження слід віднести такі:

– підготовка (теоретична й практична) верифікатора до спостереження, що виражається в наявності в нього належних навичок спостереження за невербальними комунікаціями, знань із приводу отримання й обробки невербальних знаків, чітке з'ясування цілей, завдань, об'єктів, процесу спостереження тощо;

– відсутність сторонніх подразників, які відволікають увагу, і наявність достатнього часу для спостереження;

– підготовленість верифікатора проявляється в його здатності до стриманого аналізу сприйнятого. Мова йде про своєрідну дисципліну розуму, мислення верифікатора, що виключає, наприклад, підміну факта висновком про факт, що забезпечує чітке розмежування між свідченнями почуттів і висновками із цих

свідчень, що сприяє відділенню справжнього образу від уявного, привнесеного в спостереження, тощо.

До негативних умов спостереження слід віднести такі:

– емоційні переживання (переляк, страх, здивування, радість, полегшення тощо). Вони розсіюють увагу та порушують правильність сприйняття, перебільшуючи значущість сприйнятого або, навпаки, сприяючи його недооцінці. Звідси постає практична рекомендація стриманого сприйняття всього виявленого зі свідомим придушенням власної емоційної сторони сприйняття;

– властивості мислення є такими, що особливості зовнішності й поведінки людини сприймаються під час спостереження, опосередковуються з його внутрішньою свідомістю, переслідуваними цілями. Зовнішній вигляд, дії осіб можуть по-різному відповідати вимогам, сформованим у верифікатора, бути більш-менш усвідомленими. Тому люди викликають у нього неоднакове емоційне ставлення до себе. Виникнувши, це відношення вносить свої корективи в подальше формування у верифікатора образу кожного з тих людей, з якими він спілкується, підкреслюючи одні риси та, навпаки, не виділяючи інші;

– верифікатор виступає в ролі об'єкта спостереження з боку інших учасників кримінального процесу, а часом – предметом загальної уваги представників засобів масової інформації. Прояви емоційної сфери верифікатора слугують інформаційною базою для організації власної поведінки інших осіб. Доведено, що люди здатні не лише передавати інформацію за допомогою невербальних засобів спілкування, а й сприймати її, хоч і не завжди повною мірою усвідомлюючи її значення.

Таким чином, спостереження як метод пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів використовується криміналістикою в практичній діяльності правоохоронних органів, вирізняється своєю індивідуальністю, що характеризується наявністю власного суб'єкта й об'єкта пізнання та результатами пізнання.

Література

1. Спостереження [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uk.wikipedia.org/wiki.
2. Криминалистика : [учебник для вузов] / [Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкин, Ю.Г. Корухов, Е.Р. Россинская] ; под ред. Р.С. Белкина. – М. : Норма – Инфра-М, 2000. – 990 с.
3. Когутич І.І. Криміналістика : [курс лекцій] / І.І. Когутич. – К. : Атіка, 2008. – 888 с.
4. Криміналістика : [підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти] / за ред. В.Ю. Шепітька. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К. : ВД «Ін Юре», 2004. – 728 с.
5. Криминалистика : [учебник для юрид. высш. учеб. завед.] / [В.С. Аханов, Р.С. Белкин, Г.Г. Зуйков и др.] ; под ред. Р.С. Белкина. – М. : Изд-во ВШ МВД СССР, 1969. – 376 с.
6. Васильев О.Л. Цели и задачи предварительного расследования и его форм / О.Л. Васильев // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». – 2002. – №3. – С. 20–43.
7. Справочник следователя / авт.-сост. У.А. Усманов. – М. : ПРИОР, 2000. – 256 с.
8. Бороздина Г.В. Психология делового общения : [учеб. пособие] / Г.В. Бороздина. – М. : Инфра-М, 1999. – 224 с.
9. Экман П. Психология эмоций: я знаю, что ты чувствуешь / П. Экман ; пер. с англ. В. Кузина. – СПб. : Питер, 2010. – 336 с.
10. Фрай О. Ложь: три способа выявления / О. Фрай. – СПб. : Прайм-Еврознак, 2006. – 284 с.

Анотація

Ващук О. П. **Метод пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів: спостереження.** – Стаття.

Статтю присвячено аналізу спостереження як методу пізнання невербальної інформації під час розслідування злочинів, який застосовується в криміналістиці та використовується в практичній діяльності правоохоронних органів. Надано характеристику уваги як складової спостереження та окремо виділено й досліджено її властивості.

Ключові слова: криміналістика, метод пізнання, невербальна інформація, невербальні знаки, розслідування злочинів, спостереження, правоохоронні органи, верифікатор.

Аннотация

Ващук О. П. **Метод познания невербальной информации при расследовании преступлений: наблюдение.** – Статья.

Статья посвящена анализу наблюдения как метода познания невербальной информации при расследовании преступлений, который применяется в криминалистике и используется в практической деятельности правоохранительных органов. Охарактеризовано внимание как составляющую наблюдения, отдельно выделены и исследованы его свойства.

Ключевые слова: криминалистика, метод познания, невербальная информация, невербальные знаки, расследование преступлений, наблюдение, правоохранительные органы, верификатор.

Summary

Vashuk O. P. **Method of knowledge of non-verbal information in the investigation of crime: surveillance.** – Article.

This article analyzes the observation as a method of knowledge of non-verbal information in the investigation of crimes, which is used in forensics, and is used in the practice of law enforcement. Characterized attention as a component of the surveillance and separately identified and studied its properties.

Key words: forensic science, method of knowledge, non-verbal information, non-verbal signs, crime investigations, surveillance, law enforcement, verifier.

УДК 351.746.2+343.123.12]:(34:351.74)

Р. В. Тарасенко, В. Б. Любчик

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УСТАНОВАХ ДЛЯ ПОПЕРЕДНЬОГО УВ'ЯЗНЕННЯ

Для підтримання порядку в суспільстві необхідно, щоб свідки та потерпілі мали можливість безперешкодно свідчити в ході досудового розслідування чи надавати допомогу оперативним та слідчим підрозділам, давати свідчення в суді, не піддаючись залякуванню, а також незважаючи на загрозу відплати з боку кримінальних елементів. Підозрювані, обвинувачувані чи підсудні також повинні мати відповідні гарантії безпеки у випадку сприяння здійсненню правосуддя, виконання свого громадського обов'язку в інших формах, незалежно від думки вищих щаблів кримінальної ієрархії, навіть якщо вони знаходяться в установах для попереднього ув'язнення чи виконання покарань. Закон України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» передбачає серед категорій осіб, які мають право на забезпечення безпеки шляхом застосування відповідних заходів, не тільки свідка чи потерпілого, а підозрюваного й обвинуваченого [5, ст. 2]. Згідно з нормами чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) підозрюваний, обвинувачений має право заявляти клопотання про проведення процесуальних

© Р. В. Тарасенко, В. Б. Любчик, 2013

дій, про забезпечення безпеки щодо себе, членів своєї сім'ї, близьких родичів, майна, житла тощо (п. 12 ч. 3 ст. 42) [1].

Проблемам забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства приділено увагу в працях відомих вітчизняних та закордонних вчених, зокрема К.В. Антонова, Л.І. Аркуші, Л.В. Брусниціна, М.П. Водька, А.М. Волощука, І.О. Воронова, В.І. Галагана, Е.О. Дідоренка, О.Ф. Долженкова, В.П. Захарова, О.А. Зайцева, В.С. Зеленецького, А.В. Іщенка, І.П. Козаченка, В.В. Крутова, Я.Ю. Кондратьєва, Д.Й. Никифорчука, С.С. Овчинського, Ю.Ю. Орлова, М.А. Погорецького, М.Б. Саакяна, В.Г. Самойлова, Г.К. Синілова, О.П. Снігерьова, В.Л. Ортинського та інших. На монографічному рівні зазначеної проблематики торкалися І.В. Басиста, О.О. Гриньків, Г.О. Душейко, Ю.М. Крамаренко, М.В. Куркін, А.О. Ляш, Т.І. Панасюк, Р.М. Шехавцов та інші. Проте в роботах цих науковців питання забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства в установах для попереднього ув'язнення не досліджувалися.

Торкаючись цієї тематики, зазначимо, що за кордоном доволі розповсюдженим явищем стало співробітництво обвинувачених зі слідством та судом в обмін на пом'якшення покарання (зменшення строку ув'язнення) і захист для себе, близьких та членів родини. Загальновизнано, що участь причетних до протиправної діяльності осіб у програмах захисту свідків має для них певний реабілітаційний ефект: у більшості випадків після звільнення з в'язниці вони продовжують вести нормальне життя законослухняних громадян, а рівень рецидиву серед учасників програм складає менше половини від рівня рецидиву серед інших осіб, які відбули покарання в місцях позбавлення волі. Хоча окремі особи згодом повертаються до злочинної діяльності, але їх кількість знаходиться в межах від 17% до 23% [11, с. 19].

Обвинувачений може бути взятий під варту з мотивів забезпечення його власних інтересів та фізичної безпеки. У науково-практичній літературі багато писалося про те, що на практиці нерідко зустрічалися випадки, коли шляхом арешту обвинуваченого забезпечувалися як інтереси правосуддя, адже обвинувачений втрачав можливість ухилитися від слідства та суду, так і інтерес самого обвинуваченого, якщо його життю загрожувала небезпека з боку співучасників злочину, зокрема з боку представників організованого злочинного угрупування. Ще за радянських часів висловлено думку, що підставами для затримання (і взяття під варту) можуть бути суспільне обурення, що виникає під час залишення на свободі особи, підозрюваної (обвинуваченої) у вчиненні тяжкого злочину, а також необхідність забезпечити особисту його безпеку, тобто запобігти суду Лінча [12, с. 336; 10, с. 83].

Цілком природно виглядає обурення громадян щодо вчинення будь-якого резонансного особливо тяжкого злочину, що вкрай суперечить суспільній моралі. У минулому соціальні емоції нерідко спонукали органи розслідування, прокуратуру та суд робити передчасні, недостатньо обґрунтовані затримання й арешти. О.І. Білоусов і С.М. Смоков відзначають, що прагнення задовольнити «почуття суспільної справедливості», догодити публіці призводить до серйозних порушень законності в діяльності органів розслідування, прокуратури та суду, тому «суспільні пристрасті» не можуть служити підставою для затримань та арештів [8, с. 51].

Щодо безпеки підозрюваного, якого не було затримано в разі відсутності встановлених законом підстав, то її зобов'язані забезпечити відповідні суб'єкти кримінального процесу та підрозділи, на які покладено обов'язок провадити заходи безпеки. За відсутності підстав для затримання певної особи немає підґрунтя для його суспільного осуду, оскільки «соціальне обурення» нерідко інспіровано. Затримання підозрюваного «в його ж інтересах» – це єзуїтська постановка питання, не властива демократичній природі кримінального процесу [8, с. 51]. З іншого боку, тимчасове утримання під вартою в захисних цілях визначається Управлінням із наркотиків та злочинності ООН як позитивна практика в системі невідкладних заходів безпеки [11, с. 67]. Проте застосування такої міри сьогодні зустрічається нечасто.

Звернемося до практики Європейського суду з прав людини, зокрема до рішення Європейського суду «I. A. проти Франції» (I. A. v. France № 28213/95 від 23 вересня 1998 року): «Суд визнає, що деякі злочини внаслідок їхньої особливої тяжкості й суспільної реакції на них можуть стати причиною таких порушень громадського порядку, яка може виправдовувати досудове тримання під вартою, принаймні протягом певного часу. Отже, за виняткових обставин це міркування може бути враховане для цілей Конвенції, в усякому разі тією мірою, якою внутрішнє право визнає поняття порушення громадського порядку, спричинене злочином. Проте цю підставу можна вважати такою, що стосується справи, та достатньою лише за умови її підкріплення фактами, здатними довести, що звільнення обвинуваченого з-під варти справді спричинить порушення громадського порядку» [9, с. 102]; «Суд визнає, що в деяких випадках безпека особи, щодо якої провадиться слідство, вимагає його подальшого тримання під вартою, принаймні протягом якогось часу. Однак це може відбуватися тільки за виняткових обставин, що стосуються характеру відповідних злочинів, умов, за яких їх було вчинено, і контексту, у якому вони відбувалися» [9, с. 103]. Як бачимо, тимчасове утримання під вартою в захисних цілях цілком відповідає вимогам Європейської конвенції з прав людини.

У сучасних умовах все більша кількість закордонних правових систем передбачає для осіб, які співробітничають зі слідством та судом, не повне звільнення від відповідальності за участь у злочинній діяльності, а пом'якшення покарання, зменшення строку тюремного ув'язнення за всестороннє сприяння органам правопорядку та суду. Свідчення причетних до протиправної діяльності осіб про структуру та діяльність злочинних групувань, механізм учинення злочинів, співучасників тощо є надзвичайно корисними для судочинства, але водночас згубними для злочинців. Через це обвинувачені, які погодилися на співпрацю зі слідством та судом, наражаються на серйозну небезпеку для свого життя, потребують проведення щодо них відповідних заходів безпеки. Особливої актуальності ці питання набувають, коли такі особи знаходяться в місцях позбавлення волі.

Законодавством передбачена можливість забезпечення безпеки осіб, які перебувають у слідчих ізоляторах або в місцях із спеціальним режимом тримання, одним із шляхів:

– особистої охорони взятої під захист особи;

– заміни документів та зміни зовнішності;

– забезпечення конфіденційності даних про особу;

– закритого судового засідання.

Додатково до них можуть застосовуватися також такі заходи:

– переведення до іншої установи виконання покарань чи слідчого ізолятора або в інше місце із спеціальним режимом тримання;

– окреме тримання [5, ст. 19].

В установах для попереднього ув'язнення (слідчі ізолятори, ізолятори тимчасового тримання) узятих під варту осіб зазвичай тримають у маломісних або загальних камерах. У виняткових випадках із метою збереження слідчої таємниці, захисту ув'язнених від можливих посягань на їхнє життя чи запобігання вчиненню ними нового злочину або за наявності на те медичних підстав за мотивованою постановою особи установи, у провадженні яких знаходиться справа, чи начальника установи для попереднього ув'язнення, санкціонованою прокурором, їх можуть тримати в одиночних камерах. Застосування цього заходу до неповнолітніх не допускається, а в разі виникнення загрози їхньому життю вони переводяться до іншої маломісної або загальної камери [4, ст. 8]. Роздільне тримання заарештованих і засуджених здійснюється з метою захисту осіб від можливих посягань на їхнє життя чи запобігання вчиненню ними нового злочину. Викладені правила ізоляції діють під час усіх переміщень утримуваних осіб (конвоювання їх по коридорах і території, під час проведення прогулянок, саноброблення та інших заходів) [6, п. 4.6].

Коли є підстави вважати, що переведення на одиночне тримання не забезпечить особистої безпеки взятої під варту особи, вона на підставі персонального наряду Департаменту (Державної пенітенціарної служби України) переводиться до найближчого СІЗО. Для отримання персонального наряду до Департаменту надсилається погоджене з оперативним підрозділом, слідчим, прокурором або судом, у провадженні яких перебуває кримінальна справа взятої під варту особи, клопотання про її переведення до іншого СІЗО, також додаються такі документи:

– копія заяви учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича, витяг з отриманої оперативної та іншої інформації про наявність загрози його життю й здоров'ю;

– довідка з особової справи;

– матеріали попередньої перевірки отриманої заяви, звернення чи інформації;

– список осіб, які становлять загрозу для особи, узятої під захист, із зазначенням місця їх мешкання або перебування в установах виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної пенітенціарної служби України [7, п. 21-1].

Слід зазначити, що Закон України «Про попереднє ув'язнення», окрім можливості роздільного тримання, не передбачає жодних механізмів захисту життя взятих під варту учасників кримінального судочинства. При цьому цей же закон визначає, що особи, які перебувають у місцях попереднього ув'язнення, мають обов'язки й права, встановлені законодавством для громадян України (ч. 1 ст. 6) [4]. На сьогодні в установах попереднього ув'язнення існує небезпека проникнення та широкого розповсюдження кримінальних традицій, постійного впливу на свідомість взятих під варту осіб, стабілізації антисоціальних установок, що є причиною обов'язковості рис кримінальної субкультури для різних категорій утримуваних.

Кримінальні субкультура та світогляд є одними з основних чинників, які створюють серйозну небезпеку для тих обвинувачених, які погодилися співпрацювати зі слідством та судом.

Особливо це актуально, якщо в установах для попереднього ув'язнення поряд з узятими під державний захист учасниками кримінального судочинства утримують осіб, причетних до діяльності організованих злочинних угрупувань, до вчинення вбивств на замовлення, схильних до вчинення тілесних ушкоджень, які дотримуються злодійських традицій та шанують кримінальну субкультуру.

Вважаємо, що положення чинного законодавства про попереднє ув'язнення не повною мірою гарантують безпеку особам, взятим під державний захист. Погодимося з тим, що в умовах СІЗО, де існує проблема переповнених камер, це складне завданням для адміністрації. Набагато простіше гарантувати безпеку взятим під варту особам в ізоляторах тимчасового тримання територіальних ОВС, де значно менша кількість утримуваних осіб та реально існує можливість оперативного вживання із цією метою необхідних заходів швидкого реагування під контролем керівництва міськрайлінорганів. У разі необхідності взяті під варту особи можуть бути тимчасово поміщені в окремі приміщення органу внутрішніх справ чи лікувальні заклади під надійною охороною.

У зв'язку з вищезазначеним пропонуємо викласти друге речення ч. 1 ст. 4 Закону України «Про попереднє ув'язнення» в такій редакції: «В окремих випадках, що визначаються потребою в проведенні слідчих дій або потребою в забезпеченні безпеки, ці особи можуть перебувати в ізоляторах тимчасового тримання».

Вважаємо, що ефективність забезпечення безпеки в установах пенітенціарної системи в цілому залежить від рівня взаємодії між компетентними правоохоронними органами, що обумовлено необхідністю проведення спільних заходів, обміну інформацією про стан та джерела загроз безпеці, провадження відповідних заходів безпеки, у тому числі після звільнення взятих під захист осіб із місць позбавлення волі у випадку, якщо зберігається загроза їхньому життю. Підрозділи (органи), які здійснюють заходи безпеки, мають взаємодіяти з адміністрацією слідчих ізоляторів чи установ виконання покарань. Для координації спільних дій із захисту учасників кримінального судочинства доцільно прийняти міжвідомчий (МВС та ДПСУ) наказ, у якому передбачити основні напрями взаємодії, способи та захищені канали зв'язку між представниками цих структур, відповідальних за підтримання контактів осіб, питання обмеження та захисту інформації про заходи безпеки та взятих під захист осіб, вимоги щодо дотримання режиму секретності тощо.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
2. Про міліцію : Закон України від 20 грудня 1990 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 4. – Ст. 20.
3. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
4. Про попереднє ув'язнення : Закон України від 30 червня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 360.

5. Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві : Закон України від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 51.
6. Про затвердження Інструкції про роботу ізоляторів тимчасового тримання ОВС України : Наказ МВС України № 60дск від 20 січня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z1977-12.
7. Про затвердження Інструкції про порядок здійснення заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, в установах кримінально-виконавчої системи : Наказ ДДУПВП № 61 від 4 квітня 2005 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 21. – Ст. 1160.
8. Білоусов О.І. Затримання підозрюваного у кримінальному процесі України : [монографія] / О.І. Білоусов, С.М. Смоков. – О. : ОЮІ НУВС, 2009. – 112 с.
9. Макбрайд Дж. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес / Дж. Макбрайд ; Генеральний директорат з прав людини і правових питань. – К. : К.І.С., 2010. – 576 с.
10. Клюков Е.М. Основание к задержанию по советскому уголовно-процессуальному законодательству / Е.М. Клюков // Сборник аспирантских работ. Серия «Общественные науки. Право». – Казань : Казанский университет, 1971. – С. 83–93.
11. Рекомендуемые виды практики в области защиты свидетелей при производстве по уголовным делам, касающимся организованной преступности / Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. – Нью-Йорк : Организация Объединенных Наций, 2008. – 117 с.
12. Чельцов М.А. Уголовный процесс / М.А. Чельцов. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 340 с.

Анотація

Тарасенко Р. В., Любчик В. Б. **Перспективи забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства в установах попереднього ув'язнення.** – Стаття.

Стаття присвячена проблемам забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства в установах для попереднього ув'язнення та запровадження дієвого організаційно-правового механізму захисту учасників кримінального судочинства.

Ключові слова: учасник кримінального судочинства, свідок, підозрюваний, обвинувачений, організована злочинність, заходи безпеки, установа для попереднього ув'язнення, взяття під варту.

Аннотация

Тарасенко Р. В., Любчик В. Б. **Перспективы обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства в учреждениях предварительного заключения.** – Статья.

Статья посвящена проблемам обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства в учреждениях для предварительного заключения и внедрения действенного организационно-правового механизма защиты участников уголовного судопроизводства.

Ключевые слова: участник уголовного судопроизводства, свидетель, подозреваемый, обвиняемый, организованная преступность, меры безопасности, учреждение для предварительного заключения, заключение под стражу.

Summary

Tarasenko R. V., Lubchik V. B. **Prospects security of participants in criminal proceedings in the pre-trial detention.** – Article.

The article is devoted to the problem of ensuring the safety of participants in the criminal justice institutions for pre-trial detention, the introduction of efficient organizational and legal mechanism for the protection of participants in criminal proceedings.

Key words: criminal justice party, witness, suspect, accused, organized crime, security measures for the establishment of pre-trial detention, imprisonment.

УДК 343.141/143:343.121

О. П. Острійчук

ПОКАЗАННЯ ОБВИНУВАЧЕНОГО ЯК ОКРЕМИЙ ВИД ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДЖЕРЕЛА ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Реформування кримінального процесуального законодавства, яке зараз відбувається в України, має на меті створення необхідних передумов функціонування правової, соціальної держави та забезпечення дотримання процесуальних прав учасників кримінального провадження. Особливу роль у цій реформі відіграє, зокрема, інститут збирання доказів та отримання показань.

Важливе місце серед процесуальних джерел доказів посідає показання обвинуваченого. Поняття показань обвинуваченого, їхня правова природа та юридичне значення стали предметом дослідження багатьох науковців, зокрема Р.С. Бєлкіна, Ю.М. Грошевого, С.А. Касаткіної, Л.М. Лобойка, С.А. Новікова, М.С. Строгович, С.М. Стахівського, В.Ю. Шепітька, М.Л. Якуба та інших. Проте плюралістичне розмаїття наявних у науковій літературі поглядів вказує на актуальність дослідження цього питання та на необхідність узгодження деяких проблемних питань.

Показання обвинуваченого визначаються як вид доказу, у якому обвинувачений повідомляє слідчому, прокурору й суду відомості про подію кримінального правопорушення, що сталося, про дії, які вчинив він чи інші учасники кримінального провадження, та про інші факти, що мають значення в процесі доказування та є одним із процесуальних джерел доказів [1, с. 3].

Частина процесуалістів вважають, що показання обвинуваченого – це повідомлення, зроблені в установленому Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) порядку особою, щодо інкримінованого кримінального правопорушення та всіх інших відомих йому обставин події й доказів, що є в провадженні [2, с. 40], або повідомлення особою фактичних даних щодо кримінального правопорушення, у якому обвинувачується особа, інших відомих їй обставин кримінального провадження, зроблене під час допиту у встановленому законом порядку [3, с. 583].

Виходячи з аналізу існуючих наукових позицій щодо визначення поняття показань обвинуваченого, Є.В. Повзик спробував виділити іманентні риси цього виду показань [4, с. 567]. На основі отриманих результатів можемо виділити такі риси показань обвинуваченого: 1) становлять собою відомості, які надаються в усній або письмовій формі та надані відповідно до вимог КПК України; 2) суб'єктом показань є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому ст. 291 КПК України; 3) предмет показань – відомості про факти, які можуть мати значення для розслідування кримінального правопорушення й для розгляду в суді; 4) процесуальна форма надання таких відомостей полягає в надані під час проведення слідчих дій (допиту, одночасного допиту двох і більше осіб, слідчому експерименті тощо).

Показання обвинуваченого – усне повідомлення особи, щодо якої обвинувальний акт передано до суду в порядку, передбаченому ст. 351 КПК України, про

© О. П. Острійчук, 2013

обставини, що підлягають доказуванню й даються добровільно під час допиту в установленому законом порядку [5, с. 284]. Це тлумачення поняття показань обвинуваченого не повною мірою розкриває зміст цього терміну, оскільки не враховуються показання, дані особою не в усній формі. Вважаємо, що форма дачі показань може бути й письмовою в тих випадках, коли особа через фізичні вади або через хворобу не може давати показання в усній формі. Тому необхідно вважати, що показання можуть бути й у письмовій формі, проте повинні фіксуватись у передбаченому КПК України порядку.

Предмет показань обвинуваченого визначається насамперед змістом обвинувачення, зокрема процесуального документу – обвинувального акта, проте це можуть бути й будь-які інші обставини, що входять до предмета доказування. Обвинувачений не зобов'язаний доводити свою невинуватість. Обов'язок доведення вини особи у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення покладено на сторону обвинувачення.

Важлива особливість показань обвинуваченого полягає в тому, що вони мають подвійну правову природу: з одного боку, є джерелом доказів у кримінальному провадженні, з іншого – засобом захисту від обвинувачення. У контексті гуманізації кримінального процесу, який відбувається сьогодні в Україні, набуває особливого значення розгляд показань обвинуваченого як засобу захисту особи від пред'явленого йому обвинувачення. Так, постає запитання, чи зацікавлений сьогодні обвинувачений із правової точки зору в тому, щоб користуватися таким засобом захисту, як дача показань [6, с. 314].

Існує думка щодо того, чи дійсно дача неправдивих показань є способом захисту. Так, М.С. Костін вважає, що давання обвинуваченим неправдивих показань не може розглядатися як допустимий спосіб його захисту, оскільки це не зумовлено його законними інтересами, суперечить публічним інтересам, інтересам правосуддя, не відповідає принципу рівності сторін. З огляду на це останній наголошує на необхідності встановлення кримінальної відповідальності обвинуваченого за давання ним завідомо неправдивих показань [7, с. 101]. Ми не можемо погодитися з такою думкою, оскільки обвинувачений як сторона захисту у випадках невизнання своєї вини зобов'язаний довести свою невинуватість, тягар доказування винуватості лягає на сторону обвинувачення. У такому випадку у сторони обвинувачення можуть з'явитись деякі труднощі в процесі доказування, але саме цього й вимагають сучасні стандарти права на захист.

Проти встановлення кримінальної відповідальності обвинуваченого за дачу завідомо неправдивих показань виступає Європейський суд із прав людини в рішеннях проти України. Європейський суд із прав людини наголошує, що відмовитися від дачі показань чи давати неправдиві показання – це загальноєвропейська гарантія, гарантована ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Відповідні положення зафіксовані в рішеннях проти України [8; 9; 10].

У кримінально-процесуальній науці щодо цього питання існують різні погляди. Це пояснюється тим, що в кожному конкретному випадку, залежно він наявності чи відсутності захисника в провадженні, обвинувачений обирає певну тактику захисту. Він може відмовитись від дачі показань на якомусь етапі провадження, може зміню-

вати свої показання, а також може давати неправдиві свідчення. Тому всі ці випадки необхідно враховувати слідчому та прокурору під час встановлення обставин події.

На думку Я.О. Мотовіловкер, у тому випадку, коли обвинувачений відмовляється від дачі показань, це може свідчити про його винуватість у вчиненні злочину та може бути непрямим доказом його вини [11, с. 17]. Раціональне зерно в такому погляді є, оскільки особа, яка невинувата у вчиненні кримінального правопорушення, буде намагатися довести свою невинуватість та наведе низку аргументів на підтвердження цього.

У випадку, коли обвинувачений розуміє свою вину, але бажає повністю уникнути кримінальної відповідальності, сподіваючись на те, що його вина не буде доведена, він обирає таку позицію, за якої він може отримати бажаний результат. З одного боку, він не знає, якими саме доказами прокурор буде доводити його вину, та розуміє, що, коли почне давати неправдиві показання, його одразу буде викрито в дачі недостовірних показань, а його версія буде спростована. З іншого боку, відмовляючись давати показання у випадку, коли вина обвинуваченого буде доведена, останній не зможе сподіватися на пом'якшення покарання. Крім того, відмовляючись давати показання, обвинувачений ставить під загрозу свої законні інтереси, оскільки свідомо позбавляє себе дієвого засобу щодо їх захисту [6, с. 315].

Подібні погляди має М.С. Строгович, який також вказує, що на обвинуваченого впливає ставлення обвинуваченого до пред'явленого йому обвинуваченню, і вже залежно від цього він обирає оптимальну для себе тактику [16, с. 149–150]. Ми погоджуємося з висловленою думкою, оскільки відмова обвинуваченого від дачі показань може бути як засобом захисту, так і негативним чинником для обвинуваченого, проте в кожному конкретному випадку наслідки для обвинуваченого та для об'єктивного розгляду кримінального провадження є різними.

Крім того, на позицію обвинуваченого щодо дачі або відмови від дачі показань та щодо дачі достовірних чи не достовірних показань впливає оперативність складання обвинувального акта та направлення його до суду. Вважаємо, що порушення розумних термінів досудового розслідування, зволікання слідчого та прокурора щодо направлення обвинувального акта до суду впливає негативно на встановлення об'єктивних даних у провадженні. Оскільки чим більше часу триває досудове розслідування, тим більше часу надається обвинуваченому для ретельного обміркування можливих наслідків його поведінки. На оперативності досудового розслідування наголошують і деякі науковці [13, с. 42–43].

Показання обвинуваченого слід розглядати як один із доказів поряд з іншими й без будь-яких переваг у відношенні до інших доказів. Визнання обвинуваченим винуватості у вчиненні кримінального правопорушення може бути покладено в основу обвинувачення лише під час підтвердження його винності сукупністю наявних у кримінальній справі доказів. Це правило законодавцем передбачено з метою недопущення самообмови з боку обвинуваченого, який бажає захистити інших осіб від кримінального переслідування, або під впливом інших обставин, які можуть змусити його визнати «провину» в інкримінованому кримінальному правопорушенні.

Показання обвинуваченого щодо заперечення своєї вини у вчиненні кримінального правопорушення, якщо він на підтвердження своєї винуватості повідом-

ляє про конкретні та реальні відомості про факти, усувають його причетність до вчинення кримінального правопорушення. Такі показання необхідно перевіряти й оцінювати сторонами провадження та судом у сукупності з іншими доказами [5, с. 285].

Щодо цього питання слушно зауважує А.В. Смирнов: «Добровільність визнання обвинуваченим своєї винуватості або надання відомостей, які вказують на винуватість саме обвинуваченого, потенційно перебуває під загрозою, що вимагає підтвердження добровільності визнання сукупністю інших доказів у кримінальному провадженні» [14, с. 102]. І.Я. Фойницький застерігає щодо виваженого ставлення до показань обвинуваченого, у яких останній себе викриває [15, с. 267]. М.С. Строгович ще в 60-х рр. XX століття вказував, що показання обвинуваченого повинні оцінюватись одночасно та у зв'язку з іншими доказами [16, с. 16]. Ми погоджуємося з наведеними точками зору та вважаємо, що інформація, яка міститься в показаннях обвинуваченого, повинна відповідати відомостям, що отримані з інших процесуальних джерел доказів. Кожному суб'єкту оцінки доказів необхідно виважено підходити до оцінки відомостей, отриманих із показань обвинуваченого.

Визнання обвинуваченим своєї вини характеризується такими ознаками: 1) зізнання обвинуваченого є доказом; 2) зізнання обвинуваченого у вчиненні ним кримінального правопорушення має істотне значення для повноти встановлення всіх обставин кримінального провадження; 3) зізнання обвинуваченого необхідно перевіряти та оцінювати поряд з іншими видами доказів у кримінальному провадженні; 4) розслідування не повинно проводитись лише в напрямі отримання зізнання обвинуваченого [5, с. 285].

Зупинимось дещо детальніше на праві обвинуваченого давати неправдиві показання або відмовитись від дачі показань. Таке процесуальне право обвинуваченого в науці кримінального процесу має назву «привілей обвинуваченого проти самовикриття» і є складовою права особи на свободу від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів [17, с. 18]. У загальному вигляді це право передбачене в ст. ст. 62, 63 Конституції України, а також у нормах міжнародного права, зокрема п. «d» ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [18].

Право на відмову від дачі показань або на дачу неправдивих показань є безумовним. На реалізацію цього права ст. 373 Кримінального кодексу України передбачає кримінальну відповідальність за примушування давати показання.

Можуть виникнути проблеми у використанні показань обвинуваченого в процесі доказування в тому випадку, коли обвинувачений змінює свої показання під час судового засідання. Наведемо приклад з особистої практики. Так, у кримінальному провадженні за обвинуваченням Г. у вчиненні замаху на умисне вбивство, Г. під час судового засідання змінив показання щодо знаряддя, яким наніс удар по голові. Так, під час досудового розслідування встановлено, що Г. наніс удар потерпілому П. обухом сокири, такі ж показання обвинувачений дав і під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Проте в судовому засіданні він змінив показання та сказав, що удар наніс палицею, яку залишив на місці події. Мені як державному обвинувачу необхідно було доводити факт нанесення удару обухом сокири іншими видами доказів.

У цьому випадку усунути розбіжності між встановленими обставинами на досудовому розслідуванні та між показаннями обвинуваченого можна було й за допомогою відомостей, отриманих під час обрання підозрюваному запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Так, підозрюваний Г. під час обрання запобіжного заходу в ході судового засідання пояснив, що наніс удар обухом сокири в голову потерпілого П. Проте ст. 197 КПК України визначає, що висновки, що містяться в ухвалі слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу висновки щодо будь-яких обставин, які стосуються суті підозри, обвинувачення, не мають преюдиціального значення для суду під час судового розгляду або для слідчого чи прокурора під час цього чи іншого кримінального провадження. Тому, вважаю, що у випадку зміни обвинуваченим показань у суді прийнятним є подача клопотання про дослідження в судовому засіданні матеріалів (звукозапису, протоколу судового засідання) під час обрання запобіжного заходу. Усунути таку розбіжність може й висновок судово-медичної експертизи щодо предмета, яким нанесено тілесне ушкодження. Проте слід враховувати, що у висновках експерта не даються категоричні твердження, що може ускладнити використання цього виду доказу в процесі доказування.

Ю.М. Грошевий та С.М. Стахівський дотримуються тієї точки зору, що право обвинуваченого давати неправдиві показання є складовим елементом права на захист, оскільки лише таким чином обвинувачений зможе себе захистити. На думку науковців, дача правдивих показань не може поєднуватися з реальним забезпеченням права на захист [19, с. 176]. Тому загальні засади Кримінального процесуального кодексу України покладають на сторону обвинувачення обов'язок здійснювати доказування обставин, які вказують на винуватість обвинуваченого. Тому право обвинуваченого давати неправдиві показання кореспондує обов'язку сторони обвинувачення доказувати винуватість обвинуваченого.

КПК України забороняє отримувати показання обвинуваченого та інших осіб шляхом насильства, погроз та інших незаконних методів. Здобуті таким чином показання недопустимо використовувати для обґрунтування якогось рішення в справі.

Так, ст. 15 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження й покарання, схвалена 10 грудня 1984 р. Генеральною Асамблеєю ООН і ратифікована Указом Президії Верховної Ради УРСР від 26 січня 1987 р., передбачає: «Кожна держава-сторона забезпечує невикористання будь-якої заяви, що, як установлено, була зроблена під час катування, як доказу в ході будь-якого судового розгляду, за винятком випадків, коли вона використовується проти особи, звинуваченої в здійсненні катувань, як доказ того, що таку заяву було зроблено» [20, с. 102].

На основі вищевикладеного матеріалу спробуємо окреслити основні вимоги, які повинні бути дотримані під час оцінки слідчим, прокурором, суддею, судом показань підозрюваних та обвинувачених: а) чи дотримані процесуальні правила отримання показань. Так, М.С. Строгович наполягає на тому, що суворе й неухильне дотримання процесуальних гарантій під час досудового розслідування та під час судового розгляду є необхідною умовою вичерпного з'ясування всіх суттєвих обста-

вин провадження, виявлення матеріальної істини [21, с. 159]; б) чи дозволяли умови, у яких розгорталася подія й знаходився обвинувачений, сприймати докази, про які він повідомляє, і навпаки, чи про всі обставини, які повинні бути йому відомі, він повідомив; в) чи немає суттєвих протиріч у показаннях; г) чи не вплинули на зміст показань особливості процесуального становища й психологічний стан підозрюваного чи обвинуваченого в різні моменти судочинства; д) чи підтверджуються об'єктивно показання іншими доказами в справі, який характер і причини протиріч, що є в показаннях. Лише після встановлення зазначених питань, ми зможемо надати правильну оцінку відомостями, отриманим від показань підозрюваного чи обвинуваченого.

Таким чином, показання обвинуваченого – це один із видів процесуальних джерел доказів, який необхідно досліджувати, як і інші види доказів, а також у порівнянні з ними. Цей вид процесуальних джерел доказів має свої особливості, під час отримання яких необхідно враховувати низку обставин, викладених у статті. Водночас наведені питання потребують й подальших наукових досліджень.

Література

1. Якуб М. Л. Показания обвиняемого как источник доказательств в советском уголовном процессе / М. Л. Якуб. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1963. – 80 с.
2. Ляш А. О. Докази і доказування у кримінальному судочинстві / [А. О. Ляш, С. М. Стахівський] ; за заг. ред. Ю. М. Грошевого. – К. : Університет «Україна», 2006. – 185 с.
3. Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца. – М. : Юридическая литература, 1989. – 640 с.
4. Повзик Є. В. Поняття та правова природа показань обвинуваченого / Є. В. Повзик // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 564–570. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-4/11pevppo.pdf.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / [О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012– . Т. 1. – 2012. – 768 с.
6. Нарійчук О. Д. Показання обвинуваченого як засіб захисту обвинуваченого від обвинувачення /
7. О. Д. Нарійчук // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 1(2). – С. 314–319.
8. Костін М. С. Допустимість способів захисту обвинуваченого для забезпечення його публічних та особистих інтересів / М. С. Костін // Право України. – 2006. – № 8. – С. 99–102.
9. Яременко проти України : Рішення в справі від 12 червня 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua.
10. Колесник проти України : Рішення в справі від 19 лютого 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua.
11. Шабельник проти України : Рішення в справі від 19 лютого 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua.
12. Мотовиловкер Я. О. Основные уголовно-процессуальные функции / Я. О. Мотовиловкер. – Ярославль, 1976. – 94 с.
13. Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах : Постанова Пленуму ВСУ від 30 травня 1997 р. № 8 // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3. – С. 3–4.
14. Манова Н. С. Дайте время, чтобы ответить на обвинение / Н. С. Манова, Ю. С. Францифоров // Российская юстиция. – 1999. – № 6. – С. 42–43.
15. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / А. В. Смирнов. – СПб. : Наука ; Альфа, 2000. – 224 с.
16. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства : в 2-х т. / И. Я. Фойницкий ; под ред. А. В. Смирнова. – СПб. : Альфа, 1996– . Т. 2. – 1996. – 607 с.
17. Строгович М. С. Сознание обвиняемого как судебное доказательство / М. С. Строгович // Советская юстиция. –1957. – № 8. – С. 16.

18. Кучевська С. П. Право обвинуваченого на неправдиві показання, як елемент favor defensionis / С. П. Кучевська, Б. І. Яворський // Адвокат. – 2011. – № 2. – С. 18–25.
19. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 16 грудня 1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
20. Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі : [наук.-практ. посібник] / Ю. М. Грошевий, С. М. Стахівський. – К. : КНТ, Видавець Фурса С. Я., 2006. – 272 с.
21. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання // Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки. – 1987. – № 6. – Ст. 101.
22. Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства / М. С. Строгович. – М. : Изд-во АН СССР, 1955. – 383 с.

Анотація

Острійчук О. П. **Показання обвинуваченого як окремий вид процесуального джерела доказів у кримінальному провадженні.** – Стаття.

У статті проведено глибокий аналіз існуючих доктринальних тлумачень визначення «показання обвинуваченого», наголошено на важливості цього виду доказів у практичній діяльності. Акцентовано увагу на деяких особливостях отримання показань обвинуваченого. Дано оцінку праву обвинуваченого на відмову від дачі показань, наведено приклади протидії обвинуваченого під час дачі показань. Зроблено висновки про необхідність подальшого опрацювання предмета дослідження з метою винайдення оптимальної системи використання показань обвинуваченого в процесі доказування.

Ключові слова: показання обвинуваченого, доказування, відмова від дачі показань, процесуальні джерела доказів.

Аннотация

Острийчук О. П. **Показания обвиняемого как отдельный вид процессуального источника доказательств в уголовном производстве.** – Статья.

В статье автором проведен глубокий анализ существующих доктринальных толкований определений «показания обвиняемого», отмечена важность данного вида доказательств в практической деятельности. Акцентировано внимание на некоторых особенностях получения показаний обвиняемого. Дана оценка праву обвиняемого на отказ от дачи показаний, приведены примеры противодействия обвиняемого во время дачи показаний. Сделаны выводы о необходимости дальнейшей обработки предмета исследования с целью изобретения оптимальной системы использования показаний обвиняемого в процессе доказывания.

Ключевые слова: показания обвиняемого, доказывания, отказ от дачи показаний, процессуальные источники доказательств.

Summary

Ostriychuk O. P. **Testimony of the accused as a separate procedural sources of evidence in criminal proceedings.** – Article.

In this article, the author conducted in-depth analysis of existing doctrinal interpretations of the definition of "testimony of the accused", stressed the importance of this type of evidence in practice. Attention is focused on some features of the testimony of the accused. The estimate of the defendant's right to refuse to testify is provided, the examples against the accused when giving evidence are given. The conclusions about the need for further investigation of the subject for study to explore the optimal use of testimony of the accused in the probacy.

Key words: testimony of the defendant, evidence, refusal to testify, judicial sources of evidence.

УДК 343.131.3

О. Г. Дехтяр

ЗАСАДА БЕЗПОСЕРЕДНОСТІ ДОСЛІДЖЕННЯ ПОКАЗАНЬ, РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ МЕХАНІЗМУ ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ Й СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

У п. 6 ч. 1 ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) безпосередність дослідження показань, речей, документів визначено в якості загальної засади кримінального провадження. Норми ст. 23 КПК України визначають основні елементи змісту засади безпосередності дослідження показань, речей і документів лише в контексті процесуальної діяльності суду. Водночас відомчі нормативні акти поширюють її дію також на органи досудового розслідування. Так, у п. 1.4 Положення про органи досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України, затвердженого наказом Міністерства внутрішніх справ України від 09.08.2012 р. № 686 та зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 22.10.2012 р. за № 1769/22081, у якості одного з принципів, відповідно до яких здійснюється діяльність органів досудового розслідування, визначається безпосередність дослідження показань, речей і документів [1].

При цьому необхідно звернути увагу на те, що п. 16 ч. 1 ст. 7 і ст. 23 КПК України визначають досліджувану засаду як безпосередність дослідження показань, речей і документів, проте в нормах ч. ч. 1 і 2 ст. 23 КПК України йдеться про безпосереднє дослідження доказів. Частина 2 ст. 84 КПК України до процесуальних джерел доказів, крім показань, речових доказів і документів, відносить також висновки експертів. З огляду на це вони підлягають безпосередньому дослідженню й оцінці слідчим і прокурором, врахуванню під час постановлення процесуальних рішень.

Дослідженню особливостей реалізації засади безпосередності в кримінальному провадженні в юридичній літературі присвячено належну увагу. Зокрема, окреслене коло питань досліджували Ю.П. Аленін, Т.Т. Алієв, О.О. Власов, В.К. Волошина, С.О. Гриненко, Ю.М. Грошевий, Н.О. Громов, А.А. Кайгородов, О.В. Капліна, Л.В. Карабут, Є.Г. Коваленко, О.М. Ларін, В.Я. Лівшиць, В.Т. Маляренко, Д.А. Мезінов, Т.М. Мірошниченко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.Т. Томін, Л.Д. Удалова, Д.В. Філін, В.М. Хотенець, В.П. Шибіко, В.Д. Шундіков та інші. Проте більшість таких праць опубліковано до прийняття нового КПК України. Окрім того, вони містять спірні положення щодо змісту засади безпосередності та меж її реалізації на стадіях досудового розслідування й судового розгляду. Викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети статті встановлення співвідношення механізму реалізації засади безпосередності дослідження показань, речей і документів під час досудового розслідування та судового розгляду.

Безпосереднє дослідження показань, речей і документів, яке здійснюється судом, істотно відрізняється від їх дослідження слідчим, прокурором. По-перше, дослідження доказів слідчим, прокурором тісно пов'язується з їх збиранням і процесуальним закріпленням. Визначаючи поняття «дослідження доказів у суді», Н.Ю. Черкасова вказує на принципову відмінність і самостійність двох форм до-

© О. Г. Дехтяр, 2013

слідження доказів: їх збирання, яке супроводжується перетворенням за формою отримуваних фактичних даних, та їх розгляду, за якого наявні в справі дані зберігають свою первинну форму [2, с. 8]. Таким чином, якщо під час досудового розслідування сторонами кримінального провадження й потерпілим здійснюється збирання доказів (ч. 1 ст. 93 КПК України) та їх процесуальна фіксація, то під час судового розгляду відбувається дослідження доказів, яке являє собою пізнавальну діяльність суду, спрямовану на безпосереднє сприйняття наявних фактичних даних. Таке дослідження включає перевірку доказів, зібраних на стадії досудового розслідування, проте не обмежується нею. Оскільки слідчого, прокурора чинним кримінальним процесуальним законом віднесено до сторони обвинувачення (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України), обвинувальний ухил у їх процесуальний діяльності зі збирання доказів є очевидним. Враховуючи обмежений характер діяльності, сторони захисту зі збирання доказів, надання суду повноважень щодо дослідження всіх доказів (як обвинувальних, так і виправдувальних) є цілком виправданим.

У цьому контексті заслуговує на увагу норма ч. 4 ст. 291 КПК України, яка визначає вичерпний перелік процесуальних документів, що додаються до обвинувального акта, та забороняє надання суду інших документів до початку судового розгляду. Вказана норма спрямовується на запобігання формуванню в суду обвинувального ухилу та дозволяє йому самостійно визначити напрями й обсяг їх дослідження з урахуванням думок сторін. Аналізуючи норму ч. 4 ст. 291 КПК України, Л.В. Карабут обґрунтовано вказує, що вона виступає позитивною новелою нового КПК України, яка гарантує реалізацію засади безпосередності дослідження доказів сторін, оскільки за такого підходу до врегулювання цього питання реалізація засади безпосередності дослідження доказів набуває реального змісту [3, с. 274].

По-друге, суд досліджує докази за безпосередньої участі сторін обвинувачення й захисту. Так, ч. 2 ст. 318 КПК України передбачає, що судовий розгляд здійснюється в судовому засіданні з обов'язковою участю сторін кримінального провадження, крім випадків, передбачених КПК України. Водночас ч. 1 ст. 23 КПК України розкриває вказаний елемент змісту засади безпосередності виключно через процесуальну діяльність суду. Необхідно погодитися з позицією А.М. Склізкова, який, аналізуючи норму ч. 1 ст. 240 КПК Російської Федерації, аналогічну за змістом ч. 1 ст. 23 КПК України, вказує, що в ній «допущена неточність: безпосереднє дослідження доказів у судовому засіданні розкривається тільки через дії суду, а це не відповідає змагальній формі процесу та загальновизнаній міжнародно-правовій нормі про право обвинуваченого допитувати свідків, які дають показання проти нього» [4, с. 10].

У юридичній літературі звертається увага на те, що безпосередня участь сторін у судовому розгляді кримінального провадження дозволяє їм особисто сприйняти докази, на підставі чого сформувати повне уявлення про обставини конкретного кримінального провадження. Так, Є.Г. Коваленко та В.Т. Маляренко відзначають: «Учасники кримінального провадження мають можливість отримати інформацію про події справи шляхом особистого, безпосереднього сприйняття всіх доказів у судовому засіданні, одержаних із перших джерел» [5, с. 344]. Поділяючи таку позицію, М.С. Строгович розглядає засаду безпосередності в якості гарантії забезпечен-

ня прав сторін у судовому розгляді та вказує, що «їм гарантовано, що жоден доказ, не досліджений судом за участі сторін, не буде покладений судом в основу вироку» [6, с. 158–159].

При цьому вченими вказується на одночасне сприйняття доказів судом і сторонами. Зокрема, автори науково-практичного коментаря до КПК України за редакцією В.Я. Тація, В.П. Пшонки та А.В. Портнова наголошують, що безпосереднє дослідження всіх доказів у судовому засіданні є важливою умовою їх одностайного сприйняття судом та учасниками судового провадження [7, с. 74]. Аналогічну позицію відстоює Т.Б. Чеджемов, на думку якого сутність засади безпосередності полягає в тому, що «між судом і доказами, з однієї сторони, і між судом та особами, які беруть участь у справі, немає посередніх ланок» [8, с. 17]. Таким чином, дія засади безпосередності забезпечує сторонам можливість одночасно із судом особисто сприймати показання, речі та документи під час їх дослідження. З огляду на норми ст. ст. 351–361 КПК України сторони беруть активну участь у дослідженні доказів, а засада змагальності сторін зумовлює зміст і процесуальний характер їх діяльності в судовому розгляді: сторони формують свої правові позиції в конкретному кримінальному провадженні та користуються рівними правами щодо подання суду своїх доказів і доведення перед судом їх переконливості.

По-третє, на стадії судового розгляду безпосередньо під час дослідження доказів перевіряється їх достовірність. Як відзначає І.Л. Петрухін, засада безпосередності полягає в «забезпеченні перевірки точності й повноти сприйняття та запам'ятовування інформації допитуваною особою, справжності й точності відображення події в речових доказах і документах» [9, с. 408]. Норми кримінального процесуального закону закріплюють загальні правила з'ясування достовірності показань, речей і документів. Наприклад, із метою перевірки достовірності документів учасникам кримінального провадження надаються такі права: 1) ставити запитання щодо документів свідкам, експертам, спеціалістам; 2) просити суд виключити документ із числа доказів і вирішувати справу на підставі інших доказів або призначити відповідну експертизу цього документа (ч. ч. 2 і 3 ст. 358 КПК України). У разі виявлення розбіжностей між дослідженим документом та іншими доказами суд із метою з'ясування причин цих розбіжностей має право провести інші процесуальні дії, переважно допит свідків і призначення експертизи. Як правило, за наявності розбіжностей між документом та іншими доказами допиту в якості свідка підлягає особа, яка склала цей документ. Водночас залежно від виду документа допиту можуть підлягати й інші особи. Так, В.Т. Нор вказує, що в якості свідків може бути допитано таких осіб: 1) працівників правоохоронних органів, зокрема міліції, членів громадських формувань з охорони громадського порядку й державного кордону, військовослужбовців, які виконували обов'язки щодо охорони громадського порядку стосовно обставин, спричинених затриманням ними підозрюваного чи припиненням злочину, поведінки обвинуваченого в минулому тощо; 2) працівників органів, що проводять оперативно-розшукову діяльність, які спостерігали за діями підозрюваного чи обвинуваченого; 3) працівників контрольно-ревізійних органів та інспекцій, на підставі матеріалів яких відкрито кримінальне провадження; 4) осіб, присутніх під час проведення слідчих дій на досудовому розслідуванні

справи (понятих, спеціалістів, перекладачів та інших), зокрема з метою усунення розбіжностей в інформації, зафіксованої в протоколі слідчої дії та отриманої під час судового слідства [10]. Також з огляду на норми ч. ч. 2 і 3 ст. 256 КПК України в якості свідків може бути допитано осіб, які проводили негласні слідчі (розшукові) дії; осіб, яких було залучено до їх проведення; осіб, щодо дій або контактів яких проводилися негласні слідчі (розшукові) дії.

Крім того, з'ясовуючи достовірність документів, залежно від їх виду, суд має право призначити почеркознавчу, авторознавчу, фототехнічну експертизу, технічну експертизу документів, експертизу відеозвукозапису тощо. Учасники кримінального провадження користуються правом поставити експерту питання, що підлягають включенню до ухвали суду про призначення експертизи, за винятком випадків, коли відповіді на них не стосуються кримінального провадження або не мають значення для судового розгляду (ч. 3 ст. 332 КПК України).

По-четверте, щодо реалізації засади безпосередності на стадії судового розгляду, порівняно зі стадією досудового розслідування, кримінальний процесуальний закон встановлює значно меншу кількість обмежень в особистому сприйнятті доказів. Виходячи з істотного значення, яке засада безпосередності має для постановлення законного й обґрунтованого рішення, вченими звертається увага на винятковий характер таких обмежень. Зокрема, Д.А. Мезінов відзначає: «Її обмеження необхідно допускати лише у виняткових випадках, закріплених у законі й обґрунтовуваних, як правило, неможливістю реалізації цієї засади в певних ситуаціях» [11, с. 178]. Обмеження в особистому сприйнятті судом доказів передбачаються нормами кримінального процесуального закону, які закріплюють повноваження суду щодо таких дій: 1) використання під час судового розгляду показань свідка, потерпілого, які були дані ними слідчому судді під час досудового розслідування в судовому засіданні (ч. 5 ст. 225 КПК України); 2) об'єднання та виділення матеріалів кримінального провадження (ст. 334 КПК України); 3) доручення судом за клопотанням сторони кримінального провадження органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії під час судового провадження (ч. ч. 3–6 ст. 333 КПК України); 4) визнання недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорюються (ч. ч. 3 і 4 ст. 349 КПК України). Наведене коло винятків із засади безпосередності дослідження доказів дозволяє погодитися з думкою Ю.В. Кореневського, який відзначає: «Суд володіє більшими порівняно зі слідчим можливостями для всебічного дослідження зібраних доказів, для їх зіставлення, критичного осмислювання та оцінки» [12, с. 5].

По-п'яте, якщо призначення в конкретному кримінальному провадженні іншого слідчого, прокурора з підстав, визначених п. 2 ч. 2 ст. 39, п. 8 ч. 2 ст. 40, ст. ст. 77, 80 і 81 КПК України, не призводить до проведення досудового розслідування спочатку, то після заміни судді або складу суду з підстав, передбачених ст. ст. 75, 80, 81 і ч. ч. 2–5 ст. 83 КПК України, за загальним правилом, закріпленим ч. 1 ст. 319 КПК України, судовий розгляд починається спочатку. Більш чітко нормами кримінального процесуального закону врегульовується початок судового розгляду у випадках направлення кримінального провадження з одного суду до іншого. Так, ч. 6 ст. 34 КПК України передбачає, що суд, якому направлено кримінальне

провадження з іншого суду, розпочинає судове провадження зі стадії підготовчого судового засідання, незалежно від стадії, на якій в іншому суді виникли обставини, які передбачаються ч. 1 ст. 34 КПК України та виступають підставами передачі кримінального провадження на розгляд іншого суду. Норми кримінального процесуального закону про незмінність складу суду, як вказують Ю.М. Грошевий і В.М. Хотенець, забезпечують безпосереднє сприйняття й оцінку доказів всіма суддями від початку й до кінця судового розгляду, гарантують всебічність, повноту та об'єктивність дослідження всіх обставин кримінальної справи, без яких не можливе постановлення законного, обґрунтованого й справедливого вироку [13, с. 336].

Із загального правила про те, що після заміни судді судовий розгляд розпочинається спочатку, норми ч. 2 ст. 319 та ст. 320 КПК України закріплюють два винятки:

1. Суд вмотивованою ухвалою може прийняти рішення про відсутність необхідності розпочинати судовий розгляд із початку та здійснювати повторно всі або частину процесуальних дій, які вже здійснювалися під час судового розгляду до заміни судді, якщо таке рішення не може негативно вплинути на судовий розгляд та за умови дотримання таких вимог: а) сторони кримінального провадження, потерпілий не наполягають на новому проведенні процесуальних дій, які вже було здійснено судом до заміни судді; б) суддя, який замінив суддю, що вибув, ознайомився з ходом судового провадження й матеріалами кримінального провадження, наявними в розпорядженні суду, погоджується з прийнятими судом процесуальними рішеннями та вважає недоцільним нове проведення процесуальних дій, які вже було проведено до заміни судді.

2. Якщо під час судового засідання суддю замінює запасний суддя, судовий розгляд продовжується, і в такому разі його закінчує суд у новому складі.

Таким чином, в обох наведених випадках сторони кримінального провадження, потерпілий, беручи участь у судовому розгляді, особисто сприймають докази в процесі їх дослідження. Що стосується суду, то у випадку заміни судді, який передбачений ч. 2 ст. 319 КПК України, суддя, який вступає в справу, повинен особисто сприйняти докази, що досліджувалися попереднім суддею чи складом суду. Таке сприйняття здійснюється шляхом ознайомлення з ходом судового провадження й матеріалами кримінального провадження, наявними в розпорядженні суду. У цьому разі докази, які було досліджено під час судового розгляду до заміни судді, зберігають доказове значення та можуть використовуватися для обґрунтування судових рішень (ч. 2 ст. 319 КПК України).

Аналізуючи норми ч. 2 ст. 319 КПК України, окремі вчені звертають увагу на доцільність більш істотного обмеження дії засади безпосередності, спрямованого на забезпечення права особи на справедливий судовий розгляд упродовж розумного строку. Так, Л.В. Карабут відзначає: «Оскільки судовий розгляд в обов'язковому порядку фіксується за допомогою технічних засобів, то суддя, який вступає в справу замість того, що вибув, міг би без будь-яких умов (згоден чи не згоден, вважає за доцільне повторно досліджувати докази чи не бажає) ознайомлюватися із записом засідання та продовжувати судовий розгляд» [3, с. 275]. Водночас така позиція є неприйнятною, оскільки розсуд судді, який вступає в справу, обмежується

іншими визначеними кримінальним процесуальним законом умовами, які повинні враховуватися під час прийняття рішення про відсутність необхідності розпочинати судовий розгляд із початку. До таких умов належать можливість негативного впливу такого рішення на судовий розгляд та наполягання сторін кримінального провадження, потерпілого на новому проведенні процесуальних дій, які вже було здійснено судом до заміни судді. У таких випадках суддя, який замінив суддю, що вибув, зобов'язаний прийняти рішення про необхідність розпочинати судовий розгляд із початку та здійснювати повторно всі або частину процесуальних дій, які вже здійснювалися під час судового розгляду до заміни судді.

У випадку заміни судді, який визначається ст. 320 КПК України, запасний суддя, з огляду на норму ч. 1 ст. 320 КПК України, зобов'язаний перебувати в залі судового засідання протягом судового розгляду, внаслідок чого він особисто сприймає показання, речі та документи, які досліджуються судом. Безпосередня участь запасного судді в дослідженні доказів дозволяє стверджувати, що в разі заміни ним судді та продовження судового розгляду судові рішення, які приймаються цим суддею, ґрунтуватимуться на основі особистого сприйняття ним показань, речей і документів.

Підсумовуючи викладене, потрібно відзначити, що дія засади безпосередності дослідження показань, речей і документів поширюється на стадію досудового розслідування. Водночас їй притаманна істотна специфіка, що зумовлюється наявністю істотних обмежень в особистому сприйнятті слідчим, прокурором показань, речей і документів, зумовлених як обставинами кримінального провадження й місцем вчинення кримінального правопорушення, так і повноваженнями прокурора й керівника органу досудового розслідування. У зв'язку з наявністю цих обмежень слідчий, прокурор повинні перевірити докази, отримані іншими уповноваженими особами, оцінити їх на загальних підставах, а за необхідності – повторно провести слідчі (розшукові) дії. На відміну від досудового розслідування, під час судового розгляду такі обмеження носять винятковий характер і зумовлюються виключно обставинами конкретного кримінального провадження.

Література

1. Положення про органи досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України : затверджене наказом Міністерства внутрішніх справ України від 09.08.2012 р. № 686 і зареєстроване в Міністерстві юстиції України 22.10.2012 р. за № 1769/22081 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://document.ua/pro-organizaciyu-dijalnosti-organiv-dosudovogo-rozsliduvannj-doc119681.html.
2. Черкасова Н.Ю. Исследование доказательств в суде первой инстанции : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / Н.Ю. Черкасова ; Самарский гос. ун-т. – Самара, 1993. – 251 с.
3. Карабут Л.В. Кримінальна процесуальна діяльність із безпосереднього дослідження в суді першої інстанції показань, речей і документів за новим КПК / Л.В. Карабут // Вісник Запорізького національного університету. – 2012. – № 3. – С. 273–276.
4. Склизков А.Н. Принцип непосредственности уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / А.Н. Склизков ; Дальневосточный гос. ун-т. – Владивосток, 2007. – 22 с.
5. Коваленко Є.Г. Кримінальний процес України : [підручник] / Є.Г. Коваленко, В.Т. Маляренко. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 712 с.

6. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса : в 2 т. / М.С. Строгович. – М. : Наука, 1968– . – Т. 1. – 1968. – 470 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України : [наук.-практ. коментар] : у 2 т. / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012– . – Т. 1. – 2012. – 768 с.
8. Чеджемов Т.Б. Судебное следствие / Т.Б. Чеджемов ; отв. ред. В.В. Шубин. – М. : Юридическая литература, 1979. – 96 с.
9. Теория доказательств в советском уголовном процессе (Часть общая) / под ред. Н.В. Жогина. – М. : Юридическая литература, 1966. – 584 с.
10. Нор В.Т. Свідок у кримінальному процесі України: коло осіб, предмет показань та свідоцький імунітет / В.Т. Нор [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lawyer.org.ua/?w=p&i=13&d=329.
11. Мезинов Д.А. О проблемах реализации начала непосредственности судебного разбирательства в уголовном судопроизводстве / Д.А. Мезинов // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2008. – № 4(17). – С. 178–182.
12. Кореневский Ю.В. Судебная практика и совершенствование предварительного расследования / Ю.В. Кореневский. – М. : Юридическая литература, 1974. – 112 с.
13. Кримінальний процес України : [підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти] / [Ю.М. Грошевий, Т.М. Мірошниченко, Ю.В. Хоматов та ін.] ; за ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. – Х. : Право, 2000. – 496 с.

Анотація

Дехтяр О. Г. **Засада безпосередності дослідження показань, речей і документів та співвідношення механізму його реалізації під час досудового розслідування й судового розгляду.** – Стаття.

У статті досліджено особливості реалізації засади безпосередності дослідження показань, речей, документів під час досудового розслідування та судового розгляду, на підставі чого визначено співвідношення механізму його реалізації у вказаних стадіях кримінального провадження.

Ключові слова: засада безпосередності, показання, речові докази, документи, досудове розслідування, судовий розгляд.

Аннотация

Дехтяр О. Г. **Начало непосредственности исследования показаний, вещей и документов и соотношение механизма его реализации в ходе досудебного расследования и судебного рассмотрения.** – Статья.

В статье исследованы особенности реализации начала непосредственности исследования показаний, вещей, документов в ходе досудебного расследования и судебного разбирательства, на основании чего определено соотношение механизма его реализации в указанных стадиях уголовного производства.

Ключевые слова: начало непосредственности, показания, вещественные доказательства, документы, досудебное расследование, судебное разбирательство.

Summary

Dekhtyar O. H. **The principle of immediacy research of evidence, objects and documents and the correlation of mechanism of its implementation during pre-trial investigation and trial.** – Article.

Features of principle of immediacy research of evidence, objects and documents during the pre-trial investigation and trial investigated, on the basis of which the correlation of the mechanism of its realization in this stages of criminal proceeding determined.

Key words: principle of immediacy, evidence, objects, documents, pre-trial investigation, trial.

УДК 343.102:343.985:371.68

Ю. В. Лисюк

АУДІО- ТА ВІДЕОКОНТРОЛЬ ЯК РІЗНОВИДИ ВТРУЧАННЯ В ПРИВАТНЕ СПІЛКУВАННЯ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ ДІЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. Приватне спілкування людини характеризується багатьма напрямами, кожний із яких залежить від тієї чи іншої галузі права. Його особливістю є чинник безпеки самої людини під час спілкування. Саме безпека людини під час приватного спілкування є досить широким пластом проблематики в будь-якій державі, оскільки убезпечити людину від протиправних посягань у будь-якій галузі права фактично неможливо, а безпека прямо залежить від дотримання прав та свобод людини.

Держави, прагнучи досягти найвищого розвитку та статусу завдяки впровадженню певних національних ідей, які зумовлюються виданням прогресивного законодавства, найчастіше забувають про фундаментальні цінності, які є невід'ємною частиною діяльності держави, її розвитку, правового статусу у світі та на які держава повинна спиратися, підтримувати та безумовно захищати, – людину, її права та безпеку.

Відчуття безпеки людиною забезпечує їй впевненість у своїх діях, відновлення її прав у разі протиправних посягань, підтримку з боку суспільства та виводить державу на зовсім новий рівень розвитку, надання особливого статусу – статусу правової й безпечної держави з відчуттям повної відповідальності за людину та суспільство.

Як вже було зазначено, безпека людини під час приватного спілкування є однією з проблем сучасної держави, незважаючи на те, що права людини є непорушними. Приватне спілкування має певні різновиди та особливості залежно від галузі права, у якій вони втілюються в життя. Так, особливої уваги потребує вивчення стану дотримання прав людини під час приватного спілкування у сфері кримінального провадження.

Таким чином, особливого значення набувають питання щодо окремих різновидів втручання в приватне спілкування, зокрема щодо дотримання прав людини в разі здійснення аудіо- та відеоконтролю як одного із засобів проведення негласних слідчих дій у кримінальному провадженні.

Стан дослідження. Сфера кримінального провадження в Україні останнім часом зазнала суттєвих змін, відправною точкою яких стало прийняття 13 квітня 2012 року нового Кримінального процесуального кодексу України, ключовим завданням якого є захист прав людини під час здійснення кримінального провадження.

Відповідно до положень ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – Кодекс) основним завданням кримінального провадження є захист особи від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також те, що жодна особа не може бути піддана необґрунтованому процесуальному примусу, а до кожного учасника кримінального провадження повинна бути застосована належна правова процедура [1].

© Ю. В. Лисюк, 2013

Згідно з положеннями ст. 7 Кодексу зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, серед яких законність, рівність перед законом і судом, забезпечення права на свободу та особисту недоторканість, таємниця спілкування, невтручання в приватне життя, забезпечення права на захист, безпосередність дослідження показань, речей і документів [1].

Надання захисту учаснику кримінального провадження та забезпечення йому належної правової процедури неможливе без проведення відповідних слідчих дій, що у свою чергу потребує першочергового з'ясування сутності слідчих дій у кримінальному провадженні.

Дослідженню різних питань захисту прав людини, у тому числі в кримінальному провадженні, науковцями приділено значну увагу в науковій літературі, зокрема в роботах Ю.П. Аленіна, О.В. Баганець, О.М Бандурки, О.Е. Діденко, І.І. Когутич, В.Т. Маляренко, Д.М. Мірковець, М.М. Михеєнко, В.В. Назарова, В.Т. Нора, В.Д. Пчолкіна, Є.Д. Скулиш, В.І. Сліпченко, В.Я. Тація, В.М. Тертишника, В.П. Шибіко, М.Є. Шумила та інших. Однак, розглядаючи норми Кодексу, яким передбачено новий процесуальний порядок проведення слідчих дій, та зважаючи на вже існуючі тенденції захисту прав людини під час здійснення вказаних дій, ці проблеми потребують більш глибокого вивчення.

Під слідчими діями слід розуміти регламентовані нормами процесуального права та здійснювані в межах кримінально-процесуального провадження уповноваженою на те особою, а також забезпечувані заходами державного примусу та супроводжувані необхідним документуванням процесуальні дії, які являють собою комплекс пізнавально-засвідчувальних операцій, спрямованих на отримання, дослідження та перевірку доказів [2].

Відповідно до положень ст. 223 Кодексу слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети [1].

Зважаючи на вищенаведене, можна зробити висновок про те, що слідчі (розшукові) дії стають найефективнішим інструментом доказування на стадії досудового розслідування, під час якого ведеться пошук, отримання та перевірка доказів для встановлення обставин, що мають істотне значення для кримінального провадження.

Більше того, впевненості в ефективності слідчих дій надає запровадження в Кодексі нового поняття «негласні слідчі (розшукові) дії», які згідно з положеннями ст. 246 Кодексу є різновидом слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених Кодексом. Негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб [1].

Однак треба акцентувати на тому, що ефективність слідчих дій прямо залежить від пошуку, отримання та перевірки доказів, що залишає можливість нівелювати права людини, особливо це стосується сфери втручання в приватне спілкування під час проведення негласних слідчих дій під час здійснення кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до норм Кодексу аудіо- та відеоконтроль є одним із різновидів втручання в приватне спілкування під час здійснення негласних слідчих дій та може проводитися у двох різних напрямах.

Так, ст. 260 Кодексу передбачено, що аудіо- та відеоконтроль особи проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю або місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування [1].

Також згідно зі ст. 270 Кодексу передбачено, що аудіо- та відеоконтроль місця може здійснюватися під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину й полягає в здійсненні прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо- та відеозапису всередині публічно доступних місць, без відома їх власника, володільця або присутніх у цьому місці осіб, за наявності відомостей про те, що розмови й поведінка осіб у цьому місці, а також інші події, що там відбуваються, можуть містити інформацію, яка має значення для кримінального провадження.

Аудіо- та відеоконтроль місця, згідно із ч. 1 ст. 270, проводиться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої в порядку, передбаченому ст. ст. 246, 248, 249 цього Кодексу [1].

Отже, нормами Кодексу передбачається здійснення аудіо- та відеоконтролю у двох напрямах, які, на мій погляд, мають на меті отримання одного й того ж результату, хоча досягають його дещо відмінними способами. Для того, щоб підтвердити чи спростувати цю думку, необхідно надати більш детальну характеристику кожній із них.

Метою аудіоконтролю особи є спостереження за діями та розмовами особи (шляхом прослуховування та фіксації розмов) у будь-якому місці його перебування, незважаючи на те, що це місце є його власністю чи він там тимчасово перебуває.

Відповідно до ст. 41, ч. 6 ст. 246 Кодексу негласні слідчі дії можуть проводитися слідчими та уповноваженими оперативними підрозділами (за дорученням слідчого) [1]. Негласні слідчі дії з аудіоконтролю проводяться за допомогою спеціальних технічних засобів фіксації інформації. Однією з особливостей аудіоконтролю є те, що він може бути епізодичним, тобто на необхідний проміжок часу, однак, як правило, аудіоконтроль особи здійснюється цілодобово, тому що особа, яка може бути причетна до протиправних дій, може в будь-який момент часу надати чи спробувати передати іншим особам інформацію, яка може мати значення для кримінального провадження.

Метою відеоконтролю є візуальне негласне спостереження за діями особи (шляхом відеозапису та аудіофіксації) у будь-якому місці його перебування для отримання інформації, яка має значення для досудового розслідування.

Відеоконтроль проводиться шляхом негласного візуального спостереження за діями особи, його розмовами, поведінкою спеціальними підрозділами за допомогою спеціальних технічних засобів. Відеоконтроль може здійснюватися в будь-якому місці перебування особи, зокрема в житлі або в іншому володінні особи, у приміщеннях, транспортних засобах та інших місцях. Відеозапис дозволяє більш детально зібрати необхідну інформацію, ретельно вивчити дії заінтересованих

осіб, отримати повну інформацію, що стосується діяльності підозрюваної або обвинуваченої особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Якщо говорити про аудіо- та відеоконтроль місця, то треба зауважити, що єдиною відмінністю цих дій є те, що вони відрізняються місцем їх проведення, тобто здійснюються шляхом встановлення спеціальних технічних засобів у публічно доступних місцях, а також інколи в місцях імовірної появи особи. Ще однією особливістю здійснення цих дій є те, що вони відрізняються своїми організаційно-тактичними особливостями, тобто проводяться в громадських місцях та в місцях загального користування, доступ до яких не обмежений, та з обов'язковим визначенням в ухвалі слідчого судді повної й точної адреси місця, де проводитиметься негласна слідча дія, час і строки її здійснення.

Також аудіо- та відеоконтроль місця може здійснюватися в приміщеннях, які спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені відповідно до закону, зокрема приміщення з примусового утримання осіб у зв'язку з відбуттям покарання, затриманням, взяттям під варту тощо, які мають статус публічно доступних місць [3].

Згідно з положеннями ч. 6 ст. 246 Кодексу до участі в негласних слідчих діях можуть бути залучені інші особи. Отже, для проведення аудіо- та відеоконтролю можуть бути залучені інші особи, які на добровільній основі зможуть надати допомогу відповідним органам досудового розслідування для забезпечення кримінального провадження [1].

За результатами проведення аудіо- та відеоконтролю особи складається протокол, який у подальшому буде використаний у доказуванні під час здійснення кримінального провадження.

Таким чином, розглянувши окремі питання здійснення аудіо- та відеоконтролю як одного з різновидів втручання в приватне спілкування особи можна зробити висновок, що все ж таки виникають спірні питання щодо того, чи будуть відповідати дійсності отримані в ході негласних слідчих дій документи та чи будуть проведені дії з дотриманням всіх вимог чинного Кодексу. Більше того, особі, яка є учасником кримінального провадження, неможливо отримати правдиві дані щодо наявності чи спростування тієї чи іншої інформації, оскільки неможливо зі стовідсотковою впевненістю сказати, що протокол, який буде складено після проведення негласних слідчих дій, не підроблено. Тому знову ж таки на передній план виходять окремі інтереси осіб, які можуть бути зацікавленими в результатах проведення кримінального провадження, а ці питання будуть постійно виникати та вимагати додаткового більш глибокого вивчення.

Більше того, враховуючи те, що аудіо- та відеоконтроль особи та місця мають однакову мету (отримання та фіксація інформації), яка може мати значення для кримінального провадження, хоча проводиться дещо відмінними способами, на мій погляд, доцільно було б об'єднати вищевказані статті Кодексу.

Висновки. Отже, незважаючи на те, що дії правоохоронних органів під час здійснення кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України направлені на захист прав людини, виникають спірні питання, а окремі дії правоохоронних органів є недосконалими та потребують уточнень, хоча

Кодекс є демократичним, а основою його є захист прав людини. А для того, щоб досягти певних змін та ефективності забезпечення прав людини, потрібен час, а також необхідно, щоб людина й суспільство направили свої зусилля на виконання вимог чинного національного законодавства, а державні органи ефективно здійснювали політику щодо захисту прав людини та притягнення винних до юридичної відповідальності.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. // Голос України. – 2012. – № 90–91. – Ст. 9–56.
2. Провадження слідчих (розшукових) дій [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://prigovorsuda.info/yuridisheskie_referati/348-provadzhennya-sldchih-rozshukovih-dy.html.
3. Кримінальний процесуальний кодекс : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012– . Т. 1. – 2012. – 768 с.

Анотація

Лисюк Ю. В. **Аудіо- та відеоконтроль як різновиди втручання в приватне спілкування під час здійснення негласних слідчих дій у кримінальному провадженні.** – Стаття.

Визначено сутність проведення слідчих дій, охарактеризовано негласні слідчі дії як різновид слідчих дій під час здійснення кримінального провадження, розглянуто окремі аспекти аудіо- та відеоконтролю як різновидів втручання в приватне спілкування в кримінальному провадженні.

Ключові слова: права людини, кримінальне провадження, слідчі дії, негласні слідчі дії, аудіоконтроль, відеоконтроль.

Аннотация

Лысюк Ю. В. Аудио- и видеоконтроль как разновидности вмешательства в частное общение при осуществлении негласных следственных действий в уголовном производстве. – Статья.

Определена сущность проведения следственных действий, охарактеризованы негласные следственные действия как разновидность следственных действий при осуществлении уголовного производства, рассмотрены отдельные аспекты аудио- и видеоконтроля как разновидностей вмешательства в частное общение в уголовном производстве.

Ключевые слова: права человека, уголовное производство, следственные действия, негласные следственные действия, аудиоконтроль, відеоконтроль.

Summary

Lysiuk I. V. **Audio and video surveillance as a form of interference in private communication in the course of covert investigations in criminal proceedings.** – Article.

Determined by the nature of the investigation, described the unspoken investigations, as a kind of investigative actions in the implementation of the criminal proceedings, examined some aspects of audio and video monitoring, as a form of intervention in private communications in criminal proceedings.

Key words: human rights, criminal proceedings, investigations, unspoken investigations, audio control, video control.

УДК 343.9:343.71

О. О. Подобний, Д.М. Цехан

КОМПЕТЕНЦІЯ ПРАЦІВНИКІВ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ БОРОТЬБУ З КОРИСЛИВО-НАСИЛЬНИЦЬКОЮ ОРГАНІЗОВАНОЮ ЗЛОЧИННІСТЮ

Актуальність питання визначення компетенції працівників оперативних підрозділів, які здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою організованою злочинністю, обумовлена необхідністю подальшого реформування оперативно-розшукового та кримінального процесуального законодавства, передусім шляхом корегування їхніх прав та обов'язків, зафіксованих у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) та Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон «Про ОРД») [1; 2].

Постановка проблеми. Найбільш важливе місце серед суб'єктивних антикриміногенних факторів займають так звані фактори організаційно-правового характеру, що сприяють ефективному й цілеспрямованому впливу на злочинність із боку спеціально створених соціальних інститутів. Саме системно-структурний підхід використовується для аналізу сукупної діяльності правоохоронних органів держави, що ведуть боротьбу зі злочинністю. Центральним аспектом зазначеної проблематики є визначення компетенції працівників оперативних підрозділів, що здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою організованою злочинністю.

Постановка проблеми. Питання структурно-функціонального забезпечення оперативно-розшукової діяльності в науці стали планово досліджуватися приблизно наприкінці 60-х – на початку 70-х років минулого століття. Враховуючи концептуальні розробки проблем управління А.І. Алексєєва, В.Г. Боброва, Б.Є. Богданова, Д.В. Гребельського, О.Г. Лєкаря, В.А. Лукашова, С.С. Овчинського, Г.К. Синілова, були сформульовані основи управління й організації у сфері ОРД, а згодом деталізовані за іншими напрямами як в докторських, так і кандидатських дисертаціях (В.М. Атмажитов, І.І. Басецький, І.О. Клімов, Б.П. Смагоринський, А. Б. Утєвський).

Аналіз останніх досліджень. Проблему оптимальної оргструктурної побудови та компетенції оперативних підрозділів частково досліджували О.М. Бандурка, М.П. Водько, В.Л. Грохольський, О.О. Дульський, С.В. Пєтков, В.М. Плішкін та інші [3; 4; 5; 6; 7; 8; 9]. Водночас необхідно наголосити на тому, що наукове розроблення зазначених питань залишається актуальною науковою проблемою.

Мета статті – визначити компетенцію працівників оперативних підрозділів, що здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою організованою злочинністю, запропонувати напрями її нормативно-правового вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Для успішного виконання завдань щодо виявлення, запобігання, припинення та викриття корисливо-насильницьких організованих злочинних угруповань, притягнення їх організаторів та учасників до кримінальної відповідальності працівники оперативних підрозділів відповідно до ст. 8 Закону «Про ОРД» наділені повноваженнями, частина з яких майже не зазнала

© О. О. Подобний, Д. М. Цехан, 2013

суттєвих змін у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» [10]. Зокрема, ідеться про такі повноваження: опитувати осіб за їхньою згодою, використовувати їхню добровільну допомогу (п. 1); ставити в установленому законом порядку питання про проведення перевірок фінансово-господарської діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності й осіб, які займаються підприємницькою діяльністю або іншими видами господарської діяльності індивідуально, та брати участь у їх проведенні (п. 3); проводити операції із захоплення злочинців, припинення злочинів (п. 5); відвідувати жилі та інші приміщення за згодою їхніх власників або мешканців для з'ясування обставин злочину, що готується, а також збирати відомості про протиправну діяльність осіб, щодо яких провадиться перевірка (п. 6); мати гласних і негласних штатних та позаштатних працівників (п. 13); отримувати від юридичних та фізичних осіб безкоштовно або за винагороду інформацію про злочини, що готуються або вчинені, та загрозу безпеці суспільства й держави (п. 15); використовувати за згодою адміністрації службові приміщення, транспортні засоби та інше майно підприємств, установ, організацій, а так само за згодою осіб – житло, інші приміщення, транспортні засоби й майно, які їм належать (п. 16); створювати та застосовувати автоматизовані інформаційні системи (п. 18); звертатися в межах своїх повноважень із запитами до правоохоронних органів інших держав і міжнародних правоохоронних організацій відповідно до законодавства України, міжнародних договорів України, а також установчих актів та правил міжнародних правоохоронних організацій, членом яких є Україна (п. 20).

Водночас до окремих із повноважень, передбачених ст. 8 Закону «Про ОРД», що фактично є відповідними оперативно-розшуковими заходами, коментованим законом було внесено суттєві зміни:

– «проводити контрольну та оперативну закупівлю й постачання товарів, предметів і речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь» (колишня редакція п. 2); «проводити контрольовану поставку та контрольовану й оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь. Проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупок здійснюється згідно з положеннями ст. 271 Кримінального процесуального кодексу України в порядку, визначеному нормативно-правовими актами» (у новій редакції п. 2);

– «негласно виявляти та фіксувати сліди тяжкого або особливо тяжкого злочину, документи та інші предмети, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину, чи отримувати розвідувальну інформацію, у тому числі шляхом проникнення оперативного працівника в приміщення, транспортні засоби, на земельні ділянки» (колишня редакція п. 7); «негласно виявляти та фіксувати сліди тяжкого або особливо тяжкого злочину, документи та інші предмети, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину, чи отримувати розвідувальну інформацію, у тому числі шляхом проникнення та обстеження публічно не-

доступних місць, житла чи іншого володіння особи згідно з положеннями ст. 267 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 7);

– «здійснювати проникнення в злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співробітничає з останнім, із збереженням в таємниці достовірних даних щодо їх особистості» (колишня редакція п. 8); «виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації згідно з положеннями ст. 272 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 8);

– «знімати інформацію з каналів зв'язку, застосовувати інші технічні засоби отримання інформації» (колишня редакція п. 9); «здійснювати аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж згідно з положеннями ст. ст. 260, 263–265 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 9);

– «контролювати шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштові відправлення» (колишня редакція п. 10); «накладати арешт на кореспонденцію, здійснювати її огляд та виїмку згідно з положеннями ст. ст. 261, 262 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 10);

– «здійснювати візуальне спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів» (колишня редакція п. 11); «здійснювати спостереження за особою, річчю або місцем, а також аудіо-, відеоконтроль місця згідно з положеннями ст. ст. 269, 270 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 11);

– «встановлювати конфіденційне співробітництво з особами на засадах добровільності» (колишня редакція п. 13); «використовувати конфіденційне співробітництво згідно з положеннями ст. 257 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 14)»;

– «створювати з метою конспірації підприємства, організації, використовувати документи, які зашифровують особу чи відомчу належність працівників, приміщень і транспортних засобів оперативних підрозділів» (колишня редакція п. 16); «створювати й використовувати заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби згідно з положеннями ст. 273 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 17).

До компетенції оперативних підрозділів новою редакцією закону введено право «здійснювати встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу згідно з положеннями ст. 268 Кримінального процесуального кодексу України» (п. 12) – оперативно-розшуковий захід, який раніше здійснювався за дозволом керівника виключно на підставі відомчих нормативно-правових актів.

Натомість проігноровано право оперативних підрозділів створювати з метою конспірації підприємства, організації, передбачене п. 16 у минулій редакції закону, яке, до речі, закріплено як засіб, що використовується під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій під назвою «створення та використання спеціально утворених підприємств, установ, організацій» у ст. 273 КПК України (2012 р.).

Новою редакцією ст. 8 Закону «Про ОРД» також передбачено порядок, відповідно до якого прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових заходів,

подання та розгляд відповідних клопотань, проведення оперативно-розшукових заходів, фіксація та використання їхніх результатів, проведення цих заходів до постановлення ухвали слідчого судді та інші питання їх проведення регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК України (2012 р.) з урахуванням особливостей, встановлених Законом «Про ОРД», щодо мети проведення оперативно-розшукових заходів, суб'єкта ініціювання та проведення цих заходів, обґрунтування клопотання про їх проведення та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання результатів оперативно-розшукових заходів та інших питань, обумовлених специфікою мети їх проведення.

Прийняття рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, які не потребують рішення слідчого судді або рішення прокурора, здійснюється керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником із повідомленням про прийняте рішення прокурора (курсив – О. П.). Негласне обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, аудіо-, відеоконтроль особи, аудіо-, відеоконтроль місця, спостереження за особою, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж, накладення арешту на кореспонденцію, здійснення її огляду та виїмки, встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу проводяться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за клопотанням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, погодженого з прокурором. Ці засоби застосовуються виключно з метою запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, якщо іншим способом отримати інформацію неможливо. До виконання окремих доручень у ході проведення ОРД можуть залучатися працівники інших підрозділів [2].

Ми позитивно сприймаємо намагання законодавця синхронізувати права оперативних підрозділів здійснювати конкретні оперативно-розшукові заходи, передбачені ст. 8 Закону «Про ОРД», із положеннями КПК України (2012 р.) щодо проведення відповідних негласних слідчих (розшукових) дій. Однак редакція такої синхронізації, з нашої точки зору, потребує доопрацювання. Зокрема неприйнятною ми вважаємо техніку законодавця, коли він застосовує словосполучення «згідно з положеннями статті <...> Кримінального процесуального кодексу України». Очевидно, проведення оперативно-розшукових заходів не може здійснюватися в повній відповідності до вимог КПК України (2012 р.), зокрема, з огляду на те, що вони проводяться в межах оперативно-розшукових справ, тобто до початку кримінального провадження, відповідно до нової редакції ст. 9-1, «щодо осіб, стосовно яких є дані про участь у підготовці до вчинення злочину, – до встановлення та фіксації фактичних даних про протиправні діяння, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України».

Зазначену тезу підтверджує необґрунтована заміна права оперативних підрозділів «встановлювати конфіденційне співробітництво з особами на засадах добровільності» (п. 13 у колишній редакції) на «використовувати конфіденційне співробітництво згідно з положеннями ст. 257 Кримінального процесуального кодексу України» (у новій редакції п. 14). Таке використання, прийнятне для слідчого в межах початого досудового розслідування, ніяк не замінює права оперативного

підрозділу встановлювати конфіденційне співробітництво з особами на засадах добровільності як початкового етапу його роботи з негласними працівниками.

У наведеному законоположенні також викликає подив необхідність під час ОРД повідомляти прокурора про прийняте рішення щодо здійснення оперативно-розшукових заходів, які не потребують дозволу слідчого судді або рішення прокурора. Якщо діяти за формальною логікою цієї норми, працівник, зокрема, повинен кожного разу повідомляти прокурора про прийняте рішення щодо проведення опитування громадян, як у його гласному, так негласному й зашифрованому видах тощо.

Також не відповідають вимозі однозначного трактування закону продемонстровані в зазначеній нормі конструкції законодавця щодо «врахування особливостей, встановлених Законом «Про ОРД», стосовно мети проведення оперативно-розшукових заходів, суб'єкта ініціювання та проведення цих заходів, обґрунтування клопотання про їх проведення та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання результатів оперативно-розшукових заходів та інших питань, обумовлених специфікою мети їх проведення». Тим паче в наступній частині ст. 8 коментованого закону в його новій редакції чітко встановлено порядок ухвалення рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, що суттєво обмежують конституційні права громадян.

Окрім того, відповідно до нової редакції ч. ч. 14 та 15 ст. 9 Закону «Про ОРД», оперативно-розшукові заходи, пов'язані з тимчасовим обмеженням прав людини, проводяться з метою запобігання тяжким або особливо тяжким злочинам, їх виявлення та припинення, розшуку осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання або безвісно зникли, захисту життя, здоров'я, житла й майна працівників суду та правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, припинення розвідувально-підривної діяльності проти України. Спостереження за особою, річчю або місцем, а також аудіо-, відеоконтроль місця може проводитися з метою встановлення даних про особу та про її зв'язки в разі, коли є факти, які підтверджують, що нею готується тяжкий або особливо тяжкий злочин, для отримання відомостей, які вказують на ознаки такого злочину, для забезпечення безпеки працівникам суду й правоохоронних органів та особам, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членам їхніх сімей та близьким родичам цих осіб.

Висновки. Розглянуті в статті положення дозволяють зробити висновок про те, що шляхи вдосконалення компетенції оперативних підрозділів із боротьби з корисливо-насильницькою організованою злочинністю вбачаються у внесенні таких змін до Закону «Про ОРД»: редагувати в ч. 3 ст. 7 зазначеного закону словосполучення «закінчує проведення оперативно-розшукового заходу», використовуючи ті ж слова в множині, що обумовлено необхідністю комплексного застосування оперативно-розшукових заходів під час документування та реалізації оперативних матеріалів; доповнити ст. 8 цього ж закону правами оперативних підрозділів на здійснення негласного отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, контролю за вчиненням злочину у формах спеціального слідчого експерименту та імітування обстановки злочину, створення й викори-

стання спеціально виготовлених речей і документів, спеціально утворених підприємств, установ, організацій, а також встановлювати конфіденційне співробітництво з особами на засадах добровільності; віднести у сфері ОРД до компетенції керівника оперативного підрозділу дозволу на здійснення спостереження за особою, річчю або місцем та аудіо-, відеоконтролю місця; відмінити вимогу під час ОРД повідомляти прокурора щодо прийнятого рішення про проведення оперативно-розшукових заходів, які не потребують дозволу слідчого судді або рішення прокурора. Логіка докорінного реформування системи кримінального судочинства об'єктивно обумовлює необхідність прийняття нової редакції Закону «Про ОРД», який, однак, повинен ураховувати вказані шляхи вдосконалення оперативно-розшукового законодавства.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. (станом на 10. 06. 2012 р. № 4651а-17) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua.
2. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 р. № 2135-XII в редакції Закону України від 13.04.2012 р. № 4652-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua.
3. Бандурка О. М. Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи удосконалення / О. М. Бандурка. – Х. : Основа, 1996. – 368 с.
4. Водько Н. П. О соотношении негласных следственных (розыскных) действий и оперативно-розыскных мероприятий в Украине / Н. П. Водько // Оперативник (сыщик). – 2013. – № 1(34). – С. 6–12.
5. Водько Н. П. Структурно-функциональное обеспечение деятельности подразделений по борьбе с организованной преступностью : [учебное пособие] / Н. П. Водько. – М. : Московский институт МВД России, 1999. – 114 с.
6. Грохольський В. Л. Організаційно-правові засади управління спеціальними підрозділами МВС України по боротьбі з організованою злочинністю : [монографія] / В. Л. Грохольський ; за заг. ред. О. М. Бандурки. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. – 312 с.
7. Дульський О. О. Організаційно-правові основи діяльності спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 21.07.04 «Оперативно-розшукова діяльність» / О. О. Дульський ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – К., 2003. – 19 с.
8. Пєтков С. В. Ефективний менеджмент в органах внутрішніх справ : [монографія] / С. В. Пєтков. – Сімферополь : Таврія, 2004. – 564 с.
9. Плішкін В. М. Теорія управління органами внутрішніх справ : [підручник] / В. М. Плішкін ; за ред. Ю. Ф. Кравченка. – К. : НАВСУ, 1999. – 702 с.
10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України : Закон України від 13.04.2013 р. № 4652-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua.

Анотація

Подобний О. О. **Компетенція працівників оперативних підрозділів, які здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою організованою злочинністю.** – Стаття.

Визначається компетенція працівників оперативних підрозділів, що здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою організованою злочинністю, як сукупність їхніх прав та обов'язків у сучасних правових умовах дії нового кримінального процесуального та оперативно-розшукового законодавства. Пропонуються напрями вдосконалення нормативно-правового регулювання компетенції працівників оперативних підрозділів, які здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою організованою злочинністю.

Ключові слова: компетенція, оперативні підрозділи, корисливо-насильницька організована злочинність.

Аннотация

Подобный А. А. **Компетенция работников оперативных подразделений, осуществляющих борьбу с корыстно-насильственной организованной преступностью.** – Статья.

Определяется компетенция сотрудников оперативных подразделений, осуществляющих борьбу с корыстно-насильственной организованной преступностью, как совокупность их прав и обязанностей в современных правовых условиях действия нового уголовного процессуального и оперативно-розыскного законодательства. Предлагаются направления усовершенствования нормативно-правового регулирования компетенции сотрудников оперативных подразделений, осуществляющих борьбу с корыстно-насильственной организованной преступностью.

Ключевые слова: компетенция, оперативные подразделения, корыстно-насильственная организованная преступность.

Summary

Podobnyi O. O. **Competence of employees operating units to combat selfish and violent organized crime.** – Article.

Competence of employees is determined by the operational units engaged in the fight against selfish and violent organized crime, as the scope of their rights and responsibilities in the current legal environment of the new Criminal Procedure and search laws. The directions of improvement of regulatory competencies of operational units engaged in the fight against selfish and violent organized crime.

Key words: competence, operational units, selfish and violent organized crime.

УДК 343.919:343.72:347.214.2

О. В. Дикий

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ ЗЛОЧИНЦЯ У СФЕРІ ОБОРОТУ ЖИТЛОВОЇ НЕРУХОМОСТІ

Вивчення особистості злочинця є одним із найважливіших завдань кримінології й визначальною умовою для всебічного вивчення причин конкретного злочину та злочинності в цілому. Розробка цієї проблеми має велике теоретичне й практичне значення, адже за криміногенними якостями особистості можна говорити про вплив різних факторів, які тією чи іншою мірою стимулювали процеси її соціалізації або асоціалізації.

Дослідженню особистості злочинця присвячено роботи багатьох учених, зокрема Ю.М. Антоняна, О.М. Джужи, В.М. Дрьоміна, А.П. Закалюка, В.В. Голіни, А.Ф. Зелінського, А.М. Костенко, Я.Ф. Кузнєцової, В.Д. Малкова, П.П. Михайленка, В.Н. Орлова, А.Б. Сахарова, В.О. Тулякова, А.М. Яковлєва та інших. Не применшуючи значення розвідок цих науковців, варто звернути увагу, що авторами розроблялася загальна характеристика особистості злочинця, при цьому поза увагою залишилася особистість злочинців у сфері обороту житлової нерухомості. Частково цю прогалину у вітчизняній науці було заповнено працею Н.В. Павлової. Однак дослідження, проведені вченими в межах криміналістичної характеристики, не дозволяють повною мірою використовувати вказані результати в кримінології.

Метою статті є дослідження особистості злочинця у сфері обороту житлової нерухомості крізь призму її структури та проведення класифікації злочинців у цій сфері.

Незважаючи на масив наукових досліджень, у юридичній літературі існує дискусія щодо існування такого феномена, як «особистість злочинця», та його змістовної характеристики, а також структурних елементів особистості злочинця.

© О. В. Дикий, 2013

Не вдаючись до детального аналізу вказаних проблем, спробуємо коротко описати основні положення науковців.

Перша точка зору полягає в запереченні існування такого феномена. Як стверджують дослідники, особистість злочинця не володіє специфічними якостями, притаманними лише особам, яких засуджено за вчинення злочинів, окрім формальної – набрання чинності обвинувальним вироком суду. Наприклад, Я.М. Яковлєв стверджує, що немає якісної різниці між особистістю злочинця та особистістю незлочинця, і вважає підхід до вивчення внутрішніх психологічних процесів суб'єктивним та малопродуктивним [21, с. 109]. Схожої думки дотримується Г.М. Рєзнік: негативні якості осіб, які порушили кримінальний закон, притаманні багатьом респектабельним громадянам, які «поважають кримінальний кодекс». Тому не існує соціальних, психологічних та інших ознак, які однозначно характеризують особистість злочинця [16, с. 31].

Протилежної позиції дотримуються науковці, які стверджують що особи, які вчинили злочини, відрізняються від правослухняних громадян наявністю в них антисуспільної спрямованості (установки). Так, А.Б. Сахаров вважає, що є всі підстави виділяти таку особистість, яка якісно відрізняється від інших громадян, антисуспільну особистість. Без цього вчення про особистість злочинця не має сенсу [18, с. 111]. Н.Ф. Кузнецова вважає, що особистість злочинця являє собою систему соціальних і психічних якостей, що утворюють її суспільну небезпеку, яка у свою чергу детермінує вчинення злочину. Суспільна небезпека особистості злочинця відрізняє його від особистості незлочинця. Характер і ступінь особистісної суспільної небезпеки адекватні характеру та ступеню суспільної небезпеки вчиненого особою злочину, попереднім судимостям, елементам випадковості або, навпаки, злісності вчиненого [7, с. 45]. О.М. Джужа під особою злочинця розглядає сукупність соціально значимих властивостей, ознак, зв'язків і відносин, що характеризують людину, яка є винною в порушенні кримінального закону, у поєднанні з іншими (неособистими) умовами й обставинами, що впливають на її злочинну поведінку [10, с. 94].

Ми підтримуємо точку зору дослідників щодо існування феномена особистості злочинця. Як вдало зазначав А.Ф. Зелінський, не можна відмовитися від поняття особистості злочинця, оскільки вона реально існує (професіональні крадії, рекетири, терористи та інші). Також науковець пропонує розрізняти поняття «особистість злочинця» та «особа, яка вчинила злочин». Учений вважає, що особистість людини формується в процесі діяльності. Тому особистість злочинця – це особистість людини, яка вчинила не окреме правопорушення, а систему злочинних дій, інакше кажучи, злочинну діяльність. При цьому злочинна діяльність – це система передбачених кримінальним законом діянь і тісно пов'язаних із ними інших докримінальних та післякримінальних дій, які психологічно детерміновані загальним мотивом, реалізація якого планується суб'єктом шляхом постановки й досягнення окремих проміжних цілей. Як зазначає А.Ф. Зелінський, злочинна діяльність здійснюється не ізольовано від інших, легальних видів діяльності. Однак у деяких випадках злочинна діяльність ніби «вплітається» в трудову, зокрема управлінську, діяльність [3, с. 96]. Вказане твердження автора чітко простежується під час

дослідження злочинної діяльності осіб у сфері обороту житла. Адже суб'єктами таких злочинів у багатьох випадках виступають працівники ріелторських компаній, приватні ріелтори, нерідко співучасниками є посадові особи органів державної влади, нотаріуси, які займаються як легальною діяльністю, так і злочинною.

З метою повного й усебічного дослідження особистості злочинця вважаємо за доцільне провести вивчення окремих елементів, які загалом становлять структуру її особистості. Такий аналіз є найбільш важливим для нашого дослідження, оскільки дозволяє розглядати злочинця як члена суспільства, певної суспільної групи.

У науковій літературі існує декілька підходів до структуризації особистості злочинця. Так, А.Б. Сахаров виділяє чотири елементи в структурі особистості злочинця: соціально-демографічні, кримінально-правові, соціально-рольові та морально-психологічні [17, с. 28]. Ю.М. Антонян доповнює цей поділ, включаючи також фізіологічні та «інші важливі з точки зору кримінології ознаки особи» 1, с. 440]. В.Д. Малков у структурі особи злочинця виділяє дещо інші ознаки: біофізіологічні, соціально-демографічні та соціально-рольові, морально-психологічні, кримінально-правові та кримінологічні [8, с. 84]. Інші науковці виокремлюють такі ознаки структури особи злочинця: фізичні (біологічні), соціальні (соціальний статус), моральні якості та кримінально-правові ознаки [13, с. 67].

Для дослідження особистості злочинців у сфері обороту житлової нерухомості ми будемо використовувати структуризацію, запропоновану А.Б. Сахаровим. При цьому фізичні ознаки будемо розглядати під час характеристики соціально-демографічного елементу структури особистості.

Дослідження особистості злочинця у сфері оренди житла проводилося на підставі вивчення вироків у кримінальних справах. Загалом було опрацьовано 214 вироків у кримінальних справах, за якими засуджено 284 особи. З них 245 осіб під час вчинення шахрайства у сфері обороту житлової нерухомості та 39 – під час вчинення вимагання права власності на об'єкти житлової нерухомості. Крім того, було досліджено матеріали, отримані в результаті досліджень інших авторів [12; 14].

Незважаючи на таку дискусію щодо елементів структури особистості злочинця, більшість науковців схильні вважати, що домінуючим елементом структури особи злочинця є соціально-демографічні ознаки. На думку В.С. Батиргареєвої, до них належать стать, вік, освіта, сімейний стан, склад сім'ї, спеціальність, професія та професійний стаж, досвід, національність тощо [2, с. 73].

Під час дослідження вироків у кримінальних справах про шахрайство було встановлено, що розподіл осіб за статевою ознакою виглядає так: у 109 випадках (44,4%) злочини вчиняли жінки, у 136 випадках – чоловіки (55,6%). Таку ситуацію можна пояснити тим, що жінки завдяки своїм специфічним якостям швидше знаходять спільну мову, менше викликають підозру й недовіру. Вказане є характерним під час вчинення злочинцями шахрайства. Однак під час вчинення вимагання розподіл змінюється: у 39 випадках (100%) злочинцями виступали чоловіки, що можна пояснити необхідністю застосування погроз або насилля щодо жертви чи її близьких родичів для придушення опору потерпілого. Як зазначає М.Г. Колодяжний, вимагання – суто «чоловічий» злочин, на який приходиться 96,1% чоловіків і, відповідно, 3,9% жінок [11, с. 5].

Варто звернути увагу також на освітній рівень злочинців. За даними дослідження, проведеного О.В. Смаглюком, можна зробити висновок, що шахраї є начитаними й освіченими людьми, нерідко – представниками інтелігенції [19, с. 83]. Наші дослідження також показали, що злочинці у сфері обороту житлової нерухомості мають високий рівень освіти. Так, у 106 випадках особи мали повну середню загальну освіту, у 91 випадках – вищу освіту, у 77 випадках – середню професійну освіту, і лише в 10 випадках злочинці володіли неповною середньою загальною освітою. Зрозуміло, що для вчинення складних операцій з об'єктами житлової нерухомості потрібно володіти знаннями не лише в юриспруденції, а й у психології. Це характеризує їх як фахівців із достатньо високим рівнем інтелекту. Проте в науці існують твердження, що шахраї добре орієнтуються в процесах і тенденціях, які керують ринком нерухомості, вивчають аналітичні матеріали щодо прогнозів коливання цін на той чи інший вид нерухомого майна [12, с. 93]. До такого твердження автора слід поставитися критично, оскільки злочинці, наприклад після заволодіння об'єктом житлової нерухомості, не слідкують за коливаннями цін на ринку нерухомості для реалізації його за «кращою ціною», а під час вибору об'єкта посягання пріоритетним є не сам об'єкт житлової нерухомості (хоча й він займає одне з основних місць), а жертва злочину (про що мова піде далі).

Дослідження рівня освіти злочинців характеризують їх як освічених людей, проте не дають відповіді на запитання про те, чи володіють злочинці спеціальними знаннями для відчуження об'єктів житлової нерухомості. Адже вища освіта або середня професійна освіта необов'язково пов'язується зі специфікою укладення різних договорів у сфері обігу житлової нерухомості. Для з'ясування цього питання було досліджено вироки в кримінальних справах і встановлено, що в 230 випадках злочинці володіли спеціальними знаннями щодо порядку переходу права власності на об'єкти житлової нерухомості (купівля-продаж, міна, дарування, оренда тощо), а в 54 випадках – не володіли. Вказаними знаннями особи володіли у зв'язку з їх професійною діяльністю, а також через широкий життєвий досвід (наприклад, злочинці могли самі продавати або купувати об'єкти житлової нерухомості на законних підставах). Слід звернути увагу, що друга група осіб (які не володіли вказаними знаннями) для досягнення злочинного умислу користувалися послугами фахівців у галузі права з питань переходу прав власності на об'єкти житлової нерухомості. Дослідження матеріалів кримінальних справ дозволяє стверджувати, що такі залучені особи не знали про наміри злочинців і не пов'язувалися з ними єдиним умислом.

Відповідно до даних нашого вибіркового дослідження професійна зайнятість осіб характеризується такими особливостями: найбільший показник склали особи, які не працювали, – 182 (з них 17 були пенсіонерами), 40 осіб були кваліфікованими робітниками, 22 особи були приватними підприємцями, 14 осіб були службовцями в державних органах, 13 осіб були ріелторами, 13 осіб належали до інших категорій.

При цьому варто звернути увагу, що з 284 осіб, які вчинили злочини у сфері обороту житлової нерухомості, 49 осіб займалися діяльністю, що безпосередньо або опосередковано пов'язується з обігом житла в країні. До цієї групи слід віднести ріелторів, які працювали в агентствах нерухомості, ріелторів, які не працювали

в агентствах нерухомості, працівників житлово-експлуатаційних контор, нотаріусів, подекуди працівників правоохоронних органів (вказаної групи зафіксовано 2 випадки) тощо. Також варто звернути увагу, що серед 182 осіб, які офіційно не працювали, близько 20% неофіційно займалися діяльністю з надання послуг під час укладення різних договорів.

На жаль, на підставі вироків суду, що містяться в Єдиному державному реєстрі судових рішень, неможливо дослідити вік осіб, які вчиняли злочини у вказаній сфері, оскільки ця інформація є прихованою. Із цією метою ми використаємо дослідження інших науковців. Так, Н.В. Павлова стверджує, що віковий рівень злочинців розподілився так: 17–25 років – 13,7%; 26–45 років – 55%; більше 45 років – 31,2% [14, с. 63]. Тобто більшість злочинів у цій сфері вчиняються особами більш зрілого віку. На наш погляд, така ситуація простежується через те, що укладення різних договорів щодо об'єктів житлової нерухомості найбільш притаманне саме вказаним групам законослухняних осіб, що дозволяє злочинцям достатньо добре маскувати свої наміри.

Також варто звернути увагу на етнічну приналежність, осіб, які вчиняють злочини у сфері обороту житлової нерухомості. Відповідно до даних нашого дослідження в більшості випадків злочинцями виступали українці (це зафіксовано в 232 випадках), у 35 випадках – росіяни, у 8 випадках – представники циганської національності, 9 осіб – інших національностей.

Ще одним елементом структури особистості злочинця є кримінально-правові ознаки. Варто звернути увагу, що вчинення злочинів у сфері обігу житлової нерухомості особами, які мають судимості, зустрічається досить рідко. Так, 199 осіб вчинили такі злочини вперше, 85 осіб вчинили рецидив, при цьому в 67 випадках особи раніше засуджувалися за злочини проти власності, а у 18 випадках – за інші злочини. При цьому Н.В. Павлова зазначає, що кількість осіб, які мають судимість, під час вчинення злочинів складає лише 7,5%, тоді як у 92,5% випадків злочинці не мали судимості (всього досліджено 160 кримінальних справ) [14, с. 62]. Вказане дослідження було проведено Н.В. Павловою в період 2000–2006 років.

Наведене дає підстави стверджувати, що у сфері обороту житлової нерухомості змінюються тенденції до збільшення рецидиву злочинів, що, на нашу думку, є вкрай несприятливим фактором для попереджувальної діяльності правоохоронних органів у вказаній сфері. Адже судимі особи володіють більшим досвідом у кримінальній діяльності, тому можуть краще приховуватися від правоохоронних органів.

Злочини у сфері обороту житлової нерухомості за своїм механізмом реалізації є досить складними. Через це нерідко вчиняються за співучасті для полегшення його вчинення, а також для пришвидшення досягнення злочинної мети. При цьому варто звернути увагу, що, на відміну від шахрайства, під час вимагання злочини вчинялися лише за співучасті. Нами зафіксовано 4 випадки вчинення злочинів організованими групами (всього 16 епізодів), 4 випадки вчинення злочинів групою за попередньою змовою (всього 14 епізодів) та 1 випадок вчинення злочинів злочинною організацією (всього 7 епізодів). На підставі цих даних можемо стверджувати, що близько 37 потерпілих втратили своє житло.

Під час характеристики форм співучасті за шахрайства вважаємо за доцільне поділити його на дві групи залежно від сфери цивільно-правових відносин: під час оренди об'єктів житлової нерухомості та під час вчинення інших договорів цивільно-правового характеру.

У сфері укладення договорів цивільно-правового характеру, окрім оренди, у 79 випадках злочини вчинялися без співучасті, у 52 випадках – групою осіб за попередньою змовою, у 16 випадках – організованою злочинною групою, в 1 випадку зафіксовано вчинення злочинів злочинною організацією. У нашому дослідженні до складу групи в 35 випадках входило 2 особи, у 12 випадках – 3 особи, у 13 випадках – 4 особи, у 9 випадках – більше 5 осіб.

Під час оренди житла значно перевищує кількість злочинів, вчинених одноособово, без співучасті. Це можна пояснити простотою укладення угоди, як правило, невеликою вартістю оренди житла та правовою безграмотністю потерпілих. Дані виглядають так: без співучасті – 44 особи, за попередньою змовою групою осіб (у 95% – 2 особи) – 21 особа.

Звичайно, кожен склад групи із часом змінюється, особливо це стосується випадків, коли її діяльність триває протягом тривалого часу, наприклад 2–3 років. Як правило, такі групи мають стійкі тенденції до розширення, тобто включення нових учасників, які мають спеціальні знання, інколи обіймають посади в державних органах. Особливо це простежується в більш складних формах співучасті, якими виступають організована злочинна група та злочинна організація. Такі групи можна порівняти з трудовим колективом, який об'єднано одним завданням із розподіленням чітких функцій, де кожна особа відповідає за свій сектор діяльності для досягнення єдиної мети.

У кримінально-правовій характеристиці особистості злочинців також слід звернути увагу на обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. У статті 66 Кримінального кодексу України (далі – КК України) визначено перелік обставин, які пом'якшують покарання, а в статті 67 КК України – обставини, які його обтяжують [9]. На підставі даних, отриманих під час вивчення вироків, можна стверджувати, що в 131 випадку особи щиро покаялися у вчинених злочинах та активно сприяли його розкриттю. При цьому варто звернути увагу, що нами не було зафіксовано жодного випадку явки з повинною. Лише в 45 випадках із 214 злочинці добровільно відшкодували завдану їхніми протиправними діями шкоду. У 4 випадках було зафіксовано вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин.

Що стосується обставин, які обтяжують покарання, то залишається незрозумілим, чому суди не враховують ці обставини під час призначення покарання. Так, лише в 3 випадках судами було визнано обставиною, що обтяжує покарання, тяжкі наслідки, завдані злочином.

Варто звернути увагу, що судами не повною мірою використовується покарання у вигляді конфіскації майна, хоча воно передбачається в санкції частини 4 статті 190 КК України. Також у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» чітко зазначено: суди повинні враховувати, що такий вид додаткового покарання (конфіскація майна – О. Д.)

призначається лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК України за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини [15]. Під час проведеного нами дослідження було встановлено, що конфіскація майна призначалася судами за особливо тяжкі злочини в 49 випадках із 82.

Соціально-рольова ознака особистості характеризує індивіда в системі існуючих соціальних інститутів, що проявляється в належності особи до певної соціальної групи, взаємодії з іншими індивідами в різних сферах життя соціуму. Одним із таких соціальних інститутів є сім'я. Так, кількість одружених злочинців становила 130 осіб, у 154 випадках злочинці не перебували в шлюбі, з них 118 взагалі ніколи не були одруженими, а 36 осіб були розлученими. У цьому випадку слід погодитися з О.Г. Кальманом, який стверджує, що значний відсоток осіб, які перебували в шлюбних відносинах на момент вчинення злочину, пояснюється, по-перше, тим, що багато засуджених перебували вже в достатньо зрілому віці. По-друге, хоч сім'я й розглядається багатьма кримінологами як важливий профілактичний захід, однак під час вчинення економічних злочинів попереджувальна роль сім'ї є недостатньо ефективною. Це обумовлюється тим, що одним із мотивостворюючих факторів вчинення таких злочинів є намагання покращити матеріальне становище сім'ї, яка також користується отриманими від вчинення злочину матеріальними благами [4, с. 122]. Також слід звернути увагу, що на момент вчинення злочинів у 70 випадках на утриманні в осіб перебували неповнолітні діти, у 6 випадках – непрацездатні батьки, при цьому 59 осіб на момент вчинення злочину були безробітними, що, на нашу думку, також стало поштовхом для вчинення злочинів.

Ще однією ознакою, яка характеризує особистість, є її морально-психологічні властивості, тобто погляди, переконання, установки та ціннісні орієнтації, особливості її інтелектуальних, емоційних і вольових якостей, а також ступінь емоційного збудження, сила й темп реагування на різні зовнішні подразники, ситуації тощо.

Особам, які вчиняють злочини у сфері обігу житлової нерухомості, притаманне існування в них морально-правових принципів, проте вони дотримуються їх вибірково, що особливо яскраво проявляється під час вирішення питань забезпечення належних умов свого матеріального існування.

Під час характеристики морально-психологічних властивостей злочинців, на нашу думку, їх слід умовно поділити на дві групи (шахраїв та вимагачів – осіб, які вчиняють вимагання), оскільки їх моральні властивості якісно відрізнятимуться. Спочатку охарактеризуємо особистість шахрая.

Як стверджує О.В. Лисодєд, шахраїв відрізняє глибока неповага до суспільства, перекручене розуміння моральних підвалин, зневажливе ставлення до існуючих поряд членів суспільства. Проте своє негативне ставлення до оточуючого середовища шахраї намагаються приховувати, уникати конфліктних ситуацій, що виявляється в їх витонченій хитрості, вдаваності й здатності до перевтілення. Зовнішньо ці люди є комунікабельними, говіркими, спроможними швидко привернути до себе увагу інших людей, зацікавити їх, викликати довіру, зробити приємне враження надійної або потрібної людини [11, с. 10]. З метою вчинення злочину вони завжди входять у контакт із передбачуваною жертвою, щоб створити сприятливе враження про себе. Як зазначає Р. Чалдіні, іноді для цього шахраям достатньо навіть

ділового костюма, що надає людині офіційного вигляду, дозволяє користуватися повагою в оточуючих та здійснювати на них вплив [20, с. 207]. Більшість злочинців мають неабиякий дар уяви, використовують сугестивний вплив і вміння переконувати людей. До їх особистих якостей належать хитрість, брехливість, уміння зацікавити собою, знання способів фальшування документів. Шахраї вміють подати себе, добре спостерігати, мають певні знання в галузі психології, швидку реакцію на швидкозмінну обстановку. Шахраї використовують можливості перевтілення, можуть встановлювати контакти з людьми різних типів, обирають відповідну манеру поведінки.

За темпераментом шахраї належать переважно або до сангвініків, або до холериків. Притаманною їм є рухливість, легка пристосовність до швидкозмінних умов життя, контактність, комунікабельність, відсутність скутості під час зустрічі з новими людьми, відсутність афектних дій. Вони мають сильно виражені вольові якості, що проявляється, зокрема, у терплячості й заповзятості в досягненні мети, в активності, наполегливості, рішучості й енергійності, характеризуються постійним пошуком тих видів діяльності, у яких найповніше зможуть проявити свої здібності, уміння й навички [6, с. 10].

Особистість вимагача є дещо схожою на особистість шахрая. Так, це переважно активні й ініціативні молоді люди, які цю властивість спрямовують на вчинення правопорушень і злочинів. Вони відрізняються дратівливістю, агресивністю, у разі опору з боку потерпілого – жорстокістю. З іншого боку, вказані риси можуть одночасно поєднуватися з витриманістю, врівноваженістю щодо вивчення особи потерпілого, його оточення, статків, наявності охорони тощо [5, с. 12].

Варто наголосити, що під час досліджень було виявлено, що обидві категорії осіб, які вчиняли злочини у сфері обігу житлової нерухомості, за місцем проживання або місцем роботи більше характеризуються позитивно (232 особи), ніж негативно (52 особи).

Також було встановлено, що в 206 випадках метою вчинення злочинів було отримання незаконної наживи, і лише у 8 випадках злочини вчинялися для задоволення певних соціальних потреб. Однак, як свідчать результати досліджень, правоохоронними й судовими органами питання про мету вчинення злочину достатньо детально не розглядається. Наприклад, у вироках міститься досить мало інформації щодо мотивів вчинення злочинів у сфері житлової нерухомості та зазначаються лише стандартні формулювання «з корисливих мотивів» без розкриття їх змісту.

Що стосується ставлення до вчиненого злочину, то відповідно до вироків у кримінальних справах можна стверджувати, що в 179 випадках особи визнавали свою вину у вчинених злочинах та щиро каялися, у 43 випадках злочинці частково визнавали свою вину (тобто за деякими епізодами тощо), а в 62 випадках особи повністю не визнавали свою вину. Вважаємо, що каяття було здебільшого вимушеним через різні обставини, проте, як правило, обумовлювалося бажанням особи пом'якшити покарання.

З метою створення ефективних заходів протидії злочинності у сфері житлової нерухомості варто створити класифікацію злочинців у сфері обігу житлової нерухомості. На нашу думку, найбільш ефективним буде поділ на підставі соціаль-

но-рольових функцій особи, яка бере участь в обороті житлової нерухомості. На підставі цього можна виділити такі групи осіб: особи, які безпосередньо професійно здійснюють діяльність у сфері обігу житлової нерухомості (ріелтори тощо); особи, які опосередковано професійно здійснюють діяльність у сфері обігу житлової нерухомості (нотаріуси, адвокати, працівники житлово-експлуатаційних контор тощо); власники об'єкта житлової нерухомості або особи, які на законних підставах користуються об'єктом житлової нерухомості; інші особи.

Варто звернути увагу, що вивчення найбільш важливих ознак особистості злочинця у сфері обороту житлової нерухомості має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, наприклад, під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, призначення покарання судами тощо. Дані, отримані під час вивчення кримінальних справ, у подальшому дозволять розробити низку заходів для попередження вчинення нових злочинів, ґрунтуючись на особливостях зазначених осіб.

Література

1. Антонян Ю.М. Личность преступника / Ю.М. Антонян, В.Н. Кудрявцев, В.Е. Эминов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 364 с.
2. Батиргареєва В.С. Кримінологічна характеристика та попередження розбоїв, поєднаних з проникненням у житло : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В.С. Батиргареєва ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2002. – 266 с.
3. Зелинский А.Ф. Криминальная психология / А.Ф. Зелинский. – К. : Юринком Интер, 1999. – 240 с.
4. Кальман О.Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.Г. Кальман ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – 431 с.
5. Колодяжний М.Г. Кримінологічна характеристика та запобігання вимаганням, поєднаним із насильством : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / М.Г. Колодяжний ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 20 с.
6. Кравченко О.В. Психологічні особливості шахрайства : автореф. дис. ... канд. психол. наук : спец. 19.00.06 «Юридична психологія» / О.В. Кравченко ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2005. – 21 с.
7. Криминология : [учеб. пособие для вузов] / под ред. Я.Ф. Кузнецовой, Ю.Я. Аргуновой. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2001. – 208 с.
8. Криминология : [учебник] / [А.Ф. Агапов, Л.Ф. Баринова, С.И. Кирилов, С.С. Крашенников и др.] ; под ред. В.Д. Малкова. – М. : ЗАО Юстицинформ, 2004. – 528 с.
9. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
10. Курс кримінології : [підручник] : у 2 кн. / [О.М. Джужа, П.П. Михайленко, Ю.В. Александров, В.М. Гринчак, С.А. Тарарухін, Є.М. Моісеєв, Я.Ю. Кондратьєв, В.В. Василевич, В.І. Антипов, Ю.Ф. Кравченко] ; за ред. О.М. Джужи. – К. : Юрінком Інтер, 2001– . – Кн. 1 : Загальна частина. – 2001. – 351 с.
11. Лисодєд О.В. Кримінологічні проблеми шахрайства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.В. Лисодєд ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 17 с.
12. Микитчик А.В. Кримінологічні засади запобігання шахрайству з нерухомістю : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / А.В. Микитчик ; Київський нац. ун-т внутр. справ. – К., 2008. – 224 с.
13. Орлов В.Н. К вопросу о структуре личности преступника / В.Н. Орлов // Российский криминологический взгляд. – 2006. – № 1. – С. 62–67.

14. Павлова Н.В. Особливості розслідування шахрайства, пов'язаного з відчуженням приватного житла : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Н.В. Павлова ; Дніпропетровський держ. ун-т внутр. справ. – Дніпропетровськ, 2007. – 224 с.
15. Про практику призначення судами кримінального покарання : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03/print1395688507385661
16. Резник Г.М. Личность преступника: правовое и криминологическое содержание / Г.М. Резник // Личность преступника и уголовная ответственность. Правовые и криминологические вопросы : межвуз. науч. сб. / редкол. : Т.Г. Даурова, Ю.А. Демидов, И.С. Ной, М.С. Рыбак, К.Ф. Тихонов, Н.С. Шостак. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1981. – С. 29–44.
17. Сахаров А.Б. О личности преступника и причинах преступности в СРСР / А.Б. Сахаров. – М. : Госюриздат, 1961. – 279 с.
18. Сахаров А.Б. Об антисоциальных чертах личности преступника / А.Б. Сахаров // Советское государство и право. – М. : Наука, 1970. – № 10. – С. 110–116.
19. Смаглюк О.В. Шахрайство за кримінальним кодексом України 2001 року : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.В. Смаглюк ; Нац. академія внутр. справ України. – К., 2003. – 179 с.
20. Чалдини Р. Психология влияния / Р. Чалдини. – СПб. : Питер, 2000. – 272 с.
21. Яковлев А.М. Теория криминологии и социальная практика / А.М. Яковлев ; отв. ред. В.Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1985. – 247 с.

Анотація

Дикий О. В. **Кримінологічна характеристика особистості злочинця у сфері обороту житлової нерухомості.** – Стаття.

Статтю присвячено вивченню особистості злочинця у сфері обороту житлової нерухомості. Визначено основні елементи, які входять до структури особистості злочинця, та проведено аналіз соціально-демографічних, кримінально-правових, соціально-рольових і морально-психологічних ознак на підставі виконаного дослідження. На підставі соціально-рольових функцій особи злочинця, що бере участь в обороті житлової нерухомості, запропоновано класифікацію таких осіб із метою розробки заходів для попередження злочинності у вказаній сфері.

Ключові слова: особистість злочинця, оборот житлової нерухомості, класифікація осіб.

Аннотация

Дикий О. В. **Криминологическая характеристика личности преступника в сфере оборота жилой недвижимости.** – Статья.

Статья посвящена изучению личности преступника в сфере оборота жилой недвижимости. Определены основные элементы, которые входят в структуру личности преступника, и проведен анализ социально-демографических, уголовно-правовых, социально-ролевых и морально-психологических признаков на основании выполненного исследования. На основании социально-ролевых функций личности преступника, участвующего в обороте жилой недвижимости, предложена классификация указанных лиц с целью разработки мер по предупреждению преступности в этой сфере.

Ключевые слова: личность преступника, оборот жилой недвижимости, классификация лиц.

Summary

Dykyj O. V. **Criminological characteristics of the individual offender in the sphere the turnover of the dwelling real estate.** – Article.

The article is devoted the study of personality of criminal in the sphere the turnover of the dwelling real estate. Identified key elements that go into the structure of the individual offender and analyzed of socio-demographic, criminal, social-role and moral-psychological features based on completed research. On the basis of social-role functions of personality of offender is offered classification of the indicated persons for development of measures on prevention of crime in the sphere the turnover of the dwelling real estate.

Key words: identity of the perpetrator, turnover of the dwelling real estate, classification of persons.

УДК 343.9:343.352

І. В. Маслій

КОРУПЦІЙНА ЗЛОЧИННІСТЬ ТА ЇЇ КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Актуальність проведення кримінологічного аналізу корупційної злочинності визначена насамперед високим ступенем суспільної небезпеки корупції та новелізацією чинного законодавства, обумовленою посиленням нормативних гарантій законності правоохоронної діяльності у сфері протидії цій злочинності. Так, В.В. Лунєєв наводить такі дані індексу сприйняття корупції. У 2008 р. цей показник для України був на рівні 2,5, вона посідала 134 місце серед країн, які брали участь у рейтинговій оцінці (10 – відсутня корупція, 0 – корупція максимальна). Учений вказав на залежність між вимогливістю влади та рівнем корупції: там, де влада більш вимоглива, нижчий показник індексу сприйняття корупції, а отже, країна займає вище місце. В.В. Лунєєв зазначав про побудову індексу сприйняття корупції на 3–12 запитаннях, тобто на суб'єктивній оцінці людей, перевірити які неможливо. При цьому відбувається процес самодетермінації розміру індексу, коли показник за наступний рік визначається респондентами, порівняно з показником за минулий рік. Індекс сприйняття корупції поступово стає інструментом управління у світі [1, с. 478–480].

Звернення до надбань юридичної науки вказує на те, що корупційна злочинність як суспільно-небезпечне явище та проблема протидії їй була предметом дослідження вчених, які плідно працювали, а окремі з них продовжують працювати в галузях кримінального права (В.М. Киричко, М.І. Мельник та інші) та кримінології (В.В. Голіна, І.М. Даньшин, О.М. Джужа, А.П. Закалюк та інші). Питання організації протидії корупції аналізували й вчені в галузі адміністративного права (Д.Г. Заброда, Р.М. Тучак та інші).

Науковий доробок вказаних та інших вчених складає теоретичне підґрунтя кримінологічного аналізу корупційної злочинності, але певні проблеми в правозастосуванні виникли з новелізацією антикорупційного законодавства у зв'язку з набуттям чинності Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» [2]. Зокрема, виникла необхідність розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності за корупцію. Необхідно звернути увагу на те, що Групою держав проти корупції (Group of States against corruption, далі – GRECO) на 54-му пленарному засіданні (Страсбург, 20–23 березня 2012 р.) у Другому додатковому звіті про виконання рекомендацій Україною від 23 березня 2012 р. було відзначено відсутність чіткого розмежування між корупційним злочином та адміністративним корупційним правопорушенням. Про це було вказано у висновку щодо проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (7 квітня 2011 р.).

Зазначеним проектом пропонувалося внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення шляхом доповнення новим розділом 13-А, у якому передбачити склади адміністративних корупційних правопорушень (ст. ст. 172-2, 172-3, 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9). GRECO звертає увагу на те, що

© І. В. Маслій, 2013

запропоновані норми не регулюють питання виконання рекомендації щодо перегляду системи адміністративної відповідальності за корупційні правопорушення, щоб чітко встановити, що випадки корупції мають трактуватися як кримінальні правопорушення, або в крайньому випадку чітко розмежувати вимоги до застосування цих двох відмінних процедур (Рекомендація III) [3]. Отже, про виникнення проблеми розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності під час притягнення до юридичної відповідальності за корупцію було зазначено ще на етапі обговорення законопроекту. Враховуючи, що відповідні норми були прийняті практично без змін, прогноз експертів виправдався.

На думку М.І. Хавронюка, новелізацією антикорупційного законодавства було фактично декриміналізовано деякі форми службового зловживання, хабарництва. Вказане стосується запровадження до Кодексу України про адміністративні правопорушення ст. 172-2, якою встановлено адміністративну відповідальність за порушення обмежень щодо використання службового становища; ст. 172-3 – за пропозицію або надання неправомірної вигоди; ст. 172-5 – за порушення встановлених законом обмежень щодо отримання дарунка (пожертви); ст. 172-8 – за незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових повноважень [4, с. 8].

Вищезазначене свідчить про необхідність здійснення кримінологічної характеристики корупційної злочинності з урахуванням сучасних новел антикорупційного законодавства.

Мета статті полягає в обґрунтуванні наукового підходу щодо виділення корупційних злочинів серед злочинів у сфері службової діяльності, що передбачені Кримінальним кодексом України (далі – КК України), а також у встановленні причин та умов корупційної злочинності, їх класифікації.

Звернення до обліково-статистичних даних МВС України, починаючи з 1998 р. і до сьогодні, щодо фактів виявлення та документування проступків, пов'язаних із корупцією, дозволяють зробити певні висновки щодо динаміки цих видів протиправних дій. Водночас слід вказати на зміну якісних статистичних показників, пов'язану з прийняттям Кримінального кодексу України, а також набуттям чинності Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції».

Так, у 1998 р. органами внутрішніх справ було складено 3 400 протоколів, серед яких 3 136 – складено на державних службовців, а 228 – депутатів різних рівнів. До відповідальності за корупційні дії притягнено 1 450 осіб. Протягом 1999 р. серед державних службовців вищого рівня виявлено 120 осіб, дії яких мали ознаки корупційних. За даними Міністерства внутрішніх справ України тільки в 2000 р. у сфері економіки було виявлено 22,8 тис. тяжких злочинів, із яких 18,1 тис. складали посадові злочини. Проте до кримінальної відповідальності було притягнуто більше 5,6 тис. осіб, із яких 2,25 тис. – керівники підприємств, установ, організацій, 540 – державні службовці. За фактами хабарництва в 2000 р. було розкрито 1 443 злочини [5, с. 120].

За період із 1 січня до 19 листопада 2012 р. МВС України задокументовано 927 кримінальних справ за фактами хабарництва. За рік зафіксовано 380 фактів хабарництва, де сума хабара складала від 10 до 30 тис. грн. Вдвічі менше – 156 разів –

у справах фігурувала сума від 30 до 100 тис. грн. 109 фактів хабарництва зафіксовано на суму, що перевищує 100 тис. грн. Більше 100 тис. грн вимагали в Чернівецькій області (25 фактів). На другому місці був Київ – 18 фактів. Популярний хабар у розмірі від 30 до 100 тис. грн у Києві (19 фактів), а також Криму (16 фактів). Від 10 до 30 тис. грн вимагають найчастіше в Києві (36), Луганській (32) та Дніпропетровській (29) областях. Рекордна сума хабара складала в 2012 р. 11 мільйонів доларів США. Найчастіше хабарників виявляють у системі освіти, земельних відносинах та охороні здоров'я [6].

Згідно з даними Міністерства юстиції України загальні збитки від корупційних правопорушень, які були зафіксовані правоохоронцями в 2012 р., становили близько 1,8 млрд грн. Із них 1,2 млрд грн прийшлося на адміністративні правопорушення, 580 млн грн – на кримінальні злочини. У 2012 р. органи внутрішніх справ, СБУ, податкової служби та внутрішньої служби правопорядку в Збройних Силах України склали близько 1 500 протоколів про адміністративні правопорушення, до суду були направлені справи за 2 740 злочинами. Найбільша кількість – за фактами хабарництва. [7].

У 2012 р. Україна посіла третє місце в рейтингу європейських країн за рівнем хабарництва. Перше місце в корупційному рейтингу зайняла Словенія, де 96% менеджерів вважають хабар нормою. На другому місці – Хорватія (90% опитаних). Третє місце посіла Україна – 85% менеджерів впевнені в необхідності хабарництва. У Сербії, Словенії, Греції та Росії більше 80% респондентів визнають процвітання корупції. Це означає, що за рівнем корумпованості ці держави знаходяться майже на одному рівні з Кенією (94%) та Нігерією (89%). Найнижчий рівень корупції в Швейцарії (10%), Скандинавії (про хабарі в Швеції та Фінляндії вказують 12% респондентів, у Норвегії – 17%). Германія за рівнем корумпованості економіки посідає середньостатистичне місце – 30% [8].

Наведені вище статистичні дані свідчать принаймні про чотири обставини.

По-перше, вони вказують на те, що на тенденції виявлення фактів вчинення корупційних дій впливає стан розвитку антикорупційного законодавства, дієвість виконання правоохоронними органами функцій боротьби зі злочинністю, забезпечення громадської безпеки.

По-друге, зміна в кількісних і якісних показниках вчинення корупційних злочинів в офіційній статистиці залежить від встановлення в чинному законодавстві їх складу.

По-третє, визначення в законодавстві складу корупційних злочинів відображає загальні тенденції формування й розвитку соціально-економічних і політичних процесів у державі. Так, євроінтеграційні процеси, що відбуваються в Україні, обумовили розробку й прийняття Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», якому передував пакет антикорупційних законів: «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». Рішенням Конституційного Суду України від 6 жовтня 2010 р. № 21-рп/2010 у справі про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів визнано не-

конституційність окремих положень цих законів [9]. Ці закони втратили чинність, оскільки зазнали конструктивної критики: було вказано на відсутність відповідності чинному законодавству; безсистемність запропонованих антикорупційних заходів; відсутність адаптації до вітчизняного законодавства окремих норм, запозичених із міжнародних договорів; наявність протиріч із концепцією побудови вітчизняного деліктного законодавства; створення передумов та обмежень реалізації прав і свобод громадян.

По-четверте, показник індексу сприйняття корупції не можна точно визначити, оскільки його побудова здійснюється на результатах обробки суб'єктивної думки респондентів, проте він достатньо показовий для оцінки рівня корумпованості суспільною думкою.

Формулюючи поняття корупції, вчені зазначали, що вона є соціальним явищем, яке характеризується підкупом, продажністю державних службовців та інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави, і на цій основі корисливе використання офіційних службових повноважень, пов'язаних із ними авторитету й можливостей в особистих або вузькогрупових, корпоративних інтересах. Корупційною злочинністю названо сукупність злочинів корупційного характеру [10, с. 134].

На думку І.М. Даньшина, В.В. Голіни, М.Ю. Валуйської слід виділити злочини у сфері службової діяльності, до яких віднесено сім складів злочинів: зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, службове підроблення, службова недбалість, отримання хабара, давання хабара, провокація хабара (ст. ст. 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370 Кримінального кодексу України). Звернено увагу на те, що з використанням службового становища можуть вчинятися не тільки перераховані злочини, а й ті, що передбачені іншими розділами Кримінального кодексу України: злочини проти правосуддя, господарські, військові злочини тощо. Водночас подальший кримінологічний аналіз проведений вченими з врахуванням кваліфікації злочинів у сфері службової діяльності за ст. ст. 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370 Кримінального кодексу України [11, с. 176–177]. На думку В.М. Киричко, корупційними злочинами слід визнавати такі передбачені Кримінальним кодексом України умисні суспільно небезпечні діяння, які містять не тільки ознаки відповідного складу злочину, а й ознаки корупції, вказані в ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» [12, с. 14].

Зазначаючи про корупційну злочинність на підставі підходу щодо визначення корупції, сформульованого авторами навчального посібника з кримінології, підготовленого в 2010 р., за загальною редакцією О.М. Джужи, та склади злочинів у сфері службової діяльності, що передбачені ст. ст. 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370 Кримінального кодексу України, можна констатувати, що фактично йдеться про одну й ту ж групу злочинів.

Вказане підтверджує й правова позиція Апеляційного суду Києва, викладена в листі від 1 червня 2012 р. «Узагальнення судової практики застосування законодавства про відповідальність за окремі корупційні правопорушення». Суд звертає увагу на те, що конкретні склади корупційних злочинів та корупційних адміністративних правопорушень, а також відповідальність за їхнє вчинення передбачені

відповідними статтями Кримінального кодексу України з розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності» та главою 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення» Кодексу України про адміністративні правопорушення, внесеними до вказаних нормативних актів Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI [13].

Звернення до напрацювань російських вчених дозволяє вказати про визначення корупційної злочинності як сукупності злочинів, диспозиції кримінально-правових норм про які містить ознаки корупції. Корупція – це явище підкупу-продажності, коли один суб'єкт, який займає певне службове становище, наділений повноваженнями, підкупається іншим суб'єктом заради того, щоб відповідне службове положення та повноваження були використані в інтересах сторони, яка здійснює підкуп. Така сутність корупції постає з історично сформованого підходу щодо визначення такими діянь із підкупу, порчі, розбещення грошима, зловживання службовим становищем із корисливою метою. Слід нагадати вислів латиною «corruption optimi pessima», що означає «розбещення доброго – найтяжчий гріх». Вчені (А.І. Долгова, В.А. Серебрякова) констатують наявність надто широкого тлумачення корупції, що означає об'єднання під одним терміном різних за кримінологічною характеристикою явищ – посадових злочинів, корупцію як підкуп-продажність тощо. При цьому підкреслено наявність двох сторін корупції, які взаємодіють: коруптер та корупціонер (корумпований суб'єкт). Коруптер здійснює підкуп корупціонера, той у свою чергу здійснює дії, які вигідні коруптеру та дозволені корупціонеру за посадою [14, с. 801–802].

Враховуючи точки зору А.І. Долгової та В.А. Серебрякової, які є авторами наукового підходу щодо кримінологічної характеристики корупційної злочинності, можна сказати, що серед злочинів у сфері службової діяльності до корупційних слід віднести тільки ті, якими встановлено кримінальну відповідальність за зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України), зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК України), отримання хабара (ст. 368 КК України), підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК України), давання хабара (ч. ч. 2, 3, 4, 5 ст. 369 КК України). Виділення саме цих злочинів як корупційних ґрунтується на історично сформованому підході щодо визначенням корупцією діянь із підкупу, порчі, розбещення грошима, зловживання службовим становищем із корисливою метою. Інші злочини, кримінальна відповідальність за які передбачена нормами розділу VII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» КК України, не підпадають під ознаки корупційних.

Запропонований підхід можна назвати «вузьким» щодо визначення кола корупційних злочинів, проте він відповідає історично сформованому підходу та відображає специфіку корупційної злочинності: а) завжди має корисливу мету щодо отримання неправомірної вигоди; б) вчиняється посадовою особою, статус якої відповідає ознакам посадової особи – виконує службові обов'язки за посадою, діючи від імені держави та на виконання державних функцій; в) вчиняється посадовою особою в інтересах особи, яка здійснює підкуп, або у власних інтересах; г) полягає в зловживанні обов'язками за посадою та пов'язаних із цими можливостей.

Можна навести й про точку зору щодо кризового характеру корупції, що породжується кризою сучасного українського суспільства (а не лише недосконалістю кримінальної юстиції) та здатна поглиблювати цю кризу, маючи властивість зводити нанівець будь-які політичні, економічні, правові, моральні реформи в Україні. Саме в цьому вбачають її загрозу для національної безпеки України, основна загроза українській нації, зокрема політичним, економічним, правовим, моральним, культурним засадам її розвитку [15]. У цьому контексті доцільно зазначити про наявність взаємозв'язку корупційної, організованої та економічної злочинності.

Якщо звернутись до надбань наукової думки щодо кримінологічної характеристики злочинця, який вчиняє службові злочини, то вчені відзначають таку характерну обставину, як вчинення таких злочинів у більш зрілому віці (переважно старше 30 років), що пояснюється віковою зайнятістю осіб, які працюють на відповідних посадах. Особи, які вчиняють службові злочини, належать, як правило, до працівників, які мають безпосередній доступ до майна або до співробітників, що здійснюють контроль за їхньою діяльністю. Службові особи адміністративного апарату становлять невеликий відсоток від загальної кількості тих, хто вчинив службові злочини (за вибірковими даними вони становлять, як правило, 1/3) [11, с. 178].

Дослідники виділяють серед обставин, які зумовлюють виникнення корупції, такі: а) недотримання правил про такий розмір оплати праці службовців, який забезпечував би гідні умови життя їх і їхнім родинам; б) тип управління; в) соціально-психологічна обстановка; г) характер самих службовців [10, с. 135–136].

Врахування наукової думки вчених щодо виділення причин та умов виникнення корупції, а також наукового підходу щодо визнання корупційної злочинності як злочинного прояву корупції, дозволяє вказати на визначення трьох груп причин та умов корупційної злочинності. Першу групу складають причини та умови виникнення й функціонування тіньової економіки. Ця група причин та умов є спільною для всіх видів злочинних проявів тіньової економіки. Другу групу складають причини та умови корупційної злочинності на загальносоціальному рівні. До третьої групи належать причини та умови корупційної злочинності на індивідуальному рівні – рівні конкретної посадової особи, враховуючи її морально-етичні, культурні якості.

Зміст корупції визначає її кризовий характер, що означає наявність кризових умов її виникнення: криза соціально-економічного розвитку держави (недостатній для економічного розвитку рівень ВВП, а отже, порівняно низький рівень заробітних плат та соціальних гарантій у системі публічної служби) та кризові прояви в системі управління державними справами (ситуативність організаційних перетворень, відсутність врахування професійних та особистих здібностей службовця, недоліки кадрової роботи тощо).

Серед причин та умов вчинення корупційних злочинів на загальносоціальному рівні можна назвати такі:

– конфліктність інтересів у сфері діяльності органів державної влади;

– низька розвиненість інституту публічної служби, що проявляється в недостатньому нормативному врегулюванні її інститутів та публічної служби в цілому. Так, термін «публічна служба» врегульовано тільки Кодексом адміністративного

судочинства України. Зокрема, у п. 15 ч. 1 ст. 1 цього кодексу вказано, що публічна служба – діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування [16];

– відсутність належних засобів правового захисту, особливо з позицій дотримання прав, свобод, законних інтересів;

– недосконаліть внутрішнього й зовнішнього контролю виконання обов'язків за посадою.

На індивідуальному рівні причини та умови вчинення корупційних злочинів можуть бути виділені, враховуючи правову позицію Верховного Суду України, викладену в листі від 1 червня 2012 р. за результатами узагальнення судової практики в справах про хабарництво. Суд звертав увагу на те, що для притягнення особи до кримінальної відповідальності за таке діяння необхідно повно та всебічно дослідити всі обставини справи: з'ясувати службове становище особи, місце її роботи, коло повноважень, поведінку до вчинення злочину, мотиви, мету, характер учинених дій, наявність причинного зв'язку між службовим становищем особи, протиправним використанням службових повноважень та наслідками, що могли настати в результаті використання цих повноважень чи можливостей службового становища. Зібрані докази мають бути ретельно перевірені під час судового розгляду, що є запорукою призначення покарання відповідно до вчиненого [17].

Отже, до індивідуальних причин та умов вчинення корупційних злочинів належать такі:

– морально-психологічний стан особистості суб'єкта (спотворена ієрархія цінностей, жадібність, заздрість, моральна нестійкість);

– наявність обставин, які спонукають особу до вчинення протиправної дії (ініціативний підкуп з одночасним шантажем особи, яку провокують; залежність від особи, яка дає хабар чи спонукає до вчинення протиправних дій; шантаж; загальна обстановка в організації, де працює особа; провокування вчинення протиправних дій).

Проведений аналіз дозволив сформулювати такі висновки. По-перше, доведено, що серед злочинів у сфері службової діяльності до корупційних доцільно віднести тільки ті, за які встановлено кримінальну відповідальність за зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України); зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК України); отримання хабара (ст. 368 КК України); підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК України); давання хабара (ч. ч. 2, 3, 4, 5 ст. 369 КК України). Здійснено класифікацію причин та умов корупційної злочинності та виділено три групи причин та умов: ті, які стосуються тіньової економіки (спільні для усіх видів кримінальних її проявів); загальносоціальні; індивідуальні.

Література

1. Лунеев В.В. Курс мировой и российской криминологии : [учебник] : в 2 т. / В.В. Лунеев. – М. : Юрайт, 2011– . – Т. II : Особенная часть. – 2011. – 872 с.
2. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 40. – Ст. 404.

3. Другий додатковий звіт про виконання рекомендацій Україною. Спільний перший та другий раунди оцінювання (м. Страсбург, 23 березня 2012 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.minjust.gov.ua/file/26118.
4. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М.І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2011. – 424 с.
5. Татарінцев Т.О. До питання про визначення основних тенденцій розвитку законодавства щодо протидії корупції / Т.О. Татарінцев // Митна справа. – 2012. – № 4(82). – Ч. 2. – Кн. 1. – С. 117–122.
6. В МВД рассказали о масштабах украинской коррупции // Подробности. – 2013. – 10 мая. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://podrobnosti.ua/criminal/2013/05/10/904031.html.
7. Минюст подсчитал ущерб от коррупции в 2012 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ubr.ua/finances/macroeconomics-ukraine/minust-podschital-usherb-ot-korrupcii-v-2012-godu-222353.
8. Украина – в тройке «лидеров» по коррумпированности [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ubr.ua/finances/macroeconomics-ukraine/kraina-v-troike-liderov-po-korrumpirovannosti-226084.
9. У справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) : Рішення Конституційного Суду України від 6 жовтня 2010 р. № 21-рп/2010 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 80. – Ст. 2835.
10. Кримінологія : [навчальний посібник] / [О.М. Джужа, В.В. Василевич, О.Г. Колб та ін.] ; за заг. ред. О.М. Джужі. – К. : Атіка, 2010. – 312 с.
11. Кримінологія. Загальна та Особлива частини : [підручник] / [І.М. Даньшин, В.В. Голіна, М.Ю. Валуйська та ін.] ; за ред. В.В. Голіни. – 2-ге вид., переробл. і доп. – Х. : Право, 2009. – 288 с.
12. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
13. Узагальнення судової практики застосування законодавства про відповідальність за окремі корупційні правопорушення : Лист Апеляційного суду м. Київ від 1 червня 2012 р. // Судова апеляція. – 2012. – № 4. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/uploads/tinymce/…/%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%20%E2%84%969.doc.
14. Криминология : [учебник] / под общ. ред. А.И. Долговой. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма ; Инфра-М, 2010. – 1008 с.
15. Костенко О. Корупція в Україні – основний антиукраїнський фактор / О. Костенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://narodna.pravda.com.ua/politics/47ecdd7bdfcfc.
16. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – Ст. 1918.
17. Судова практика призначення покарань за хабарництво (ст. 368 Кримінального кодексу України) : Лист Верховного Суду України від 1 червня 2012 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 11. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/794496FD411578BFC2257B7C004AACF0.

Анотація

Маслій І. В. **Корупційна злочинність та її кримінологічна характеристика.** – Стаття.

Стаття присвячена здійсненню кримінологічної характеристики корупційної злочинності. Обґрунтовано підхід щодо виділення корупційних злочинів серед злочинів у сфері службової діяльності. Сформульовано причини та умови корупційної злочинності, здійснено їх класифікацію. Виділено три групи причин та умов: ті, які стосуються тіньової економіки (спільні для усіх видів кримінальних її проявів); загальносоціальні; індивідуальні.

Ключові слова: корупційна злочинність, злочини у сфері службової діяльності, причини та умови корупційної злочинності, кримінологічна характеристика.

Аннотация

Маслий И. В. **Коррупционная преступность и её криминологическая характеристика.** – Статья.

Статья посвящена криминологической характеристике коррупционной преступности. Обоснован подход, согласно которому выделены коррупционные преступления из состава преступлений в сфере служебной деятельности. Сформулированы причины и условия коррупционной преступности, проведена их классификация. Выделены три группы причин и условий: те, которые относятся к теневой экономике (общие для всех видов её криминальных проявлений); общесоциальные; индивидуальные.

Ключевые слова: коррупционная преступность, преступления в сфере служебной деятельности, причины и условия коррупционной преступности, криминологическая характеристика.

Summary

Masliy I. V. **Corruptions' criminality and its criminology characteristic.** – Article.

Article is dedicated to the criminology characteristic of the corruptions' criminality. Is substantiated the approach, according to which are isolated the corruptions' crimes from the composition of crimes in the sphere of official activity. Are formulated reasons and conditions of the corruption criminality and their classification is carried out. Three groups of reasons and conditions are isolated: those, which relate to the shadow economy (general for all forms of its criminal manifestations); general social; individual.

Key words: corruptions' criminality, crime in the sphere of official activity, reason and condition of the corruption criminality, criminology characteristic.

УДК 343.98:343.91:343.359.3

Я. В. Фурман

ОСОБА ЗЛОЧИНЦЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ КОНТРАБАНДИ КУЛЬТУРНИХ ЦІННОСТЕЙ

У юридичній літературі є декілька напрямів дослідження особи злочинця: кримінологічний, кримінально-правовий, кримінально-процесуальний, судово-психологічний, виправно-трудовий та криміналістичний.

У розробленні криміналістичної характеристики особи злочинця, зауважує Н.Т. Ведерніков, досить важко виділити інформацію, що має суто криміналістичне значення, оскільки особа – єдине цілісне явище, усі сторони якого взаємопов'язані та взаємообумовлені [1, с. 76]. Така обставина визначає взаємозв'язок правових наук, оскільки криміналістика черпає дані про особу злочинця переважно з кримінології, кримінального права, психології, фізіології та забезпечує суміжні галузі знань своїми науковими рекомендаціями, що відображають специфіку деяких сторін особи злочинця в межах вчинення злочину, способу слідоутворення [2, с. 69]. У цьому аспекті важливе значення для криміналістичної характеристики осіб, які вчинили незаконне переміщення культурних цінностей через митний кордон, мають кримінологічні дані.

У криміналістичному вивченні особи контрабандиста, як правильно зауважує В.М. Шевчук, доцільно виокремити три специфічні напрями.

По-перше, знання й врахування митниками особистих характеристик поведінки контрабандистів, що сприяє виявленню предметів контрабанди під час здійснення митного контролю. Під час проведення митного оформлення вони мають враховувати інформаційний портрет контрабандиста, у якому зазначені основні ознаки злочинця. Ураховуючи цей портрет та накопичений досвід, митники вирішують

© Я. В. Фурман, 2013

питання, якому із суб'єктів або об'єктів переміщення потрібно приділяти особливу увагу під час проведення митного огляду. У зв'язку із цим важливе значення мають такі ознаки, як стать, вік, мета поїздки, а також психологічні особливості поведінки особи на момент здійснення незаконного переміщення через митний кордон, що відображається на виразі обличчя, у міміці, емоціях, особливостях ходи, мови тощо.

По-друге, отримання інформації про особу злочинця. Цей напрям має місце, коли на місці злочину виявляється предмет контрабанди, сліди злочинця; під час переміщення предметів шляхом передачі (одержання) їх у тайниках тощо. Таке вивчення має опосередкований характер.

По-третє, збирання й перевірка відомостей про підозрювану особу, яка відома слідству, з метою вичерпної її криміналістичної оцінки [3, с. 76–77]. Отримана інформація в цьому разі використовується для: 1) вибору провадження окремих слідчих дій і досягнення необхідного психологічного контакту з підозрюваним (обвинуваченим); 2) прогнозування поведінки злочинця на різноманітних етапах досудового розслідування; 3) усвідомлення його справжньої ролі у вчиненому злочині й виявлення інших учасників злочинної групи; 4) планування розслідування контрабанди [4, с. 42].

Створення типологічних моделей злочинця щодо різних видів злочинів, у тому числі й контрабанди культурних цінностей, є одним із важливих завдань криміналістики. Криміналістами розроблено багато різних класифікацій ознак злочинців [5, с. 28].

На наш погляд, для слідчої практики більш прийнятою є класифікація, запропонована М.О. Селівановим. Він поділяє всі властивості злочинця на власні та відносини [6, с. 132]. Із власних ознак злочинця в криміналістичних характеристиках відображаються переважно такі, як стать, вік, інтелектуальний та фізичний розвиток, морально-психологічний образ, володіння певними професійними навичками, злочинним досвідом тощо. Відносини злочинця – це спосіб його життя, вияв особистості в основних сферах діяльності, співвідношення місця проживання, роботи злочинця з місцем вчинення злочину, особистості правого, пільгового стану особи (посада, дипломатичний імунітет, звільнення від певних форм митного контролю).

Характеристика особи контрабандиста включає такі дані: а) соціальні – соціальний стан, освіта, національність, сімейний стан, професія тощо; б) психологічні – світогляд, переконання, знання, навички, звички, емоції, почуття, темперамент; в) біологічні – стать, вік, фізичні дані, сила, зріст, вага, особливі прикмети.

Певні криміналістичні особливості має контрабанда культурних цінностей, що здійснюється організованою групою осіб. Суспільна небезпека групової контрабанди підвищена внаслідок того, що цій групі доступні складні способи вчинення контрабанди. До того ж розширюється географія та інтенсивність скоєних дій, збільшуються збитки від вчиненого. Крім того, організовані злочинні групи мають більше можливостей для приховування своєї злочинної діяльності.

Організовані групи контрабандистів можуть мати вузьку спеціалізацію, тобто вчинюють контрабанду тільки будь-якого одного виду предметів (наприклад, картини й ікони, дорогоцінні та ювелірні прикраси).

Організована злочинна група – це група осіб, раніше об'єднаних для вчинення одного або декількох злочинів, яка характеризується наявність організатора (керівника), розподілом ролей (функцій) між співучасниками чи структурними підрозділами, попередньою підготовкою до вчинення злочину [7, с. 54].

Розподіл ролей в організованій групі, яка вчиняє контрабанду культурних цінностей, відбувається таким чином. Організатор налагоджує контрабандний канал, шукає співучасників серед мистецтвознавців та співробітників митних служб, забезпечує необхідні для вивозу документи, організовує крадіжку культурних цінностей із музеїв, бібліотек, церков або в приватних власників. Із державних музеїв та бібліотек крадіжки вчиняють зазвичай за допомогою співробітників цих музеїв або бібліотек.

Організатори злочинних груп, які вчинюють контрабанду культурних цінностей, можуть бути як громадянами України, так і іноземцями, а також особами без громадянства або з подвійним громадянством.

Скупники антикваріату – це переважно люди, які розуміються в мистецтві, особи, які мають мистецтвознавчу освіту, а також колекціонери. Вони купують в антикварних магазинах предмети контрабанди. У деяких випадках скупники можуть і зберігати предмети контрабанди до їх вивозу за кордон. Не виключено, що покупців і зберігачів предметів контрабанди можуть використовувати й «у темну», оскільки ці особи можуть не знати про справжню мету осіб, із якими вони проводять операції. Скупниками та зберігачами предметів контрабанди переважно є громадяни України.

Замовники підбирають предмети антикваріату для своїх приватних колекцій та замовляють їх. Ними можуть бути як громадяни України в минулому, так і ті, які постійно проживають за кордоном, вітчизняні й зарубіжні колекціонери.

Кур'єри (виконавці) перевозять предмети антикваріату за кордон через організований контрабандний канал. Ці особи користуються особливою довірою організатора злочину, оскільки втрата товару означає зрив операції, адже покупцям потрібні конкретні унікальні речі. Кур'єрами можуть бути іноземці-співробітники дипломатичних представництв, які мають дипломатичний імунітет, як громадяни України, так і іноземці.

До контрабандної діяльності можуть бути залучені працівники митних установ, співробітники різних міністерств, відомств та організацій, які регулярно виїжджають за кордон і мають контакти з іноземними організаціями та фірмами, з різними благодійними фондами.

Криміналістичний інтерес становить інформація про контрабандистів з урахуванням їх вікових груп. Контрабанду культурних цінностей вчинюють злочинці переважно зрілого віку: від 30 до 50 років (68%).

Проведене дослідження показує, що контрабанда культурних цінностей належить до розгляду злочинів, що вчинюють чоловіки (75%). Хоча прослідковується тенденція до зміни такого становища: збільшується кількість контрабандистів – осіб жіночої статі. Жінки зазвичай вчинюють контрабанду з приховуванням від митного контролю шляхом використання місць, що утруднюють їх виявлення (статевих органів, нижньої білизни, сумочок, спеціально пристосованих панчіх, шпильок у волоссі).

За принципом громадянства засуджено за ст. 201 Кримінального кодексу України здебільшого громадян України (62%) [8 с. 211]. Для іноземних громадян характерні факти вчинення контрабанди особами, які навчаються у вищих навчальних закладах України, іноземними службовцями приватних підприємств.

Наведемо декілька прикладів вчинення цього злочину як громадянами України, так і іноземцями. Так, у штурмана Бориспільського авіапідприємства вилучено унікальну колекцію, а саме понад 100 орденів та медалей, які він намагався нелегально вивести для реалізації до США. Цією ж митницею під час здійснення митного контролю пасажирів авіарейсу «Київ – Бейрут» у багажі громадянина Лівану, який вилітав на батьківщину, виявлено й конфісковано 10 старовинних ікон.

Чопською митницею затримано водія вантажного автомобіля однієї з київських фірм, який вивозив до Італії галантерейні та шкіряні вироби, що експонувалися на італійській виставці в Києві. Під час огляду автомашини виявлено подвійну стінку кузова, у якій було заховано 11 старовинних ікон, 56 картин та інших предметів мистецтва [9, с. 286]. Для складання криміналістичної характеристики осіб, які вчинили контрабанду культурних цінностей, доцільно використати криміналістичну класифікацію (типологію) злочинців [10, с. 110–112]. Найбільш припустимою для характеристики осіб, які вчинили цей злочин, є класифікація за такими взаємопов'язаними підставами: 1) мотиваційне спрямування злочинної поведінки контрабандиста; 2) глибина та стійкість такого спрямування.

За характером і змістом мотиваційної спрямованості осіб, які здійснюють незаконно переміщення через митний кордон будь-яких предметів, можна виокремити такі групи: 1) з негативно-зневажливим ставленням до людської особистості, її найважливіших благ – життя, здоров'я; 2) з корисно-приватновласницькими тенденціями та злочинною орієнтацією особи; 3) з явно безвідповідальним ставленням до своїх службових обов'язків; 4) з політичною орієнтацією; 5) зі змушеною орієнтацією на необхідність задоволення елементарних життєвих потреб. Мотиваційне спрямування поведінки особи, яка вчиняє контрабанду культурних цінностей, – переважно користь.

За глибиною й стійкістю мотиваційної спрямованості слід розрізняти контрабандистів: 1) випадкових; 2) ситуаційних; 3) нестійких; 4) злісних; 5) особливо небезпечних [12, с. 81–83].

Можлива класифікація контрабандистів за безпосереднім предметом посягання (так звана предметна спеціалізація). Наприклад, можна виокремити таку групу осіб, які вчинюють незаконне переміщення предметів через кордон, як «антиквари».

Можлива класифікація й за способом вчинення контрабанди:

1) під час переміщення поза місцем розташування митниці;

2) під час переміщення поза часом здійснення митного оформлення;

3) з незаконним звільненням від митного контролю.

Таким чином, особа контрабандиста є одним із найважливіших елементів криміналістичної характеристики. Конкретний зміст цього елемента визначається тією сукупністю особистих ознак, що є специфічними для злочинців, які вчиняють контрабанду, і суттєвими для успішного розслідування [11, с. 46].

Таким чином, на підставі викладеного вище можна зробити такі узагальнення.

У криміналістичному вивченні особи контрабандиста важливу роль відігріють три специфічні напрями: а) знання й врахування митниками особистих характеристик поведінки контрабандистів, що сприяє виявленню контрабандних культурних цінностей під час здійснення митного контролю; б) отримання інформації про особу невідомого злочинця, зокрема, коли на місці злочину виявляють предмет контрабанди, сліди злочинця; під час переміщення предметів шляхом передачі (одержання) їх у тайниках; в) збирання й перевірка відомостей про вже відому слідству підозрювану особу з метою вичерпної її криміналістичної оцінки.

Характеристика особи контрабандиста включає такі дані: а) соціальні – соціальний стан, освіта, національність, сімейний стан, професія тощо; б) психологічні – світогляд, переконання, знання, навички, звички, емоції, почуття, темперамент; в) біологічні – стать, вік, фізичні дані, сила, зріст, вага, особливі прикмети.

Література

1. Ведерников Н. Т. Личность преступника как элемент криминалистической характеристики преступления / Н. Т. Ведерников // Криминалистическая характеристика преступлений : сборник научных трудов / Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности. – М., 1985. – С. 76–79.
2. Экологические преступления: квалификация и методика расследования / [С. В. Гавриш, В. Г. Грузкова, А. Л. Дудников и др.] ; под ред. проф. В. Е. Коноваловой, Г. А. Матусовского. – Х. : Глобус, 1994. – 226 с.
3. Шевчук В. М. Проблеми методики розслідування контрабанди : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. М. Шевчук ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 1998. – 209 с.
4. Біленчук П. Д. Криміналістичне дослідження обвинуваченого : [монографія] / П. Д. Біленчук. – К. : УАВС, 1995. – 128 с.
5. Самойлов Г. А. Личностная информация, фиксирующая в следах преступления / Г. А. Самойлов // Труды ВШ МООП СССР. – М., 1972. – Вып. 34. – С. 20–33.
6. Селиванов Н. А. Советская криминалистика: система понятий / Н. А. Селиванов. – М. : Юридическая литература, 1982. – 152 с.
7. Быков В. М. Криминалистика : [учебник] / В. М. Быков ; под ред. А. Г. Филиппова, А. Ф. Волынского. – М. : Спартак, 1998. – 236 с.
8. Фурман Я. В. Основи методики розслідування контрабанди культурних цінностей : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Я. В. Фурман ; Київський національний університет внутрішніх справ. – К., 2009. – 235 с.
9. Макаренко С. І. Дізнання в міліції та в митних органах : [навчальний посібник] / С. І. Макаренко, В. М. Тертишник, Л. М. Лобойко та ін. – Дніпропетровськ : Ліра ЛТД, 2003. – 452 с.
10. Миньковский Г. М. Классификация преступников / Г. М. Миньковский // Криминология : [учебник] / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Маньковского. – М. : Изд-во Моск. гос. ун-та, 1994. – С. 110–112.
11. Колесниченко А. Н. Криминалистическая характеристика преступлений : [учебное пособие] / А. Н. Колесниченко, В. Е. Коновалова. – Х. : Харьк. юрид. ун-т, 1985. – 93 с.

Анотація

Фурман Я. В. **Особа злочинця як елемент криміналістичної характеристики контрабанди культурних цінностей.** – Стаття.

У статті розглянуто особу злочинця, яка займається контрабандою культурних цінностей. Основну увагу зосереджено на практичному застосуванні теоретичних засад вивчення особи злочинця, надано характеристику особи контрабандиста, наведено класифікацію контрабандистів.

Ключові слова: контрабанда культурних цінностей, контрабандист, криміналістична характеристика, особа злочинця, організована злочинна група, скупники антикваріату.

Аннотация

Фурман Я. В. **Личность преступника как элемент криминалистической характеристики контрабанды культурных ценностей.** – Статья.

В статье рассмотрено личность преступника, которая занимается контрабандой культурных ценностей. Основное внимание сосредоточено на практическом применении теоретических основ изучения личности преступника, охарактеризованы признаки контрабандиста, приведена классификация контрабандистов.

Ключевые слова: контрабанда культурных ценностей, контрабандист, криминалистическая характеристика, личность преступника, организованная преступная группа, скупщики антиквариата.

Summary

Furman Y. V. Person of the criminal element as criminological characteristics of smuggling of cultural property. – Article.

The article describes the identity of the perpetrator is engaged in smuggling of cultural property. It focuses on the practical application of the theoretical foundation of the study offender, the person described smuggler, a classification of the smugglers.

Key words: smuggling of cultural property, smuggler, criminological characteristics, individual criminals and organized criminal group, antiques buyers.

УДК 343.9:343.72:336

Г. М. Чернишов

ФІНАНСОВЕ ШАХРАЙСТВО ЯК ЗЛОЧИННА ДІЯЛЬНІСТЬ: МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Постановка проблеми. Концепція розгляду злочинності як певного виду людської діяльності не є новою в кримінології, однак не втрачає своєї актуальності. На сьогодні в науковій літературі активно обговорюється питання щодо доцільності використання цього підходу у вивченні та попередженні проявів кримінальної активності. У своїй більшості сучасні стратегії протидії та попередження злочинності будуються через призму розгляду останньої як абстрактної сукупності злочинів, яка є нічим іншим, як статистичним узагальненням зареєстрованих злочинів, тобто одиничних кримінальних вчинків, які (стратегії протидії та попередження злочинності) хоча й постійно критикуються з боку науковців, проте залишаються домінуючими в практичному використанні. У цьому сенсі використання діяльнісного підходу у вивченні злочинності та окремих її проявів, а також використання його в попереджувальній діяльності вбачається перспективним та прогресивним із причини якісного переосмислення проблеми злочинності.

Актуальність теми статті обумовлена тим, що в сучасних умовах злочинність не тільки в Україні, але й у світі має негативну тенденцію до зростання. Крім того, якісна зміна суспільних відносин, науково-практичний прогрес та інші глобалізаційні перетворення призводять до якісної зміни злочинності, до появи нових її форм, транснаціоналізації, розгортання організованої та професійної злочинності, поширення тероризму тощо. Злочинність проникає в усі сфери суспільного буття, стає чи не головною загрозою нормального існування та розвитку суспільства та людства в цілому. Величезні збитки, які завдаються державі, суб'єктам господарювання та звичайним громадянам унаслідок кримінальних порушень у сферах

© Г. М. Чернишов, 2013

економіки та фінансів, у тому числі проявами шахрайства, є результатом тінізації економіки, криміналізації системи фінансів. Крім того, фінансове шахрайство дестабілізує фінансову безпеку держави та бізнесу, підриває інвестиційну привабливість української економіки, банківську сферу тощо.

Є очевидним те, що дослідження фінансового шахрайства та інших проявів кримінальної активності постфактум у межах існуючих центральних категорій кримінального права та кримінології, якими є, відповідно, злочин як одиничний вчинок та злочинність як статистична сукупність цих одиничних злочинів (як би її не називали: явищем, феноменом тощо), без спроби сутнісного вивчення та аналізу злочинності, причин та мотивів злочинної діяльності тощо є лише абстрактною моделлю дослідження. Необхідність змістовного вивчення фінансового шахрайства, причин його поширення, механізмів реалізації із метою формування стратегії його попередження є актуальним питанням.

Метою статті є обґрунтування доцільності та перспективності використання діяльнісного підходу у вивченні та попередженні фінансового шахрайства. Крім того, у статті обґрунтовується авторське розуміння поняття «злочинна діяльність», яке на сьогодні не визначено чинним законодавством, не дивлячись на використання цієї категорії в кримінальному законі України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теорія діяльності не є суто кримінологічною. Категорія «діяльність» розглядається з позицій філософії, соціології, психології, економіки, права. У кримінологічному аспекті «діяльність» ставала предметом досліджень таких вчених, як А.І. Гуров, І.М. Даньшин, А.І. Долгова, В.М. Дрьомін, А.П. Закалюк, А.Ф. Зелінський, О.М. Костенко, О.В. Шеслер, Д.А. Шестаков та інші. У криміналістичній науці, у галузі теорії оперативно-розшукової діяльності злочинну діяльність розглядали Р.С. Бєлкін, С.В. Євдокименко, Н.С. Карпов, В.Я. Колдін, М.А. Погорецький, В.В. Тіщенко та інші.

Виклад основного матеріалу дослідження. Тлумачний словник надає визначення діяльності у двох аспектах: «1. Заняття, праця; 2. Робота якихось органів, а також сил природи» [1, с. 164].

Найбільш широко та комплексно діяльність розглядається у філософії, яку цікавлять всі сторони буття людини, її місце в суспільстві та у світі в цілому. Окремою галуззю філософського знання, яка вивчає діяльність, є праксеологія. У найбільш узагальненому виді під діяльністю у філософії розуміється «специфічна людська форма активного ставлення до навколишнього світу, зміст якого складає його доцільна зміна й перетворення. Діяльність людини передбачає певне протиставлення суб'єкта й об'єкта діяльності: людина протиставляє собі об'єкт діяльності як матеріал, який повинен отримати нову форму й властивості, перетворившись із матеріалу в продукт діяльності. Будь-яка діяльність включає в себе мету, засоби, результат і сам процес діяльності; невід'ємною характеристикою діяльності є її усвідомленість» [2, с. 633]. Як видно із цього визначення, окрім суто описової характеристики діяльності людини як певної системи дій, яка є домінуючою в літературі, філософів цікавить насамперед взаємозв'язок діяльності з потребами людини, визначення причин та ролі тієї або іншої діяльності. Таке розуміння діяльності вбачається доцільним та виправданим, адже людина існує не ізольовано,

не абстрактно сама по собі, а проявляє себе своїми діями, тобто існує в діяльності та пізнається через неї. Нерідко людину можна охарактеризувати шляхом аналізу проявів її діяльності (передусім трудової та професійної): лікар, юрист, бізнесмен, політик тощо.

У соціології поширеним є виділення такої суміжної категорії, як соціальна дія, під якою розуміється «спосіб розв'язання соціальних проблем і суперечностей, які ґрунтуються на зіткненні інтересів і потреб головних соціальних сил суспільства» [3, с. 195]. «Усю практичну діяльність людей можна розглядати як форму задоволення потреб, що виникли як відображення об'єктивних умов та усвідомлення реальних можливостей їх задоволення» [4, с. 121]. Соціальна дія й соціальна діяльність у соціології співвідносяться як частина та ціле.

Теорія діяльності активно розроблялася в працях радянських психологів, зокрема Л.С. Виготського, О.М. Леонтьєва, С.Л. Рубінштейна та ін. Базовою тезою цієї теорії виступає принцип єдності свідомості та діяльності та позиція, згідно з якою діяльність визначає свідомість, а не навпаки [5; 6].

Категорія «діяльність» використовується також і в юриспруденції. Зокрема, такі поняття, як трудова діяльність, господарська та підприємницька діяльність, правоохоронна діяльність, правотворча діяльність, протиправна діяльність тощо, є широко вживаними не тільки в правовій літературі, але й у повсякденному житті. Спроба чітко відповісти на питання та правильно зрозуміти, що таке діяльність, через визначення конкретних її видів здається не такою простою.

Наприклад, Господарський кодекс України, розкриваючи основні категорії господарського права, визначає, зокрема, господарську *діяльність* як *діяльність* суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3); а підприємницьку *діяльність* – як господарську комерційну *діяльність*, тобто самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та отримання прибутку (курсив – *Г.Ч.*) [7]. Подібних прикладів тільки з господарського законодавства можна навести ще багато (наприклад, визначення зовнішньоекономічної діяльності, аудиторської діяльності тощо). Не вдаючись до оцінки якості юридичної техніки складання текстів законів, зазначимо, що визначення якогось конкретного виду діяльності як *«діяльність у якійсь сфері»* (з наведених прикладів: діяльність – це діяльність…) нічого не змінює та не відповідає на питання про сутність останньої.

Діяльність як сукупність практичних дій громадян визначається в Законі України «Про інвестиційну діяльність», згідно з положеннями якого інвестиційною діяльністю є сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій [8].

Що стосується поняття злочинної діяльності, то воно залишається нормативно невизначеним, не дивлячись на те, що саме формулювання «злочинна діяльність» неодноразово в різних контекстах використовується в Кримінальному кодексі України (далі – КК України): як назва конкретного складу злочину (наприклад,

ст. 304 КК України «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність») та в описі конкретних статей кодексу (наприклад, у ст. 27 КК України під час розкриття видів співучасників злочину). До того ж у низці статей кодексу використовується термін «діяльність» без означення «злочинна» (ст. ст. 143, 181 тощо) [9; 10, с. 144].

Таким чином, визначення поняття злочинної діяльності є не тільки теоретично, а й практично важливим, адже наявність у положеннях кримінального закону, який є єдиним джерелом кримінального права, невизначених та/або оціночних категорій зумовлює термінологічну плутанину та знижує ефективність правозастосовної діяльності. Слід зазначити, що кримінологія, як і наука кримінального права, не позбавлена дискусійності та суперечностей у формулюванні та визначенні тих або інших понять та категорій, а категоріальний апарат цих наук при цьому не позбавлений формалізму та абстрактності. Однак нормативно визначені категорії повинні бути логічно побудованими та недвозначними в розумінні. Це стосується й злочинів у сфері економіки та фінансів. Зокрема, Н.О. Лопашенко наголошує на необхідності легального трактування оціночних понять у законодавчих формулюваннях злочинів у сфері економічної діяльності [11, с. 38].

На необхідність закріплення в КК України визначення злочинної діяльності вказував академік А.П. Закалюк. Він пропонував доповнити поняття злочину (ч. 1 ст. 11 КК України) вказівкою на форми, у яких суспільно небезпечне діяння вчиняється суб'єктом злочину: у формі злочинного вчинку або злочинної діяльності. Різниця між ними полягає в тому, що «злочинним вчинком є одноразове винне суспільно небезпечне явище, а злочинна діяльність – це система окремо мотивованих цілеспрямованих неодночасних злочинних, інших протиправних і непротиправних діянь суб'єктів злочину та інших суб'єктів, причетних до нього, вчинених із прямим умислом, підкорених спільному мотиву та єдиній меті забезпечення умов здійснення й підтримання цієї діяльності, її подальшого розвитку» [12, с. 155]. Як постає із цього визначення, основна відмінність між двома запропонованими поняттями полягає в тому, що злочинна діяльність, на відміну від злочинного вчинку, виступає як сукупність, система одиничних злочинних, інших протиправних і непротиправних діянь, вчинених із прямим умислом.

Професор А.Ф. Зелінський вказував на психологічні аспекти злочинної діяльності: «Злочинна діяльність – це система передбачених кримінальним законом діянь і тісно пов'язаних із ними інших предкримінальних і посткримінальних дій, психологічно детермінованих загальним мотивом, реалізація якого планується суб'єктом за допомогою постановки й досягнення окремих, проміжних цілей. Злочинна діяльність здійснюється не ізольовано від легальних видів діяльності» [13, с. 96]. Злочинна діяльність – «це особливий різновид людської діяльності. Їй притаманні всі її загальні соціально-психологічні властивості» [14, с. 178].

Професор В.М. Дрьомін акцентує увагу на соціальному змісті злочинної діяльності, яку пропонує розуміти як кримінальну соціальну практику. Як вказує автор, «основною формою людської активності є практична діяльність, спрямована на задоволення різноманітних потреб. В умовах різкого загострення кримінальної ситуації у світі з'являється потреба в дослідженнях феномена злочинності в контексті багатофункціональної діяльності людини» [15, с. 255]. Практика – це і є ді-

яльність. Достатньо переглянути назви статей Кримінального кодексу Украйни й опис об'єктивної сторони злочинів, щоб зрозуміти, що злочинні діяння – це «саме життя, практична діяльність людей з одною лише важливою відмінністю: вона реально існує (що підтверджується судовою статистикою), проте заборонена кримінальним законом» [16, с. 308]. Деструктивна соціальна активність людей може виявлятися в індивідуальній або колективній злочинній діяльності [17, с. 534].

Професор А.І. Долгова зазначає, що «термін «злочинна діяльність», на відміну від «злочинної поведінки», в особистісному аспекті відображає не тільки наявність системи певних злочинних діянь, а й цілеспрямований пошук особистістю соціальних позицій, умов для реалізації злочинних задумів, розвиток у процесі самовиховання якостей, важливих саме для цієї злочинної діяльності. Під час аналізу діяльності особистості важливо з'ясовувати, зокрема, чи «являє собою злочинне діяння ізольований акт або воно – ланка в ланцюзі певної системи вчинків і якої саме системи» [18, с. 289].

У кримінології існують й інші дослідження кримінальної активності з використанням діяльнісного підходу. Так, доцент Т.В. Мельничук у контексті категорії «злочинна діяльність» розкриває поняття та сутність організованої злочинності в зовнішньоекономічній сфері [19, с. 31–46].

У криміналістиці розгляду злочинної діяльності також присвячено чимало робіт. Зокрема, професор В.В. Тіщенко зазначає: «Злочинна діяльність із позицій криміналістики являє собою заздалегідь сплановану й реалізовану систему дій особи (або організованої групи осіб) із підготовки, вчинення та приховання злочинів, а також дій, спрямованих на ухилення від кримінальної відповідальності, досягнення поставлених злочинних результатів» [20, с. 8]. Він вказує, що діяльнісний підхід у вивченні пізнаваних об'єктів характеризується у філософії й психології як найважливіший методологічний принцип, а проблеми діяльності все більше набувають міждисциплінарного, комплексного характеру, причому діяльність розглядається і як об'єкт дослідження, і як пояснювальний принцип. Вчений також звертає увагу на доцільність вивчення механізму злочинної діяльності за певними категоріями злочинів, типами злочинців, їхньою кримінальною поведінкою, формами їхніх об'єднань, а також засобами, які використовуються для створення умов для безпечного й продуктивного функціонування таких об'єднань [21, с. 144].

М.О. Подольний та Ю.В. Шляпніков наводять невичерпний перелік ознак для розмежування злочину та злочинної діяльності:

1) тривалість у часі (злочинна діяльність займає значні проміжки часу, є кримінальним процесом);

2) злочинна діяльність складається із системи дій, при цьому не завжди всі з них є злочинними;

3) ступінь усвідомленості (злочинна діяльність завжди свідома);

4) для злочинної діяльності не є характерним сильний емоційний фон;

5) висока технологічність злочинної діяльності (тобто вона є складним механізмом дій) тощо [22, с. 41–42].

Ці ознаки стосуються й фінансового шахрайства. Наприклад, для вчинення фінансового шахрайства у сфері будівництва об'єктів нерухомого майна шляхом залу-

чення коштів приватних інвесторів необхідно вчинити комплекс як легальних, так і протиправних дій задля задоволення злочинних намірів: від отримання дозволу на будівництво та реєстрації фонду фінансування до безпосереднього привласнення отриманих коштів тощо. Способи вчинення фінансового шахрайства є інтелектуально продуманою системою дій, які характеризуються складним механізмом та візуальною легальністю. Так, можуть створюватися фіктивні підприємства, підроблятися необхідна документація, проводитися широка реклама діяльності фірми тощо. Такі злочини не є одноактними діями, одномоментними вчинками, а є злочинною діяльністю.

На нашу думку, злочинну діяльність можна розглядати на двох рівнях: на макрорівні, під якою ми пропонуємо розуміти злочинну діяльність на рівні суспільства або його значної частки (соціальні практики), та індивідуальному рівні – на рівні поведінки окремих осіб. У цьому аспекті В.М. Дрьомін слушно зауважує, що «потрібно розмежовувати психологічний зміст поняття діяльність, що використовується під час аналізу поведінки конкретного індивіда, і соціальний зміст діяльності, що розуміється як соціальна практика» [23, с. 91]. Злочинність є різновидом предметної діяльності, що здійснюється в системі інших видів соціальної активності [24, с. 64]. Тобто, розглядаючи фінансове шахрайство як злочинну діяльність, ми фокусуємо свою увагу насамперед на соціальних та психологічних компонентах його змісту, що дозволяє наблизитися до розуміння самої природи та сутності цього явища, а не на зовнішніх об'єктивних формах його вираження. Як і будь-яка практична діяльність, злочинна діяльність направлена на задоволення певних потреб людини. Фінансове шахрайство має корисливий характер, а отже, направлене на задоволення матеріальних потреб злочинців.

На відміну від цього підходу, розгляд фінансового шахрайства через призму таких категорій кримінального права, як діяння (дія або бездіяльність), та визначення дії доктриною кримінального права як «активного тілоруху (активної поведінки) людини» [25, с. 226] фактично є формальним, адже в реальній дійсності, на нашу думку, такий підхід не дозволяє розкрити сутність кримінальних проявів.

Невірним, вважаємо, є твердження, що злочинна діяльність відрізняється від злочину передусім складним механізмом вчинення дій, тобто є певним злочинним процесом. Адже в цьому аспекті ми можемо дослідити лише ступінь організованості вчинення злочину.

Ми приєднуємося до думки вчених, які основними рисами злочинної діяльності називають те, що вона є умисною, усвідомленою, мотивованою системою дій, вчинків тощо. Саме ці ознаки дозволяють розмежувати злочин та злочинну діяльність як родове та видове поняття, відповідно.

Таким чином, злочинна діяльність – це деструктивна протиправна активність людини, яка виражається в здійснені нею усвідомлених, мотивованих, об'єднаних спільним мотивом дій, як легальних, так і нелегальних, задля задоволення певних потреб, досягнення поставленої мети. Тобто злочинна діяльність завжди є умисною та мотивованою. Одиничний у кримінально-правовому розумінні злочин може бути злочинною діяльністю, якщо йому притаманні ознаки, зазначені вище.

Як справедливо зазначає Г.З. Моісеєнко, злочинна діяльність, як і соціально-корисні види діяльності, не існує як така в чистому вигляді. «Вона існує лише

у свідомості як відображення певних сторін і зв'язків явищ та об'єктивується в понятті. Однак злочинна діяльність – це не лише абстракція, певний спосіб бачення явищ дійсності, вона являє собою реальне соціальне явище, яке проявляється не інакше, як у формі дії (бездіяльності) або ланцюга дій. Злочинна діяльність – центральне, вихідне поняття кримінального права та кримінології. У цьому понятті значною мірою узагальнено те особливе, що досліджується цими науками. Так, воно акумулює в собі ті істотні моменти, які характеризують такі поняття, як злочин, мотив, мета злочину, особистість злочинця й деякі інші» [26, с. 475].

Висновки. Використання діяльнісного підходу під час дослідження фінансового шахрайства є обґрунтованим, адже він передбачає системність дослідження проявів кримінальної активності, переносить акцент із «діяння», яке вивчається постфактум, на соціальну обумовленість, мотивацію, потреби, причини, які лежать в основі вчинення тих чи інших кримінальних правопорушень. Діяльнісний підхід розширяє методологічні основи пізнання злочинності та розробки заходів її попередження.

Література

1. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С.И. Ожегов, Ю.Ю. Шведова ; Институт русского языка имени В.В. Виноградова. – 4-е изд., дополненное. – М. : ООО «ИТИ Технологии», 2003. – 944 с.
2. Новая философская энциклопедия : в 4 т. / научно-ред. совет : В.С. Степин, А.А. Гусейнов, Г.Ю. Семигин, А.П. Огурцов. – М. : Мысль, 2000– . – Т. 1. – 2000. – 721 с.
3. Вербець В.В. Соціологія : [навчальний посібник] / В.В. Вербець, О.А. Субот, Т.А. Христюк. – К. : Кондор, 2009. – 550 с.
4. Соціологія : [підручник] / [М.П. Требін, В.Д. Воднік, Г.П. Клімова та ін.] ; за ред. М.П. Требіна. – Х. : Право, 2010. – 224 с.
5. Леонтьев А.Н. Деятельность. Сознание. Личность / А.Н. Леонтьев. – М. : Смысл ; Издательский центр «Академия», 2005. – 352 с.
6. Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии / С.Л. Рубинштейн. – СПб. : Питер, 2000. – 712 с.
7. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 21–22. – Ст. 144.
8. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.
9. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25. – Ст. 131.
10. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. / А.П. Закалюк. – К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2007– . – Кн. 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – 2007. – 424 с.
11. Лопашенко Н.А. Ещё раз об оценочных категориях в законодательных формулировках преступлений в сфере экономической деятельности / Н.А. Лопашенко // Уголовное право. – 2002. – № 3. – С. 37– 39.
12. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. / А.П. Закалюк. – К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2007– . – Кн. 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – 2007. – 424 с.
13. Зелинский А.Ф. Криминальная психология / А.Ф. Зелинский. – К. : Юринком Интер, 1999. – 240 с.
14. Зелинский А.Ф. Криминология : [учебное пособие] / А.Ф. Зелинский. – Х. : Рубикон, 2000. – 240 с.
15. Дремин В.Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность / В.Н. Дремин // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – О. : Юридична література, 2006. – Т. 5. – С. 251–266.
16. Дрьомін В.М. Кримінологічна праксеологія як предмет кримінології / В.М. Дрьомін. // Правове життя сучасної України : матер. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (м. Одеса, 20–21 квітня

2012 р.). / відп. за випуск В.М. Дрьомін ; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – О. : Фенікс, 2012. – Т. 2. – С. 307–310.
17. Дремин В.Н. Теоретические основы концепции преступной деятельности в криминологии // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць / редкол. : С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В.М. Дрьомін. – О. : Юридична література, 2012. – Вип. 65. – С. 527–539.
18. Долгова А.И. Преступность, её организованность и криминальное общество / А.И. Долгова. – М. : Российская криминологическая ассоциация. – 2003. – 572 с.
19. Мельничук Т.В. Організовані форми злочинної діяльності у зовнішньоекономічній сфері : [монографія] / Т.В. Мельничук. – О. : Фенікс, 2010. – 246 с.
20. Тіщенко В.В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : [монографія] / В.В. Тіщенко // Одеська національна юридична академія. – О. : Фенікс, 2007. – 260 с.
21. Тіщенко В.В. Злочинна діяльність як об'єкт криміналістики / В.В. Тіщенко // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць / редкол. : С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. – О. : Юридична література, 2006. – Вип. 27. – С. 139–145.
22. Подольный Н.А. Значение категории «преступная деятельность» для расследования незаконного предпринимательства / Н.А. Подольный, Ю.В. Шляпников // Следователь. – 2008. – № 2. – С. 39–48.
23. Дремин В.Н. Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества : [монография] / В.Н. Дремин. – О. : Юридическая литература, 2009. – 616 с.
24. Дремин В.Н. О некоторых философских проблемах современной криминологии / В.Н. Дремин // Актуальные проблемы криминологии и криминальной психологии : сборник научных статей / под ред. М.Ф. Орзиха, В.Н. Дремина. – О. : Фенікс, 2007. – С. 53–67.
25. Курс уголовного права. Общая часть : в 2-х т. / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М., 2002– . – Т. 1 : Учение о преступлении. – 2002. – 624 с.
26. Моисеенко Г.З. «Преступная деятельность» как уголовно-правовая и криминологическая категория / Г.З. Моисеенко // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць / гол. ред. С.В. Ківалов. – О. : Юридична література, 2001. – Вип. 11. – С. 473–478.

Анотація

Чернишов Г. М. **Фінансове шахрайство як злочинна діяльність: методологічні проблеми дослідження.** – Стаття.

У статті аналізується фінансове шахрайство як злочинна діяльність. Обґрунтовується доцільність використання діяльнісного підходу в дослідженні проявів злочинності в цілому та фінансового шахрайства зокрема, а також у практиці попередження злочинів. Надається авторське розуміння поняття «злочинна діяльність».

Ключові слова: діяльність, злочинна діяльність, фінансове шахрайство, попередження злочинності.

Аннотация

Чернышёв Г. М. **Финансовое мошенничество как преступная деятельность: методологические проблемы исследования.** – Статья.

В статье рассматривается финансовое мошенничество как преступная деятельность. Обосновывается целесообразность использования деятельностного подхода в исследовании проявлений преступности в целом и финансового мошенничества в частности, а также в практике предупреждения преступлений. Предоставляется авторское понимание понятия «преступная деятельность».

Ключевые слова: деятельность, преступная деятельность, финансовое мошенничество, предупреждение преступности.

Summary

Chernyshov G. M. **Financial fraud as the criminal activity: methodological research problems.** – Article.

This article deals with financial fraud as criminal activity. Expediency of activity approach in research of criminal activity in a whole and financial fraud in particular, in the practice of crime prevention was substantiated. Author presents his understanding of the term "criminal activity".

Key words: activity, criminal activity, financial fraud, crime prevention.

УДК 340.15(470).18:343.622

Ю. С. Бондаровер

УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ДЕТОУБИЙСТВЕ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XIX ВЕКА (ГЕДЕРНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Постановка проблемы. Статья 117 Уголовного кодекса Украины предусматривает уголовную ответственность за умышленное убийство матерью своего новорожденного ребенка. Из положения указанной нормы становится понятно, что ответственность за это преступление несет женщина, так как субъектом преступления может быть только мать пострадавшего ребенка [1]. Причины совершения такого преступления могут быть разными: психическое состояние, материальные нужды и многое другое. В современный период со стороны законодателя прослеживается явное расширение принципа гуманизма, вследствие чего статья 117 Уголовного кодекса Украины является привилегированным составом убийства, максимальное наказание за которое предусматривает 5 лет лишения свободы.

Однако уже в 1845 году законодатель выделял это преступление как привилегированный состав убийства.

Возможно, именно нормативные акты второй половины XIX века стали основными источниками формирования современного законодательства. Тогда возникает вопрос о том, как это преступление трактовалось законодательством того времени. Можно ли было назвать эту преступность только женской? Кто был субъектом преступления, и что именно побуждало женщин к совершению преступления (социальные факторы, моральная деградация, женская дискриминация, специфическое отношение к ней в обществе и тому подобное)?

Учитывая изложенное, данная тема является актуальной.

Состояние исследования. Специальные исследования проблем детоубийства рассматриваются в работах отечественных и зарубежных ученых, таких как Л.И. Глухарева, Л.И. Тимина, Г. Шарипова, А.К. Звирбуль, Е.Н. Тарновский, Н.Л. Зеланд, И.Я. Фойницкий, А. Эттинген, Н.С. Таганцев, Н.А. Соловьева, Я.К. Орович, М.Н. Гернет и многие другие.

Сейчас в Украине наиболее полным уголовно-правовым исследованием убийства матерью новорожденного ребенка является работа А.Л. Старко.

Однако комплексного исследования требуют вопросы об определении преступления детоубийства с гендерной точки зрения.

Учитывая это, **целью исследования** является рассмотрение проблемных вопросов относительно причин совершения убийства матерью новорожденного ребенка, ответственности за это преступление; определение ответа на вопрос, кем является мужчина в этом преступлении (субъектом или первопричиной, побуждающей женщину к совершению убийства своего ребенка); установление отношения законодателя Российской империи во второй половине XIX века к этому виду преступления.

Изложение основного материала. На сегодняшний день актуальным является призыв Н.С. Таганцева – ученого, который занимался уголовным правом: «Требует серьезного внимания изучение причин, порождающих это зло, и орудий борьбы с ним» [2].

© Ю. С. Бондаровер, 2013

Всецелое возлагание обществом на женщину ответственности за появление внебрачных детей привело к тому, что убийцами внебрачных детей в Российской империи, а после и в России стали именно женщины. По словам М.Н. Гернета, который первым попытался проанализировать социальные причины инфантицида в старой России, детоубийство было следствием «общего приниженного положения женщины, низводящего ее на степень самки», «бедности» и «взгляда общества на внебрачные рождения» [3].

В 1845 году было принято Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (далее – Уложение), которое смягчало меру ответственности для матерей-детоубийц, если инфантицид имел место сразу после рождения ребенка и причиной его были «чувства стыда и позора», овладевшие молодой незамужней матерью.

В 1885 году было принято очередное Уложение, в котором вопрос о детоубийстве рассматривался более подробно, дифференцировался. Статья 1451 Уложения предусматривала за убийство новорожденного ребенка его матерью наказание в качестве 10–12 лет каторги или 4–6 лет тюремного заключения. Однако если удалось доказать, что женщина оставила новорожденного без помощи «от стыда или страха», в результате чего он умер, то согласно статье 1460 ей грозило тюремное заключение сроком от 1,5 до 2,5 лет.

В 1903 году был разработан последний в истории царской России уголовный кодекс (Уголовное уложение 1903 года), который также затрагивал проблему детоубийства. На этот раз инфантицид уже не рассматривался как убийство ребенка незамужней женщины, а речь шла об убийстве ребенка, рожденного вне брака. Тем самым произошло некоторое переопределение жертвы инфантицида, однако в роли субъекта преступления продолжала фигурировать женщина. Наказание для нее в этом кодексе было мягче, чем в Уложении 1885 года. Ссылка на каторгу заменялась заключением в тюрьму или в смирительный дом на срок от 1,5 до 6 лет.

Но все же впервые убийство матерью своего новорожденного ребенка стало рассматриваться как привилегированное преступление именно в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года (пункт 1 части 2 статьи 1451). Законодатель мотивировал такое решение так: «Положение виновной в этом преступлении не обыкновенное, и она, терзаемая стыдом, страхом, угрызениями совести и изнуренная телесными страданиями, почти лишается рассудка, следовательно, покушается на ужасное преступление без ясного об этом перед собой сознания». За совершение этого преступления в соответствии с санкцией статьи полагалось тюремное заключения сроком на 2 года либо ссылка на поселение (статья 1460) [4]. Действие этой нормы распространялось только на случаи, когда мать лишала жизни своего ребенка, являющегося по своему статусу «незаконнорожденным». Если же мать убивала своего законнорожденного ребенка, следовало более строгое наказание. Как видно, в то время законодатель более снисходительно относился к матерям-убийцам своих незаконнорожденных детей. Это можно объяснить стремлением государства упорядочить половую жизнь в обществе, ввести ее в определенные моральные и нравственные рамки. Женщины, родившие внебрачных детей, подвергались общественному осуждению и позору. Также такое расхождение объясняется наличием узаконенного института незаконнорожденных детей и влиянием его на общественное мнение [5].

В статье 1933 Уложения 1845 года указано, что беременная женщина, принимающая любые средства для изгнания плода по собственному произволу или с согласия другого лица, подлежит лишению всех прав и состояния, ссылке в Сибирь на поселение, если она по закону не освобождается от телесных наказаний, и наказанию плетьми через палачей в мере, определенной статьей 22 этого Уложения для второй степени наказаний такого рода. В статье 1934 речь идет о повышении наказания, определенного в предыдущей норме, на одну степень, если доказано, что подсудимая и раньше уже была виновной в таком преступлении [6]. Тут можем отметить, что женщину мог подтолкнуть на изгнание плода мужчина. В таком случае мужчина являлся соучастником преступления, однако ответственность возлагалась исключительно на женщину. Современный Уголовный кодекс Украины содержит норму, в которой соучастник преступления тоже подлежит уголовной ответственности (в зависимости от обстоятельств) согласно положениям соответствующей статьи. Исходя из указанного примера, можем называть детоубийство не только женской преступностью.

Мнения о причинах, побуждающих женщин на это преступление, разные. Западные ученые считали причиной совершения женщинами такого преступления слабости женской натуры, которая является податливой перед напором житейских трудностей и влиянием грубого социального окружения. Как и их западные коллеги, российские специалисты были едины в том, чтобы рассматривать женщин, совершивших убийство ребенка, как жертв чудовищных обстоятельств и как существ, недостаточно развитых, чтобы справляться с серьезными испытаниями, пользуясь силой рассудка.

В статье 1469 Уложения 1845 года также устанавливалась уголовная ответственность за убийство «младенца чудовищного вида или даже не имеющего человеческого образа» [7]. Виновный приговаривался к лишению всех прав и преимуществ и к ссылке в Сибирь либо к отдаче в исправительные арестантские роты. В таком случае законодатель, скорее всего, под виновным понимал как женщину, так и мужчину.

В XIX веке научные достижения медицины стали свидетельствовать о том, что у матери-роженицы появляется в психике особое потрясение, вызванное родовыми муками. Это обстоятельство подтверждало снисходительное отношение к детоубийце [8, с. 30].

Детоубийство – одно из тех преступлений, которые в различные эпохи расценивались по-разному. Это происходило в связи с противоречиями во взглядах на значение и общественную опасность этого преступления на различных этапах развития общества.

Так, например, в общем количестве осужденных в судебных местах в Российской империи за 1876–1885 годы было 98,5% женщин, осужденных за детоубийство и изгнание плода. По мнению правоведа Я.К. Орович, виною тому были невыгодные условия общественного положения женщины, при которых вся вина незаконной половой связи падает на женщину [9, с. 326].

М.Н. Гернет приводит статистику, отражающую число женщин, обвиняемых, оправданных и осужденных за детоубийство в 1897–1906 годы. Количество осужденных за детоубийство женщин в конце XIX – XX веке не превышало ежегодно 100 человек и преимущественно сокращалось. Однако необходимо иметь в виду следующее: в Российской империи в это время действовал суд присяжных, который в большинстве случаев оправдывал женщин за детоубийство. При этом

за детоубийство на 70 осужденных мужчин приходилось 3 940 женщин. Такую огромную разницу М.Н. Гернет объяснял не особенностями физиологического строения женщины, не какой-либо особой «добротой» мужчины к детям, а теми обстоятельствами, в которые может быть поставлена женщина в случае рождения внебрачного ребенка. Ведь чаще всего детоубийства совершались именно в такой ситуации. М.Н. Гернет замечал по этому поводу следующее: «Как было бы ошибочно объяснить незначительное участие мужчины в совершении этого преступления его особой жалостью к новорожденным, так было бы неверно предполагать, что причиной детоубийства является жестокость женщины. Наблюдения показывают, что детоубийцами являются девушки – матери, а это обстоятельство дает все основания утверждать, что детоубийство имеет главной причиной известные взгляды современного общества на внебрачное рождение» [10].

Каким бы противоестественным не казалось это деяние с первого взгляда, оно на самом деле в большинстве случаев не оказывается таким, что признает профессор А. Эттинген. За исключением тех действительно ужасных, но, к счастью, сравнительно редких случаев, где младенцы изводятся нравственными уродами. Часто же бывает так, что девушки отдаются ухажерам, веря в их обещание жениться, а потом их оставляют на произвол судьбы. С другой стороны, суровость общественного мнения достигает такой паталогической высоты в случаях полового греха женщины, что после этого одностороннего падения у нее уже не признают никакого нравственного достоинства; тогда можно понять то состояние отчаяния, в которое впадает неопытная женская душа под совместным давлением стыда, одиночества, нищеты и послеродового недомогания. Последнее требует особенного внимания, а также состояние скоротечного умопомешательства, которое нередко предшествует и следует за убийством матерью новорожденного. А насколько верен снисходительный взгляд на детоубийство этого рода, снова подтверждается поведением подобных женщин в дальнейшем. Недаром сам А. Эттинген заявляет, что не в одной Сибири замечено, какими порядочными и достойными служанками оказываются потом эти детоубийцы. Можно ли после всего этого утверждать, что детоубийство сравнивает преступность обоих полов, несмотря на огромный перевес мужчин-убийц [11, с. 15].

Выводы. Проанализировав нормы законодательства Российской империи второй половины XIX века, а также статистические данные, можем утверждать, что в преступлениях против жизни детей, законнорожденных и незаконнорожденных, женская преступность преобладает над мужской. Хотя не все нормы законодательных актов второй половины XIX века являются гендерно справедливыми. Женщина во многих случаях могла совершать преступление под влиянием мужчины, за что несла уголовную ответственность. Также следуют отметить, что женщина принимала участие в домашней сфере жизни не в одинаковой степени с мужчиной. Даже беременность, роды и кормление грудью, особенно при неблагоприятных условиях, влекли за собой временное истощение нервной системы и способствовали нарушению психики.

Н.Л. Зеланд указывает: «Женщине из народа тем труднее бывает выносить болезненное состояние, что она при нем не избавляется от исполнения обязанностей матери,

хозяйки, стряпки, производительности продуктов для продажи...» [12, с. 9–10]. На женщин из простонародья обрушивался специальный род испытаний в виде пьянства и насилия мужа или отца, в случае отбывания мужем военной службы она несла всю тяжесть быта на своих плечах, страдая от бедности и одиночества. Замкнутая и разнообразная жизнь, суровость общественного мнения, нищета, давление стыда, послеродовое недомогание, которое было связано с низким уровнем медицины и недостатком врачебной помощи в то время, и прочее – все эти неблагоприятные факторы могли побуждать женщин к совершению такого преступления. И.Я. Фойницкий отмечал: «Все подобные состояния могут, при известном стечении неблагоприятных внешних воздействий, повести к преступлениям, которые нередко бывают делом минутного порыва. Именно у женщин преобладают порыв и увлечение в преступлениях, на что указывает, с одной стороны, преобладание у них преступлений против жизни над преступлениями против имущества» [13, с. 9]. Без сомнений, этот вопрос является очень спорным и требует пристального внимания. Например, в грабежах, насилиях, в государственных преступлениях количество женщин-преступниц далеко не достигало количества мужчин, совершающих противоправные действия. Возможно, меньший показатель общей преступности женщины объясняется лучшим состоянием женской нравственности.

Литература

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 року № 2341-III [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1214905443606898.
2. Таганцев Н.С. О детоубийстве: опыт комментария ч. 2 ст. 1415 и ч. 1 ч. ст. 1460 Уложения / Н.С. Таганцев // Журнал Министерства юстиции. – СПб., 1868. – Т. 36. – С. 260.
3. Гернет М.Н. Детоубийство / М.Н. Гернет // Энциклопедический словарь : в 58 т. / редкол. : В.Я. Железнов, М.М. Ковалевский, С.А. Муромцев, К.А. Тимирязев и др. – 7-е изд. – СПб. : Изд. Товарищества Братьев А. и Н. Гранат и К., 1910–1948. – Т. 19. – 1910. – С. 303–313.
4. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года // Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. / под ред. О.И. Чистякова. – М. : Юридическая литература, 1984–1994. – Т. 6. – 1988. – С. 320–416.
5. Михель Д.В. Общество перед проблемой инфантицида / Д.В. Михель // Журнал исследований социальной политики [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.jsps.ru/upload/iblock/93e/mihelq._obsestvo_pered_problemoj_infanticida.pdf.
6. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года // Российское законодательство X – XX веков : в 9 т. / под ред. О.И. Чистякова. – М. : Юридическая литература, 1984–1994. – Т. 6. – 1988. – С. 320–416.
7. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года // Российское законодательство X – XX веков : в 9 т. / под ред. О.И. Чистякова. – М. : Юридическая литература, 1984–1994. – Т. 6. – 1988. – С. 320–416.
8. Таганцев Н.С. О преступлениях против жизни по русскому праву : в 2 т. / Н.С. Таганцев. – СПб. : Тип. А.М. Котомина, 1870–1871. – Т. 2. – 1871. – 524 с.
9. Орович Я.К. Женщина в праве (с приложением всех постановлений действующего законодательства, относящихся к лицам женского пола) / Я.К. Орович. – СПб. : Центральная типография М.Я. Минкова, 1895. – 332 с.
10. Мурзина Л.И. Генезис уголовной ответственности за детоубийство / Л.И. Мурзина // Известия Пензенского государственного педагогического университета. Серия «Общественные науки». – 2008. – № 7. – С. 101–104.
11. Зеланд Н.Л. Женская преступность / Н.Л. Зеланд. – СПб. : Типография А.А. Пороховщикова, 1899. – 389 с.
12. Зеланд Н.Л. Женская преступность / Н.Л. Зеланд. – СПб. : Типография А.А. Пороховщикова, 1899. – 389 с.
13. Зеланд Н.Л. Женская преступность / Н.Л. Зеланд. – СПб. : Типография А.А. Пороховщикова, 1899. – 389 с.

Аннотация

Бондаровер Ю. С. **Уголовное законодательство о детоубийстве в Российской империи второй половины XIX века (гендерно-правовой аспект).** – Статья.

В статье характеризуется уголовное законодательство Российской империи второй половины XIX века в сфере детоубийства. Исследован гендерно-правовой аспект преступления о детоубийстве и высказаны соответствующие комментарии.

Ключевые слова: уголовное законодательство, уголовная ответственность, инфантицид, гендер, женская преступность.

Анотація

Бондаровер Ю. С. **Кримінальне законодавство про дітовбивство в Російській імперії другої половини XIX століття (гендерно-правовий аспект).** – Стаття.

У статті характеризується кримінальне законодавство Російської імперії другої половини XIX століття у сфері дітовбивства. Досліджено гендерно-правовий аспект злочину про дітовбивство та висловлено відповідні коментарі.

Ключові слова: кримінальне законодавство, кримінальна відповідальність, інфантицид, гендер, жіноча злочинність.

Summary

Bondarover Y. S. **Criminal law infanticide in the Russian empire of the second half of the XIX century (gender-legal aspect).** – Article.

The article characterized the criminal law of the Russian empire of the second half of the XIX century in infanticide. Investigated gender-related aspects of the crime of infanticide and expressed those comments.

Key words: criminal law, criminal responsibility, infanticide, gender, female crime.

УДК 343.12:347.4:316.48(477+470).001.36

М. И. Витязь

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СОГЛАШЕНИЙ О ПРИЗНАНИИ ВИНОВНОСТИ В УКРАИНЕ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Постановка проблемы. Анализ особых порядков уголовного производства в Украине все больше привлекает внимание специалистов. Однако в Украине этот институт является новым и неопробованным, что детерминирует обращение к опыту государств, в которых практика использования соглашения о признании виновности значительно больше.

Анализ последних исследований. Отдельным аспектам соглашения о признании виновности посвящены публикации В.Д. Берназа, С.С. Мирошниченка, А.Г. Наджафова, П.В. Пушкара, Г.П. Середы и других исследователей. В Украине стали популярными работы российских ученых по этой проблематике, в частности Л.В. Головка, Н.П. Дубовик, Х.У. Рустамова и других. При этом обращает на себя внимание отсутствие публикаций сравнительно-правового характера, а также посвященных уголовно-правовым аспектам проблемы, а именно: целесообразности установления уголовной ответственности за нарушение порядка осуществления особых порядков уголовного производства; формам такой ответственности и так далее. Во многом это объясняется отсутствием прямых уголовно-правовых запретов подобного рода в Российской Федерации (далее – РФ) и их новизной в Украине (ст. 389-1 «Умышленное

© М. И. Витязь, 2013

неисполнение соглашения о примирении или о признании виновности» включена в Уголовный кодекс Украины в апреле 2012 г).

Целью статьи является теоретическое осмысление уголовно-процессуального и уголовного законодательства Украины в сфере соглашений о признании виновности и уголовной ответственности за нарушение таких соглашений.

Изложение основного материала. При первом же взгляде на законодательство РФ и Украины видны концептуальные различия в подходах к анализируемым процессуальным институтам. В ч. 1 ст. 314 Уголовно-процессуального кодекса РФ закреплено: «Обвиняемый вправе при наличии согласия государственного или частного обвинителя и потерпевшего заявить о согласии с предъявленным ему обвинением и ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства <...>». В ч. 1 ст. 317.1 Уголовно-процессуального кодекса РФ предусмотрено: «Ходатайство о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве подается подозреваемым или обвиняемым в письменном виде на имя прокурора». То есть право инициации особых порядков принятия судебных решений предоставлено исключительно подозреваемому (обвиняемому), что является существенным отличием от украинской модели.

Украинское уголовное процессуальное законодательство в подобных случаях оперирует понятием «соглашение», что само по себе указывает на более значительную долю диспозитивности. При этом следует обратить внимание, что в соответствии со ст. 469 Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины) инициировать заключение уголовно-процессуальных соглашений может практически любая сторона процесса. Так, соглашение о признании виновности может быть заключено по инициативе прокурора, подозреваемого или обвиняемого, что прямо закреплено в ч. 2 ст. 469 УПК Украины.

Кроме большей дискреционности на начальных этапах уголовного производства на основании соглашений, по сравнению с законодательством РФ, УПК Украины предоставляет значительно больше возможностей подозреваемому и обвиняемому непосредственно в процессе заключения соглашения о признании виновности. В частности, в ст. 472 УПК Украины обозначено, что наказание должно быть согласованным, оно является неотъемлемой частью соглашения. Кроме того, в соглашении должно содержаться согласие сторон на назначение такого наказания либо на его назначение и освобождение от его отбывания с испытанием.

Указанное позволяет констатировать большую демократичность уголовного процессуального законодательства Украины в этой части, по сравнению с процессуальным законодательством РФ. При этом следует заметить, что российское законодательство в свою очередь содержит ряд позитивных моментов, которые целесообразно внедрить в уголовный процесс Украины. В частности, российское законодательство, в отличие от украинского, устанавливает четкие пределы снижения наказуемости деяния при согласии подозреваемого или обвиняемого с предъявленным обвинением.

Несмотря на то, что в УПК Украины речь идет о согласованном сторонами соглашения наказании, критерии его определения не установлены, что может привести к «умерщвлению» института уголовно-процессуальных соглашений. Уже сегодня в рекомендациях по практике применения анализируемых норм обосновывается мнение, что порядок определения наказания не должен отличаться от общего. Так, в п. 3 пись-

ма Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел «О некоторых вопросах осуществления уголовного производства на основании соглашений» от 15.11.2012 г. № 223-1679/0/4-12 говорится, что договоренности сторон при согласовании наказания не должны выходить за пределы общих начал назначения наказания, установленных Уголовным кодексом Украины (далее – УК Украины). Такие же требования соблюдения общих норм предъявляются к применению обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание. Более того, в последнем абзаце п. 3 указанного письма говорится, что в случае злоупотребления сторонами соглашения положениями ст. 69 УК Украины, предусматривающей возможность смягчения наказания, предусмотренного санкцией статьи УК Украины, в частности в случае согласования ими наказания, которое по своему виду и/или размеру не соответствует тяжести совершенного деяния и личности виновного, суд должен признать условия такого соглашения не соответствующими интересам общества и отказать в его утверждении. Аналогичное решение, по мнению Высшего специализированного суда, должен принять суд в случае игнорирования прокурором при заключении соглашения о признании виновности обстоятельств, отягчающих наказание, например неснятой или непогашенной судимости у обвиняемого, образующей рецидив преступлений, и тому подобное [1].

Считаем, что такой подход нивелирует мотивацию подозреваемого или обвиняемого к заключению уголовно-процессуальных соглашений, поскольку не предоставляет ему никаких возможностей смягчить свою участь. В научной литературе высказывается мнение, что ценность уголовно-процессуальных соглашений заключается в том, что конфликт между жертвой и правонарушителем может быть урегулирован не с позиции силы, а с позиции соблюдения интересов каждой из сторон [2, с. 93].

Более того, действующая редакция ст. ст. 65, 75 УК Украины, на которые ссылается Высший специализированный суд, содержит предписания, прямо противоположные выводам суда, изложенным в указанном письме. Так, ч. 5 ст. 65 УК Украины установлено, что в случае утверждения приговором соглашения о примирении или признании вины суд назначает наказание, согласованное сторонами соглашения. При этом отсутствуют какие-либо указания на необходимость соблюдения общих начал назначения наказания, установленных в ч. ч. 1, 2 ст. 65 УК Украины. Необходимо обратить внимание, что общие начала назначения наказания закреплены только в ч. ч. 1 и 2 ст. 65 УК Украины. Части 3, 4 и 5 ст. 65 УК Украины содержат исключения, при которых может быть назначено как менее, так и более суровое наказание, а именно: ч. 3 ст. 65 – назначение более мягкого наказания, нежели предусмотрено статьей Особенной части УК Украины при наличии оснований, указанных в ст. 69 УК Украины; ч. 4 ст. 65 – назначение более сурового наказания, нежели предусмотрено статьями Особенной части УК при совокупности преступлений либо приговоров; ч. 5 ст. 65 – назначение наказания, оговоренного в соглашении о примирении или признании вины. Изложенное дает основания полагать, что этой нормой закрепляется исключение, при котором возможным является отклонение от общих начал назначения наказания, а следовательно, назначения наказания, не соответствующего общим началам, обсужденного и закрепленного в соглашении о примирении или о признании вины.

Сказанное подтверждается уголовно-правовой доктриной, где различают общие начала назначения наказания, закрепленные в ч. ч. 1 и 2 ст. 65 УК Украины, и специальные правила назначения наказания, закрепленные в остальных частях ст. 65 УК Украины. При этом под специальными правилами понимают правила, дополняющие общие начала назначения наказания, применяющиеся в определенных случаях и предусматривающие специфику назначения наказания за отдельные формы преступного поведения либо при наличии соответствующих актов посткриминального поведения [3, с. 190], что характерно для уголовно-процессуальных соглашений.

Следует отметить четкую позицию по указанному вопросу российского законодателя. В Уголовно-процессуальном кодексе РФ (далее – УПК РФ) максимальный предел наказания, назначаемого в особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, снижен по сравнению с общими случаями на одну треть. Так, в ч. 7 ст. 316 УПК РФ указано: «Если судья придет к выводу, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованное, подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу, то он постановляет обвинительный приговор и назначает подсудимому наказание, которое не может превышать две трети максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление». Более дискреционная, но все-таки в значительной степени направляющая действия суда норма содержится в ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ, которая устанавливает порядок постановления приговора в отношении подсудимого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве. В ней указано: «По усмотрению суда подсудимому с учетом положений ст. ст. 64, 73 и 80.1 Уголовного кодекса Российской Федерации могут быть назначены более мягкое наказание, чем предусмотрено за данное преступление, условное осуждение или он может быть освобожден от отбывания наказания».

В уголовно-процессуальной доктрине Украины также акцентируется внимание на необходимости «уступок» подсудимому или обвиняемому для более эффективного применения соглашений в уголовной производстве. В частности, П.В. Пушкар определяет соглашение о признании вины как юридическую договоренность сторон обвинения и защиты относительно разрешения уголовного дела на взаимовыгодных условиях: признание обвиняемым своей вины в обмен на более мягкую меру наказания, чем определенная законом за преступление, в совершении которого его обвиняют [4, с. 5, 8].

На основании изложенного можно констатировать, что позиция российского законодателя в анализируемом аспекте является более дальновидной. Украинскому процессуальному законодательству не хватает четко очерченных рамок определения вида и меры наказаний при заключении уголовно-процессуальных соглашений. Нормативное их закрепление способствовало бы соответствующей мотивации подозреваемых и обвиняемых, являлось бы стимулирующим фактором, подталкивающим виновных в совершении уголовных правонарушений к упрощенной процедуре уголовного производства.

Особого внимания заслуживает вопрос возлагаемых на подозреваемого или обвиняемого обязанностей, поскольку, в отличие от РФ, в Украине установлена уголовная ответственность осужденного за умышленное неисполнение соглашения о признании виновности. Из содержания главы 35 УПК Украины следует, что обязанности делятся на основные (возлагаемые в каждом соглашении о признании виновности) и факульта-

тивные (то есть такие, которые могут по усмотрению сторон как возлагаться, так и не возлагаться на подозреваемого или обвиняемого). К основным обязанностям следует отнести такие:

– безусловное признание субъектом своей виновности в совершении уголовного правонарушения, описанного в соглашении;

– претерпевание оговоренного в соглашении наказания или иных ограничений, связанных с освобождением от отбывания наказания с испытанием;

– отказ от осуществления некоторых процессуальных прав, предусмотренных п. 1 ч. 4 ст. 474 УПК Украины;

– ограничение права обжалования приговора в соответствии с положениями ст. ст. 394, 424 УПК Украины.

К факультативным обязанностям следует отнести сотрудничество в раскрытии уголовного правонарушения, совершенного другим лицом.

В УПК РФ нет отдельной нормы, устанавливающей содержание ходатайства при согласии с предъявленным обвинением. Однако из текста закона можно сделать вывод, что к обязанностям подозреваемого или обвиняемого относят такие:

– согласие с предъявленным обвинением;

– согласие с постановлением приговора без проведения судебного разбирательства.

Остальные обязанности, имеющие место в украинской модели института признания виновности, в российском законодательстве не предусматриваются. В частности, отсутствует обязанность претерпеть оговоренное в соглашении наказание, поскольку в принципе отсутствует соглашение как такое. Наказание в российской модели, как уже говорилось, определяется судом, однако при этом не может превышать двух третей максимально возможного наказания за совершенное преступление. В связи с этим на осужденного возлагается общая обязанность претерпеть наказание, предусмотренное приговором суда, и она не имеет своей специфики в этом институте. Также в законодательстве РФ отсутствуют какие-либо ограничения прав при обжаловании приговора, вынесенного в особом порядке. Это связано с высокой степенью императивности института согласия с предъявленным обвинением, что в свою очередь требует наличия возможности обжалования решений, принимаемых судом. Закрепленное в УПК Украины как факультативное обязательство соглашения о признании виновности (сотрудничество в раскрытии уголовного правонарушения, совершенного другим лицом) в российском процессуальном законе имеет статус самостоятельного обстоятельства, при котором применяется особый порядок принятия судебных решений. При этом оно существенно отличается от украинского аналога, поскольку предусматривает совершение со стороны виновного действий в целях содействия следствию в раскрытии и расследовании преступления, совершенного не только другим лицом, но и самим подозреваемым или обвиняемым, в изобличении и уголовном преследовании других соучастников преступления, в розыске имущества, добытого в результате преступления.

Также следует обратить внимание на бесспорный плюс российской модели – относительно большую сферу применения анализируемых институтов в сравнении с украинским аналогом. В ч. 1 ст. 36 УПК РФ указано: «Обвиняемый вправе <...> заявить о согласии с предъявленным ему обвинением и ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства по уголовным делам о престу-

плениях, наказание за которые, предусмотренное Уголовным кодексом Российской Федерации, не превышает 10 лет лишения свободы». В то же время УПК Украины в ч. 4 ст. 469, помимо тяжести преступлений, устанавливает и другое ограничение в применении соглашения о признании виновности: вред должен быть причинен только государственным или общественным интересам, а заключение такого соглашения в уголовном производстве, в котором принимает участие потерпевший, не допускается. Такое существенное сужение сферы применения соглашения о признании виновности является серьезным препятствием к достижению целей, поставленных при введении этого института в национальное законодательство.

Часть преступлений, посягающих исключительно на общественные или государственные интересы и не затрагивающих интересы отдельных лиц, в уголовном законодательстве Украины является достаточно малой. Даже в результате совершения преступлений, направленных против государства или общества, не исключается причинение вреда правам и интересам отдельных лиц, что детерминирует их участие в уголовном производстве как потерпевших, а значит и делает невозможным заключение соглашения о признании виновности. Российская модель в указанном аспекте кажется более совершенной, не только потому, что не ограничивает сферу применения института согласия с предъявленным обвинением. В соответствии с ч. 4 ст. 314 и ч. 6 ст. 316 УПК РФ суд при постановлении приговора в особом порядке обязан учесть мнение потерпевшего, и если с его стороны нет возражений, что вполне вероятно при позитивном посткриминальном поведении подозреваемого или обвиняемого, то суд постановляет обвинительный приговор.

Кроме описанных различий, следует также обратить внимание на стадии уголовного производства, на которых возможно применение анализируемых институтов. В соответствии с ч. 2 ст. 315 УПК РФ обвиняемый вправе заявить ходатайство в момент ознакомления с материалами уголовного дела или на предварительном слушании, когда оно является обязательным. Украинский законодатель не устанавливает таких жестких рамок. В ч. 5 ст. 469 УПК Украины установлено, что заключение соглашения о признании виновности может быть инициировано в любой момент после сообщения лицу о подозрении до выхода суда в совещательную комнату. Такой подход кажется более целесообразным, поскольку раскрывает более широкие возможности соглашения о признании виновности.

Выводы. Таким образом, процессуальное законодательство РФ и Украины в части регулирования признания подозреваемым или обвиняемым своей виновности в совершении уголовного правонарушения имеет достаточно много общего, однако в то же время существенно отличается. Процессуальные новеллы Украины являются более диспозитивными, предоставляют относительную свободу действий как стороне обвинения, так и стороне защиты, что является несомненным плюсом. С другой стороны, безосновательное ограничение сферы применения соглашения о признании виновности, а также необоснованно суженное количество предоставляемых подозреваемому или обвиняемому «льгот» не будут способствовать достаточному распространению соглашения о признании виновности в правоприменительной практике Украины.

Очевидным несовпадением позиций российского и украинского законодателя в этой сфере является отсутствие в Уголовном кодексе РФ самостоятельной статьи об

уголовной ответственности за нарушение осужденным обязательств, взятых при заявлении ходатайства о рассмотрении дела в особом порядке, и наличие такой статьи в УК Украины. Ответ на вопрос о том, какая из этих позиций является более предпочтительной, требует отдельного глубокого исследования, которое составит самостоятельное направление дальнейшего теоретического осмысления такого относительно нового для наших правовых систем явления, как соглашение о признании виновности.

Литература

1. О некоторых вопросах осуществления уголовного производства на основании соглашений : Письмо Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел от 15.11.2012 г. № 223-1679/0/4-12 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00081.html.
2. Берназ В.Д. Деякі проблеми реалізації новітньої доктрини КПК України / В.Д. Берназ, Н.В. Неледва // Вісник прокуратури: загальнодержавне фахове юридичне видання. – 2012. – № 7. – С. 93–97.
3. Сахарук Т.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Т.В. Сахарук ; Харківський нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2006. – 232 с.
4. Пушкар П.В. Угода про визнання вини у сучасному кримінальному процесі: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / П.В. Пушкар ; Академія адвокатури України. – К., 2005. – 23 с.

Аннотация

Витязь М. И. **Сравнительно-правовой анализ законодательного регулирования соглашений о признании виновности в Украине и Российской Федерации.** – Статья.

В статье проводится сравнительно-правовой анализ правового регулирования признании вины в Украине и России. Указывается на наличие общих черт и существенных различий. Определяются позитивные стороны и указывается на имеющиеся недостатки каждой модели. Дается рекомендация по конструированию оптимальной модели регулирования.

Ключевые слова: уголовно-процессуальные соглашения, особый порядок судопроизводства, ответственность за нарушение процессуальных соглашений.

Анотація

Витязь М. І. **Порівняльно-правовий аналіз законодавчого регулювання угод про визнання винуватості в Україні та Російській Федерації.** – Стаття.

У статті надається порівняльно-правовий аналіз правового регулювання визнання винуватості в Україні та Росії. Вказується на наявність загальних рис та істотних відмінностей. Визначаються позитивні сторони та вказується на існуючі недоліки кожної з моделей. Подається рекомендація щодо конструювання оптимальної моделі регулювання.

Ключові слова: кримінально-процесуальні угоди, особливий порядок провадження, відповідальність за порушення процесуальних угод.

Summary

Vityaz M. I. **Comparative legal analysis of the plea bargain in Ukraine and the Russian Federation.** – Article.

The article presents a comparative legal analysis the legal regulation of the plea bargain in the Ukraine and the Russian Federation. The presence of both similarities and significant differences has been indicated. Strengths and weaknesses of each model have been defined. Optimal model for such regulation have been recommended.

Key words: plea bargain, special judicial procedure, responsibility for the breach of plea bargain.

Розділ 4

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУЧАСНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

УДК 347(477)«08/19»(075)

І. Й. Бойко

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН У КИЇВСЬКІЙ РУСІ (IX – XII СТ.)

Постановка проблеми. Серед багатьох історико-правових явищ сьогодні велике значення має дослідження цивільного права України. Історичне походження й розвиток, зокрема українського цивільного права, пов'язується з Руською Правдою Київської Русі. Актуальність цієї теми полягає в доведенні безперервності становлення й розвитку правового регулювання цивільних відносин в Україні від найдавніших часів до сучасності. Пізнання історії цивільно-правового регулювання майнових відносин у Київській Русі передбачає вивчення становлення й розвитку цивільно-правових норм, судових рішень, які вплинули на подальший розвиток правового регулювання цивільних відносин українського народу.

Стан дослідження. Питання цивільно-правового регулювання майнових відносин у Київській Русі були предметом наукового інтересу як російських, так і українських учених XIX – XX ст., зокрема Б. Грекова, В. Сергієвича, К. Софроненко, С. Юшкова, В. Гончаренка, П. Захарченка, П. Музиченка, В. Рубаника, В. Кульчицького та інших.

Метою статті є з'ясування особливостей правового регулювання майнових відносин у Київській Русі (IX – XII ст.) шляхом аналізу права власності та зобов'язального права за Руською Правдою.

Виклад основного матеріалу. На території сучасної України протягом VII–IX ст. мешкали такі східнослов'янські племена, як поляни, древляни, сіверяни, волиняни (давніші назви – дуліби, бужани), білі хорвати, уличі, тиверці. Зазначені в літописі племена були етнополітичними об'єднаннями – союзами племен.

Сучасні дослідники наголошують, що союзи східнослов'янських племен на території України вже в VII ст. представляли одну етнокультурну, мовну й політичні групу, яка за названими ознаками виразно відрізнялася від північних східнослов'янських племен. Пізніше об'єднавчі тенденції між ними лише посилилися, що сприяло консолідації в IX ст. східнослов'янських племен із центром у Києві [1, с. 19]. Економічне й політичне зближення східних слов'ян на межі VIII – IX ст. привело до широкого політичного об'єднання навколо Києва в єдину державу – Київську Русь, ядром, центром якої були нинішні українські землі.

Зародження й розвиток приватної власності, майнової нерівності, майнових відносин у суспільстві зумовили необхідність врегулювати ці суспільні стосунки. На перших етапах розвитку майнових відносин у східних слов'ян їх регламентацію здійснювали звичаї. З розвитком соціально-економічних відносин, розширенням цивільного обороту в Київській Русі значна увага приділялася регулюванню права власності.

Відповідно до норм Руської Правди суб'єктами права власності були князі, княжі й земські бояри, дружинники, духовенство, ремісники, купці, смерди. До суб'єктів права власності можна віднести закупа, оскільки Руська Правда нада-

© І. Й. Бойко, 2013

вала закупу право відлучатися з двору господаря для того, щоб заробити кошти для повернення боргу. Майно закупа виступало відокремленим, оскільки він мав право ним розпоряджатися на свій розсуд. Суб'єктами права власності не могли виступати челядь і холопи. Проте серед категорій холопів вирізнялися ролейні холопи, які, будучи «посадженими на землю», мали право, на відміну від «обільних» холопів, мати у своїй власності певне рухоме майно, тоді як земля залишалася власністю їх господаря [8, с. 31].

Руська Правда регламентувала правовий статус власника. Власник мав право розпоряджатися майном, укладати договори, отримувати доходи з майна, вимагати захисту належного йому майна у випадку порушень із боку інших осіб на це майно.

Аналіз норм Руської Правди дає право вважати, що об'єктами права власності були земля, коні, робоча худоба, одяг, зброя, знаряддя праці, торгові товари тощо. З виникненням правового регулювання майнових відносин земля виступала найголовнішим об'єктом права власності. Основними формами земельної власності в Київській Русі були князівський домен, боярська вотчина, монастирська вотчина, особиста вотчина церковних ієрархів, земля громади (общини), індивідуально-сімейна земельна ділянка, незаселені вільні (державні) землі, верховним власником яких виступав великий князь як глава держави.

У Руській Правді не було спеціальних норм про земельну власність. Як зазначалося, феодальна земельна власність існувала у вигляді князівських доменів, боярських і монастирських вотчин та засновувалася переважно на князівських пожалуваннях. Джерелом її набуття спочатку були заїмка, освоєння вільних земель зусиллями холопів і залежних селян. Пізніше головним способом набуття землі стало пряме її захоплення в сусідських територіальних громад («окняжіння», «обоярення» землі). Право боярської та монастирської власності на землю набувалося на основі дарування з боку князя, а власність громади на землю базувалася на природному праві. У Київській Русі існувала відмінність між поняттями «земельна власність» і «земельне володіння». Аналіз Руської Правди свідчить про те, що в Київській Русі права на землю виникали з права власності на вулики (борті). Земля, на якій стояли вулики, мала назву «бортна», а межі називалися «бортні».

Вотчина була однією з форм феодальної земельної власності Київської Русі. Власник вотчини мав право передати її в спадщину, продати, обміняти, поділити тощо. Термін «вотчина» походить від слова «отчина», тобто батьківська власність. Вотчини виникли в процесі формування приватної феодальної власності на землю, їхніми власниками в IX – XI ст. були князі, а також князівські дружинники й земські бояри – спадкоємці родоплемінної верхівки. Після прийняття християнства сформувалося вотчинне землеволодіння церкви, яким володіли представники церковної ієрархії (митрополит, єпископи) і великі монастирі. Існували різні категорії вотчини: родові, куплені, надані князями тощо, що суттєво впливало на можливість власників вільно розпоряджатися нею. Так, володіння родовими вотчинами обмежувалося державою й родичами. Власник такої вотчини був зобов'язаний служити тому князеві, на землях якого вона знаходилась, а без згоди членів роду він не міг її продати, обміняти тощо. У випадку порушення цих вимог власника позбавляли права на вотчину. Це свідчить, що в епоху Київської Русі володіння

вотчиною не було прирівняним до права власності на неї. У період роздробленості вона стала основною формою феодального землеволодіння, що постійно зростала за рахунок нових князівських надань, захоплення общинних земель, купівлі, обміну тощо. Це привело до зростання впливу власників вотчини на політичне життя. Володіння знатних бояр зазвичай складалося з кількох вотчин, які часто знаходилися в різних регіонах держави та не утворювали жодного господарського механізму. У відношенні спадкування вотчин їх власники користувалися деякими правами й привілеями в галузі судочинства, збору податків тощо. У великих вотчинах формувався власний адміністративно-господарський апарат, який займався організацією їхньої господарської життєдіяльності. У період розпаду Київської Русі так називали також окремі удільні князівства (княжі столи-престоли), які успадковувалися князем від батька. На Любецькому з'їзді 1097 р. було здійснено невдалу спробу припинити князівські міжусобиці на основі принципу «каждый держит отчину свою».

У Київській Русі основними способами набуття феодальної земельної власності були надання князем земель за службу та для служби, освоєння вільних земель («заїмка», «займанщина»), пряме захоплення общинних земель («окняжіння» й «обоярення» землі), купівля, дарування, міна, спадкування.

Основу феодального ладу Київської Русі становила приватна власність на землю. Згідно з нормами звичаєвого права, Руської Правди та відповідно до судових рішень способами набуття права власності на землю в Київській Русі були володіння, давність володіння, успадкування та дарування [9, с. 10]. Тому Руська Правда багато уваги приділила саме закріпленню й захисту феодальної власності на землю. Норми Руської Правди визначаються ідеєю охорони, насамперед господарства феодалів-вотчинників, хоча вони певною мірою захищали й окремі соціально-економічні інтереси селян від порушень із боку феодалів, які могли спровокувати селянські повстання.

Закріплення й посилення захисту права феодальної власності на землю регламентувалося в найдавнішій Короткій редакції Руської Правди. Зокрема, ст. 32 передбачала штраф за пошкодження князівської борті, а ст. 34 встановлювала високий штраф за переорювання межі та знищення межового знаку (12 гривень незалежно від соціального статусу власника). У Поширеній редакції Руської Правди законодавець більш диференційовано визначав випадки порушення бортних, ролейних, дворових меж, що дало підставу стверджувати про подальший розвиток феодального господарства (насамперед завдяки общинним землям), зростання випадків порушення права приватної власності тощо. Із цього видно, що охорона приватної власності була важливою функцією держави. Так, згідно зі ст. 71 Поширеної редакції Руської Правди за знищення знака власності на бортних деревах накладався високий штраф (12 гривень). Це означало насамперед захист самого принципу приватної власності, на який посягав порушник.

Аналіз ст. ст. 13, 14 Короткої редакції дає право стверджувати, що Руська Правда розрізняла право власності та право володіння, оскільки визначала порядок відібрання речі, що перебувала у володінні іншої особи. Згодом у ст. 44 Поширеної редакції було регламентовано питання про неправомірне володіння, вимагаючи від

фактичного володільця не лише повернення речі справжньому власникові, а й виплати компенсації за користування нею [10, с. 10–12].

Таким чином, у законодавстві Київської Русі, зокрема в Руській Правді, окремих князівських постановах і грамотах, відображено процеси становлення й розвитку інституту права власності, які відбувалися в Київській Русі. У Руській Правді, яка складалася протягом тривалого часу, досить чітко простежується, як руське суспільство переходило у своєму розвитку від одного етапу до іншого, як відмирали пережитки родового ладу, як формувалися нові економічні відносини, як набирали обертів процеси феодалізації суспільства.

Київська Русь досягла високого для свого часу рівня економічного розвитку. Головну роль в економіці Київської Русі відігравало сільське господарство, яке мало давні традиції. Особливо успішно розвивалося землеробство, рівень якого визначався якістю обробітку ґрунту та системою сівозмін. У Київській Русі існувало декілька систем землеробства, що зумовлювалося відмінностями клімату, рослинності та ґрунтів в окремих її районах. Загалом землеробство в Київській Русі досягло такого агротехнічного рівня, який забезпечував відносно високу продуктивність праці та врожайність.

У Київській Русі зобов'язання виникали за двома підставами: у результаті укладення договору та у зв'язку із заподіянням шкоди. Зобов'язання виникали насамперед із договорів купівлі-продажу, позики, поклажі та заподіяння шкоди. У Руській Правді закріплено такий порядок відносин: якщо продавець продавав чужу річ, то договір вважався недійсним. Така річ поверталася власникові, а покупець звертався до продавця з вимогою відшкодувати збитки. Власник речі мав право вимагати її повернення володіючим невласником із виплатою компенсації за користування нею [6, с. 52]. Для зобов'язань, які виникали з договорів, характерним було те, що невиконання стороною деяких зобов'язань могло не лише тягти за собою майнові стягнення, а й давати потерпілій стороні право на особу, яка не виконала своїх зобов'язань (продаж у холопи). Це було пережитком рядових відносин, за яких майно належало не конкретній особі, а громаді.

Договір мав назву «ряд» та укладався в усній формі на торзі в присутності свідків або митника. Про письмову форму укладення договорів Руська Правда не згадує. Перші письмові договори купівлі-продажу землі, що дійшли до нас, було укладено в Новгороді. У Київській Русі найбільш поширеними були такі договори, як купівля-продаж, позика, міна, поклажа, особисте наймання тощо. Договір купівлі-продажу був одним із найбільш давніх і поширених у Київській Русі. Про його існування свідчать насамперед руcько-візантійські договори. Порядок укладення договору купівлі-продажу та порядок вирішення спорів, які могли виникнути в результаті його укладення, отримали чітку регламентацію в Руській Правді. Так, у ст. 16 Короткої редакції визначено порядок купівлі-продажу челядина, ст. ст. 37, 39 Поширеної редакції регулювали порядок добросовісного набуття речі. Мали місце факти купівлі крадених речей. Якщо продавець продавав річ, яка йому не належала за правом власності, то договір купівлі-продажу вважався недійсним. Тому річ передавали її власнику, а покупець подавав позов до продавця про відшкодування збитків. Особливе значення мав договір щодо продажу себе

в рабство. У цьому випадку договір обов'язково укладався в присутності свідків (послухів).

Важливе місце серед договорів належало договору позики. За договором позики одна особа позичала в іншої особи гроші, продукти, речі тощо. Цей договір укладався публічно, у присутності свідків (послухів). Винятки допускалися лише для позик на суму не більше 3 гривень. У цих випадках для стягнення боргу (за відмови боржника) кредитору достатньо було скласти присягу (ст. 52 Поширеної редакції). Боржник був зобов'язаний сплачувати відсотки, які називалися «резами» (для грошей), «наставом» (у разі позики меду), «присопом» (у випадку позики жита). Відсотки були надто високими, з короткострокової позики розмір їх не обмежувався, вони стягувалися щомісячно. Проте якщо сплата боргу тривала понад рік, то замість щомісячних відсотків стягувалися річні, розмір яких становив 50% суми боргу (ст. 51 Поширеної редакції). Після повстання 1113 р., спрямованого проти свавілля лихварів, князь Володимир Мономах, враховуючи небезпечність для панівної верхівки масових народних виступів, обмежив стягнення відсотків двома роками, після чого поверненню належала лише взята в борг сума. Якщо кредитор отримав відсотки за три роки (що становило 150% боргу), він втрачав право на повернення боргу (ст. 53 Поширеної редакції).

У Київській Русі між купцями укладався також спеціальний договір позики, за яким кредит надавався для збільшення торгового обороту. Цей договір ґрунтувався на довірі, не вимагав присутності свідків. У випадку виникнення майнового спору питання вирішувалося очищувальною присягою кредитора (ст. 48 Поширеної редакції).

Високий рівень торгівлі в Київській Русі вимагав врегулювання банкрутства купців. Руська Правда розрізняла три види банкрутів. Перший вид – банкрутство без вини внаслідок стихійного лиха, аварії морського судна, пожежі або розбійницького нападу. У цьому випадку купцю надавалося право на відстрочку щодо сплати боргу. Другий вид – банкрутство, коли купець проп'є або програє в карти чужий товар. У цьому випадку кредитори на свій розсуд могли або чекати повернення боргу, надавши банкруту відстрочку, або продати його в рабство. Третій вид – злісне банкрутство, коли неплатоспроможний боржник, залишений без кредиту своїх громадян, брав позику в гостя з іншого міста або чужоземця та не повертав її. Такий банкрут продавався в рабство. З отриманих від продажу банкрута та його майна грошей спочатку відшкодовувалися збитки князеві, потім приїжджим гостям, а залишок розподілявся між місцевими кредиторами.

Аналіз норм Руської Правди дає право говорити про договір особистого найму. За цим договором відбувався перехід права наймача на особу наймита. Наймання на службу (тіунство, ключництво) призводило до холопства того, хто наймався, якщо про інше спеціально не зазначалося в договорі. Цей договір найбільш повно відображав соціальну несправедливість і соціальну нерівність, які існували у феодальній Київській Русі, адже найчастіше наймання призводило до феодальної залежності.

Висновки. У Київській Русі цивільно-правові відносини врегульовувалися переважно Руською Правдою на високому, як для того часу, рівні. Руська Правда була першим кодифікованим збірником юридичних норм на українських землях.

За рівнем врегулювання цивільно-правових норм вона була прогресивним джерелом права. Особливо яскраво це простежується на правовому становищі жінки. В основі цивільно-правового регулювання в Київській Русі знаходився інститут права власності. Спочатку власністю могло бути лише рухоме майно, а з другої половини XI ст. – земля. Виникнення й розвиток приватної власності сприяли оформленню інститутів зобов'язального та спадкового права. Сімейно-шлюбні відносини були компетенцією церкви.

Література

1. Мицик Ю. Історія України : [навч. посібник] / Ю. Мисик, О. Бажан, В. Власов. – 3-тє вид., допов. і перероб. – К. : ВД «Києво-Могилянська академія», 2010. – 595 с.
2. Новий довідник: історія України / упор. : С. Крупчан, Т. Крупчан, О. Скопненко, О. Іванюк. – К. : ТОВ «Казка», 2006. – 736 с.
3. Гончаренко В. Тернистий шлях до незалежності / В. Гончаренко // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 7. – С. 3–14.
4. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс : [підручник] / З. Ромовська. – К. : Атіка, 2005. – 500 с.
5. Велесова книга: духовний заповіт предків / ритм. пер. укр. мовою Б. Яценка. – Вид. 2-е. – К. : Велес, 2006. – 256 с.
6. Історія українського права : [посібник] / І. Безклубий, І. Гриценко, О. Шевченко та ін. – К. : Грамота, 2010. – 336 с.
7. Прадум М. Нація золотих комірців / М. Прадум. – Тернопіль : Мандрівець, 1994. – 215 с.
8. Рубаник В. Інститут права власності в Україні: проблеми зародження, становлення й розвитку від найдавніших часів до 1917 року: історико-правове дослідження / В. Рубаник. – Х. : Легас, 2002. – 352 с.
9. Бачур Б. Институт земельных відносин у цивільному звичаєвому праві України в X – середині XIX ст. (історико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Б. Бачур ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – 20 с.
10. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях : в 2 т. / [Ю. Білоусов, І. Калаур, С. Гринько та ін.] ; за ред. Р. Стефанчука та М. Стефанчука. – К. : Правова єдність, 2009– . – Т. 1. – 2009. – 1168 с.

Анотація

Бойко І. Й. **Правове регулювання майнових відносин у Київській Русі (IX – XII ст.).** – Стаття.

У статті розглянуто цивільно-правове регулювання майнових відносин у Київській Русі (IX – XII ст.). Значну увагу зосереджено на аналізі права власності та зобов'язального права Київської Русі. Визначено джерела права, які регулювали майнові відносини в давньоруський період.

Ключові слова: правове регулювання, майнові відносини, Київська Русь, право.

Аннотация

Бойко И. Й. **Правовое регулирование имущественных отношений в Киевской Руси (IX – XII вв.).** – Статья.

В статье рассмотрена гражданско-правовая регуляция имущественных отношений в Киевской Руси (IX – XII вв.). Значительное внимание сосредоточенно на анализе права собственности и обязательного права Киевской Руси. Определены источники права, регулирующие имущественные отношения в древнерусский период.

Ключевые слова: правовая регуляция, имущественные отношения, Киевская Русь, право.

Summary

Boyko I. Y. **Legal regulation of property relations in Kievan Rus (IX – XII cent.).** – Article.

The civil legal adjusting of property relations is considered in to Kievan Rus (IX – XII cent.). Considerable attention concentrated on realization of law of ownership and obligation law for Kievan Rus. The sources of law that govern property relations in the Old period are reviewed.

Key words: legal adjusting, property relations, Kievan Rus, right.

УДК 341.48:316.485.26

А. В. Антипенко

ТЕРОРИСТИЧНИЙ КОНФЛІКТ ЯК ОБ'ЄКТ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

Виникнення й формування права збройних конфліктів зумовлюється насамперед прагненням суспільства запобігти злочинам, які спотворюють смисл відкритого протиборства та спрямовуються на невинних, не причетних до збройної боротьби людей. Однак саме такими показниками характеризуються й терористичні злочини.

Така іррегулярність, незіставність засобів боротьби в конфлікті, коли одна сторона в безпосередніх взаємодіях може спричинити суттєву шкоду, не застосовуючи збройних методів, а інша («терористична») використовує нетрадиційні в розумінні воєнного мистецтва способи й засоби впливу на супротивника, породжує значні проблеми для правового регулювання в межах міжнародного права збройних конфліктів.

Цими й деякими іншими обставинами слід пояснити половинчастість рішень Женевської конференції в частині надання правомірності національно-визвольній боротьбі.

Прийняття Додаткових протоколів від 8 червня 1977 р. до Женевських конвенцій цю прогалину частково усуває. Завдяки Протоколу I, який стосується жертв міжнародних збройних конфліктів, і Протоколу II, що передбачає захист жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, легітимізація іррегулярності в збройних конфліктах набуває більш конкретних форм.

Підстави вважати воєнними злочинами діяння, які вчиняються терористично-повстанськими формуваннями, безсумнівно розширюються положеннями Протоколів I та II. Адже в їх діях неважко виокремити ознаки складів злочинів, які притаманні збройним конфліктам.

І хоча тероризм усе ще значною мірою залишається поза правовим контролем, застосовність права збройних конфліктів для потреб регулювання боротьби з терористичною діяльністю позитивно впливає на розв'язання проблеми боротьби із цим міжнародним злочином у цілому. У цьому випадку зазначена застосовність полягає в поєднанні двох зустрічних тенденцій: з одного боку, елементи, що надають праву збройних конфліктів антитерористичної спрямованості, містяться в самих його нормах, а з іншого – дії терористично-повстанських формувань за об'єктивними й суб'єктивними ознаками цілком піддаються кваліфікації як злочинна поведінка (діяння) однієї зі сторін збройного конфлікту [1, с. 349].

Так, положення ст. 51 Протоколу I очевидно містять заборони, антитерористичний смисл яких пов'язаний із перешкоджанням випадковому вибору предмета посягання (невинні жертви), захопленню й використанню заручників тощо.

Важливою забороною антитерористичного характеру, яка має перспективу консенсусного втілення, є положення ст. 35 про те, що «право сторін, які протистоять у конфлікті, вибирати методи й засоби ведення війни, не є необмеженим». Реалізація цього положення в антитерористичній сфері цілком вірогідно може відбутися

© А. В. Антипенко, 2013

через оцінку терористичного акту як забороненого засобу збройної боротьби. Адже в міжнародному праві сформувалася певна система норм, що стосується використання окремих видів зброї, які спричиняють найбільші страждання як тим, хто воює, так і мирному населенню [4, с. 147].

Можна припустити, що терористичні конфлікти частково підпадають під дію Протоколу II. Це стосується характеристики терористичних формувань як організованих збройних груп, ведення збройної (хоч і специфічної) боротьби з урядовими силами, наявності «відповідального командування».

Специфіка ведення збройної боротьби в терористичному конфлікті усуває сталий критерій прив'язки до певного театру воєнних дій і потреби у фізичному контролі над «частиною території держави». Критерії «безперервність», «узгодженість» а також «воєнність» дій у виконанні терористичних угруповань у цілому присутні, проте потребують певної специфікації.

Водночас попередні міжнародні кримінально-правові аналізи норм і положень Протоколу II вказують на те, що вони містять засадничі підстави для можливої юрисдикції щодо терористичних збройних конфліктів. Передбачаючи кримінальне переслідування за кримінальні правопорушення під час збройних конфліктів, Протокол II фактично формує підґрунтя для самостійної «антитерористичної» юрисдикції, її умовної адаптації до специфіки терористичних збройних конфліктів. Ним визначено заходи захисту цивільного населення, які виявляються в тому, що воно не повинне бути об'єктом нападу [3, с. 731, 732].

Оцінюючи антитерористичну спрямованість Протоколу II, слід звернути увагу на термінологічну перевантаженість його змісту, що само по собі вказує на нагальну потребу в розвитку й специфікації юрисдикції щодо асиметричної збройної боротьби. Насамперед це стосується заборони актів тероризму. Слід зауважити, що міжнародний злочин «тероризм», власне кажучи, ідентифікується з терористичним різновидом збройного конфлікту, оскільки визначається як «таке, що базується на конфлікті, насильницьке протиборство, яке поряд із завданням шкоди державі посягає на міжнародну безпеку та світопорядок і зумовлюється різністю політичних, економічних і культурних інтересів груп держав, держав, народів, націй, соціальних груп і рухів за умов використання хоча б однією із сторін терористичних актів як способу впливу на супротивника для досягнення політичних цілей» [1, с. 23].

Тому поняття «акти тероризму», суворо кажучи, може містити діяння обох протиборчих сторін, що у вирі насильницького протиборства утворюють терористичний конфлікт, тобто тероризм. Отже, це можуть бути не лише терористичні акти, а й, наприклад, акти з перешкоджання національному самовизначенню, політичній та економічній незалежності, акти з порушення територіальної недоторканості тощо.

Такий підхід відповідає концепції сукупного суб'єкта складу тероризму, що знайшла втілення в наведеному визначенні поняття цього злочину. Він також передбачає визнання протиборчих у терористичному конфлікті сторін.

Оскільки такі акти здебільшого йдуть від домінуючих, розвинених держав, то в терористичному конфлікті вони знаходять підтримку урядових сил цих держав, їх захист, який наражається на терористичні акти протидіючої сторони.

Терористичний акт визначається як злочинне загальнонебезпечне діяння в тероризмі зі створення умов впливу на міжнародну організацію, державу та їх представників, на юридичних чи фізичних осіб, на групу осіб із метою примушення здійснити або утриматися від здійснення певної дії, вчинене шляхом залякування за наявності умислу на спричинення загибелі невинним людям [1, с. 23].

З огляду на сказане норми, що передбачали б регулювання терористичних конфліктів, слід формувати, спираючись на визначення тероризму як терористичного конфлікту, а терористичного акту – як засобу збройної боротьби. Однак загальноприйнятність наведених визначень є ключовою проблемою міжнародного права в цілому.

Тому найбільш реальним шляхом формування юрисдикції права збройних конфліктів щодо тероризму є шлях спирання на чинні міжнародно-правові документи, які створюють основу для розвитку ідеї визначення терористичних актів злочинним засобом збройної боротьби. У подальшому це через криміналізацію діяння в національних законах та введення міжнародних злочинів тероризму й терористичного акту до Статуту Міжнародного кримінального суду має перспективу реалізації відповідальності.

Чотири Женевські конвенції від 12 серпня 1949 р. та Додаткові протоколи до них від 8 червня 1977 р. загалом визнали можливість ведення війни позадержавними угрупованнями.

Однак міжнародне право збройних конфліктів визнало повстансько-партизанську іррегулярність, з одного боку, у період, коли вона вже не створювала загрози розвитку й домінуванню групи країн так званого «золотого мільярду», а з іншого – коли така іррегулярність, у тому числі й через зазначену причину, за всієї очевидності стала набувати змісту терористичної асиметрії.

Визнаючи при цьому легальність і легітимність підстав і мотивів, якими керуються ті, хто бореться за національне самовизначення, та забезпечуючи їх правовий захист, міжнародне право збройних конфліктів не визначило водночас неправомірність поведінки й дій протиборчої сторони в конкретних юридичних критеріях та ознаках, а також сферу відповідальності держав і фізичних осіб, які представляють цю сторону за міжнародним правом.

Іншими словами, подальшого розвитку вказані демократичні започаткування в праві не отримали, оскільки стало зрозуміло, що хоча б часткова легітимізація терористичних актів як крайнього засобу іррегулярної боротьби може вивести її з берегів будь-якого правового регулювання. Ця терористична асиметрія небезпідставно оцінюється як «непередбачувана за наслідками та така, що навряд чи підлягає політичному й правовому контролю» [1, с. 354].

Спираючись на конфліктологічне розуміння ситуації, що утворюється в міжнародному просторі, слід вказати на наявність підстав для формування обопільного інтересу протиборчих у глобальному терористичному конфлікті сторін до його припинення.

Сторона, яка використовує терористичні методи ведення збройної боротьби, отримує в межах права збройних конфліктів можливість задекларувати правомірність мотивів і цілей, досягнення яких вона прагне через терористичний конфлікт.

Для іншої протиборчої сторони вигода передбачається насамперед у тому, що під міжнародно-правовий контроль може бути взято небезпеку терористичних ак-

тів, можливості ефективної протидії яким для цієї сторони в умовах глобалізації скорочуються. Насамперед це виявляється в тому, що «утримувати» терористичний театр воєнних дій у конфліктних зонах, «організованих» на територіях «третього світу» (Ірак, Афганістан, Близький Схід тощо), стає дедалі важче. Непереконливість політичних, економічних і міжнародно-правових аргументів, за якими здійснюється втручання у внутрішні справи держав, що входять у коло геополітичної зацікавленості, стає дедалі очевиднішою. Водночас усе менш дієвим в антитерористичних заходах стає фактор військово-економічної потуги розвинених держав. А головне, що очевидно безглуздим у сучасному світі стає принцип своєрідного відбору й усунення зі світової арени «неадаптованих», «непристосованих» суб'єктів міжнародних відносин.

Логіка глобалізації вимагає однозначного визнання єдності загальнолюдської перспективи. Через єдність і взаємозалежність світу сепаратні стратегії прориву в краще майбутнє створюють небезпеку глобальної терористичної війни.

Ознаки невідворотності такого глобального консенсусу вказують також на велику вірогідність консенсусу на такому актуальному вістрі міжнародних соціальних взаємодій, яким є терористичне протистояння.

До того ж спонукає об'єктивний процес етнокультурної асиміляції, у результаті якого на території розвинених країн Європи й Америки мешкають десятки мільйонів представників регіонів «третього світу». З точки зору терористичних технологій цей не зворотний за своїм змістом процес створює практично не вразливий «арсенальний» базис, який дозволятиме перенести епіцентр терористичних вогнищ на територію Європи, США та інших розвинених країн. Масштабні терористичні акти, які вчинено останнім часом у таких благополучних країнах, як Велика Британія, Іспанія, Норвегія, є красномовним свідченням можливого започаткування зазначеного процесу.

«Не помічати» його з точки зору правового регулювання стає вже неможливо. Міжнародне право мусить у превентивному порядку убезпечити міжнародне суспільство від терористичного сценарію з'ясування відносин між суб'єктами різного рівня розвитку, представниками східних традиціоналістських культур і західної цивілізаційної моделі. Зрозуміло, що справа не може йти про правомірність терористичних методів діяльності, як це відбулося з легітимізацією повстансько-партизанської боротьби, зважаючи на її національно-визвольні цілі. Проте така ситуація, коли логіка розвитку права відповідно до соціально-економічних перетворень стає небезпечною для суспільства, є свідченням системної кризи світоустрою.

У сфері політики спостерігаються намагання нівелювати терористичні ознаки цієї кризи звинуваченнями щодо глобального екстремізму (ніби той з'явився сам по собі), а у сфері права – через абсолютизацію злочинності терористичної діяльності як такої. Завдяки впровадженню тринадцяти універсальних антитерористичних конвенцій і багатьох інших міжнародних актів, норм і положень поки що створюється враження адекватності відповіді міжнародному тероризму. Подібне перекручене нормотворення в міжнародних взаємодіях щодо тероризму базується на небажанні визнати дійсний стан справ та веде до «самовизначення» тероризму як соціальної ідеології народів «третього світу», а також як прийнятного для них засобу збройної боротьби (через прогалини в міжнародному праві).

З погляду на легітимний процес приходу до влади терористичних рухів та угруповань («Братів-мусульман» і салафітів у Єгипті, «Хезболли» в Лівані, «Хамасу» в Палестинській автономії) можна заключити, що цей процес, власне кажучи, вже розпочався. Про небезпечність квазінормотворення у сфері регулювання асиметричної збройної боротьби попереджав ще в 60-х рр. XX ст. К. Шмітт: «Тоді інше обережно стилізоване нормування постає лише таким містком над безоднею, який ховає у собі перетворення понять про війну, про ворога, про партизана, що матиме великі наслідки» [5, с. 53].

Однак таку критику неефективності міжнародного права в антитерористичній сфері не слід розцінювати як спроби виправдувати тероризм. Ідеться зовсім не про визнання правомірності терористичних актів. Правильність визнання їх злочинності не піддається сумніву. Ідеться про побудову формули визначення злочинності терористичних методів дій у всьому комплексі злочинного механізму політичних, економічних, соціальних та етнокультурних складових виникнення й ескалації тероризму.

Іншими словами, визнання терористичних актів злочинним засобом боротьби не повинне означати обов'язкове визначення злочинності руху, організації або угруповання, яке застосовує цей засіб боротьби. Адже, наприклад, далеко не завжди держава, зважаючи на заборону агресивної війни, визнається злочинною лише на тій підставі, що має значні озброєння (в тому числі заборонені міжнародним правом), які явно перевищують потреби самооборони.

Суттєвою перешкодою на шляху залучення нормативного потенціалу міжнародно-правових актів права збройних конфліктів для впливу на тероризм є абсолютизація злочинності терористичних актів, а також ототожнення злочинності методів терористичної діяльності з її сутністю, цілями й мотивами.

Декларацією про заходи ліквідації міжнародного тероризму 1994 р. (п. 3 ст. 1) визначено, що злочинні акти, спрямовані або розраховані на створення обстановки терору серед широкого загалу, груп осіб або конкретних осіб у політичних цілях, ні за яких обставин не підлягають виправданню, якими б не були міркування політичного, філософського, расового, етнічного, релігійного або будь-якого іншого характеру, що можуть наводитись на їх виправдання [2, с. 774].

Абсолютизація злочинності терористичних актів та відповідальності за них нівелює правовий вплив на соціально-економічний контекст і причини, за якими саме терористичним актам надається перевага перед іншими засобами збройної боротьби.

Так відбувається у випадках, коли ворога розглядають як неповноцінну людину або носія злочинної ідеології. Тоді зникають умови, необхідні для стримуючої згоди, і «правильне право», на яке посилаються, щоб дати волю насильству, означає поразку права.

Як уже було сказано, після Другої світової війни, коли відбувся гуманітарний прорив у суспільстві, міжнародне право визнало (хоча й не повною мірою) правомірність національно-визвольної боротьби, а отже, повстансько-партизанські засоби й методи.

Реагуючи, таким чином, на своєрідний розвиток іррегулярності в збройній боротьбі, міжнародне право зіткнулося з її трансформацією в терористичну

стадію, яка за своєю суттю проривала ланцюг контрольованості й «оберігуваності» збройної боротьби та її наслідків із боку великих держав. На відміну від повстанства, легітимізація терористичної іррегулярності утворювала реальну небезпеку геополітичному й геоекономічному домінуванню світового «ядра». Міжнародний правотворець усвідомив межі небезпечності розвитку такої демократичної тенденції в міжнародному праві та своєчасно «захлопнув цю скриньку Пандори» прийняттям низки універсальних і регіональних антитерористичних конвенцій, які формують юридичну позицію абсолютної криміналізації терориста [1, с. 360].

Суперечливість ситуації полягає не в тому, що терористичний акт визнано злочином за міжнародним правом. Акти тероризму кваліфіковано як злочин, зокрема ст. 4 Протоколу II, і для цього існують усі правові підстави. Проблема полягає в тому, що злочинність методу збройної боротьби винесено на титул політичних рухів і поширено на їх мотиваційні складові. Тобто абсолютизація злочинності методу збройної боротьби, яким є терористичні акти, створює бар'єр для криміналізації всього комплексу діянь, які утворюють сам злочин (тероризм), під час якого зазначений злочинний метод боротьби знаходить застосування. Внаслідок цього фактично відбулося спростування легітимності низки національно-визвольних рухів, вони перетворилися на злочинні терористичні організації. Таких перетворень зазнали, наприклад, курдські національно-визвольні угруповання (Курдська робітнича партія), Організація Визволення Палестини (терористична організація «Хамас») та інші.

Обставини, що зумовлюють надання переваги застосуванню терористичних актів як злочинного засобу ведення збройної боротьби, мають піддаватися чіткій юридичній кваліфікації та не повинні служити підставою для виведення політичного руху поза межі права збройних конфліктів.

Досвід свідчить, що це не приносить відчутних результатів у боротьбі з тероризмом, а навпаки, додає конфліктності в протиборстві. Адже учасники терористичних формувань із самого початку усвідомлюють своє знаходження поза законом і вимогами цивілізації та розвивають власне бачення правосвідомості й правослухняності. Зважаючи на те, що збройна боротьба в межах поляризованого глобального соціуму набуває відчутної терористичної перспективи, такий стан справ має своїм наслідком загрозу терористичного хаосу, позбавляючи протиборство навіть мінімального правового контролю. Адже закони й звичаї збройної боротьби передбачають такий контроль через сполучене втілення прав та обов'язків сторін конфлікту. До всеохоплюючої рівноправної побудови юридичної норми спонукає також чинне право збройних конфліктів. Не випадково преамбула Протоколу I містить таке положення: «Високі Сторони, що домовляються <...> підтверджуючи далі, що положення Женевської конвенції від 12 серпня 1949 р. і цього Протоколу повинні за будь-яких обставин застосовуватись для всіх осіб, які знаходяться під захистом цих документів без будь-якого несприятливого відрізнення, що ґрунтувалося б на характері та походженні збройного конфлікту або на причинах, що висуваються сторонами, які знаходяться в конфлікті або приписуються їм» [2, с. 688].

Тому доцільність визнання незаконних збройних формувань терористичної спрямованості стороною в збройному конфлікті передбачає позитивний вплив уже тим, що утримує цей конфлікт у правовому полі, змушуючи його учасників діяти відповідним чином або щонайменше зважати на визнання правом, а отже, і суспільством цілей і мотивів їхньої боротьби. Тим більше, що наведене положення Протоколу I є обов'язковим для всіх держав, незалежно від того, приєднались вони до Протоколу I чи ні, оскільки воно було прийняте без суперечностей і застережень.

Це впливає також на рівень соціальної підтримки терористів, вони втрачають підґрунтя для формування вигідної суспільної думки, оскільки втрачають статус «позаправового» стану. Тобто вони істотно обмежуються в аргументах і мотивації до необмеженого застосування терористичних актів із посиланням на вимушені позаправові умови, у які їх поставило міжнародне співтовариство.

Таким чином, є підстави вважати, що юрисдикція права збройних конфліктів щодо протидії тероризму є цілком можливою. На наявність політико-правової бази для цього вказують як аргументи, що ґрунтуються на юридизованому аналізі норм і положень міжнародного права збройних конфліктів, так і аргументи сфери соціології права. Втілення зазначеної юрисдикції відбувається через такий гнучкий механізм реагування на трансформацію форм, способів і засобів збройної боротьби, що склався в цій галузі міжнародного права.

Саме за такою логікою «супроводження» правом змін у змісті збройної боротьби, що відбиває динаміку асиметрії соціально-економічної поляризації як у внутрішньодержавному, так і в міжнародному вимірі, пов'язується можливий наступний крок в еволюції нормотворення цієї сфери. Зокрема, вважається за можливе, що об'єктом регулювання права збройних конфліктів можуть бути збройні конфлікти терористичного характеру. Припускається вірогідність розробки й прийняття спеціального Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., який мав би регулювати правовідносини під час збройних конфліктів терористичного характеру. Такими пропонується визначити міжнародні збройні конфлікти та збройні конфлікти неміжнародного характеру, під час яких хоча б одна з протиборчих сторін застосовує в політичних цілях терористичні акти [1 с. 373].

Окрім запропонованого рамочного визначення збройного конфлікту терористичного характеру, ключовими питаннями, які визначають дієвість можливого спеціалізованого Протоколу цієї сфери, повинне стати формулювання умов визнання певних угруповань, що сповідують терористичні методи боротьби, стороною в конфлікті.

Цими умовами вважаємо насамперед такі:

– наявність організаційно структурованого розгалуженого політичного руху (організації, угруповання, мережі) на чолі з авторитетним керівництвом, визначеним об'єктивною процедурою;

– наявність народу, нації, відомої й визнаної в міжнародних взаємодіях етнічної, культурної або соціальної групи, правомірні за міжнародним правом інтереси якої уособлює політичний рух (організація, угруповання, мережа);

– наявність порушеного основоположного права таких груп за Статутом ООН, що виражається через чітко сформульовану політичну ціль руху;

– наявність суб'єкта-порушника певного принципу або норми міжнародного права щодо соціальної або етнічної групи, інтереси якої представляє політичний рух (організація);

– наявність діянь зазначеного в попередньому пункті суб'єкта-порушника, що містять ознаки складів міжнародних злочинів або інших порушень міжнародного права;

– наявність діянь суб'єкта-порушника, що не складають злочину за міжнародним правом, проте спричиняють шкоду соціальній або етнічній групі, яку представляє терористичне угруповання, і перешкоджають реалізації права або свободи, передбаченої принципами й нормами Статуту ООН або інших актів міжнародного права.

Окрім цього, спеціалізований Протокол повинен містити склади злочинів терористичного й суміжного характеру, які підлягають юрисдикції, а саме: терористичні акти, акти тероризму, тероризування населення, захоплення заручників, захоплення об'єктів транспорту, інфраструктури, захоплення техногенно небезпечних об'єктів, вбивства з політичних мотивів, організація масових заворушень тощо.

Причому, як зазначалося вище, визначення складу злочину «акт тероризму» передбачається в широкому розумінні. Воно мусить охоплювати діяння держав і фізичних осіб, що їх представляють, які в прямому зв'язку створюють підстави для збройного опору та разом із терористичними актами утворюють у відповідь міжнародний злочин «тероризм».

Об'єктивною умовою можливості такого збройного спору (за незіставності військово-економічних рівнів сторін) вбачається військова іррегулярність повстансько-партизанського або терористичного типу. Проявляючись через суб'єктивний елемент складу міжнародного злочину «тероризм», ця умова є ключовою його характеристикою як загрози планетарного рівня.

Налагодження практики реалізації таких норм утворює можливості для попередження й придушення значної частини терористичних проявів, зміст яких полягає в спричиненні загибелі невинних людей, а також усунення умов, що сприяють їх підготовці та здійсненню, удосконаленню й поширенню терористичних методів і способів дій.

Таким чином, підстави для зниження терористичної активності через можливості гуманітарного права зберігаються та можуть нарощуватися за умов реального й послідовного їх застосування.

Завдяки зазначеному уточненню юрисдикції щодо збройних конфліктів відбувається конкретизація зобов'язань сторін, метою яких у цілому є обмеження жахів збройної боротьби та які покладаються на тих, хто воює, з гуманітарних міркувань діючими конвенціями, загальними принципами права, нормами звичаєвого права, мають рівну силу для всіх учасників цих конфліктів.

Література

1. Антипенко В.Ф. Оптимізація антитерористичної системи держави в умовах міжнародної і регіональної інтеграції / В.Ф. Антипенко. – К. : Ін-т міжнародних відносин Нац. авіаційного ун-ту, 2007. – 406 с.
2. Действующее международное право (избранные документы) : [учеб. пособие] / сост. : Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. – М. : МАМП, 2002. – 992 с.

3. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера, от 8 июня 1977 г. // Действующее международное право (избранные документы) : [учеб. пособие] / сост. : Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. – М. : МАМП, 2002. – С. 730–737.
4. Тиунов О.И. Международное гуманитарное право : [учебник для вузов] / О.И. Тиунов. – М. : Норма, 1999. – 328 с.
5. Шмитт К. Теория партизана / К. Шмитт ; пер. с нем. Ю.Ю. Коринца. – М. : Праксис, 2007. – 301 с.

Анотація

Антипенко А. В. **Терористичний конфлікт як об'єкт регулювання міжнародного права збройних конфліктів.** – Стаття.

У статті обґрунтовано пропозицію щодо підвищення ефективності міжнародно-правового впливу на тероризм через введення цього злочину в поле регулювання міжнародного права збройних конфліктів. Підставою для цього визнано кваліфікацію тероризму як специфічного різновиду збройного конфлікту.

Ключові слова: тероризм, терористичний акт, терористичний конфлікт, збройний конфлікт, іррегулярність, міжнародне право збройних конфліктів, методи й засоби збройної боротьби.

Аннотация

Антипенко А. В. **Террористический конфликт как объект регулирования международного права вооруженных конфликтов.** – Статья.

В статье обосновано предложение по повышению эффективности международно-правового воздействия на терроризм через введение этого преступления в поле регулирования международного права вооруженных конфликтов. Основанием для этого признано квалификацию терроризма как специфической разновидности вооруженного конфликта.

Ключевые слова: терроризм, террористический акт, террористический конфликт, вооруженный конфликт, иррегулярность, международное право вооруженных конфликтов, методы и средства вооруженной борьбы.

Summary

Antypenko A. V. **Terrorist conflict as an object of regulation of the international law of armed conflict. – Article.**

Proved a proposal to improve the effectiveness of international legal effect on terrorism through the introduction of this crime in the field of regulation of the international law of armed conflict. Basis for this is recognized qualification of terrorism as a specific kind of armed conflict.

Key words: terrorism, act of terrorism, terrorist conflict, armed conflict, irregular, international law of armed conflict, methods and means of armed struggle.

УДК 343.615(477)

И. Р. Данильченко

К ВОПРОСУ О МАСШТАБАХ РАСПРОСТРАНЕНИЯ СЕМЕЙНОГО (ДОМАШНЕГО) НАСИЛИЯ

Постановка проблемы. В последние годы значительное распространение получили преступления, совершаемые в семейно-бытовой сфере. Причиной тому является имущественное разделение общества, снижение уровня жизни значительной части населения, социально-бытовая неустроенность, безработица, бесправность, политическая нестабильность, алкоголизация и наркотизация населения, которые и содействуют усилению криминализации общества. Крайним проявлением семейного неблагополучия является насилие в семье, масштабы которого становятся реальной угрозой для общества.

Анализ последних достижений и публикаций. В основном проблема противодействия и предупреждения насильственных преступлений исследовалась в рабо-

© И. Р. Данильченко, 2013

тах известных ученых в области криминологии и уголовного права Ю.М. Антоняна, С.В. Кудрявцева, Л.В. Сердюка, В.К. Грищук, В.И. Борисова, Л.М. Давиденко, И.Н. Даньшина, А.Н. Джужи, А.Ф. Зелинского, В.А. Навроцкого и других. Следует заметить, что проблеме супружеских убийств в рамках семейной криминологии и гендерного насилия посвятили свои исследования зарубежные ученые Р. ЛаРосса, Дж. Шефер, С. Каэтано, С. Смит, Л. Сальзман, Н. Фуэнес.

В условиях дальнейшей криминализации сферы семейных отношений существует очевидная необходимость глубокого анализа указанной проблемы и разработки комплекса мер, направлениях на предупреждение семейного насилия.

Цель исследования заключается в анализе масштаба распространения семейного насилия во всем мире и разработке рекомендаций, направленных на усовершенствование практики предупреждения семейного насилия путем их комплексного уголовно-криминологического анализа. Для достижения этой цели необходимо предоставить общую характеристику семейного насилия как правового и социального явления, проанализировать причины и условия совершения домашнего насилия.

Изложение основного материала. Современная жизнь входит во все большее противоречие с укоренившимися старыми привычками в быту, отношение к которым становится все более нетерпимым со стороны семьи и общества. С наибольшей силой насилие проявляется во взаимоотношениях между мужчинами и женщинами, мужьями и женами. Увеличение количества супружеских конфликтов, перерастающих в преступления против личности, объясняется различными тенденциями, присущими современному обществу, в том числе и действием противоречий, образовавшихся из двух тенденций, характерных для развития быта. Первая тенденция – упорное нежелание консервативных мужчин-мужей расставаться со своими старыми представлениями о роли женщины в семье, ее правах и обязанностях и о своей главенствующей роли и нормах поведения. Противоположной является тенденция все большего возрастания роли и значения женщины в различных сферах жизнедеятельности общества и в семье, что приводит к фактическому главенствующему положению в отношениях между супругами [1].

Важнейшей виктимологической особенностью преступлений и других правонарушений, совершаемых в сфере семейно-бытовых отношений, является преобладание среди потерпевших лиц женского пола. В 75% семейно-бытовых преступлений жертвой становится женщина.

Преобладание потерпевших женского пола обусловлено тем, что женщины в силу своего социального статуса, негативных форм семейно-брачных отношений, психофизиологических и других половозрастных особенностей при выполнении семейных функций больше, чем мужчины, предрасположены стать жертвой преступных посягательств, совершаемых на почве конфликтных внутрисемейных отношений.

Семейное насилие – серьезная проблема современного общества. Согласно исследованиям у украинской женщины вероятность быть убитой своим мужем или партнером в 2,5 раза выше, чем у американки, и в пять раз выше, чем у жительницы Западной Европы. В Украине примерно каждая третья женщина страдает от физического насилия со стороны мужа.

Одна из важнейших особенностей семейного насилия состоит в том, что оно представляет собой повторяющиеся во времени инциденты множественных видов насилия (физического, сексуального, психологического и экономического). Здесь важно отметить разницу между семейным конфликтом и случаем насилия: если конфликт имеет локальный изолированный характер, то насилие имеет системную основу и состоит из следующих друг за другом инцидентов. Конфликт обычно имеет в своей основе некую конкретную проблему, которую можно разрешить. Семейное насилие, наоборот, происходит с целью обретения полной власти и контроля над пострадавшей стороной. Обидчик может перечислять разные причины насильственного акта, но все они на самом деле не входят в число реальных причин насилия. Основная сила, движущая обидчиком, – стремление установить полную власть над партнером, ребенком, другим членом семьи. В «хронической» ситуации насилия в семье один человек контролирует или пытается контролировать поведение и чувства другого. В результате подвергшийся насилию человек может получить психологический, социальный, экономический, сексуальный или физический вред, ущерб или травму.

В ситуации насилия страдает не только жертва агрессии. От семейного террора страдают все.

Домашнее насилие – насилие, совершаемое дома, в семье – самый распространенный вид полового насилия. Его жертвами становятся женщины независимо от их возраста, образования и социально-экономического статуса, причем как в развивающихся, так и в развитых странах.

Согласно информации Всемирной организации здравоохранения (далее – ВОЗ) наиболее разрушительным эффектом полового насилия является то, что оно приводит к смерти почти 1,6 миллиона женщин каждый год (это около 3% всех смертельных случаев в мире) [2].

Согласно исследованиям, проведенным в США, множество обращений в больницу и примерно 1/3 вызовов «Скорой помощи» приходятся на случаи насилия над женщинами.

В США 25% женщин-пациентов психиатрических клиник, пытавшихся покончить самоубийством, являются жертвами домашнего насилия, как и 85% женщин, злоупотребляющих алкоголем или наркотиками [3].

Во всем мире насилие является такой же распространенной причиной смерти и недееспособности женщин репродуктивного возраста, как рак, и более распространенной, чем дорожные аварии и малярия вместе взятые.

Некоторые точные данные о насилии над женщинами существуют, и эти цифры просто шокируют.

Согласно данным Министерства здравоохранения Мексики каждая третья подвергается домашнему насилию. В результате чего более 6 тысяч женщин умирают каждый год.

Исследование, проведенное в Мехико по инициативе правительства в 2006 году (Encuesta Nacional sobre la Din mica de las Relaciones en los Hogares), показало, что 43,2% женщин старше 15 лет подвергались той или иной форме физического насилия в их семьях.

Домашнее насилие стало привычным явлением также в африканских странах. В Зимбабве, согласно докладу ООН, оно является причиной совершения тяжких убийств в шести судебных случаях из десяти. Согласно опросам 42% женщин в Кении и 41% в Уганде сообщили, что их избивали их мужья.

Хотя некоторые страны, такие как Южно-Африканская Республика (ЮАР), приняли законопроект, защищающий права женщин, но он не работает в полной мере.

В Китае, согласно национальному опросу, домашнему насилию подвергается одна треть женщин из 270 миллионов. Опрос, проведенный китайским институтом права в провинциях Ганьсу, Хунань и Чжецзян, показал, что в 1/3 опрошенных семей были случаи насилия, жертвами которых в 85% случаев были женщины среднего возраста.

В Японии, как и во многих других странах, число учтенных случаев насилия возросло в последнее время. Некоторые адвокаты, пытающиеся остановить домашнее насилие, считают, что жертвы насилия нарушают психологические и социальные табу, заставляющие их молчать. Согласно данным «National Police Agency» число прецедентов достигло самых высоких показателей – 20 992 человека в 2007 году, большинство из них женщины около тридцати лет.

Подобное исследование в некоторых арабских странах показало, что каждую третью женщину избивает муж. Несмотря на рост количества случаев домашнего насилия и серьёзные последствия этого явления, правительства арабских и исламских государств не принимают достаточных мер для того, чтобы решить эту проблему.

Женский комитет ООН ЮНИФЕМ (UNIFEM – United Nations Development Fund for Women) утверждает, что в арабских странах на сегодняшний день «нет комплексного и планомерного механизма для сбора достоверной информации о насилии над женщинами».

Во многих исламских государствах или в странах, где значительно преобладает мусульманское население, иногда используются выдержки из Корана, чтобы оправдать насилие над женщинами. Однако многие специалисты утверждают, что ислам отвергает жестокое обращение с женщинами и выступает за равные права мужчин и женщин.

Во многих случаях насилие над женщинами, включая убийство, имеет культурное, а не религиозное основание, оправдывается необходимостью защиты чести семьи.

Такие же формы жестокого обращения с женщинами распространены в промышленно развитых странах.

Согласно отчету ВОЗ от 40 до 70% женщин, ставших жертвами убийства в Австралии, Канаде, Израиле, ЮАР, Великобритании и США, были убиты их мужьями или сожителями, часто в результате жестокого отношения.

Согласно данным общественной организации «Ассоциация американских юристов» в Австрии 54% всех убийств совершается внутри семьи, в 90% этих преступлений жертвами становятся женщины и дети. Каждый день полиция Вены выезжает примерно на 100 вызовов, связанных с насилием в семье, и это количество составляет 25% от всех выездов за день.

В Народной Республике Бангладеш убийства мужьями своих жен составляют 50% всех убийств. В Бразилии до 1991 года убийство жены считалось законным, в связи с чем около 800 женщин в год были убиты их мужьями. В Канаде 62% женщин погибает от рук мужей или партнеров. В Эквадоре 8 из 10 женщин страдают от физического или психологического насилия в семье. При этом до 1989 года муж имел право заставить жену жить с ним, независимо от того, насколько издевательским и насильственным было его отношение к ней. В Европе каждый день до 4 тысяч женщин и детей проводят ночь в убежищах для жертв насилия в семье. В Норвегии 25% женщин подвергаются насилию в семье. В Перу из всех преступлений 70% составляют избиения женщин их партнерами. В Шотландии насилие в семье является вторым наиболее частым видом преступлений. В Боливии физическое нападение на жен рассматривается как преступление только в том случае, если в результате причиненных травм жена теряет трудоспособность, поэтому все иные действия мужчины являются фактически узаконенными. В 1990 году в Ираке был издан декрет, разрешающий мужчинам убивать своих жен за прелюбодеяние. Подобные законы существуют в Иране и Пакистане [4].

Выводы. То, что насилие над женщинами считается распространенным явлением во многих странах мира, не уменьшает его серьезности или негативного воздействия на физическое и психическое здоровье женщин. Его «живучесть», несмотря на прогрессивную социальную политику, указывает на необходимость принятия более эффективных политических мер, чтобы противостоять этому злу.

Общепризнанно, что проблема борьбы с домашним насилием является комплексной. Следовательно, и подходить к ее разрешению необходимо системно, в том числе и в общем профилактическом и сугубо правоохранительном плане.

Нужна, во-первых, мобилизация всех сил общества для предотвращения этой беды. При этом особый акцент нужно делать на активности и последовательности самих потерпевших, на оказание им своевременной и качественной юридической и психологической помощи. Во-вторых, необходима некоторая дополнительная практическая переориентация правоприменителей всех уровней для осознания значимости именно этой проблемы. В-третьих, нужно совершенствовать действующее законодательство, исходя из того, что недостаточно прямого указания в Уголовном кодексе Украины или Уголовном процессуальном кодексе Украины на соответствующий специальный состав преступления. Поскольку у нас и сейчас немало так называемых «спящих» норм права, которые необоснованно редко применяются на практике.

Более того, главным стимулом для активности и залогом нашего общего успеха является то, что ныне действующая Конституция Украины определяет в качестве приоритета защиту прав и свобод гражданина, и именно этому должна быть в первую очередь подчинена вся деятельность правоохранительных и судебных органов. В вопросах защиты прав человека Конституция Украины является непосредственно действующим правовым документом, на который можно и нужно прямо ссылаться в милиции, прокуратуре и суде.

Литература

1. Серебряков В.А. Проблемы комплексного криминологического исследования быта / В.А. Серебряков, А.П. Сыров // Вопросы борьбы с преступностью / редкол. : В.В. Клочков и др. – М. : Юридическая литература, 1980. – Вып. 33. – С. 27.
2. Для преодоления скрытой проблемы насилия в отношении женщин необходимы действия мирового масштаба [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.who.int.
3. Homicide trends in the United States / J.A. Fox, M.W. Zawitz // Office of Justice Programs / Bureau of Statistics US Department of Justice. – 2007. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=966.
4. Материалы по проблемам домашнего насилия // Программа правовых инициатив для стран Центральной и Восточной Европы американской ассоциации юристов. – М., 2000. – С. 37.

Аннотация

Данильченко И. Р. **К вопросу о масштабах распространения семейного (домашнего) насилия.** – Статья.

В статье предлагается анализ масштаба распространения семейного насилия во всем мире. Подтверждено преобладание потерпевших женского пола. Проведено изучение причин гендерного аспекта насилия. Предлагается системность в подходе к разрешению создавшейся проблемы.

Ключевые слова: насилие, семейное насилие, конфликт, насилие над женщиной.

Анотація

Данільченко І. Р. **До питання про масштаби поширення сімейного (домашнього) насильства.** – Стаття.

У статті дається аналіз масштабу розповсюдження сімейного насильства у світі. Підтверджено переважання потерпілих жіночої статі. Проведено вивчення причин гендерного аспекту насильства. Запропоновано системність у підході вирішення проблеми, яка склалася.

Ключові слова: насильство, сімейне насильство, конфлікт, насильство над жінкою.

Summary

Danilchenko I. R. **On the question of the prevalence of family (domestic) violence.** – Article.

The paper presents an analysis of the scale waves propagation of domestic violence throughout the world. Confirmed the predominance of female victims. The study of the causes of the gender dimension of violence. Offers a systematic approach to solving creates problems.

Key words: violence, domestic violence, conflict, and violence against women.

УДК 351.75 (470+476+410+430+73)

С. С. Юрко

УЧАСТЬ ГРОМАДЯН В ОХОРОНІ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Актуальність теми. На сьогодні основним законодавчим актом, що регулює участь пересічних громадян в охороні громадського порядку, є Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону». Проте за часів незалежності подібна активність громадян не набула належних масштабів, а їхня роль у справі протидії правопорушенням залишається наразі доволі скромною, незважаючи на те, що ще за радянських часів діяльність добровільних народних дружин та інших формувань мала масовий характер. Питання про те, чи є подібні громадські формування лише рудиментом, анахронізмом у правовому житті України, чи, навпаки, сучасна держава повинна бути зацікавлена в їхньому розвитку, якими можуть бути основні шляхи вдосконалення їхньої діяльності, будуть основними в цій роботі.

© С. С. Юрко, 2013

Аналіз останніх досліджень. Теоретичною основою проблематики теми стали праці видатних українських та російських вчених: В.Ф. Дерюжинського, В.И. Майорова, М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченко, Л.Л. Богачова. Робота написана на підставі самостійного дослідження законодавчої бази СРСР, зарубіжних країн та України стосовно громадських формувань з охорони громадського порядку та державного кордону.

Мета статті – дослідити з позицій теорії та практики основні проблеми функціонування громадських формувань з охорони громадського порядку та державного кордону, визначити можливі шляхи підвищення їхньої ролі в охороні громадського порядку в сучасних умовах, у тому числі й на основі аналізу досвіду країн світу.

Виклад основного матеріалу. Громадський порядок прийнято визначати як режим упорядкованості соціальними нормами (нормами права, моралі, корпоративними нормами, нормами-звичаями) системи суспільних відносин і їх дотримання [13, с. 395]. Поняття громадського порядку ширше за поняття правового порядку, оскільки в зміцненні й підтриманні першого важлива роль належить усім соціальним нормам. Правопорядок складається лише на підставі правових норм і внаслідок цього охороняється спеціальними державними правовими заходами. У забезпеченні дотримання громадського порядку так чи інакше беруть участь майже всі правоохоронні органи країни, а особливо підрозділи патрульно-постової служби міліції, дільничні інспектори міліції й спецпідрозділ «Беркут». Водночас у законодавстві передбачена й активна участь громадян.

У радянський період практика залучення громадян до охорони громадського порядку максимально узгоджувалася з теоретичними поглядами К. Маркса. Повинні були зникнути правоохоронні органи й армія. З теоретичного боку, абстрагуючись від фактів, у західній правовій доктрині цей концепт також прийнятний, адже знаходиться в тісній кореляції з ідеєю громадянського суспільства як системи недержавних, у тому числі з охорони громадського порядку, інститутів самоорганізації населення.

Відомо, що англо-американський просвітник Т. Пейн вважав, що чим більше розвинуте суспільство, тим менше воно потребує регулювання з боку держави й тим більше воно здатне до самоорганізації. Тому можна з впевненістю сказати, що ідея активного залучення населення до охорони громадського порядку не є суто радянською, а й повною мірою відповідає сучасній західній правовій доктрині й може бути використана для оцінки розвитку суспільства, його здатності до самоорганізації, рівня громадської свідомості.

Факти говорять про те, що на сьогодні через об'єктивні та суб'єктивні причини (недостатній рівень фінансування, обмежений штат, недовіра громадян, корупція, зростання злочинності тощо) державні правоохоронні органи не завжди здатні повністю забезпечити громадський порядок. Тому в Законом України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» № 1835-III від 22.06.2000 року була зроблена спроба реанімувати громадські інститути з охорони громадського порядку. Крім вищезазначеного закону, подібна діяльність регулюється Законом України «Про органи самоорганізації населення», Указом Президента України «Про додаткові заходи щодо поліпшення діяльності органів внутрішніх справ та громадських формувань з охорони громадського порядку»,

Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження типового статуту громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону» № 1872 від 20.12.2000 року.

Деякі заперечення викликало те, що Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» розглядає відповідні формування як громадські об'єднання. Це не дуже узгоджувалося із Законом України «Про об'єднання громадян», адже добровільне громадське формування розглядалося цим законом як таке, що створене на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод. Охорону громадського порядку чи державного кордону навряд чи можна назвати «інтересом». Проте новий Закон України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 року докорінно змінив правові та організаційні основи створення, діяльності й припинення громадських об'єднань. Громадське об'єднання, згідно з новим законом, – це добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших.

Слід зазначити, що подібні утворення з охорони громадського порядку й державного кодону можуть діяти в різних формах. Так, у ч. 2 ст. 1 Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» визначається, що такі утворення можуть бути створені на засадах громадської самодіяльності як зведені загони громадських формувань, спеціалізовані загони (групи) сприяння міліції та Державній прикордонній службі України, асоціації громадських формувань тощо.

Проте найбільш поширеними формами громадської участі в охороні громадського порядку історично були добровільні народні дружини (далі – ДНД).

Згідно з Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про основні обов'язки і права народних дружин по охороні громадського порядку» № 6007-VIII від 20.05.1974 року ДНД створювалися в СРСР за виробничо-територіальним принципом на підприємствах, у колгоспах, установах, організаціях, навчальних закладах, ЖЕКах, домоуправліннях, гуртожитках на основі волевиявлення трудового колективу або мешканців відповідної території, здійснювали свою діяльність на закріплених за ними мікрорайонах, вулицях, парках.

Проте в радянський період були й спеціалізовані ДНД, що діяли на приміському залізно-дорожньому сполученні, метро, брали участь у регулюванні дорожнього руху, охороні порядку на воді. Ті права й обов'язки, що закріплені в Законі України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону», для відповідних громадських формувань мало чим відрізняються від аналогічних, які визначені у вищезазначеному указі: можливість складати протоколи про адміністративні правопорушення, можливість доставляти правопорушників до міліції, перевіряти документи, що посвідчують особу, вимагати від громадян дотримання правопорядку, припинення адміністративних правопорушень і злочинів. Щоправда деякі права, порівняно з радянським періодом, стали обмеженими. Зокрема, це стосується права переслідування правопорушника, що переховується в громадських приміщеннях, для якого потрібна обов'язкова згода власника чи

уповноваженого органу, права безкоштовного проїзду в громадському транспорті, права затримувати та доставляти правопорушника до міліції, що, згідно із чинним законодавством, може здійснюватись лише спільно з працівниками міліції.

Відомо, що в 1990 році в Україні існувало понад 37 тисяч добровільних дружин і 132 асоціації ДНД (4,5 млн осіб), що утримувалися за кошти підприємств та організацій [11, с. 110]. Порівняймо: Закон України «Про чисельність Збройних Сил України на 2012 рік» передбачає чисельність армії на рівні 184 тисяч військовослужбовців.

Тобто з точки зору прав та обов'язків Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» надав відповідним утворенням фактично ті ж можливості, що були закріплені й у радянський період. Основна різниця, що зумовлює неоднакову їх ефективність, полягає в постійній підтримці, яку здійснювала радянська держава (надання приміщень, меблів, засобів зв'язку, транспорту), і в тому, що вони діяли при комсомольських, партійних і профсоюзних відділеннях, які знаходилися в кожному закладі (ВУЗ, підприємство, організація тощо). Це дозволяло створювати належні матеріально-технічні умови та забезпечували певну ідейність цієї роботи, без яких нині важко залучати громадян до переважно безоплатної діяльності з охорони правопорядку, яка пов'язана з ризиком. Після переходу до ринкових відносин і процесів приватизації приватні власники, зрозуміло, виявилися не зацікавленими в утримані ДНД, які створювалися переважно при підприємствах. І тому в сучасних ринкових умовах ідея відродження радянської системи охорони громадського порядку через об'єктивні причини та відсутність реальної мотивації в підприємств і в громадян видається малоймовірною.

У пострадянських республіках також не вдалося відродити повною мірою цей інститут. Наприклад, у Російській Федерації досі не має федерального закону про участь громадян в охороні громадського порядку, проте на території країни діють локальні нормативно правові акти, наприклад Закон міста Москви «Про Московську міську народну дружину» № 36 від 26.06.2002 року. Через надання права на безкоштовний проїзд у місті дружинниками переважно стають пенсіонери. У Республіці Білорусь законодавство щодо громадських формувань більш розвинене: діють Закон Республіки Білорусь «Про участь громадян в охороні правопорядку», Закон Республіки Білорусь «Примірне положення про добровільну дружину» та «Типове положення про порядок оформлення та діяльності позаштатних співробітників правоохоронних органів, органів і підрозділів із надзвичайних ситуацій, органів прикордонної служби Республіки Білорусь» (затверджені постановою Ради Міністрів Республіки Білорусь). Окремо регламентується діяльність добровільних пожежних дружин Постановою Кабінету Міністрів Республіки Білорусь «Про добровільні пожежні дружини на підприємствах, в установах і організаціях». В управлінні охорони правопорядку й профілактики ГУВС Мінміськвиконкому стверджують, що дружинники в Мінську з початку 2012 року допомогли виявити 429 адміністративних правопорушень. Нині в охороні правопорядку в Мінську бере участь 136 добровільних дружин, із них 82 – виробничі, 54 – територіальні. Загальна кількість дружинників у столиці – 4 518 осіб. Такі громадські формування правоохоронної спрямованості організовано майже в усіх вузах Мінська. Так, у

49 навчальних закладах функціонують добровільні дружини із загальною кількістю дружинників 1 264 особи [16].

У деяких західних, мусульманських, а також азіатських країнах діє «поліція моралі» у вигляді окремих підрозділів поліції та у вигляді спеціальних громадських формувань [12]. Компетенція та завдання таких утворень різні й залежать від країни: нагляд за дотриманням норм шаріату, боротьба з проституцією, алкоголізмом, засміченням вулиць тощо.

У Великобританії під час проведення масових заходів або великомасштабних операцій із розшуку злочинців або зниклих людей, коли виникає необхідність посилення регулярних поліцейських сил, до виконання обов'язків з охорони громадського порядку залучаються добровільні помічники поліції. У багатьох графствах і містах Великобританії існує інститут спеціальних констеблів, які виконують обов'язки зі сприяння регулярним силам поліції. На них поширюються права та обов'язки регулярних поліцейських. Вони несуть службу у вільний від своєї основної роботи час та отримують за це погодинну оплату. Добровільні помічники використовуються переважно за місцем проживання. Очевидно, це позитивно впливає на їхню активність, оскільки сприяє реалізації особистої зацікавленості в забезпеченні правопорядку.

З 1963 року у ФРН діє добровільна поліцейська служба. Добровольці після перевірки на придатність виконання поліцейських завдань і навчання зараховуються до регулярної поліції в постах чисельністю від 10 до 15 осіб. Після двотижневого проходження курсу початкової підготовки їх залучають до виконання обов'язків з охорони порядку переважно під час проведення масових заходів, для пошуку людей, а також у випадках виникнення необхідності посилення регулярних поліцейських формувань. За несення служби виплачується грошова винагорода, причому за участь у роботі понад чотири години нараховується надбавка.

У США практикується програма громадян-волонтерів. Вони виконують різні обов'язки, включаючи допомогу розшуковому персоналу, патрульній службі, виконання секретарських та адміністративних функцій, також надають допомогу співробітникам відділу відносин із громадськістю в різних громадських і молодіжних програмах. Жителі мікрорайону, які продемонстрували бажання взяти активну участь у підтриманні порядку серед жителів свого мікрорайону, можуть подати заяву, щоб стати волонтерами в патрулі. Вони їздять у спеціально помічених автомобілях і патрулюють мікрорайон, спостерігаючи за підозрілими особами, або за тим, що становить ризик для безпеки, намагаються надавати допомогу в запобіганні та знищенні настінних малюнків і виконують інші безпечні патрульні функції [14; 16].

У Російській Федерації цікавою виглядає практика створення козацьких дружин. Козачі дружини стали вперше залучатися для підтримки порядку на Кубані. Їхня діяльність поки що виглядає неоднозначною, а фінансування цих утворень здійснюється з бюджету Краснодарського краю, забезпечуючи зарплату на рівні працівника патрульно-постової служби, що наближає їх до держслужбовців, а не власне дружини як громадського об'єднання.

Ця практика виглядає цікавою для України з огляду на існування великої кількості козацьких громадських організацій у нашій країні, які зараз діють переваж-

но з метою відродження козацьких цінностей, вшановуючи пам'ять українського козацтва. Хоча, зрозуміло, законодавство України не забороняє створити громадське формування з охорони громадського порядку, що буде враховувати козацький спосіб життя. Наприклад, в м. Славута (Хмельницької області) діє громадське формування з охорони громадського порядку «Славутський курінь», що нараховує 180 чоловік, до його складу входять представники Славутської паланки «Козацтво Запорозьке». Протягом 2011 року за участю членів громадського формування «Славутський курінь» було розкрито 24 злочини, виявлено та задокументовано 53 адміністративні правопорушення [15]. Такі об'єднання особливо доцільно стимулювати в невеликих містах та селах. Адже зараз, як відомо, у селах, які часом знаходяться в десятках кілометрів одне від одного, один дільничний може обслуговувати одразу декілька населених пунктів.

Перспективною є ідея залучення студентів та курсантів навчальних закладів, що займаються підготовкою кадрів працівників міліції, як громадських помічників міліції та членів відповідних студентських дружин при закладах. Адже в радянські часи дружина розглядалася також і як інститут начальної підготовки кадрів міліції. Це дозволить наблизити навчальний процес до практики й сприятиме формуванню студента-випускника, який буде готовий одразу виконувати роботу в міліції, адже ці студенти матимуть змогу спільно з працівниками міліції виходити на патрулювання, складати протоколи про адміністративні правопорушення, затримувати правопорушників, допомагати охороняти порядок під час масових заходів тощо.

Донедавна в Україні була на законодавчому рівні передбачена ще одна форма залучення громадськості до охорони громадського порядку на індивідуальній основі. Ідеться про залучення на добровільних та громадських засадах позаштатних працівників правоохоронних органів, що виконували функції правоохорони, не будучи штатними співробітниками правоохоронних органів. Існували відповідні накази МВС «Про затвердження Інструкції про організацію роботи позаштатних дільничних інспекторів міліції» № 19 від 6.01.1994 року та «Про організацію роботи позаштатних співробітників Державтоінспекції» від 20.08.1993 року. Згодом ці підзаконні акти втратили чинність, і на сьогодні Наказ МВС України «Про затвердження Положення про службу дільничних інспекторів міліції в системі Міністерства внутрішніх справ України» від 11.11.2010 року визначає лише таку форму залучення громадськості, як громадський помічник.

Статус позаштатних працівників МВС та громадських помічників дещо відрізняється. Так, громадськими помічниками дільничних інспекторів міліції можуть бути лише члени громадських формувань з охорони громадського порядку, які позитивно характеризуються за місцем роботи, навчання та проживання, здатні за своїми діловими й моральними якостями виконувати поставлені перед ними завдання, виявили бажання до співпраці з органами внутрішніх справ та рекомендовані загальними зборами громадських формувань з охорони громадського порядку. Тобто ними є члени громадського формування з охорони правопорядку, які на громадських засадах надають допомогу й сприяють дільничним інспекторам міліції в здійсненні заходів щодо охорони громадського порядку, боротьби із злочинністю, профілактики скоєння правопорушень, у тому числі особами, які перебувають

на обліку органів внутрішніх справ, вирішення інших завдань. До позаштатних дільничних інспекторів міліції вимоги щодо обов'язкового членства в громадській організації з охорони громадського порядку не висувалися, і вони фактично були повноцінними дільничними інспекторами, які входили до структурного підрозділу міліції громадської безпеки.

Висновки. У сучасних умовах постійного росту кількості правопорушень кожна держава зацікавлена в активному залученні громадськості до охорони громадського порядку. Значних успіхів в цій сфері досяг СРСР. За деякими оцінками в 1990 році в Україні нараховувалося близько 4,5 млн народних дружинників. Подібна масовість участі громадян пояснюється існуванням подібних утворень при підприємствах, установах організаціях державної форми власності. Держава повністю забезпечувала їхню діяльність, матеріально-технічне забезпечення, надавала пільги членам трудового колективу, які брали участь в охороні громадського порядку. З переходом до ринкових умов та з урахуванням процесів приватизації приватні підприємці виявились не зацікавленими в утримані народних дружин. Повернення до ідеї участі громадян в охороні громадського порядку відбулося з прийняттям Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку та державного кордону» в 2000 році та низки підзаконних актів, що створили відповідну законодавчу базу. Незважаючи на це, відсутність держаної підтримки та громадської свідомості громадян зумовлюють недостатню ефективність таких утворень. Вважаємо перспективною ідею залучення студентів та курсантів навчальних закладів, які займаються підготовкою кадрів працівників міліції, як громадських помічників міліції та членів відповідних студентських дружин при навчальних закладах, оскільки в радянські часи дружина розглядалася і як інститут начальної підготовки кадрів міліції.

Література

1. Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22.06.2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1835-14.
2. Про органи самоорганізації населення : Закон України від 11.07.2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2625-14.
3. Про громадські об'єднання : Закон України від 22.03.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4572-17.
4. Про додаткові заходи щодо поліпшення діяльності органів внутрішніх справ та громадських формувань з охорони громадського порядку : Указ Президента України від 16.06.1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/650/99.
5. Про затвердження типового статуту громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.12.2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1872-2000-п.
6. Про затвердження Положення про службу дільничних інспекторів міліції в системі Міністерства внутрішніх справ України : Наказ МВС від 11.11.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1219-10.
7. Про затвердження Інструкції про організацію роботи позаштатних дільничних інспекторів міліції : Наказ МВС від 6.01.1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0019-94.
8. Про організацію роботи позаштатних співробітників Державтоінспекції : Наказ МВС від 20.08.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0128-93.

9. Про основні обов'язки і права народних дружин по охороні громадського порядку : Указ Президії ВР СРСР від 20.05.1974 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/P746007.html.
10. О московской городской народной дружине : Закон города Москвы от 26.06.2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uvao.ru/uvao/ru/ryazanskiy_your_security/o_126769
11. Енциклопедія сучасної України : у 14 т. / ред. рада : І.М. Дзюба (співгол.), А.І. Жуковський (співгол.), М.Г. Железняк (відпов. сек.) та ін. – К. : Ін-т енциклопедичних досліджень НАН України, 2008– . – Т. 8. – 2008. – 715 с.
12. Дерюжинский В.Ф. Полицейское право : [пособие для студентов] / В.Ф. Дерюжинский. – СПб. : Сенатская типография, 1903. – 130 с.
13. Загальна теорія держави і права : [підручник] / [М.В. Цвік, В.Д. Ткаченко, Л.Л. Богачова та ін.] ; за ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – 432 с.
14. Майоров В.И. Организация деятельности по охране общественного порядка в США, странах Европы и России : [учебное пособие] / В.И. Майоров. – Челябинск : Полиграф-Мастер, 2003. – 50 с.
15. На Славутчині правоохоронцям активно допомагають члени громадських формувань [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mia.km.ua/arc/archivof/2012/06/07-06-12.html.
16. Столичные дружинники на страже порядка [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.brsm.by/ru/news/main?id=3828.

Анотація

Юрко С. С. **Участь громадян в охороні громадського порядку: проблеми та перспективи.** – Стаття.

У статті розглянуто основні форми участі громадян в охороні громадського порядку та державного кордону, їхнє правове регулювання, стан та напрями вдосконалення. Проаналізовано практику залучення громадян до участі в охороні громадського порядку в зарубіжних країнах: Росії, Білорусії, Великобританії, США, Німеччині. Досліджено діяльність та правове регулювання добровільних народних дружин у СРСР, а також проблематику відтворення радянської моделі народних дружин у сучасних ринкових умовах.

Ключові слова: добровільна народна дружина, громадське об'єднання з охорони громадського порядку та державного кордону, громадський помічник правоохоронного органу, позаштатний працівник правоохоронного органу, волонтер, спеціальний констебль.

Аннотация

Юрко С. С. **Участие граждан в охране общественного порядка: проблемы и перспективы.** – Статья.

В статье рассмотрены основные формы участия граждан в охране общественного порядка и государственной границы, их правовое регулирование, состояние и направления совершенствования. Проанализирована практика привлечения граждан к участию в охране общественного порядка в зарубежных странах: России, Белоруссии, Великобритании, США, Германии. Исследовано деятельность и правовое регулирование добровольных народных дружин в СССР, а также проблематику воссоздания советской модели народных дружин в современных рыночных условиях.

Ключевые слова: добровольная народная дружина, общественное объединение по охране общественного порядка и государственной границы, общественный помощник правоохранительного органа, внештатный работник правоохранительного органа, волонтер, специальный констебль.

Summary

Yurko S. S. **Citizens' participation in protection of public order and state boarder: problems and prospects.** – Article.

The article reveals basic forms of citizens' participation in protection of public order and state boarder, it's legal regulation, status and improvement directions. Practice of enrolling citizens' participation in public order protection in foreign countries: Russia, Belarus, Great Britain, the USA, Germany has been analyzed. Activity and legal regulation of civilian patrols in the USSR and problems of reconstruction the Soviet model of civilian patrols in current market conditions have been examined.

Key words: civilian patrols, civil association of public order and state border, civil assistant of law enforcement agency, freelance law enforcement officer, volunteer, special constable.

УДК 542.511:17.022.1(477+73).001.36

Р. О. Коваленко

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ ПОЛІТИЧНОГО ІМІДЖУ ПРЕЗИДЕНТА В УКРАЇНІ ТА В США

Постановка проблеми. Із моменту введення посади Президента України велика увага приділялася питанню заміщення цієї посади. Основні положення, які стосуються відповідних виборів, закріплюються в Конституції України – Основному Законі. У зв'язку з тим, що наразі відбувається комплексне оновлення цього акта (а саме Конституційною Асамблеєю вже розроблена Концепція внесення змін до Конституції України), важливим науковим завданням є доктринальне підкріплення цього процесу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання політичного іміджу, імідж-технологій знаходяться на межі юридичних та політичних наук, зокрема на межі конституційного права та досліджень політичних інститутів і процесів. Відповідно, вони привертають увагу як політологів, так і юристів.

Варто зазначити, що до останніх робіт у сфері конституційного права належить низка публікацій М. Афанасьєвої, яка активно досліджує проблеми виборчої інженерії. Вчений зазначає, що виборча інженерія – це «законодавче проектування елементів виборчої системи та правил поведінки суб'єктів (учасників) виборчого процесу з метою досягнення заданого політико-правового результату» [1, с. 281].

Серед останніх досліджень політичного спрямування варто також звернути увагу на дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата політичних наук І. Купцової «Імідж-технології в політичному процесі сучасної України» (м. Одеса, 2013 р.). Зокрема, розглядаючи особливості конструювання імідж-технологій у формуванні політичного лідерства, дослідник визначив імідж як єдине комплексне джерело інформації про політичного лідера [2, с. 9].

Однак невелика кількість українських дослідників цих проблем звертаються до зарубіжного досвіду, зокрема до досвіду США. У сфері політичних наук прикладом такого дослідження може бути дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата політичних наук Т. Моторнюк «Виборчі технології у сучасному електоральному процесі України: рецепція досвіду США» (м. Чернівці, 2011 р.). У науці конституційного права відповідні дослідження на сьогодні відсутні, що зумовлює актуальність цієї статті.

Метою статті є аналіз конституційних основ політичного іміджу президента в Україні та в США.

Виклад основного матеріалу дослідження. Законодавство кожної держави містить норми, на підставі яких відбувається формування іміджу провідних політиків країни. Звісно, під час формування іміджу вони керуються власними побажаннями, порадами експертів-іміджмейкерів, партійними програмами, суспільними потребами та прагненням їх задовольнити тощо. Усі ці складові політичного іміджу досліджують фахівці з політичних наук. Однак основою для формування політичного іміджу є норми чинного законодавства, переважно норми конституційного права.

© Р. О. Коваленко, 2013

Такі норми доцільно угрупувати залежно від їхнього змісту:

1) норми, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади;

2) норми, що містять порядок проведення передвиборної агітації.

Норми другої групи є нормами переважно процесуального права. Норми першої групи відрізняються тим, що вони здебільшого належать до норм матеріального права, констатуючи ті чи інші вимоги.

У цій статті розглянуто тільки норми, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади. Норми цієї групи є неоднорідними. Вони містять вимоги до:

– кандидатів на посади в органах публічної влади;

– осіб, які вже займають ці посади.

Розглядаючи конституційні основи політичного іміджу глави держави в Україні та в США, зупинимось на тих конституційних нормах, які впливають на імідж кандидатів на ці посади, та на тих, які адресуються обраним президентам.

Вимоги до кандидатів на посаду Президента України, що містяться в Конституції України, мають загальний та спеціальний характер. До загальних вимог належать норми розділу ІІІ, що стосуються осіб, які реалізують своє пасивне виборче право. Зокрема, у ст. 70 зазначається: «Право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними» [4]. Стаття 71 містить принципи виборчого права: вибори відбуваються на основі загального, рівного й прямого виборчого права шляхом таємного голосування. До політичного іміджу найбільше відношення має принцип рівності виборчого права. Він розповсюджується не тільки на осіб, які мають активне виборче право, але й пасивне також. Причому це стосується не тільки виборів Президента України, а й інших виборів.

На відміну від Основного Закону України, Конституція США не містить норм загального характеру, які б застосовувалися до всіх осіб, що реалізують своє виборче право, у тому числі пасивне. До її тексту включено лише вимоги спеціального характеру, які передбачають, хто може бути кандидатом на посаду Президента США (розділ 1 ст. ІІ). Аналогічні норми спеціального характеру містяться в розділі V «Президент України», зокрема в ст. 103. Порівняння вимог, які конституції аналізованих країн висувають до кандидатів на посаду президента, наведено в таблиці.

Таблиця

Умови реалізації пасивного виборчого права
на виборах президента за конституціями України та США

Вимога	Конституція України	Конституція США
Ценз громадянства	Громадянин України	Громадянин США за народженням
Віковий ценз	35 років та більше	35 років та більше
Наявність активного виборчого права	Так	

Ценз осілості	Проживання в Україні протягом 10 останніх років перед днем виборів	Проживання в США протягом 14 років
Мовний ценз	Володіння державною мовою	

Як бачимо, співпадають вимоги щодо цензу громадянства, а також нижньої планки вікового цензу. Цікаво, що жодна з конституцій не містить максимальний віковий ценз, який можна було б застосувати до глави держави. Зазначимо, що все більше зарубіжних країн встановлюють не тільки мінімальний, але й максимальний вік для кандидатів на посаду президента. До того ж Конституція США передбачає необхідність бути громадянином за народженням [5]. Поки що ця вимога ніколи не створювала проблем для кандидатів, що балотувались на посаду президента. Як правило, «сильні» кандидати просто не висувають свої кандидатури. Наприклад, ЗМІ вказують, що в разі, якщо б екс-губернатор Каліфорнії А. Шварценеггер та один із сенаторів від Техасу Т. Круз були б громадянами США за народженням, їхні шанси на перемогу були б надзвичайно високими [6]. Проте стосовно Т. Круза питання є спірним, оскільки федеральне законодавство не містить чіткої вказівки на те, хто саме є громадянином США за народженням. Імовірно, що в справі Т. Круза необхідним буде звернення до суду. Перед виборами 2008 р. аналогічне питання вирішувалося стосовно кандидата від республіканської партії Дж. Маккейна, який народився на території авіабази ПВС США поза межами країни, а перед виборами 1964 р. – стосовно Б. Голдвотера, який народився у 1904 р. в Аризоні – 48-му штаті США, який набув цей статус лише в 1912 р. Обидва були зареєстровані кандидатами на посаду Президента США, хоча за підсумками виборів програли.

Зазначимо, що в Україні практика стосовно необхідності народження саме на території України, навіть коли вона перебувала в складі інших держав, є аналогічною. Так, Л. Кравчук народився в 1934 р. в селі Великий Житин, яке належало до Волинського воєводства (Польща). У 1939 р. ця територія перейшла до СРСР (УРСР) та стала вважалась Рівненською областю.

Конституція США є також більш суворою щодо кількості років, які необхідно прожити на території країни перед президентськими виборами. Натомість вона не містить вимог мати активне виборче право (презюмується, що кандидат матиме його) та володіти державною мовою. Адже, по-перше, Конституція США була прийнята ще до того, як поняття «державна мова» стало розповсюдженим, а по-друге, у США цей термін не використовується й досі, а статус офіційної мови має англійська.

Термін повноважень глави держави Конституція України визначає в 5 років, а Конституція США – у 4 роки. Можливим є повторне обрання на посаду на такий же строк. Виходячи із цієї конституційної вимоги, формування політичного іміджу глави обох держав має довготерміновий характер та має здійснюватися стратегічно, а не стихійно. Під час формування іміджу політика важливо врахувати вимоги до кандидатів на посади, які він прагне зайняти, щоб не витрачати зайві ресурси в разі його неможливості претендувати на певну посаду, у цьому випадку – на посаду глави держави. Або навпаки, залучити додаткові ресурси та мати достатньо часу,

щоб заздалегідь, ще до початку виборчої кампанії, звернутися до суду чи вдатися до інших дій, необхідних для того, щоб бути зареєстрованим кандидатом на посаду.

Здійснення повноважень президентів традиційно починається після прийняття ними присяги. Тексти присяг містить ст. 104 Конституції України та розділ 4 ст. II Конституції США (до речі, традиція приймати присягу під час вступу на посаду глави держави походить саме із США, а отже, ця присяга є найстарішою президентською присягою у світі [7, с. 233]).

Після того, як президент прийняв присягу, він керується нормами конституції та чинного законодавства країни. Відповідно, іміджмейкери, плануючи дії щодо побудови позитивного політичного іміджу глави держави, завжди беруть до уваги ці норми, особливо якщо вони містять певні заборони.

Глава V Конституції України місить низку норм, які регламентують повсякденну діяльність Президента України. Наприклад, відповідно до ст. 103 Президент України не може мати іншого представницького мандата, обіймати посаду в органах державної влади або в об'єднаннях громадян, а також займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю чи входити до складу керівного органу або наглядової ради підприємства, що має на меті отримання прибутку. Стаття 111 Конституції України встановлює основні етапи процесу імпічменту Президента України. Зокрема, для планування дій глави держави іміджмейкерам треба пам'ятати, що в Україні приводом для того, щоб розпочати процедуру імпічменту Президента України, є вчинення державної зради або іншого злочину. Ця стаття Конституції України поки що не використовувалася. Проте варто звернути увагу на те, що вона є дуже лаконічною, а в Україні відсутній закон, який би детально регламентував порядок проведення імпічменту, тривалість його стадій тощо.

Конституція США в ст. II стосовно Президента США містить положення, які багато в чому є аналогічними наведеним вище нормам Основного Закону України. Зокрема, вона передбачає, що Президент США у встановлені терміни отримує за свою службу винагороду, яку не можна ні збільшити, ні зменшити протягом періоду, на який він був обраний, і в межах цього періоду він не може отримувати ніяких інших доходів від Сполучених Штатів Америки в цілому чи від будь-якого штату зокрема. У розділі 4 ст. II йдеться про те, що главу держави може бути усунено з посади після засудження в порядку імпічменту за державну зраду, хабарництво чи інші серйозні злочини й місдімінори (серйозні проступки). У США імпічмент, відповідно до ст. I Конституції США, ініціюється Палатою представників США та розглядається Сенатом США, який за наявності 2/3 голосів приймає остаточне рішення. За весь період існування посади Президента США імпічмент ініціювався двічі – у 1868 р. стосовно Е. Джонсона, якого звинувачували в незаконній відставці одного з міністрів, та в 1998–1999 р. стосовно Б. Клінтона, якого звинувачували в дачі неправдивих свідчень та в перешкоджанні правосуддю.

Таким чином, конституції України та США передбачають відносно невеликий перелік обмежень діяльності глави держави під час виконання їм своїх повноважень. Найбільш важливими питаннями в обох країнах визнані заборона мати

інший представницький мандат, основи фінансового забезпечення президентів та такий спосіб дострокового припинення їхніх повноважень, як імпічмент. При цьому в США перелік підстав для імпічменту є більш широким, що в сукупності з наявністю актів, конкретизуючих відповідні конституційні норми, призвело до ініціювання імпічменту двох президентів країни.

Розгляд конституційних основ політичного іміджу глави держави в Україні та в США вказує на те, які основні демократичні цінності в країні: принцип рівності, запобігання необмеженій кількості термінів перебування на посаді президента, застосування до глави держави принципу розподілу влади, а також системи стримувань і противаг, які його доповнюють, обмеження корупційних діянь та неможливість знаходження на посаді президента осіб, які протягом терміну своїх повноважень вчинили злочини.

Висновки. На підставі розгляду конституційних основ політичного іміджу президента в Україні та в США було зроблено такі висновки. Запропоновано класифікувати правові норми про посадових осіб органів публічної влади залежно від їхнього змісту на такі, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади (як правило, це норми матеріального права), та такі, що містять порядок проведення передвиборної агітації (як правило, це норми процесуального права). Норми, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади, у свою чергу запропоновано поділяти на такі, що містять вимоги до кандидатів на посади в органах публічної влади, та такі, що містять вимоги до осіб, які вже займають ці посади. Змістовне наповнення кожної із запропонованих груп розглянуто на прикладі такої посадової особи, як глава держави, із використанням конституцій України та США. Перспективи подальших досліджень вбачаються в аналізі норм чинного законодавства, які конкретизують конституційні положення та враховуються під час формування політичного іміджу президента в Україні та в США.

Література

1. Афанасьєва М.В. Суб'єктивація та суб'єктивізм у виборчій інженерії / М.В. Афанасьева // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – № 60. – С. 281–287.
2. Купцова І.І. Імідж-технології в політичному процесі сучасної України : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути та процеси» / І.І. Купцова ; Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича. – Чернівці, 2013. – 20 с.
3. Моторнюк Т.М. Виборчі технології у сучасному електоральному процесі України: рецепція досвіду США : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути, процеси та технології» / Т.М. Моторнюк ; Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича. – / Чернівці, 2011. – 20 с.
4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 142.
5. Конституція США [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html.
6. Dugging S. Is Ted Cruz a natural-born citizen eligible to serve as president? / S. Dugging [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://news.yahoo.com/ted-cruz-natural-born-citizen-eligible-serve-president-100207138--politics.html.
7. Мишина Н.В. Конституционное право Соединенных Штатов Америки / Н.В. Мишина // Мишина Н.В. Государственное право зарубежных стран : [курс лекций] / Н.В. Мишина, В.А. Михалев, В.А. Куранин, Д.Е. Волкова. – К. : Юринком Интер, 2012. – С. 223–258.

Анотація

Коваленко Р. О. **Конституційні основи політичного іміджу президента в Україні та в США.** – Стаття.

У статті запропоновано класифікувати правові норми про посадових осіб органів публічної влади залежно від їхнього змісту на такі, що містять вимоги до осіб, які займають посади в органах публічної влади (як правило, це норми матеріального права), та такі, що містять порядок проведення передвиборної агітації (як правило, це норми процесуального права). Змістовне наповнення кожної із запропонованих груп розглянуто на прикладі такої посадової особи, як глава держави, з використанням конституцій України та США.

Ключові слова: глава держави, президент, політичний імідж, Президент України, Президент США.

Аннотация

Коваленко Р. О. **Конституционные основы политического имиджа президента в Украине и в США.** – Статья.

В статье предложено классифицировать правовые нормы о должностных лицах органов публичной власти в зависимости от их содержания на содержащие требования к лицам, занимающим должности в органах публичной власти (как правило, это нормы материального права), и содержащие порядок проведения предвыборной агитации (как правило, это нормы процессуального права). Содержательное наполнение каждой из предложенных групп рассмотрено на примере такого должностного лица, как глава государства, с использованием конституций Украины и США.

Ключевые слова: глава государства, президент, политический имидж, Президент Украины, Президент США.

Summary

Kovalenko R. O. **Constitutional basics of the president's political image in Ukraine and in the USA.** – Article.

The paper proposes to classify the norms of statute of officials of public authorities, depending on their contents: to those which contain requirements for persons holding positions in the government (usually the substantive law), and those which contain the demands of the election campaign (usually the procedural rules). Content of each of the proposed groups is analyzed in the article, using the example of such officer as the head of state and texts of constitutions of Ukraine and the USA.

Key words: head of state, president, political image, President of Ukraine, President of the USA.

УДК 340:37.001.73-057.36(477)

А. І. Годяк

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ ОСВІТИ ПРАЦІВНИКІВ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

Актуальність теми дослідження. Демократичні перетворення в сучасному суспільстві, масштабність соціально-правових реформ у державі ставлять перед органами внутрішніх справ, зокрема Міністерством внутрішніх справ України, якісно нові вимоги, спрямовані на вдосконалення діяльності працівників міліції. Їх діяльність повинна відповідати сучасним міжнародно-правовим стандартам і потребам демократично-правової держави. Провідне місце в такому контексті посіла правова освіта співробітників міліції. Ця інституція сприяє створенню демократичних засад їх функціонування та відповідає ліберально-демократичним традиціям і вимогам Конституції України.

Практична участь міліції в розбудові правової держави відбувається шляхом розв'язання таких завдань, як боротьба з корупцією, організованою злочинністю, хабарництвом, особливо в середовищі правоохоронних органів; захист прав і сво-

© А. І. Годяк, 2013

бод людини й громадянина; недопущення у своїй діяльності незаконних обмежень і порушень законних інтересів громадян; втілення в життя органами внутрішніх справ України загалом та міліцією зокрема принципу взаємної відповідальності держави й особи; кадрове забезпечення міліції в умовах перехідного періоду; підвищення авторитету міліції, довіри до неї з боку населення; подолання правопорушень серед працівників міліції; реорганізація системи правоохоронної діяльності, забезпечення нової філософії їх діяльності, яка передбачає високий рівень правової культури працівників правоохоронних органів [1, с. 49–50].

Огляд літератури за темою. Проблематиці становлення нових моделей юридичної освіти спеціалістів у сфері правоохоронної діяльності присвятили наукові доробки такі вчені, як Я.Ю. Кондратьєв, О.П. Білий, В.С. Медведєв, В.В. Чернєй, С.Д. Гусарев, О.Д. Тихомиров та інші.

Метою статті є виявлення фундаментальних підстав реформування системи правової освіти працівників органів внутрішніх справ України.

Виклад основного матеріалу. Важливою умовою вирішення зазначених завдань є підвищення рівня правової освіти працівників міліції, що вплине на покращення ефективності їх діяльності, створення нових умов для розбудови правової держави.

У контексті нашої проблеми працівник міліції розглядається не лише як представник органу виконавчої влади в системі державної структури та органів внутрішніх справ України, а й суб'єкт, який безпосередньо організовує роботу в напрямі розбудови соціально-правової та демократичної держави. Я.Ю. Кондратьєв стверджує: «Це особливий, цілком конкретний соціальний інститут, призначення якого практично завжди залишається незмінним – захищати права і свободи людини, забезпечувати її майнову безпеку, бути сприйнятим суспільством та бути опорою влади в державі» [2, с. 6]. Міліцію розглядають у чинному законодавстві як державний озброєний орган, що покликаний захищати життя громадян, інтереси держави й суспільства від протиправних посягань. Саме міліція найбільшою мірою має справу з населенням та уособлює авторитет держави. Здебільшого через діяльність міліції в пересічних громадян складається враження про державу й державну владу, формується ставлення до держави, довіра чи недовіра до діяльності державних органів у цілому. На неї покладається функція державного примусу, що є важливою формою забезпечення виконання приписів законодавчої влади. Саме ці преференції приводять нас до висновку щодо необхідності реформування правової освіти працівників органів внутрішніх справ (далі – ОВС) України.

Нові вимоги до діяльності правоохоронних органів пов'язуються також зі специфічними умовами життєдіяльності суспільства, що потребують підвищення правової освіти не лише населення, а й самих співробітників міліції. Це пов'язується насамперед із необхідністю кваліфікованого й компетентного осмислення та переосмислення нових процесів, які відбуваються в нашому суспільстві. Зокрема, ідеться про реформування ринкових відносин, впровадження нових форм власності, не регламентованих законодавством; виникнення злочинних угруповань, які отримують величезні незаконні доходи, спекулюючи на юридичній неврегульованості деяких процесів в економіці та правовій безграмотності населення; зрощення криміналітету з державними структурами; масову політизацію суспільства та

поширення таких негативних політичних явищ, як популізм, екстремізм, радикалізм, тероризм тощо; інтенсивне розшарування населення, що супроводжується масовим зубожінням жителів, виникненням феномена бідності; зниження рівня політичної й правової культури населення, посадових осіб і працівників правоохоронних органів; «тінізація» частини економіки, зростання в суспільстві корупції, хабарництва, зокрема й серед працівників правоохоронних органів, що є особливо небезпечним та знижує довіру населення до їх діяльності.

Ці проблеми існують не нарізно, а у взаємодії, породжують нову нестабільність у суспільстві, ставлять перед органами внутрішніх справ України нові, вкрай важкі для розв'язання питання, зокрема посилення боротьби з організованою злочинністю й корупцією, тероризмом, торгівлею людьми, незаконним обігом наркотичних засобів, зброї та вибухових речовин. У зв'язку із цим виникає проблема виховання якісно нового співробітника міліції, який відповідає не лише потребам демократичного суспільства, а й черговим викликам часу. Такі обставини вимагають від працівників міліції високого рівня як професійної, так і правової освіти.

У своїй діяльності міліція орієнтується на загальнолюдські цінності, визначальну роль природного права в житті суспільства, згідно з яким первісно існують морально-правові норми про добро та зло, справедливість, рівність, гідність людини, на невід'ємні права людини на життя, свободу, недоторканість, які ні виконавча, ні законодавча, ні судова влада не можуть ігнорувати чи відміняти під будь-яким приводом. Ці загальнолюдські цінності не даруються державою, а лише фіксуються в Конституції України та на її основі – у чинному законодавстві. А тому постає дилема співвідношення загальнолюдських цінностей і позитивного права як фундаменту правової освіти в ОВС.

У сучасний період розвитку нашого суспільства правова освіта працівників міліції виступає насамперед одним із видів групової професійної правової освіти, яка формується також через процес реалізації права. Вона являє собою сукупність учень, навичок, знань, поглядів, оцінок, переконань, установок, що полягають у визнанні важливості, необхідності соціальної цінності права та забезпечують якісне дотримання, виконання, використання й застосування правових норм у процесі життєдіяльності, попередження правопорушень, юрисдикційного функціонування, надання соціальної допомоги населенню на основі принципів законності, гуманізму, гласності, поваги до особи та соціальної справедливості [3, с. 77]. Правова освіта цієї категорії спеціалістів виражає не лише загальні, професійні риси, а й особливості, які притаманні працівнику ОВС України як індивіду. Завдяки її цілісному характеру та найбільш виразній взаємодії з правовими явищами їй належить інтегруюча й координуюча роль серед інших форм групової правової освіти.

В умовах демократизації суспільства авторитет міліції значною мірою залежить від її тісного зв'язку з населенням, розвитком гласності в її діяльності. З огляду на це Міністерство внутрішніх справ (далі – МВС) України «дещо змінює підходи до критеріїв оцінки роботи правоохоронних органів, з кількісних на якісні: ось як повинна формуватись оцінка їх діяльності населенням, довіра до міліції з боку населення» [4].

Особливість взаємовідносин міліції та населення полягає, по-перше, в тому, що існує особливе ставлення до органів державної влади, яке можна визначити так: «до-

віра» або «недовіра». По-друге, виникає проблема відмови від співробітництва чи допомоги міліції з боку населення, розширення так званих латентних злочинів, небажання громадян заявляти в міліцію про ті чи інші злочини, жертвами або свідками яких вони стали. По-третє, стиль і методи роботи різних міліцейських служб із населенням, факти протиправних дій співробітників міліції, перевищення службових повноважень, невиправданого використання примусу у своїй роботі, жорстокої поведінки із затриманими й підозрюваними також є яскравим показником рівня професіоналізму та правової освіти працівників міліції. Усе це слід враховувати під час реформування правової освіти працівників ОВС України. Наприклад, усвідомлення рівня довіри населення до міліції та представників інших сфер життя: довіра населення до діяльності вчителів становить 52,2%, військових – 34%, священників – 31%, міліціонерів – 10%, банкірів – 7%, політиків – 2% [5, с. 29].

Особливо негативне ставлення населення до правоохоронних органів тісно пов'язується з правопорушеннями серед самих співробітників органів внутрішніх справ України. Це проявляється в корупції та хабарництві; зловживанні владою й використанні службового становища в корисливих цілях; компрометуючих вчинках, наприклад вживанні алкоголю; порушенні обліково-реєстраційної дисципліни, укритті від реєстрації інформації про правопорушення; необґрунтованому порушенні кримінальної справи; належності до злочинних угруповань [6, с. 13]. На жаль, такі правопорушення лише однією правовою освітою не викорінити. Тут є необхідним цілий комплекс заходів, де правова освіта повинна посідати провідне місце.

У діяльності органів внутрішніх справ правова освіта тісно пов'язується із забезпеченням законності, що полягає в точному дотриманні працівниками міліції вимог і принципів права, суворій підзвітності всієї правозастосовної діяльності та суворій субординації актів, які видаються органами внутрішніх справ України. Однак зміст законності в суспільстві, яке вважає себе демократичним, полягає не лише у факті існування та в навіть чіткому втіленні юридично досконалого законодавства, а в тому, що воно адекватно, глибоко й усебічно втілює гуманістичні цілі, демократичні ідеали та загальнолюдські цінності. Таке втілення можуть здійснити лише висококваліфіковані та професійно освічені працівники.

За ініціативою МВС України Верховна Рада України прийняла низку нормативно-правових актів щодо боротьби з корупцією, які відкрили можливості для профілактики корупційних діянь, реального впливу на корумпованих працівників. Саме на основі цих законодавчих актів посадових осіб органів внутрішніх справ України притягують до адміністративної, а не дисциплінарної відповідальності за здійснення корупційних діянь. Внаслідок реалізації вимог згаданих нормативних актів складено майже 3,9 тис. адміністративних протоколів, з них 2,8 тис. щодо державних службовців, 162 – депутатів різних рівнів [5]. За останній рік проти працівників міліції як порушників закону було порушено понад 200 кримінальних справ, переважно за фактами корупційних діянь, незаконного привласнення та збуту зброї, збереження наркотичних речовин, хабарництва. Однак результати аналізу дотримання законності в діяльності працівниками міліції показали прямий зв'язок порушення чинного законодавства з погіршенням умов життя працівників міліції: за цей період за тих же обставин із міліції звільнилося понад 3 тис.

працівників. На жаль, кожне правопорушення, скоєне співробітником міліції, є не лише певним показником рівня правової освіти, а й відображенням мікроклімату в системі органів внутрішніх справ України та своєрідним показником загального стану справ в органах внутрішніх справ України.

Проте не можна упереджено ставитися до всіх працівників міліції. Серед них більшість таких, які чесно й сумлінно виконують свій обов'язок, жертвують власним життям, охороняючи закон і безпеку громадян. Нова концепція правоохоронної діяльності передбачає підвищену позитивну увагу до працівників міліції з боку держави, правову захищеність самих охоронців. В.В. Чернєй зазначає: «У правовому плані діяльність міліції має бути відносно автономною, захищеною від чвар і примх вищих державних чиновників, використання їх у політичних цілях. Закон і тільки закон мусить бути єдиним орієнтиром у роботі органів внутрішніх справ України» [7, с.13]. Так, за відсутності реальних правових гарантій захищеності працівників міліції сподіватися на покращення діяльності ОВС внаслідок реформування правової освіти працівників було би вкрай самовпевнено.

Європейський вектор розвитку нашої держави зобов'язує виконувати цивілізовані демократичні стандарти, підпорядковувати свою діяльність відповідно до вимог міжнародного права. У міжнародних документах сформульовано також вимоги щодо правової освіти працівників правоохоронних структур. На найвищому міжнародному рівні викладено провідні стандарти щодо професійного навчання працівників правоохоронних органів тих держав, які прагнуть увійти в коло європейської спільноти [8, с. 339–371]. Завдання цих стандартів полягають у тому, щоб піднести національні вимоги щодо правової освіти до рівня європейських і світових [9, с. 161].

Частину цих вимог уже враховано, вони працюють у правовому полі України, а деякі ще не трансформовано, вони чекають цивілізованого вирішення. Особливо важливим у цьому контексті для співробітників міліції є забезпечення вільної правової освіти. Вільний вибір правової освіти є невід'ємним правом людини та має організаційно забезпечуватися.

Висновки. Таким чином, ми вважаємо проведення реформування правової освіти працівників міліції актуальною проблемою з огляду на загальне реформування системи правової освіти та адаптації її до назрілих потреб часу. Тому перед Міністерством внутрішніх справ України стоїть завдання реформувати систему правової освіти правоохоронних органів із метою створення якісно нової української міліції, діяльність якої відповідатиме сучасним світовим стандартам.

Література

1. Мурашин О.Г. Акти прямого народовладдя у правовій системі : [монографія] / О.Г. Мурашин. – К. : Знання, 1999. – 163 с.
2. Кондратьєв Я.Ю. Забезпечення прав людини міліцією в аспекті реалізації політичної реформи в Україні / Я.Ю. Кондратьєв // Актуальні питання правового забезпечення політичної реформи суспільства : тези допов. наук.-практ. конф. (м. Київ, 8 квітня 2003 р.). – К., 2003. – С. 4–7.
3. Білий О.П. Демократична держава і правова культура: взаємозв'язок та результативність / О.П. Білий // Право України. – 1997. – № 12. – С. 75–79.
4. Звіт Міністерства внутрішніх справ перед українським народом 7 лютого 2011 р. // Іменем закону. – 2011. – 7 лютого.

5. Шангина Л.П. Народ золотой середины / Л.П. Шангина // Зеркало недели. – 2000. – 30 декабря – С. 3.
6. Медведєв В.С. Неправове поле правової освіти. Про політичну обумовленість кризи юридичної освіти в Україні / В.С. Медвєдєв // Дзеркало тижня. – 2001. – 3 березня. – С. 12–14.
7. Черней В.В. Подолання правового нігілізму – важлива умова розбудови правової держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Філософія права» / В.В. Черней ; Нац. академія внутр. справ України. – К., 1999. – 21 с.
8. Гусарев С.Д. Юридична деонтологія : [наук.-метод. посібник] / С.Д. Гусарев, О.Д. Тихомиров. – К. : НАВС, 2000. – 374 с.
9. Мехович А.М. Законность и уважение прав человека в деятельности органов внутренних дел / А.М. Мехович, А.С. Мордовец, А.В. Силантьева // Правоведение. – 1999. – № 3. – С. 28–32.

Анотація

Годяк А. І. **Реформування правової освіти працівників органів внутрішніх справ України.** – Стаття.

Статтю присвячено обґрунтуванню необхідності реформування правової освіти працівників органів внутрішніх справ України. Виявлено методичні, політичні та економічні особливості становлення сучасної моделі підготовки спеціалістів у сфері правоохоронної діяльності.

Ключові слова: реформа, правова освіта, працівник міліції, органи внутрішніх справ, Міністерство внутрішніх справ України, соціальна, правова, демократична держава, довіра.

Аннотация

Годяк А. И. **Реформирование правового образования работников органов внутренних дел Украины.** – Статья.

Статья посвящена обоснованию необходимости реформирования правового образования работников органов внутренних дел Украины. Выявлены методические, политические и экономические особенности становления новой модели подготовки специалистов в сфере правоохранительной деятельности.

Ключевые слова: реформа, правовое образование, работник милиции, органы внутренних дел, Министерство внутренних дел Украины, социальное, правовое, демократическое государство, доверие.

Summary

Godiak A. I. **Reforming the legal education of the representative of the bodies of internal affairs of Ukraine.** – Article.

The article is devoted to grounding the necessity of reformation of legal education of workers of organs of internal affairs of Ukraine. It is clarified several methodical, political, economical aspects of the arising of a new model of legal education of such specialists.

Key words: reform, legal education, worker of militia, organs of internal affairs, Ministry of internal affairs of Ukraine, social, legal, democratic state, trust.

УДК 349.2:331.108.37:06.063

О. Л. Станчева

ОБРАННЯ ЗА КОНКУРСОМ ЯК ВИД ОЦІНКИ ДІЛОВИХ ЯКОСТЕЙ ПРАЦІВНИКІВ

Питання оцінки ділових якостей працівників досліджуються в науковій літературі з трудового права, менеджменту, управління розвитком персоналу, психології. Фахівці в різних галузях знань визнають, що завдання оцінки ділових якостей працівника полягає у виявленні його трудового потенціалу, ступеня використання цього потенціалу, у відповідності працівника займаній посаді або його готовності зайняти конкретну посаду, у тому, щоб охарактеризувати ефективність його трудової діяльності, а отже, і цінність працівника для підприємства (установи, орга-

© О. Л. Станчева, 2013

нізації). Одним з ефективних способів оцінки ділових якостей працівників під час прийняття на роботу є конкурсний відбір.

Теоретичні та практичні проблеми професійного відбору працівників за конкурсом досліджують представники науки трудового права, серед яких В.А. Глозман, В.М. Смирнов, П.Д. Пилипенко, К.Ю. Мельник, А.О. Мовчан та ін.

Метою статті є визначення поняття конкурсу та характеристика його як одного з видів оцінки ділових якостей працівників на підставі аналізу наукових джерел, чинного законодавства України, проекту Трудового кодексу України.

Під час конкурсного відбору оцінюється саме професійна компетенція майбутнього працівника. Професійна компетенція – навички, знання, цінності, підходи та особисті якості, що проявляються в поведінці співробітника та сприяють досягненню результатів діяльності на благо організації (установи).

У чинному законодавстві України відсутнє поняття конкурсу. Це поняття визначається в науковій літературі. У загальноприйнятому розумінні конкурс (від лат. concurs) – змагання, конкуренція, що мають за мету виділити найкращих з учасників; участь у змаганні за нагороду, місце, звання. Так, на думку В.М. Смирнова, конкурс – це особливий винятковий порядок добору кадрів, що містить підвищені вимоги до осіб, які претендують на заміщення вакантної посади [2, с. 45]. Однак конкурсний порядок добору кадрів може застосовуватися в будь-якому разі за бажанням роботодавця, а не лише для прийняття на роботу осіб, щодо яких висуваються підвищені вимоги.

В.А. Глозман розглядає конкурс як соціально-правовий метод оцінювання ділових якостей працівників [3, с. 37]. Проте в цьому визначенні не зазначено мету проведення добору кадрів шляхом застосування конкурсної процедури, що є важливим.

На думку Н.С. Думіна, конкурс є формою реалізації права на працю [6, с. 46]. Загальновідомо, що формою реалізації права на працю є трудовий договір, а конкурсна процедура є лише передумовою для його укладення. Саме за допомогою конкурсу відбувається відбір необхідних кадрів, вивчення їхніх ділових якостей. Після цього вже укладається трудовий договір [7, с. 80].

Вважаємо можливим визначити конкурс під час добору кадрів як особливий спосіб добору працівників, що має окрему організаційно-правову форму оцінювання ділових якостей кожного кандидата на посаду в порядку, встановленому законодавством.

Оцінка стосується всіх категорій працівників, хоча значимість її для окремих категорій не однакова. Звісно, оцінка ділових та особистих якостей людини під час підбору директора підприємства, головних спеціалістів – набагато складніше завдання, ніж, наприклад, підбір робітників для освоєння професій навіть кваліфікованої праці. Це ж стосується й оцінки результатів праці: у робітників цей результат виражається кількісно, а оцінка результатів праці керівників і фахівців являє собою складну методологічну проблему. Тому оцінка персоналу як важливий вид робіт у складі управління персоналом насамперед стосується керівників, фахівців і службовців.

У вітчизняній та зарубіжній практиці обрання за конкурсом є основою перевірки та оцінки колегіальним органом (спеціальною комісією) ділових якостей працівників із метою виявлення найбільш кваліфікованих із них.

Конкурс являє собою певний порядок добору на посаду одного з кандидатів на вакантне місце колегіальним органом, наприклад вченою, науково-технічною, художньою радою або спеціально утвореною комісією.

Для одних категорій працівників конкурс є обов'язковим, для інших – можливою умовою заміщення відповідної посади. Посади, заміщення яких відбувається за конкурсом, передбачені законом, іншим нормативно-правовим актом або статутом (положенням) організації.

Так, конкурсний відбір проходять претенденти на посади державних службовців. Правовою основою проведення конкурсу державних службовців є чинний Закон України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 року. Порядок проведення конкурсу для вступу на державну службу регулюється Положенням про порядок проведення конкурсу на заміщення вакантних посад державних службовців, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2002 року.

Дані про вакансії посад державних службовців підлягають публікації та поширенню через засоби масової інформації не пізніш як за один місяць до проведення конкурсу.

Забороняється вимагати від кандидатів на державну службу відомості та документи, подання яких не передбачено законодавством України. Президент України, Голова Верховної Ради України, члени Кабінету Міністрів України, глави місцевих державних адміністрацій мають право самостійно добирати та приймати осіб на посади своїх помічників, керівників прес-служб, радників і секретарів згідно із штатним розписом і категорією, що відповідає посаді (патронатна служба). Порядок перебування на державній службі таких осіб установлюється відповідними органами.

Особи, які претендують на зайняття посади державного службовця, за їхньою письмовою згодою проходять спеціальну перевірку в порядку, установленому Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції». У разі прийняття на державну службу на конкурсній основі спеціальна перевірка проводиться після проведення конкурсу стосовно осіб, які рекомендовані для призначення на посаду.

І.М. Мельник слушно зазначає, що функції добору претендентів на державну службу мають зосереджуватися в спеціально уповноваженому державному органі, до якого можуть входити професійні експерти, психологи, працівники кадрових служб тощо [6].

Конкурсний відбір також проходять претенденти на вакантні посади науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів України. Згідно з наказом Міністерства освіти і науки України «Про затвердження Положення про обрання та прийняття на роботу науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів третього і четвертого рівнів акредитації» від 24 грудня 2002 року конкурс є спеціальною формою добору науково-педагогічних працівників у вищих навчальних закладах, що має на меті забезпечити вищі навчальні заклади особами, які найбільше відповідають вимогам сучасної вищої освіти.

Конкурс на заміщення вакантної посади оголошується керівником вищого навчального закладу, про що видається наказ. Конкурс на заміщення посад науково-педагогічних працівників проводиться:

– на вакантні посади;

– після закінчення строку обрання, якщо науково-педагогічний працівник виконує обов'язки на умовах строкового договору (контракту), термін якого закінчується, та не досягнуто домовленості з ректором про продовження трудових відносин на новий строк. У цьому випадку конкурс оголошується за два місяці до закінчення строку дії трудового договору (контракту).

Оголошення про проведення конкурсу публікується в друкованих засобах масової інформації, засновником (співзасновником) яких є орган місцевого самоврядування населеного пункту, у якому знаходиться вищий навчальний заклад.

Про зміни умов конкурсу або його скасування видається наказ керівника вищого навчального закладу, про що оголошується у відповідних засобах масової інформації. Строк подання заяв та документів для участі в конкурсі не може бути меншим ніж один місяць від дня опублікування оголошення про конкурс. Забороняються немотивована відмова від участі в конкурсі та вимоги щодо відомостей і документів, подання яких не передбачено чинним законодавством.

Для інших категорій працівників конкурс може стати обов'язковим через зазначення про це в положенні відповідної організації. Роботодавець особисто вирішує, які посади обираються за конкурсом, а також встановлює порядок конкурсного обрання. Відносини з добору кадрів є формою взаємодії роботодавця та особи-кандидата в працівники, де кожен зацікавлений у настанні певного результату. Особа-кандидат у працівники є вільною в реалізації права самостійно й вільно обирати професію, рід занять, відповідну роботу, зважаючи на покликання, здібності, професійну підготовку, освіту, власні бажання. Водночас роботодавець вільно реалізує право на добір кадрів, керуючись при цьому завданнями, що стоять перед ним. Наявний між суб'єктами відносин зв'язок набуває юридичної значущості, оскільки створює передумови виникнення трудових правовідносин [7, с. 2].

Під час визначення вимог до кандидатів конкурсу необхідно виходити з того, що вони не повинні носити дискримінаційний характер. Щоб уникнути цього, треба звертати увагу на ділові якості працівника. Під діловими якостями працівника А.С. Розова розуміє здібності фізичної особи виконувати певну трудову функцію з урахуванням наявних у неї професійно-кваліфікаційних якостей (наявність певної професії, спеціальності, кваліфікації), особистісних якостей (стан здоров'я, наявність певного рівня освіти, досвід роботи із цієї спеціальності, у цій галузі) [8, с. 15]. Крім того, роботодавець має право пред'явити особі, яка претендує на вакантну посаду, також і інші вимоги, необхідні як додаток до типових професійно-кваліфікаційних вимог через специфіку тієї чи іншої роботи. Наприклад, володіння однією або кількома іноземними мовами, навички роботи з комп'ютером тощо.

Більшість учених звертають увагу на проблемні питання конкурсу як механізму добору персоналу. Насамперед у більшості випадків процедура його проведення значно відрізняється від базових засад професійного набору персоналу. Серед членів конкурсної комісії немає ні психологів, ні спеціалістів із набору персоналу. Основною методикою проведення професійного відбору є іспит кандидатів, який

дозволяє виявити лише знання законодавства України. Проте загальна компетенція працівника визначається також його особистими психологічними, моральними якостями та інтелектуальними здібностями.

Тому більшість учених у роботах приділяють особливу увагу запровадженню досягнень психології та кадрового менеджменту в процедуру конкурсного відбору працівників.

У чинному Кодексі законів про працю України (далі – КЗпП України) відсутні норми про конкурсний відбір працівників. Для національного законодавця є цікавими положення нових трудових кодексів, прийнятих на пострадянському просторі, у яких включені загальні та спеціальні норми про проведення конкурсу. Так, відповідно до ст. 18 Трудового кодексу Російської Федерації трудові відносини на підставі трудового договору в результаті обрання за конкурсом на заміщення відповідної посади виникають, якщо трудовим законодавством або іншими нормативними правовими актами, що містять норми трудового права, або статутом (положенням) організації визначені перелік посад, які підлягають заміщенню за конкурсом, та порядок конкурсного обрання на ці посади.

Також у Трудовому кодексі Російської Федерації передбачаються можливість укладення строкових трудових договорів з особами, обраними за конкурсом на заміщення відповідної посади (ст. 59); заборона встановлення випробування для осіб, які вступають на роботу (ст. 70); конкурс для заміщення посад науково-педагогічних працівників установ вищої професійної освіти (ст. 332).

Таким чином, оцінку ділових якостей працівника слід розглядати як цілеспрямований процес визначення наявності професійних та особистих якостей працівника й встановлення їх відповідності займаній посаді або виконуваній роботі.

Конкурс є одним з основних видів оцінки ділових якостей працівників, дозволяє отримати розгорнуте уявлення про конкретну особу, зробити висновок про її кваліфікацію та відповідність майбутній посаді.

Конкурс являє собою особливий спосіб добору працівників, що має окрему організаційно-правову форму оцінювання ділових якостей кожного кандидата на посаду в порядку, встановленому законодавством.

У сучасний період сукупність норм, які регулюють оцінку ділових якостей працівника, не утворюють самостійного правового інституту трудового права. Ці норми належать переважно до інституту трудового договору. Видається доцільним виділення окремого правового інституту оцінки ділових якостей працівника в системі національного трудового права. Норми про конкурсний відбір працівників як вид оцінки їхніх ділових якостей слід вважати складовою зазначеного інституту.

Література

1. Мельник І.М. Особливості державної кадрової політики у сфері вдосконалення механізмів добору персоналу державної служби / І.М. Мельник [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://212.111.203.83/ej/ej7/doc_pdf/melnik.pdf.
2. Смирнов В.Н. Конкурс в советском трудовом праве / В.Н. Смирнов. – Л. : Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1960. – 108 с.
3. Глозман В.А. Право и проверка деловых качеств работников / В.А. Глозман. – Минск : Изд-во Минск. гос. ун-та, 1981. – 72 с.

4. Мовчан А.О. Правове регулювання конкурсного порядку добору кадрів / А.О. Мовчан // Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2006. – № 4. – С. 46–52.
5. Андрушко А.В. Виникнення трудових правовідносин з державними службовцями : [монографія] / А.В. Андрушко. – Х. : Консум, 2006. – 392 с.
6. Мельник І.М. Запровадження інноваційних механізмів формування кадрового потенціалу державної служби в контексті реалізації державної кадрової політики / І.М. Мельник [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dums/2009-01/Melnik.pdf.
7. Молодцов М.В. Трудовое право России : [учебник для вузов] / М.В. Молодцов, С.Ю. Головина. – М. : Норма, 2003. – 640 с.
8. Воронцов С.С. Кадровик / С.С. Воронцов, А.С. Розова // Трудове право для кадровика. – 2007. – № 5. – С. 15–20.

Анотація

***Станчева О. Л.* Обрання за конкурсом як вид оцінки ділових якостей працівників.** – Стаття.

У статті визначається поняття конкурсного відбору працівників на заміщення вакантних посад як вид оцінки ділових якостей працівників. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення чинного трудового законодавства в цій сфері.

Ключові слова: оцінка ділових якостей працівника, конкурсний відбір, професійна компетенція.

Аннотация

***Станчева А. Л.* Избрание по конкурсу как вид оценки деловых качеств работников.** – Статья.

В статье определяется понятие конкурсного отбора работников на замещение вакантных должностей как вид оценки деловых качеств работников. Вносятся предложения по совершенствованию действующего трудового законодательства в данной сфере.

Ключевые слова: оценка деловых качеств работника, конкурсный отбор, профессиональная компетенция.

Summary

***Stancheva O. L.* Election under a contest as a form of assessment of competencies of employees.** – Article.

The definition of competitive selection of employees while filling the vacant positions is defined in the article. The propositions on improvement of current labour legislation in this field are introduced.

Key words: assessment of competencies of employees, competitive selection, professional competency.

УДК 347.73:336.1:352

С. В. Березовська

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «МІСЦЕВІ ФІНАНСИ» ТА «ФІНАНСИ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ»

Постановка проблеми. З'ясування й визначення основних теоретичних аспектів та особливостей державних фінансів і фінансів органів місцевого самоврядування є досить важливим для практичної реалізації участі цих фінансів у здійсненні державою та органами місцевого самоврядування своїх завдань і функцій. У свою чергу поняття «державні фінанси», на відміну від поняття «фінанси органів місцевого самоврядування», є достатньо вивченим і проаналізованим багатьма юристами-фінансистами та економістами. Термін «фінанси органів місцевого самоврядування» майже зовсім не використовується у фінансово-правовій та економічній літературі.

Під час розгляду фінансової основи місцевого самоврядування багато вчених використовували поняття «місцеві фінанси», яке ототожнювали з поняттям «фінан-

© С. В. Березовська, 2013

си органів місцевого самоврядування». Питання розмежування цих двох понять вирішувалось і досі вирішується неоднозначно. Тому необхідно визначити поняття «фінанси органів місцевого самоврядування», розкрити його зміст та визначити порядок використання цього поняття.

Аналіз останніх досліджень. Аналіз праць учених-економістів І.Х. Озерова [15], В.М. Твердохлєбова [20], М.А. Сірінова [18], Г.Я. Сокольнікова [19], Д.П. Боголєпова [5], М.М. Ровинського [17], В.І. Кравченка [8], О.П. Кириленко [10] О.Д. Василика [6] та інших, а також учених-юристів Л.К. Воронової [7], В.П. Нагребельного [12], А.С. Нестеренко [13], А.А. Нечай [15], О.П. Орлюк [16], І.М. Пахомова [21] та інших дає змогу стверджувати, що науковці, розглядаючи фінансову основу органів місцевого самоврядування, використовували не поняття «фінанси органів місцевого самоврядування», а поняття «місцеві фінанси» та надавали визначення саме цього терміна. Як зазначалося ще в 2004 р., питання розмежування цих понять вирішувалося неоднозначно [11]. Тому вважаємо за необхідне розглянути напрацювання наведених дослідників щодо співвідношення (розмежування чи ототожнювання) цих двох понять, що дасть змогу глибше зрозуміти їх сутність та визначити порядок їх використання.

Метою статті є розгляд різних поглядів щодо визначення поняття «місцеві фінанси», співвідношення його з поняттям «фінанси органів місцевого самоврядування», визначення тотожності або відмінності цих понять, особливостей їх використання в науковій літературі. Також слід проаналізувати поняття, основи правового регулювання, функції та особливості фінансів органів місцевого самоврядування, які є об'єктивною умовою виникнення й здійснення фінансової діяльності органів місцевого самоврядування.

Виклад основного матеріалу дослідження. Учені кінця XIX – середини XX ст. Г.Я. Сокольніков та І.Х. Озеров розглядали місцеві фінанси як союзи суспільного характеру нижчого рівня, ніж держава, які мають власне більш-менш самостійне фінансове господарство. Тобто дослідники зовсім не використовували поняття «фінанси органів місцевого самоврядування» [19].

В.М. Твердохлєбов стверджував: «Місцеві фінанси – господарство місцевих союзів, яке є планомірним задоволенням потреб суспільно-правових союзів» [20]. Вважаємо, що таке визначення В.М. Твердохлєбова не має ніякого відношення до поняття «фінанси органів місцевого самоврядування», воно відповідає здебільшого визначенню місцевого самоврядування того часу.

Відомий учений-фінансист Д.П. Боголєпов відокремлював поняття «фінанси органів місцевого самоврядування» від поняття «місцеві фінанси», вказуючи на те, що фінансів органів місцевого самоврядування як таких у радянський період не існувало, а місцеві фінанси були частиною державних фінансів, оскільки царський уряд «скидав» на місцеві бюджети державні потреби [5, с. 198, 199].

М.М. Ровинський у роботі «Місцеві фінанси СРСР» зазначав, що місцеві фінанси – це фінанси органів місцевого самоврядування, ресурси, необхідні для задоволення місцевих потреб усього населення [17, с. 16]. Однак далі в цій же роботі говориться, що визначення місцевих фінансів як «фінансів органів місцевого самоврядування» абсолютно беззмістовне та не розкриває сутності цих фінансів [17, с. 19].

На думку українського фінансиста В.І. Кравченка, поняття «місцеві фінанси» є синонімом поняття «фінанси місцевих органів влади». Така синонімічність відображається в самому визначенні місцевих фінансів, наданому вченим: «Місцеві фінанси – це система формування, розподілу й використання грошових та інших фінансових ресурсів для забезпечення місцевими органами влади покладених на них функцій і завдань, як власних, так і делегованих» [8, с. 43]. У свою чергу синонімами поняття «фінанси місцевих органів влади», як вказує В.І. Кравченко, можуть бути такі поняття, як «муніципальні (комунальні) фінанси», «фінанси територіальної громади», «фінанси комуни», «фінанси общини», «фінанси муніципального утворення», «фінанси штату», «фінанси міста, області, району, села, селища» тощо. В.І. Кравченко вважає, що подібні визначення засвідчують те, що місцеві фінанси функціонують у різних формах залежно від державного й територіального устрою тієї чи іншої країни [8, с. 33]. Вважаємо, що не всі наведені термінологічні звороти можуть бути синонімами поняття «місцеві фінанси», оскільки, на нашу думку, деякі зі згаданих понять є складовими дефініції «місцеві фінанси».

О.П. Кириленко та О.Д. Василик зауважують, що місцеві фінанси потрібні органам місцевого самоврядування для виконання покладених на них завдань і функцій на відповідній території, тобто в них термін «місцеві фінанси», на нашу думку, є синонімом дефініції «фінанси органів місцевого самоврядування» [6; 10].

Юристи Л.К. Воронова та А.С. Нестеренко надають власні визначення поняття «місцеві фінанси». Л.К. Воронова говорить: «Місцеві фінанси – це система формування, розподілу й витрачання доходів територіальними громадами та місцевими органами влади з метою виконання покладених на них функцій і завдань» [7, с. 114]. А.С. Нестеренко, у цілому погоджуючись із позицією Л.К. Воронової, вважає місцевими фінансами систему врегульованих правом суспільних відносин, пов'язаних із фінансовим забезпеченням діяльності органів місцевого самоврядування [13, с. 350–354]. Отже, вони не розмежовують поняття «місцеві фінанси» та «фінанси органів місцевого самоврядування», а навпаки, ототожнюють їх.

В.П. Нагребельний розглядає місцеві фінанси в матеріальному та процесуальному значенні. На його думку, у матеріальному значенні місцеві фінанси являють собою систему місцевих грошових фондів, призначених для виконання функцій місцевого самоврядування, а також сукупність форм і методів, за допомогою яких ці функції реалізуються, а в процесуальному розумінні місцеві фінанси – це економічні відносини, пов'язані з формуванням, розподілом та використанням централізованих і децентралізованих фондів грошових коштів із метою виконання завдань і функцій місцевого самоврядування [12]. О.П. Орлюк вважає: «Місцеві фінанси – це сукупність відносин, врегульованих нормами фінансового права, що виникають між органами місцевого самоврядування та територіальними громадами, органами державної влади, підприємствами, установами, організаціями з приводу формування, розподілу та використання фондів коштів органів місцевого самоврядування з метою задоволення публічного інтересу територіальної громади та виконання органами місцевого самоврядування державних функцій у процесі реалізації власних та делегованих державою повноважень» [16, с. 10]. Визначення поняття «місцеві фінанси», надані В.П. Нагребельним та О.П. Орлюк, вказують на

те, що в них термін «місцеві фінанси» є синонімом терміна «фінанси органів місцевого самоврядування».

Аналізуючи дисертаційне дослідження А.А. Нечай «Правові проблеми регулювання публічних видатків у державі» [14], у якому вчений, розглядаючи систему публічних фінансів, виділяє та розглядає такий елемент цієї системи, як публічні фінанси органів місцевого самоврядування, доходимо висновку, що А.А. Нечай термін «фінанси органів місцевого самоврядування» ототожнює з терміном «місцеві фінанси».

Зважаючи на наведені думки економістів і юристів щодо понять «місцеві фінанси» та «фінанси органів місцевого самоврядування», загалом погоджуємося з позицією, у якій ці поняття ототожнюються, проте вважаємо за доцільне заради глибшого розкриття змісту цих термінів використовувати поняття «фінанси органів місцевого самоврядування».

Фінанси органів місцевого самоврядування регулюються такими основними нормативно-правовими актами:

1) Конституцією України від 28.06.1996 р. Вона закріплює інститут місцевого самоврядування в Україні, визначає повноваження органів місцевого самоврядування, матеріальну й фінансову основи самоврядування, гарантування фінансування державою делегованих повноважень [1];

2) Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. (зі змінами й доповненнями від 20.11.2012 р.). Він визначає принципи місцевого самоврядування, закріплює повноваження органів місцевого самоврядування (рад, їх голів, виконавчих органів) тощо [4];

3) Бюджетним кодексом України від 08.07.2010 р. (зі змінами й доповненнями від 04.04.2013 р.). Він визначає склад місцевих бюджетів, розподіл доходів і видатків між бюджетами, формування процедури міжбюджетних відносин, порядок розрахунку дотацій вирівнювання, порядок організації місцевих запозичень, встановлює та зазначає відповідальність і контрольні повноваження всіх учасників бюджетного процесу тощо [2];

4) Податковим кодексом України від 02.12.2010 р. (зі змінами й доповненнями від 06.12.2012 р.). Він визначає та закріплює місцеві податки й збори, порядок їх адміністрування та ставки, визначає платників цих податків і зборів, їх права й обов'язки, компетенцію контролюючих органів, повноваження й обов'язки їх посадових осіб під час здійснення податкового контролю щодо місцевих податків і зборів, а також відповідальність за порушення податкового законодавства [3];

5) щорічними Законами України «Про Державний бюджет України», у яких визначається склад загального й спеціального фондів місцевих бюджетів, порядок формування взаємозв'язку між Державним бюджетом України та місцевими бюджетами, визначаються обсяги й особливості перерахування міжбюджетних трансфертів, а також додаткові положення, що регламентують бюджетний процес.

Особливостями фінансів органів місцевого самоврядування є такі: 1) фінанси органів місцевого самоврядування тісно пов'язані з функціями як місцевого самоврядування, так і держави; 2) вони нерозривно пов'язані з існуванням товарно-грошових відносин, а також із розподілом і перерозподілом вартості валового

внутрішнього продукту; 3) фінанси органів місцевого самоврядування становлять специфічні відносини, що виникають між органами місцевого самоврядування та територіальними громадами, органами державної влади, підприємствами, установами, організаціями, фізичними особами з приводу формування, розподілу й використання фондів коштів органів місцевого самоврядування; 4) цільовий характер цих фінансів виражається в забезпеченні органів місцевого самоврядування фінансовими ресурсами, необхідними для виконання покладених на них функцій і завдань.

Розкриваючи природу та призначення фінансів органів місцевого самоврядування, необхідно не лише з'ясовувати їх суть, а й розкривати їх суспільне призначення, тобто функції, які вони виконують, оскільки саме в цьому проявляється їх сутність і роль у суспільстві. Загальновідомо, що фінанси органів місцевого самоврядування виконують розподільчу, контрольну, регулюючу, стабілізуючу та стимулюючу функції.

Однією з важливих функцій фінансів органів місцевого самоврядування, на нашу думку, є розподільча, яка вказує на їх участь у розподілі національного доходу, створенні основних доходів місцевого значення. У результаті функціонування фінансів органів місцевого самоврядування створюються, розподіляються й використовуються фонди коштів, які забезпечують виконання завдань і функцій органів місцевого самоврядування, як власних, так і делегованих. Розподільча функція цих фінансів сприяє організації збалансованого й ефективного виробництва в містах, селах, селищах, їх розвитку, забезпеченню задоволення місцевим самоврядуванням потреб населення та підвищення матеріального рівня його життя.

Самостійною функцією фінансів органів місцевого самоврядування є контрольна функція. Як зазначалося вище, фінанси органів місцевого самоврядування відображають перебіг розподільчого процесу, тому ця функція проявляється в контролі за ефективним, цільовим формуванням, розподілом і використанням фондів коштів органів місцевого самоврядування. Контрольна функція реалізується під час складення місцевих бюджетів, їх розгляду й затвердження, а також виконання й складення звіту про виконання місцевих бюджетів. Контрольна функція охоплює не лише місцеві бюджети, а й усі фінансові ресурси, які є в розпорядженні органів місцевого самоврядування. Вона повинна забезпечувати цільове й раціональне їх використання.

Виділення регулюючої функції фінансів органів місцевого самоврядування зумовлюється необхідністю належного й своєчасного виконання завдань і функцій органів місцевого самоврядування, оскільки ця функція пов'язана з втручанням її через фінанси органів місцевого самоврядування (місцеві податки та збори, неподаткові платежі, місцевий кредит, видатки органів місцевого самоврядування) у процес відтворення.

Зміст стабілізуючої функції фінансів органів місцевого самоврядування полягає в тому, фінанси органів місцевого самоврядування повинні забезпечувати економічне зростання міст, сіл і селищ, забезпечувати постійне існування ресурсів, необхідних для виконання завдань і функцій органами місцевого самоврядування. Забезпечення стабільного економічного потенціалу й розвитку у свою чергу доз-

волить створити для всіх господарюючих суб'єктів і громадян стабільні умови в будь-яких відносинах.

Стимулююча функція полягає в створенні таких умов, за яких органи місцевого самоврядування були б зацікавленими в збільшенні доходів бюджетів, додатковому залученні надходжень, більш ефективному використанні фінансових ресурсів. Вираженням стимулюючої функції є наявний порядок формування власних доходів місцевих бюджетів, заохочення перевиконання запланованих показників надходжень загальнодержавних податків і зборів, самостійність у використанні додатково залучених коштів.

Як система фінанси органів місцевого самоврядування включають декілька основних взаємопов'язаних структурних елементів: видатки, доходи, способи формування доходів, інститути системи, суб'єкти й об'єкти системи та відносини між суб'єктами системи, системою та іншими ланками фінансової системи держави.

Головним елементом фінансів органів місцевого самоврядування є видатки, оскільки вони відображають функції й завдання, що покладаються на органи місцевого самоврядування. Видатками органів місцевого самоврядування є обов'язкові видатки та видатки, необхідні для реалізації делегованих центральною владою завдань. Обов'язкові видатки – це видатки, спрямовані на виконання обов'язкових завдань, які покладаються на всі органи місцевого самоврядування, а також видатки, пов'язані з борговими зобов'язаннями органів місцевого самоврядування за кредитами й позиками.

Доходами органів місцевого самоврядування є податкові надходження, неподаткові надходження, доходи від кредитів, позик і гарантій за кредитами суб'єктів комунальної форми власності, трансферти від органів державної влади. Доходи органів місцевого самоврядування можуть бути власними та такими, що передані органам місцевого самоврядування державними органами або органами влади вищого територіального рівня. Власні доходи – це доходи, які мобілізуються органами місцевого самоврядування самостійно на основі власних рішень і за рахунок джерел, визначених місцевим органом влади. До власних доходів належать місцеві податки й збори, доходи від майна, що належить органам місцевого самоврядування, та від господарської діяльності комунальних підприємств, комунальні платежі, а також доходи від кредитів, позик і гарантій за кредитами суб'єктів комунальної форми власності.

Завдяки існуванню доходів і видатків органи місцевого самоврядування можуть здійснювати певну діяльність, за допомогою якої ці органи мають можливість вирішувати питання, пов'язані із задоволенням побутових, соціально-економічних, медичних, культурних та інших потреб населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці. З метою здійснення цієї діяльності в розпорядженні органів місцевого самоврядування в Україні перебувають різні матеріальні та фінансові ресурси. Саме за допомогою цих ресурсів вказані органи забезпечують надання населенню цілого комплексу послуг.

Висновки. З огляду на викладене вважаємо за доцільне, говорячи про фінансову основу місцевого самоврядування та про фінансову діяльність органів місцевого самоврядування, використовувати термін «фінанси органів місцевого самоврядування» та надавати визначення саме цього терміна.

Цю позицію, на нашу думку, можна обґрунтувати такими особливостями:

– неоднозначність визначення поняття «місцеві фінанси» та співвідношення понять «місцеві фінанси» й «фінанси органів місцевого самоврядування» призводить інколи до хибного розуміння цих дефініцій та інших фінансових категорій;

– використання поняття «фінанси органів місцевого самоврядування» дасть змогу більш точно розуміти, що являє собою фінансова основа органів місцевого самоврядування, що до неї необхідно включати;

– правильне використання назви терміна забезпечить приділення уваги вченими не визначенню цього поняття й співвідношенню його з іншими термінами, а розкриттю саме сутності цих фінансів, їх особливостей, складових частин, визначенню й створенню умов для більш раціонального й ефективного використання фінансових ресурсів органами місцевого самоврядування, що, відповідно, буде сприяти збагаченню та зміцненню місцевих бюджетів і розвитку міст, сіл, селищ;

– Закон України «Про місцеве самоврядування» від 21.05.1997 р. (зі змінами й доповненнями від 20.11.2012 р.) [4] вказує на те, що місцеве самоврядування в Україні здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні й обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст і, відповідно, потребують для свого існування й виконання функцій і завдань місцевого значення певних фінансів, які, на нашу думку, повинні мати назву «фінанси органів місцевого самоврядування».

Також вважаємо, що існування й використання поняття «фінанси органів місцевого самоврядування» можливе лише у випадку закріплення фінансів органів місцевого самоврядування в Конституції України як основного елемента місцевого самоврядування, використання цього терміна в наукових працях економістами та юристами, закріплення його визначення в Законі України «Про місцеве самоврядування» в ст. 1 «Основні терміни, використані в цьому Законі» розділу І «Загальні положення». Також, на нашу думку, необхідно розробити й прийняти Закон України «Про фінансове забезпечення місцевого самоврядування», який закріпив би цей термін та створив би правове підґрунтя для вирішення проблем місцевого значення.

Тому вважаємо за необхідне надати своє визначення поняття «фінанси органів місцевого самоврядування». На наш погляд, фінанси органів місцевого самоврядування – це система врегульованих правом економічних відносин, що виникають у процесі формування, розподілу й використання фондів коштів органів місцевого самоврядування, необхідних для виконання завдань і функцій органів місцевого самоврядування та для забезпечення й задоволення суспільних потреб місцевого значення, а також пов'язані зі здійсненням контролю за ефективним і цільовим використанням цих фондів коштів.

Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України від 28.06.1996 р. – К. : Право, 1996. – 54 с.
2. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2456-17.

3. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.
4. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
5. Боголепов Д.П. Краткий курс финансовой науки : [учебник для вузов] / Д.П. Боголепов. – 2-е изд., испр. и доп. – Х. : Пролетарий, 1929. – 281 с.
6. Василик О.Д. Бюджетна система України : [підручник] / О.Д. Василик, К.В. Павлюк. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – 544 с.
7. Воронова Л.К. Фінансове право / Л.К. Воронова. – К. : Вентурі, 1998. – 383 с.
8. Кравченко В.І. Місцеві фінанси України / В.І. Кравченко. – К. : Знання, 1999. – 487 с.
9. Кириленко О.П. Місцеві фінанси : [навч. посібник для студ. вищ. навч. закл.] / О.П. Кириленко. – Тернопіль : Астон, 2004. – 192 с.
10. Кириленко О.П. Місцеві бюджети України (історія, теорія, практика) / О.П. Кириленко. – К. : НІОС, 2000. – 384 с.
11. Мельник П.В. Поняття та походження місцевих фінансів / П.В. Мельник // Науковий вісник Чернівецького університету. Серія «Правознавство». – Чернівці, 2004. – Вип. 236. – С. 31.
12. Нагребельний В.П. Фінансове право України: загальна частина : [навч. посібник] / [В.П. Нагребельний, В.Д. Чернадчук, В.В. Сухонос] ; за ред. В.П. Нагребельного. – Суми : Університетська книга, 2004. – 320 с.
13. Нестеренко А.С. Місцеві фінанси в правовій системі України / А.С. Нестеренко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова та ін. – О. : Юридична література, 2003. – Вип. 18. – С. 350–354.
14. Нечай А.А. Правові проблеми регулювання публічних видатків в державі : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / А.А. Нечай ; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2005. – 558 с.
15. Озеров И.Х. Основы финансовой науки / И.Х. Озеров. – М. : Типография т-ва И.Д. Сытина, 1914. – 364 с. ; Орлюк О.П. Фінансове право : [навч. посібник] / О.П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 527 с.
16. Орлюк О.П. Фінансове право. Академічний курс : [підручник] / О.П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 880 с.
17. Местные финансы СССР / [Е.И. Яницкий, М.Е. Минц, И.Н. Смирнов] ; под ред. Н.Н. Ровинского. – М. : Госфиниздат, 1936. – 164 с.
18. Сиринов М.А. Местные финансы / М.А. Сиринов. – М. ; Л. : ГИЗ, 1926. – 216 с.
19. Сокольников Г.Я. Финансовая энциклопедия / Г.Я. Сокольников. – М. ; Л. : Госиздат, 1927. – 1148 с.
20. Твердохлебов В.Н. Местные финансы / В.Н. Твердохлебов. – О. : Книгоиздательство А.А. Ивасенко, 1919. – 304 с.
21. Пахомов И.Н. Финансовое право : [учебник] / И.Н. Пахомов. – Изд. 3-е, с изм. и доп. – Х. : ООО «Одиссей», 2007. – 328 с.

Анотація

Березовська С. В. **Співвідношення понять «місцеві фінанси» та «фінанси органів місцевого самоврядування».** – Стаття.

Статтю присвячено аналізу двох понять: «місцеві фінанси» та «фінанси органів місцевого самоврядування». Аналізуються й визначаються погляди вчених на співвідношення (розмежування чи ототожнювання) цих двох понять. Досліджується нормативно-правова база поняття «фінанси органів місцевого самоврядування», їх особливості, функції та система. Обґрунтовано необхідність використання поняття «фінанси органів місцевого самоврядування», а також надано визначення цього поняття.

Ключові слова: місцеві фінанси, фінанси органів місцевого самоврядування, функції, особливості.

Аннотация

Березовская С. В. **Соотношение понятий «местные финансы» и «финансы органов местного самоуправления».** – Статья.

Статья посвящена анализу двух понятий: «местные финансы» и «финансы органов местного самоуправления». Анализируются и определяются мнения ученых на соотношение (разграничение или отождествление) этих двух понятий. Исследуется нормативно-правовая база понятия «финансы органов местного самоуправления», их особенности, функции и система. Обоснована необходимость использования понятия «финансы органов местного самоуправления», а также дано определение этого понятия.

Ключевые слова: местные финансы, финансы органов местного самоуправления, функции, особенности.

Summary

Berezovska S. V. **Value concepts of "local finance" and "finance bodies of local self-government".** – Article.

The article is devoted to the analysis of the two concepts "local finance" and "Finance bodies of local self-government". Analyzed and determined the point of view of scientists by the ratio (differentiation or equate) of these two concepts. We investigate regulatory, legal framework concept "finance bodies of local self-government", their features, functions and systems. Substantiates the need to use the concept of "finance bodies of local self-government", as well as given a definition of this concept.

Key words: local finance, finance bodies of local self-government, functions, features.

УДК 347.73:336.22(477)

В. В. Гречишникова

ПОДАТКОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО В СИСТЕМІ ФІНАНСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Як відомо, в основу фінансового права, як і інших галузей права, покладено предмет і метод правового регулювання. Воно за таким же критерієм поділяється на підгалузі, правові інститути. Система фінансового права формується для всебічного регулювання фінансових відносин. Система фінансового законодавства – це впорядкована за різними об'єктивними критеріями, зумовленими потребами життєдіяльності суспільства, певна множинність нормативно-правових актів, що формується державою для найбільш ефективного використання правових приписів у соціальному управлінні [1, с. 162].

За останні роки фінансове законодавство загалом значно змінилося. Швидкий розвиток безпосередньо податкового законодавства породжує багато проблем, пов'язаних з удосконаленням нормативно-правових актів і з їх систематизацією.

Дослідженням деяких питань щодо податкового законодавства присвячено праці багатьох науковців, зокрема Л.К. Воронової, О.Р. Зельдіної, О.В. Майстренко, Н.Я. Якимчук, Ф.О. Ярошенко [2; 3; 4; 5; 6] та інших. Однак особливості податкового законодавства, як позитивні, так і негативні, висвітлюються фрагментарно, у межах ширшої правової проблематики.

Мета статті – визначити основи фінансового законодавства України та місце податкового законодавства в його системі.

Система фінансового законодавства є ієрархічною сукупністю законів і нормативно-правових актів із фінансових питань. Крім Конституції України, до них належать такі, що встановлюють Державний бюджет України, бюджетну систему України, систему оподаткування, податки і збори, принципи створення й функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків, статус національної валюти, статус іноземних валют на території України, порядок утворення й погашення державного внутрішнього та зовнішнього боргу, порядок випуску й обігу державних цінних паперів, їх види й типи.

Крім законів, до фінансового законодавства входить велика кількість підзаконних актів. Усі нормативно-правові акти в галузі фінансів приймаються на основі законів і заради їх приписів. Серед актів, що регулюють фінансові відносини, чіль-

© В. В. Гречишникова, 2013

не місце посідають акти виконавчих органів, які держава створює для керівництва фінансами. До них належать положення, інструкції, методичні вказівки. Акти, що приймаються органами, які наділяються спеціальною компетенцією, повинні повністю відповідати Конституції України й законам та вміщувати конкретні приписи юридичним і фізичним особам у галузі фінансів.

Інструкції, правила, положення й інші акти затверджуються відповідним суб'єктом правотворчості та встановлюють порядок застосування правил, вміщених у законах. У зв'язку з тим, що ці акти вміщують правові норми, їх слід розглядати як невід'ємну складову частину тих нормативно-правових актів, які було прийнято законодавцем.

До актів фінансового законодавства належать також рішення органів Автономної Республіки Крим, місцевих рад та органів місцевого самоврядування з фінансових питань. Усі вони мають загальні особливості, зокрема територіальну обмеженість і самостійність у прийнятті рішень. Рішення органів місцевого самоврядування є обов'язковими для юридичних осіб, посадових осіб і громадян, які постійно або тимчасово проживають там.

Закони й підзаконні нормативно-правові акти в галузі фінансів зазвичай починають діяти з моменту, встановленого самим актом. Вони, як правило, без визначення строку дії, за винятком актів, якими затверджуються бюджети всіх ланок.

Останнім часом джерелом фінансового права також стали вважати акти судових органів. Проте такі думки поділяють не всі. Як вважає професор Л.К. Воронова, рішення Конституційного Суду України можуть бути джерелом фінансового права, зокрема з податкових питань, коли вони виносяться за наслідками перевірки конституційності нормативно-правових актів або окремих актів із податкового права, які вміщено в окремих законах чи Податковому кодексі України, або дають тлумачення положень Конституції України, що мають значення для з'ясування окремих норм фінансового законодавства. Однак науковець зазначає, що відповідні акти мають принциповий характер і створюють прецедент тлумачення, а не джерела права, тобто поки що рішення судових органів не можна вважати джерелом фінансового права та користуватися ними під час регулювання фінансових відносин [2, с. 113].

Конституція України є основою податкового законодавства, оскільки ст. 67 закріплює обов'язок кожного сплачувати податки й збори в порядку та розмірах, встановлених законом [7, ст. 67]. Порядок реалізації цього обов'язку та загалом правовий режим обов'язкових платежів в Україні встановлено в законах. Те, що порядок сплати податків і зборів встановлюється законом, підтверджується також ст. 92 Конституції України, у якій вказано, що виключно законами України встановлюються система оподаткування, податки та збори [7, ст. 92]. Нині зазначені положення викликають багато дискусій щодо віднесення до податкової системи всіх встановлених законами зборів та ступеня вираження в законі питань податків і зборів, порядку їх нарахування й сплати. Також важливим є питання про межі компетенції держави зі встановлення таких платежів.

В Україні постійно ведеться робота щодо кодифікації законодавства, у тому числі й фінансового. Одним із результатів цієї роботи є кодифікований норматив-

но-правовий акт, який регулює питання оподаткування. Він замінив низку законів і підзаконних нормативно-правових актів про оподаткування. Це дозволило систематизувати податкове законодавство України, усунути неузгодженість норм права, громіздкість розрахунку основних податків тощо. Податковий кодекс України було прийнято 02.12.2010 р. Він набув чинності 01.01.2011 р. У результаті його ухвалення було скасовано велику кількість законів, які протягом 20 років незалежності України регулювали оподаткування та здебільшого були об'єктом критики. На сьогодні Податковий кодекс України є пріоритетним щодо інших законів у сфері регулювання податків і зборів. Однак поряд із зазначеним кодексом питання обов'язкових платежів, зокрема зборів, що мають характер фіскальних, нині регулюється широким колом законодавчих актів.

Одним з аргументів ухвалення Податкового кодексу України стала необхідність забезпечення стабільності податкового законодавства. Проте, на жаль, це завдання не було виконано повною мірою, оскільки до цього кодифікованого акта постійно вносяться зміни, які стосуються практично всіх розділів Податкового кодексу України.

Детальніше хотілося б приділити увагу змінам податкового законодавства, яке регулює відносини в галузі податків, обов'язкових платежів та інших джерел, що складають дохідну частину державного й місцевих бюджетів. Ці акти торкаються як матеріальних, так і моральних відносин держави та платників. Адже податкове законодавство має важливе значення для держави, юридичних осіб і кожного громадянина – платника податків та різних обов'язкових зборів.

Внесення податків для формування дохідної частини бюджетів є одним із перших обов'язків юридичних і фізичних осіб, які отримують доходи в будь-якому вигляді. Оскільки ці платежі пов'язані з відчуженням державою власності, податкові відносини більш ретельно, порівняно з іншими фінансовими відносинами, регулюються правом. Прийнятий Верховною Радою України Податковий кодекс України є настільки складним, що буквально з дня прийняття до нього вносяться доповнення й виправлення. І до цього часу, на жаль, Податковий кодекс України змінюється та доповнюється.

Податковий кодекс України складається з 20 розділів:

Розділ I. Загальні положення.

Розділ II. Адміністрування податків, зборів (обов'язкових платежів). До розділу входять такі глави: «Загальні положення», «Податкова звітність», «Податкові консультації», «Визначення суми податкових та/або грошових зобов'язань платника податків, порядок їх сплати та оскарження рішень контролюючих органів», «Податковий контроль», «Облік платників податків», «Інформаційно-аналітичне забезпечення діяльності органів державної податкової служби», «Перевірки», «Погашення податкового боргу платників податків», «Застосування міжнародних договорів та погашення податкового боргу за запитами компетентних органів іноземних держав», «Відповідальність», «Пеня».

Розділ III. Податок на прибуток підприємств.

Розділ IV. Податок на доходи фізичних осіб.

Розділ V. Податок на додану вартість.

Розділ VI. Акцизний податок.

Розділ VII. Збір за першу реєстрацію транспортного засобу.

Розділ VIII. Екологічний податок.

Розділ IX. Рентна плата за транспортування нафти і нафтопродуктів магістральними нафтопроводами та нафтопродуктоводами, транзитне транспортування трубопроводами природного газу та аміаку територією України.

Розділ X. Рентна плата за нафту, природний газ і газовий конденсат, що видобуваються в Україні.

Розділ XI. Плата за користування надрами.

Розділ XII. Місцеві податки і збори.

Розділ XIII. Плата за землю.

Розділ XIV. Спеціальні податкові режими. До розділу входять такі глави: «Спрощена система оподаткування, обліку та звітності», «Фіксований сільськогосподарський податок», «Збір у вигляді цільової надбавки до діючого тарифу на електричну і теплову енергію, крім електроенергії, виробленої кваліфікованими когенераційними установками», «Збір у вигляді цільової надбавки до діючого тарифу на природний газ для споживачів усіх форм власності».

Розділ XV. Збір за користування радіочастотним ресурсом України.

Розділ XVI. Збір за спеціальне використання води.

Розділ XVII. Збір за спеціальне використання лісових ресурсів.

Розділ XVIII. Особливості оподаткування платників податків в умовах дії угоди про розподіл продукції.

Розділ XVIII-1. Посадові особи органів державної податкової служби та їх правовий і соціальний захист.

Розділ XVIII-2. Податкова міліція.

Розділ XIX. Прикінцеві положення.

Розділ XX. Перехідні положення [8].

Як уже зазначалося, багато разів після затвердження до Податкового кодексу України вносилися зміни й уточнення. У 2013 р. податкове законодавство також вдосконалюватиметься. З 01.01.2013 р. набрали чинності понад 50 норм Податкового кодексу України, більшість із яких – щодо очікуваного зниження податкового навантаження. На 01.01.2013 р. зміни кодексу стосувалися таких питань:

1) податку на прибуток підприємств, наприклад:

– з 01.01.2013 р. відбулося зниження загальної ставки податку на прибуток підприємств – 19% (п. 10 підрозділу 4 розділу XX Податкового кодексу України);

– у 2013 р. з'явився авансовий порядок сплати податку на прибуток підприємств;

– введено новий порядок подання податкової звітності;

– введено нові пільги в оподаткування прибутку підприємств, які є суб'єктами індустрії програмної продукції та суб'єктами господарювання, що реалізують проекти в пріоритетних галузях економіки;

2) податок на додану вартість, наприклад:

– встановлено пільги щодо оподаткування ПДВ суб'єктів індустрії програмної продукції;

– встановлено пільги щодо оподаткування інвестиційних проектів у пріоритетних галузях економіки;

– встановлено пільги щодо ПДВ під час реалізації проектів (програм) за рахунок міжнародної технічної допомоги;

– з 01.01.2013 р. припинила діяти норма п. 2 підрозділу 2 розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України, згідно з якою звільнялися від оподаткування ПДВ операції з постачання, у тому числі операції зі ввезення на митну територію України спеціалізованих транспортних засобів, наприклад, таких як автомобілі швидкої медичної допомоги. Отже, з початку 2013 р. зазначені операції оподатковуються ПДВ на загальних підставах;

3) податок на доходи фізичних осіб. У 2013 р. відбулося чимало змін щодо оподаткування певних видів доходів фізичних осіб, а саме:

– оподаткування доходів під час відчуження транспортних засобів;

– оподаткування доходів, отриманих за зданий брухт;

– оподаткування доходів, отриманих від продажу власної сільгосппродукції;

4) арбітражні керуючі – як самозайняті особи;

5) податок на нерухоме майно;

6) звітування страховиками за підсумками 2012 р. за новою формою Податкової декларації;

7) інновації в застосуванні реєстраторів розрахункових операцій (створення контрольної стрічки в електронній формі);

8) плата за користування надрами для видобування корисних копалин;

9) перспективи для платників єдиного податку (спрощена система оподаткування, обліку та звітності);

10) екологічний податок;

11) про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням щодо податків на доходи й майно;

12) фінансова звітність за міжнародними стандартами;

13) зберігання бухгалтерських документів [8; 9; 10; 11; 12; 13; 14].

Отже, за результатами дослідження можна зробити такі висновки:

1. Основою податкового законодавства, як і законодавства в цілому, є Конституція України.

2. Лише законодавчі акти встановлюють порядок сплати податків і зборів в Україні.

3. Пріоритетним серед усіх законів, що регулюють податкові правовідносини, є Податковий кодекс України.

Роль Податкового кодексу України є прогресивною. Однак його об'єктивний аналіз дозволяє говорити як про позитивні, так і про негативні аспекти зазначеного документа. Серед позитивних доцільно відмітити такі:

– неможливість притягнення до відповідальності платників податків, які діяли відповідно до податкової консультації;

– за спрощеною системою оподаткування суб'єктів малого підприємництва не проводиться фактична перевірка фізичної особи-підприємця, яка не зареєстрована платником ПДВ, і юридичної особи, яка застосовує спрощену систему оподаткування з включенням ПДВ до єдиного податку;

– посадові особи податкової служби мають право приступити до фактичної перевірки за наявності підстав, встановлених Податковим кодексом України, і пред'явлення документів, перелік і вимоги до яких чітко визначено кодексом;

– коли норми податкових нормативно-правових актів взаємно суперечать і припускають неоднозначне й суперечливе трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення ухвалюється на користь платника податків;

– можливість припинення податкової перевірки для проведення експертизи як за ініціативою суб'єкта господарювання, так і за ініціативою податкової служби [3, с. 267–268] тощо.

Негативними аспектами Податкового кодексу України варто назвати такі:

– відсутність забезпечення стабільності податкового законодавства;

– проблеми в реєстрації на законних підставах платником ПДВ новоствореного підприємства;

– відсутність чіткого механізму відповідальності посадових осіб податкових служб за необґрунтовану відмову приймати податкову звітність [3, с. 268–271];

– невизначеність правової природи не включених Податковим кодексом України до числа податкових обов'язкових платежів, існування численних правових колізій щодо застосування терміна «обов'язковий платіж», необхідність визначення критеріїв розмежування податкових і неподаткових фіскальних платежів [5, с. 125] тощо.

Незважаючи на недоліки, які нині існують у Податковому кодексі України, можна з упевненістю стверджувати, що цей кодифікований акт не лише посідає провідне місце в податковому законодавстві, а й є важливим у системі фінансового законодавства України загалом. Прагнення до його стабільності є запорукою успішного розвитку економіки нашої країни.

Література

1. Венгеров А.Б. Теория государства и права : в 2 ч. / А.Б. Венгеров. – М. : Росмэн, 1995–1996. – Ч. 2 : Теория права, 1996. – 333 с.
2. Воронова Л.К. Конституція України і фінансове законодавство / Л.К. Воронова // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 111–124.
3. Зельдіна О.Р. Податковий кодекс України як етап кодифікації господарського законодавства / О.Р. Зельдіна // Право України. – 2012. – № 7. – С. 266–273.
4. Майстренко О.В. Податковий кодекс України: прогнози та реальність / О.В. Майстренко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 5. – С. 46–51.
5. Якимчук Н.Я. Правовий режим обов'язкових платежів в Україні: конституційно-правові засади та проблеми реформування / Н.Я. Якимчук // Право України. – 2013. – № 1–2. – С. 122–132.
6. Ярошенко Ф.О. Реформування податкової системи України в контексті прийняття Податкового кодексу (коментарі та пропозиції міністерства фінансів України) / Ф.О. Ярошенко // Фінанси України. – 2010. – № 7. – С. 3–21.
7. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
8. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Вісник податкової служби України. – 2013. – № 2–3. – Ст. 357.
9. Про внесення змін до розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо особливостей оподаткування суб'єктів індустрії програмної продукції : Закон України від 05.07.2012 р. № 5091-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.

10. Про стимулювання інвестиційної діяльності у пріоритетних галузях економіки з метою створення нових робочих місць : Закон України від 06.09.2012 р. № 5205-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
11. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо врегулювання окремих питань оподаткування : Закон України від 02.10.2012 р. № 5412-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
12. Про внесення змін до розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо оподаткування суб'єктів господарювання, які реалізують інвестиційні проекти у пріоритетних галузях економіки : Закон України від 06.09.2012 р. № 5211-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
13. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення оподаткування при відчуженні транспортних засобів : Закон України від 02.10.2012 р. № 5413-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minjust.gov.ua.
14. Повний перелік змін у Податковому кодексі з 01.01.2013 р. // Вісник податкової служби України. – 2012. – № 48. – С. 14–49.

Анотація

Гречишникова В. В. **Податкове законодавство в системі фінансового законодавства України.** – Стаття.

У статті визначено основні засади системи фінансового законодавства України. Висвітлено основи Податкового кодексу України, вказано на його позитивні й негативні аспекти. Визначено місце Податкового кодексу України в системі фінансового законодавства.

Ключові слова: акти фінансового законодавства, податки, Податковий кодекс України.

Аннотация

Гречишникова В. В. **Налоговое законодательство в системе финансового законодательства Украины.** – Статья.

В статье определены основы системы финансового законодательства Украины. Охарактеризован Налоговый кодекс Украины, указаны его позитивные и негативные аспекты. Определяется место Налогового кодекса Украины в системе финансового законодательства.

Ключевые слова: акты финансового законодательства, налоги, Налоговый кодекс Украины.

Summary

Hrechyshnykova V. V. **The tax legislation in the system of financial legislation of Ukraine.** – Article.

The article defines the basis of the financial legislation of Ukraine and characterizes the Tax Code of Ukraine. It describes its positive and negative aspects and determines the place of the Tax Code of Ukraine in the system of financial legislation.

Key words: financial legislation acts, taxes, Tax Code of Ukraine.

УДК 352(1-22)

Л. В. Тереняк

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІЙ СІЛЬСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ В РОЗВИТКУ ТЕРИТОРІЙ

Постановка проблеми. Починаючи із часу проголошення незалежності в Україні, на жаль, досі не вдалося створити ефективно діючої системи місцевого управління. Існуюча модель місцевого управління потребує суттєвого вдосконалення, що передбачає перерозподіл повноважень між органами публічної влади різних рівнів, та реформування системи територіальної організації влади. Важливого значення в таких умовах набуває чинна нормативна база місцевого самоврядування та органів державної виконавчої влади.

© Л. В. Тереняк, 2013

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Місцеве самоврядування є специфічною сферою суспільно-політичного буття. Офіційними його визначеннями можна вважати ті, що містяться в правових актах. Наприклад, у ст. 3 Європейської хартії місцевого самоврядування (далі – Хартія), ратифікованої Верховною Радою України, зафіксовано: «Місцеве самоврядування означає право й спроможність місцевої влади в межах закону здійснювати регулювання й управління суттєвою часткою державних справ, які належать до їхньої компетенції, в інтересах місцевого населення» [1].

Насамперед місцеве самоврядування є «правом і спроможністю» (тобто компетенцією й водночас дієздатністю) відповідних органів. Наведене визначення містить своєрідний натяк на існування системи (підсистеми) органів, уповноважених діяти у сфері «місцевих справ». Органи місцевого самоврядування мають діяти «в межах закону» та «в інтересах місцевого населення». І хоча таке формулювання не дає уяви про зміст відповідних інтересів, воно непрямо вказує на їхнього адресата, на суб'єкт місцевого самоврядування.

Ще одне офіційне визначення місцевого самоврядування, яке, безумовно, заслуговує на увагу, містить ч. 1 ст. 140 Конституції України: «Місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селищ та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України» [2]. Це визначення відтворене в ч. 1 ст. 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», та додано, що територіальна громада може вирішувати питання місцевого значення не тільки самостійно, а й «під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування». Тим самим об'єктивно розширено коло засобів (форм) здійснення місцевого самоврядування, яке згідно з вказаною статтею закону є гарантованим державою правом та реальною здатністю територіальної громади вчиняти відповідні дії [3].

Згідно зі змістом конституційного визначення місцевого самоврядування суб'єктом відповідного права прямо названа територіальна громада, тобто населення адміністративно-територіальної одиниці, на рівні якої здійснюється місцеве самоврядування. Тобто суб'єктом місцевого самоврядування, носієм його функцій визнається населення конкретного територіального утворення. На цьому, зокрема, наголошено в ч. 1 ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», де територіальна громада визнана «первинним суб'єктом місцевого самоврядування, основним носієм його функцій і повноважень» [3].

Порівнюючи визначення місцевого самоврядування, сформульовані в Хартії й у Конституції України, треба вказати саме на розбіжність у визначенні суб'єкта місцевого самоврядування. У першому випадку це органи місцевого самоврядування й відповідні посадові особи, у другому – населення «самоврядної» адміністративно-територіальної одиниці. Існує дискусія щодо природи місцевого самоврядування: чи воно є формою децентралізації публічної (державної) влади, певної самостійності місцевих органів, чи самоорганізацією населення. Іншими словами, місцеве самоврядування – це певна організаційна й функціональна самостійність місцевої влади чи це самоврядування людей, які мешкають на певній території.

У Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» конституційний статус територіальної громади не отримав належної законодавчої деталізації. Більше того, повноваження місцевого самоврядування в цьому законі визначаються, як і за радянської системи, через компетенцію відповідних органів місцевого самоврядування. Уже існує проект Закону України «Про територіальну громаду», згідно з яким можна визначити такі основні положенн я:

– статус територіальної громади, її місце та роль у системі місцевого самоврядування;

– порядок створення, реорганізації та ліквідації територіальної громади як самостійного суб'єкта права на місцеве самоврядування та порядок державної реєстрації територіальної громади;

– структура територіальної громади та основи взаємовідносин територіальної громади в цілому з її структурними елементами, а також статус цих елементів;

– перелік виключних повноважень територіальної громади;

– обов'язки держави щодо фінансової підтримки територіальних громад;

– відповідальність територіальної громади та її органів перед державою та держави перед територіальною громадою;

– судові гарантії захисту прав територіальної громади.

Статут територіальної громади з точки зору його ролі в законодавчому полі держави є надзвичайно важливим документом: по-перше, це «мала конституція» окремо взятої одиниці самоврядування, тут мова йде про регулювання першочергових компетенцій; по-друге, це «продовження руки держави», оскільки норми статуту не можуть суперечити вимогам Конституції України й законам (у частині делегованих повноважень); по-третє, це «хартія юридичної особи», позаяк орган місцевого самоврядування є юридичною особою й має діяти в межах відповідних правових меж. Цей локальний нормативно-правовий акт має насамперед детально визначати правовий статус територіальної громади села, селища, міста або їхніх об'єднань та конкретизувати їхню конституційну, муніципальну, цивільну, адміністративну правосуб'єктність. Розробка, прийняття, затвердження статутів територіальних громад є першими кроками в процесі самоідентифікації цих громад. Зменшення ролі статутів громад призводить до мінімізації активності населення у вирішенні питань місцевого значення.

Варто наголосити на тому, що природа місцевого самоврядування формується з природи більш широкого явища – державного врядування (управління). Місцеве самоврядування за своєю природою є децентралізованою формою державного управління.

Про право громадянина на участь у місцевому самоврядуванні йдеться в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні». Зміст цього права розкритий у багатьох статтях. Зокрема, у ч. 1 ст. 3 зафіксовано: «Громадяни України реалізують своє право на участь у місцевому самоврядуванні за належністю до відповідних територіальних громад» [3]. Це положення має визначальний характер: за своїм змістом воно поєднує право на місцеве самоврядування як право громадянина на участь у місцевому самоврядуванні з правом на місцеве самоврядування як колективним правом, яке характеризує статус територіальної громади.

Положення про те, що народ здійснює владу (зокрема, через органи місцевого самоврядування) є в цілому правильним, адже місцеве самоврядування однаково організоване на всій території держави.

Постановка завдання. Мета статті – розглянути правове забезпечення функцій місцевого самоврядування в розвитку сільських територій.

Виклад основного матеріалу дослідження. Місцеве самоврядування в Україні базується на фундаменті, який становлять правові, матеріальні, фінансові, соціальні та інші умови й можливості діяльності територіальних громад, органів та посадових осіб місцевого самоврядування з вирішення питань місцевого значення (муніципальної діяльності).

Серед законів України, що містять норми, які регламентують питання організації та функціонування місцевого самоврядування, звичайно, особливу роль відіграє Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», який можна назвати базовим [3]. Він став підґрунтям для розробки законопроектів та прийняття законів, у яких регламентуються окремі питання функціонування місцевого самоврядування: «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» [4], «Про службу в органах місцевого самоврядування» [5], «Про органи самоорганізації населення» [6] тощо. Необхідність прийняття зазначених законів передбачена в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Державна підтримка розвитку місцевого самоврядування є метою подальшого розвитку місцевого самоврядування в Україні як особливо важливого фактора становлення демократичної держави та громадянського суспільства, його державної підтримки. Для поліпшення умов самостійного вирішення територіальними громадами питань місцевого значення був виданий Указ Президента України № 749/2001 «Про державну підтримку розвитку місцевого самоврядування в Україні» [7]. Цим Указом Президент України визначив пріоритети, завдання та принципи муніципальної державної політики, утворив робочу групи з підготовки пропозицій щодо розвитку місцевого самоврядування та затвердив Програму державної підтримки розвитку місцевого самоврядування в Україні.

В умовах формування сучасного політико-правового механізму спостерігаються певні розбіжності між юридичними передумовами й фактичною реалізацією механізму місцевого самоврядування. Недоліками, які спричиняють неефективність діяльності інститутів публічної влади на місцях, можна назвати такі: наявність двох центрів публічної влади в області та районі; не зовсім раціональний розподіл повноважень між органами місцевого самоврядування й органами виконавчої влади; відсутність можливостей самостійно реалізувати місцеву політику; недостатність механізмів дієвої участі громадян у здійсненні місцевого самоврядування; недосконаліть міжбюджетних відносин; брак стабільних джерел формування доходів місцевих бюджетів, збільшення яких перебувало під переважним впливом органів місцевого самоврядування; недостатня кадрова та організаційна спроможність органів місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення; невиконання Україною основних принципів Європейської хартії місцевого самоврядування, основними з яких є

правова, матеріально-фінансова, організаційна самостійність органів місцевого самоврядування тощо.

У розробленій державній цільовій програмі розвитку українського села на період до 2015 р. також зустрічаються аспекти розвитку сільських територій через формування ефективного місцевого самоуправління. Після впровадження загальнодержавної програми всі регіони країни повинні були розробити й ввести в дію регіональні програм. Вже станом на 12 лютого 2009 р. було розроблено проект «Програма розвитку сільських територій Харківської області на період до 2015 р.» [8], проте ця програма залишається проектом, доки не буде проведена паспортизація всіх населених пунктів із метою визначення резервів і проблемних аспектів. Згідно із цим проектом планувалося протягом визначеного періоду реалізувати комплекс заходів із розробки проекту адміністративно-територіального устрою сільських територій та їхніх системи управління, провести реалізацію пілотного проекту з впровадження адміністративно-територіальної реформи на сільських територіях на базі Красноградського району Харківської області (на розвиток соціальної сфери агромістечок району) [8].

Із метою забезпечення координації діяльності міністерств, місцевих органів виконавчої влади та наукових установ, пов'язаних із виконанням Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 р., Постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2008 р. № 1124 «Про утворення Міжвідомчої координаційної ради з питань розвитку сільських територій» визначено, що міжвідомча рада є тимчасовим консультативно-дорадчим органом, утвореним при Кабінеті Міністрів України; покликана здійснювати контроль за виконанням завдань і заходів програми.

У запропонованому проекті концепції Загальнодержавної програми сталого розвитку сільських території до 2020 р. (далі – Програма) головною метою визначено створення умов для сталого розвитку сільських територій, що передбачає диверсифікацію виробничої діяльності й підвищення конкурентоспроможності сільської економіки, підтримання екологічної рівноваги, поліпшення якості життя на селі на основі посилення життєздатності, самодостатності, активності сільських громад із максимально ефективним використанням місцевих ресурсів та приватної ініціативи. Виділено такі шляхи забезпечення Програми:

– нормативно-правове забезпечення через внесення змін і доповнень до законодавчих та інших нормативно-правових актів із метою виокремлення сільських територій як самостійного об'єкта державного регулювання;

– суспільно-політичне забезпечення через формування в країні суспільного середовища, сприятливого для ефективного розв'язання проблем сільських територій; політичне волевиявлення та державницькі дії щодо забезпечення сталого сільського розвитку; запровадження інтегрованих підходів до формування та реалізації політики розвитку сільських територій на основі залучення та координації діяльності зацікавлених сторін на всіх рівнях управління, організації міжсекторальних діалогів, розробки інтегрованих програм та планів із розвитку економічної діяльності, створення соціальної інфраструктури та впровадження природоохоронних заходів;

– формування інституційного середовища через організацію роботи зі зміни стереотипів мислення та моделей поведінки сільського населення й громад у напрямі активізації власної участі та мобілізації ресурсів для розв'язання місцевих проблем і забезпечення перспектив розвитку; сприяння формуванню партнерств із розвитку сільських територій, асоціацій місцевого самоврядування, співпраці між місцевими громадами, приватними особами та державою; формування системи державного управління розвитком сільських територій з урахуванням стратегічних керівних принципів Європейського Союзу, посилення ролі органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, інших органів самоорганізації сільського населення з передачею на ці рівні частини повноважень державного управління;

– організаційне й фінансове забезпечення через виокремлення в стратегіях розвитку, перспективних і поточних планах та бюджетах міністерств і відомств заходів, здійснюваних ними на сільських територіях; створення принципово нової системи державного стимулювання розвитку сільських територій на основі підтримки ініціатив (бізнес-проектів) сільських громад, партнерств, асоціацій органів місцевого самоврядування щодо їхньої участі в цільових програмах за механізмом співфінансування; удосконалення реєстраційної, податкової та бюджетної систем, міжбюджетних відносин у напрямі зміцнення фінансової бази місцевого самоврядування й посилення мотивації до наповнення місцевих бюджетів; забезпечення диференційованого підходу до регулювання розвитку сільських територій на основі їх типологізації за соціально-економічними параметрами, реалізація спеціальних заходів із підтримання проблемних територій; створення Українського фонду підтримки розвитку сільських територій за рахунок відрахувань від господарської діяльності господарюючих суб'єктів будь-якої організаційно-правової форми та форми власності в розмірі 1,5% від їхніх доходів (виручки від реалізації продукції, робіт та послуг); поліпшення інформаційного забезпечення через належне відображення аспектів сільського розвитку в офіційних статистичних роботах; запровадження системи моніторингу виконання Програми та системи індикаторів для оцінки її результатів [9].

Нещодавно законодавчі основи діяльності органів місцевого самоврядування поповнилися новим нормативним актом, а саме Законом України від 16.04.2009 р. № 1275-VI «Про асоціації органів місцевого самоврядування», який визначає порядок створення й припинення діяльності асоціацій, повноваження та органи управління, засади взаємодії асоціацій з органами державної влади, фінансову та матеріальну основу діяльності, гарантії діяльності й відповідальність [10].

На підставі цього закону в Україні вже створена Асоціація голів сільських і селищних рад (далі – Асоціація). У статуті цієї асоціації прописано, що основною метою утворення є ефективне здійснення сільськими, селищними радами своїх повноважень, узгодження дій щодо захисту прав та інтересів територіальних громад, сприяння місцевому й регіональному розвитку.

Основними завданнями Асоціації є такі: об'єднання зусиль сільських, селищних рад, спрямованих на захист прав та інтересів відповідних територіальних громад; створення умов для ефективнішого здійснення повноважень місцевого самоврядування; налагодження взаємодії з органами державної влади в процесі вирішення питань місцевого й регіонального розвитку з метою узгодження загаль-

нодержавних, регіональних та місцевих інтересів шляхом проведення консультацій, підготовки висновків та пропозицій до проектів нормативно-правових актів із зазначених питань; сприяння органам місцевого самоврядування в підготовці проектів їхніх рішень; координація діяльності членів Асоціації для досягнення мети та виконання завдань Асоціації [11].

На нашу думку, це дуже правильний і потрібний хід із боку держави щодо об'єднання сільського місцевого самоуправління з метою лобіювання власних інтересів на всіх рівнях. Селяни позитивно сприймають дії держави, направленні на розвиток сільського життя, проте викликає занепокоєння дієвість і повноваження цієї асоціації в подальшій системі адміністрування.

Окреме місце в системі місцевого самоврядування займають органи самоорганізації населення, статус яких регулюється насамперед Конституцією України та Законом України «Про органи самоорганізації населення» від 11.07.2001 р. (далі – Закон). У ст. 3 Закону визначено такі завдання органів самоорганізації: а) створення умов для участі жителів у вирішенні питань місцевого значення в межах Конституції України й законів України; б) задоволення соціальних, культурних, побутових та інших потреб мешканців шляхом сприяння в наданні їм відповідних послуг; в) участь у реалізації соціально-економічного, культурного розвитку відповідної території, інших місцевих програм. Саме через функції органів самоорганізації здійснюється реалізація цих завдань [6].

Місцеве самоврядування створюється для забезпечення права громадян на участь в управлінні публічними справами на рівні територіальних громад сіл, селищ, вирішення питань місцевого значення в межах Конституції України та законів України й надання громадянам управлінських, соціальних та інших послуг. Органи самоорганізації населення як елемент системи місцевого самоврядування також беруть участь у здійсненні цих функцій у межах власної компетенції. Контролюючі функції органи самоорганізації здійснюють щодо виконання депутатами побажань виборців. Позитивний досвід селища Старий Мерчик (Валківського району Харківської області) дозволяє стверджувати, що якщо органи самоорганізації спілкуються з депутатами місцевих рад, які у свою чергу переймаються проблемами населення не тільки під час виборчої кампанії, то це дає можливість «повернути депутатів обличчям до людей» і, відповідно, реально оцінити можливості тих чи інших депутатів у відстоюванні інтересів власної територіальної громади.

Висновки. Таким чином, занепад сільських територій, зубожіння селян зумовлені причинами довготривалого характеру. Основними з них є такі: нерозвиненість, переважно монофункціональний характер сільської економіки, недієздатна (а в деяких випадках неповна) нормативно-правова база, пов'язана зі специфікою сільського буття, обмеженість фінансових ресурсів місцевих бюджетів, слабка матеріально-фінансова база органів місцевого самоврядування, низька доходність і збитковість виробництва окремих основних видів сільськогосподарської продукції, практика реєстрації в містах суб'єктів господарювання на селі, відсутність державної підтримки дрібних сільськогосподарських товаровиробників, ігнорування сільської специфіки й потреб у різних напрямах державної політики (регіональній, регуляторній, соціальній, бюджетній) тощо.

Ми вважаємо, що фінансові, законодавчі та адміністративні перешкоди самодостатнього місцевого самоврядування може буде подолано на центральному рівні. Першими кроками для цього мають стати ухвалення проекту Закону України «Про адміністративно-територіальний устрій» та законодавче визначення чіткого розподілу повноважень органів державної влади й місцевого самоврядування.

Література

1. Європейська хартія місцевого самоврядування : ратифікована Законом України № 452/97-ВР від 15.07.1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
2. Конституція України. – О. : Негоціант, 2005. – 80 с.
3. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». – Х. : Парус, 2008. – 96 с.
4. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10.07.2010 р. № 2487-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
5. Про службу в органах місцевого самоврядування : Закон України від 07.06.2001 р. № 2493-III (остання редакція від 19.09.2009 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
6. Про органи самоорганізації населення : Закон України від 11.07.2001 р. № 2625-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
7. Про державну підтримку розвитку місцевого самоврядування в Україні : Указ Президента України від 30.08.2001 р. № 749/2001 (редакція від 27.08.2002 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.nau.ua.
8. Програма розвитку села Харківської області на період до 2015 року відповідно до Державної цільової програми розвитку українського села до 2015 року (редакція від 12 лютого 2009р.) : Проект Харківської обласної державної адміністрації [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://en.khntusg.com.ua/sites/default/files/program.pdf.
9. Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми сталого розвитку сільських територій до 2020 року : Проект розпорядження Кабінету Міністрів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minagro.kiev.ua.
10. Про асоціації органів місцевого самоврядування : Закон України від 16.04.2009 р. № 1275-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.
11. Щодо ініціювання створення Всеукраїнської асоціації сільських, селищних рад // Урядовий кур'єр. – 2009. – № 104(4010). – С. 6–7.

Анотація

Тереняк Л. В. **Правове забезпечення функцій сільського самоврядування в розвитку територій.** – Стаття.

Проаналізовано чинну нормативну базу місцевого самоврядування та органів державної виконавчої влади, законодавчі та адміністративні перешкоди, що стримують процес розвитку сільської місцевості.

Ключові слова: самоврядування, сільська територія, територіальна громада, державна підтримка, самоорганізація, правове забезпечення.

Аннотация

Тереняк Л. В. **Правовое обеспечение функций сельского самоуправления в развитии территорий.** – Статья.

Проанализировано действующую нормативную базу местного самоуправления и органов государственной исполнительной власти, законодательные и административные препятствия, сдерживающие процесс развития сельской местности.

Ключевые слова: самоуправление, сельская территория, территориальная община, государственная поддержка, самоорганизация, правовое обеспечение.

Summary

Terenyak L. V. **Legal regulation of the functions of self-government in rural areas.** – Article.

Analyzed the current legal framework of local government and state executive, legislative and administrative obstacles that prevent the formation of sustainable rural development.

Key words: self-government, rural area, local community, government support, self-organization, legal support.

УДК 349.6:621.643/646

О. В. Борденюк

ПРАВОВА ОХОРОНА ЗЕМЕЛЬ ТРУБОПРОВІДНОГО ТРАНСПОРТУ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Актуальність теми дослідження обумовлюється тим, що трубопровідний транспорт відчуває на цей час значні проблеми у своєму розвитку, обумовлені зношеністю трубопровідних мереж, що перебувають у тривалій експлуатації, та зростанням аварійних ризиків. Трубопровідний транспорт посідає особливе місце в єдиній транспортній системі України. На сьогодні практично весь обсяг видобутих нафти й газу транспортується системою магістральних трубопроводів. Найбільш економічно ефективним способом транспортування нафти й газу є трубопровідний транспорт, що визначає його виняткову роль в економіці країни.

Створення трубопровідних систем, інтенсивний розвиток нафтогазовидобувних і переробних галузей характеризуються значним антропогенним впливом на землі та інші природні ресурси, що проявляється в їх деградації внаслідок забруднення під час будівництва та експлуатації. Нераціональне землекористування в системі трубопровідного транспорту, як правило, призводить до порушення правового режиму використання земельних та інших природних ресурсів і вимагає розробки науково обґрунтованих рекомендацій щодо підвищення ефективності заходів правової охорони земель. Проведені реформи в паливно-енергетичному комплексі України свідчать про необхідність подальшого вдосконалення заходів правової охорони земель трубопровідного транспорту.

Аналіз останніх наукових досліджень. У науці земельного права дослідженню проблем правового режиму земель різних категорій присвячено праці таких вчених, як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, Ю.О. Вовк, А.П. Гетьман, П.Ф. Кулинич, В.Л. Мунтян, В.В. Носік, О.О. Погрібний, В.І. Семчик, В.Д. Сидор, Н.І. Титова, В.І. Федорович, Ю.С.Шемшученко, М.В. Шульга та інші. Незважаючи на велику кількість робіт, які певним чином стосуються проблем використання й охорони земель, земельних ділянок і земельних ресурсів, питання правової охорони земель трубопровідного транспорту вимагають спеціальної уваги та проведення додаткового дослідження.

Метою статті є дослідження передбачених чинним законодавством заходів правової охорони земель трубопровідного транспорту та визначення основних екологічних ризиків господарської діяльності підприємств трубопровідного транспорту.

Виклад основного матеріалу. Зазначимо, що взаємодія суспільства із землею останні декілька десятиліть викликає серйозне занепокоєння. Зниження антропогенного впливу стає найважливішим пріоритетом усієї виробничої діяльності. Насамперед це стосується підприємств паливно-енергетичного комплексу, які залишаються одними з головних забруднювачів земель.

Магістральні трубопроводи відносяться до категорії об'єктів, експлуатація яких поєднується зі значною екологічною небезпекою. Численні аварії на технологічних трубопроводах, що транспортують пожежо- та вибухонебезпечні продукти,

© О. В. Борденюк, 2013

отруйні компоненти й токсичні речовини, призводять до локальних і загальних забруднень земель, створюють підвищений ризик для життя та здоров'я населення.

Екологічна безпека магістральних трубопроводів залежить від ґрунтово-кліматичних умов їх експлуатації. Основною причиною, що викликає порушення екологічної рівноваги під час руйнування магістральних нафтогазопроводів, є агресивне середовище трубопровідного простору, яке впливає на метал труби в місцях порушення ізоляції [1, с. 5]. Тому відповідно до ч. 1 ст. 44 Закону України «Про охорону земель» під час спорудження та експлуатації лінійних інженерних споруд (доріг, трубопроводів, ліній електропередач і зв'язку, а також інших лінійних інженерних споруд) спеціально уповноважені органи виконавчої влади в галузі охорони земель здійснюють постійний контроль за станом ґрунтового покриву на цих та прилеглих до них земельних ділянках [2].

Останнім часом усе частіше порушуються питання вдосконалення системи безпеки об'єктів трубопровідного транспорту. Наявні загрози працездатності об'єктів трубопровідного транспорту, особливо лінійних, що мають протяжні ділянки, контроль за станом яких доволі складно й дорого забезпечувати, змушують звертати увагу на нові методи контролю та моніторингу. До переліку завдань діагностики й моніторингу об'єктів трубопровідного транспорту належить екологічний моніторинг об'єктів [3, с. 24].

Земельним законодавством передбачається, що господарська та інша діяльність, яка зумовлює забруднення земель і ґрунтів понад установлені гранично допустимі концентрації небезпечних речовин, забороняється (ч. 1 ст. 45 Закону України «Про охорону земель»). Відповідно до ч. 2 ст. 45 Закону України «Про охорону земель» у разі виявлення фактів забруднення ґрунтів небезпечними речовинами спеціально уповноважені органи виконавчої влади в галузі охорони земель вживають заходи щодо обмеження, тимчасової заборони (зупинення) або припинення діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, притягнення винних до відповідальності згідно із законом та проведення в установленому порядку робіт із дезактивації, відновлення забруднених земель, консервації угідь і визначення режимів їх подальшого використання [2].

У процесі проектування й будівництва нових трубопроводів необхідно розробляти комплекс організаційно-технічних заходів, спрямованих на зниження небезпеки можливих аварій [4, с. 23]. Особливі вимоги встановлюються ст. 49 Закону України «Про охорону земель» щодо охорони земель під час застосування нових технічних засобів і технологій. Відповідно до ч. 1 ст. 49 наведеного закону під час розміщення, проектування, будівництва та введення в дію нових і реконструйованих об'єктів, застосування нових технічних засобів і технологій, які справляють негативний вплив на екологічний стан, передбачаються заходи щодо запобігання небезпечним екологічним і санітарно-гігієнічним наслідкам, раціонального використання та охорони земель. Розміщення об'єктів, які справляють негативний вплив на екологічний стан і якість земельних ресурсів, проводиться з урахуванням результатів інтегральної оцінки цього впливу й розробки відповідних заходів щодо запобігання небезпечним екологічним і санітарно-гігієнічним наслідкам та щодо раціонального використання й охорони земель лише після проведення державної

екологічної експертизи в порядку, визначеному законом (ч. 2 ст. 49 Закону України «Про охорону земель») [2]. У компанії «Укртрансгаз» здійснюється робота щодо впровадження й удосконалення інтегрованої системи управління якістю, екологічного керування та управління безпекою праці відповідно до вимог міжнародних стандартів ISO 9001, ISO 14011, OHSAS 18001 [5, с. 18].

Правова охорона земель безпосередньо пов'язується з Правилами охорони магістральних трубопроводів, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2002 р. № 1747. Відповідно до п. 4 Правил охорони магістральних трубопроводів для охорони об'єктів магістрального трубопровідного транспорту, зважаючи на їх стратегічне значення та потенційну небезпеку, здійснюються такі заходи: установлення охоронних зон для діючих і тимчасово законсервованих об'єктів; організація охорони об'єктів; розроблення й упровадження автоматизованих систем виявлення несанкціонованого втручання сторонніх осіб у роботу об'єктів; безперешкодне здійснення підприємствами магістрального трубопровідного транспорту контролю за технічним станом і виконання планових та аварійно-відновних робіт в охоронних зонах; установлення обмежень на розміщення в охоронних зонах будівель, споруд, комунікацій і на провадження господарської діяльності в цих зонах [6].

Світовий досвід експлуатації магістральних газопроводів свідчить про те, що на компресорних станціях, де відбувається стиснення великих мас вибухонебезпечного природного газу до високих показників тиску, можуть виникати аварії з важкими екологічними наслідками [7, с. 12]. Для визначення екологічної безпеки під час розміщення, будівництва нових і реконструкції діючих об'єктів трубопровідного транспорту, а також під час їх експлуатації проводиться обов'язкова державна екологічна експертиза в порядку, встановленому законодавством України (ст. 15 Закону України «Про трубопровідний транспорт») [8]. Практика експлуатації трубопроводів свідчить, що ідеального захисного покриття не існує. Навіть за ретельного виконання захисне покриття в процесі експлуатації старіє [9, с. 17].

Для забезпечення безпечної експлуатації об'єктів магістрального трубопровідного транспорту, зокрема об'єктів магістральних газопроводів I і II класу, магістральних нафтопроводів, нафтопродуктопроводів, конденсатопроводів, магістрального трубопровідного транспорту, призначеного для транспортування рідкого аміаку й етилену, встановлюються охоронні зони. Закон України «Про правовий режим земель охоронних зон об'єктів магістральних трубопроводів» у ст. 1 визначає охоронну зону об'єктів магістральних трубопроводів як територію, обмежену умовними лініями вздовж наземних, надземних і підземних трубопроводів та їх споруд по обидва боки від крайніх елементів конструкції магістральних трубопроводів та за периметром наземних споруд на визначеній відстані, на якій обмежується провадження господарської та іншої діяльності [10].

Аналіз основних ризиків, пов'язаних із будівництвом магістральних трубопроводів, дозволяє виділити основні з них, а саме: природні ризики (зливові дощі або повені), рельєф місцевості (гірська місцевість, болотиста місцевість, прокладання трубопроводів під водою), технологічні небезпеки (особливості ризиків траншейної та безтраншейної технології прокладки), людський фактор (дефекти трубопро-

воду, що утворилися під час виготовлення труб, їх транспортування, зварювання, укладання, випробування). До основних ризиків, пов'язаних з експлуатацією магістральних трубопроводів, можна віднести такі: вогонь, природні сили й стихійні лиха, протиправні дії третіх осіб, механічні дії, розрив труби трубопроводу, розгерметизацію трубопроводу, з'єднань труб, запірної та сполучної арматури, загрози забруднення навколишнього середовища [11, с. 6].

З метою охорони земель трубопровідного транспорту доцільним є проведення моніторингу екологічної безпеки під час будівництва й експлуатації трубопроводів, який має охоплювати всі основні стадії функціонування трубопровідних систем: проектно-вишукувальну, будівельно-монтажну, експлуатаційну та постексплуатаційну. Організація моніторингу екологічної безпеки для кожної потенційно небезпечної зони потребує детального дослідження з метою виявлення всіх природних та антропогенних факторів, які визначають імовірність виникнення в межах цієї зони екологічно небезпечних ситуацій, визначення можливого подальшого їх розвитку з урахуванням типових карт і схем перенесення забруднень та вибору необхідних для контролю й подолання наслідків таких ситуацій спеціальних методів і засобів.

Експлуатований трубопровід є небезпечним виробничим об'єктом, що створює екологічну небезпеку для земельної ділянки та інших навколишніх природних об'єктів. Висока аварійність трубопроводів є причиною великої кількості земельних та екологічних правопорушень [12, с. 5].

Моніторинг земель дозволятиме спланувати обсяг землеохоронних заходів з урахуванням забезпечення економічної ефективності запобігання забруднення земель. Вартісна оцінка наслідків забруднення земель повинна покладатися в основу формування нормативів плати за забруднення й використання земель трубопровідного транспорту. Існуючий механізм землеохоронної діяльності під час будівництва й експлуатації трубопроводів не повною мірою вирішує питання поєднання функцій господарської діяльності та забезпечення дотримання правового режиму земель трубопровідного транспорту. Тому необхідно розробляти й упроваджувати такі заходи правової охорони земель трубопровідного транспорту, які дозволили б мінімізувати екологічні ризики під час будівництва та експлуатації трубопровідного транспорту. При цьому необхідно враховувати характер, обсяг та інтенсивність передбачуваного впливу трубопроводу на землі в процесі будівництва й експлуатації, можливість аварійних ситуацій на об'єкті та їх наслідки, зміни параметрів земель під впливом трубопроводу.

Висновки. Таким чином, діяльність підприємств трубопровідного транспорту істотно впливає на стан земель. Магістральні трубопроводи є небезпечними виробничими об'єктами, прокладеними на землях сільськогосподарського призначення, лісогосподарського призначення, житлової та громадської забудови. Крім того, вони знаходяться в безпосередній близькості з багатьма промисловими й цивільними об'єктами. Підприємства трубопровідного транспорту постійно виконують роботи з будівництва, експлуатації та ремонту лінійних об'єктів відповідно до нормативів безпечної експлуатації трубопровідних систем. Ремонтно-будівельні роботи безпосередньо пов'язані з використанням земель і проведенням земляних

робіт, під час яких тракторна техніка руйнує ґрунтовий покрив. Основними джерелами промислового забруднення та деградації земель трубопровідного транспорту є такі: розгерметизація трубопроводів із витоком нафти й нафтопродуктів, механічний вплив будівельної техніки, засмічення земель в охоронній зоні будівельним сміттям. Загрозу промисловій та екологічній безпеці становлять самочинні дії громадян в охоронних зонах об'єктів магістральних трубопроводів, у тому числі кримінальні врізання, самовільне будівництво та влаштування звалищ. Основною метою правової охорони земель трубопровідного транспорту є зменшення ризику можливого заподіяння шкоди землям у результаті господарської діяльності підприємств трубопровідного транспорту. Охорона земель є обов'язком кожного землекористувача, у тому числі й підприємств трубопровідного транспорту. Державна земельна політика повинна спрямовуватися на збереження й відновлення цілісності природних систем, у тому числі запобігання їх фрагментації в процесі господарської діяльності під час створення лінійних споруд трубопровідного транспорту.

Можливість погіршення показників якості земель під впливом природних і техногенних факторів під час будівництва й експлуатації трубопроводів становить загрозу екосистемам на прилеглих ландшафтах. Тому необхідно розробляти комплекс землеохоронних заходів, який повинен звести до мінімуму вплив антропогенних чинників на стан земель. Спостереження за станом трубопроводів повинне включатися в комплекс заходів із проведення моніторингу земель у місцях розташування трубопроводу, на основі якого встановлюються джерела й масштаби забруднення земель трубопровідного транспорту.

Література

1. Кодзаев М.Ю. Повышение экологической безопасности при эксплуатации магистральных нефтегазопроводов : автореф. дис. ... канд. техн. наук ; спец. 25.00.36 «Геоэкология» / М.Ю. Кодзаев ; Северо-Кавказский горно-металлургический ин-т. – Владикавказ, 2003. – 16 с.
2. Про охорону земель : Закон України від 19.06.2003 р. № 962-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 349.
3. Сапожніков О.Д. Нестандартний підхід до моніторингу об'єктів трубопровідного транспорту / О.Д. Сапожніков, В.В. Морозюк, О.А. Морозюк // Трубопровідний транспорт. – 2012. – № 5(77). – С. 24–26.
4. Слободян В.І Надійність і безпека магістрального трубопровідного транспорту / В.І. Слободян // Трубопровідний транспорт. – 2012. – № 1(73). – С. 22–23.
5. Требульова І.О. Ведення нормативних документів у ДК «Укртрансгаз» / І.О. Требульова, Т.В. Зубенко // Трубопровідний транспорт. – 2012. – № 2(74). – С. 18–19.
6. Про затвердження Правил охорони магістральних трубопроводів : Постанова Кабінету Міністрів України від 16.11.2002 р. № 1747 // Урядовий кур'єр. – 2002. – № 226. – Ст. 23.
7. Корольов П.В. Безпечна експлуатація технологічних трубопроводів компресорних станцій / П.В. Корольов, Ю.Д. Зябченко, Д.В. Коломєєв // Трубопровідний транспорт. – 2012. – № 1(73). – С. 12–15.
8. Про трубопровідний транспорт : Закон України від 15.05.1996 р. № 192/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 29. – Ст. 139.
9. Андріїшин Н.М. Покращення захисту магістральних газопроводів від підземної корозії / Н.М. Андріїшин, Г.І. Савкун // Трубопровідний транспорт. – 2011. – № 5(71). – С. 16–17.
10. Про правовий режим земель охоронних зон об'єктів магістральних трубопроводів : Закон України від 17.02.2011 р. № 3041-VI // Голос України. – 2011. – № 54. – Ст. 25.
11. Богинский Д.Л. Совершенствование управления развитием трубопроводного транспорта в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.05 «Экономика и управление народным хозяйством» / Д.Л. Богинский ; Российская академия гос. службы при Президенте Российской Федерации. – М., 2001. – 18 с.

12. Постоев А.В. Административно-правовые средства обеспечения рационального использования и охраны земель трубопроводного транспорта России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право, финансовое право, информационное право» / А.В. Постоев ; Омский гос. ун-т им Ф.М. Достоевского. – Омск, 2007. – 20 с.

Анотація

Борденюк О. В. **Правова охорона земель трубопровідного транспорту в Україні.** – Стаття.

Проведено дослідження передбачених чинним законодавством заходів правової охорони земель трубопровідного транспорту. Встановлено, що магістральні трубопроводи є небезпечними виробничими об'єктами, які негативно впливають на стан земель. Визначено основні екологічні ризики господарської діяльності підприємств трубопровідного транспорту.

Ключові слова: правова охорона, землі транспорту, трубопровідний транспорт, забруднення земель, екологічний ризик, засмічення земель.

Аннотация

Борденюк О. В. **Правовая охрана земель трубопроводного транспорта в Украине.** – Статья.

Проведено исследование предусмотренных действующим законодательством средств правовой охраны земель трубопроводного транспорта. Установлено, что магистральные трубопроводы являются опасными производственными объектами, негативно влияющими на состояние земель. Определены основные экологические риски хозяйственной деятельности предприятий трубопроводного транспорта.

Ключевые слова: правовая охрана, земли транспорта, трубопроводный транспорт, загрязнение земель, экологический риск, засорение земель.

Summary

Bordenyuk O. V. **Legal protection of land pipelines in Ukraine.** – Article.

The study by the current legislation of legal protection of land pipelines held. Found that pipelines are unsafe production facilities that affect the status of the land. Main environmental risks of business enterprise pipeline are determined.

Key words: legal protection, land transport, pipelines, land pollution, environmental risk, contamination of land.

НАШІ АВТОРИ

Андрусяк В. Г., здобувач кафедри права Європейського союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія»

Антошина І. В., аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Антипенко А. В., здобувач кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Національного авіаційного університету

Арманов Н. Г., доцент кафедри кримінального права Національної академії прокуратури України, кандидат юридичних наук

Безкровний Є. А., аспірант кафедри організації роботи та управління в органах прокуратури Національної академії прокуратури України

Березинский П. А., викладач юридичного коледжу Національного університету «Одеська юридична академія»

Березовська Н. Л., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Березовська С. В., асистент кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

Берш А. Я., аспірант кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

Блажівський Є. М., ректор Національної академії прокуратури України, кандидат юридичних наук

Бойко І. Й., доцент кафедри історії держави, права та політико-правових учень Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук

Бондаровер Ю. С., аспірант кафедри історії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Бондар О. В., здобувач Національного університету «Одеська юридична академія»

Борденюк О. В., асистент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Бусол К. І., аспірант кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Ващук О. П., доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Венгринюк Ю. В., аспірант Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені В. Стефаника

Витязь М. І., здобувач Національної академії прокуратури України

Гиренко І. В., доцент кафедри теорії та історії держави і права Національного університету біоресурсів і природокористування України, кандидат юридичних наук

Годяк А. І., здобувач кафедри теорії та історії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ

Гольдберг Н. А., асистент кафедри спеціально-правових дисциплін Нікопольського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Горбачова І. М., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Горленко В. В., аспірант Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова

Гречишникова В. В., доцент кафедри державно-правових дисциплін Нікопольського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Данильченко І. Р., асистент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

Дехтяр О. Г., здобувач кафедри кримінального права, процесу і криміналістики Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Дикий О. В., здобувач Національного університету «Одеська юридична академія»

Дрьоміна-Волок Н. В., головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, LL.M, кандидат юридичних наук

Дрьомін В. М., проректор з наукової роботи, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Завальнюк В. В., кандидат юридичних наук, професор, ректор Національного університету «Одеська юридична академія»

Зелинская Н. А., профессор кафедры международного права и международных отношений Национального университета «Одесская юридическая академия», доктор юридических наук, профессор

Іванченко О. М., доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Івасюк І. Г., доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Чернівецького факультету Національного університету«Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Ігнатенко М. П., асистент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

Калмазан А. В., аспірант кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія»

Коваленко Р. О., аспірант кафедри конституційного права Національного унверситету «Одеська юридична академія»

Красюк І. А., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Крумаленко М. В., доцент кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Куц В. Н., завідувач кафедри кримінального права Національної академії прокуратури України, кандидат юридичних наук, професор

Лисюк Ю. В., доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Логінова Н. І., доцент кафедри інформаційних технологій Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат педагогічних наук

Любчик В. Б., доцент кафедри оперативно-розшукової діяльності Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Мавед С. О., здобувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія»

Макаренко А. С., асистент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Макарцев А. А., доцент кафедры кафедра теории и истории государства и права, конституционного права Новосибирского государственного университета, член Новосибирской городской муниципальной избирательной комиссии, кандидат юридических наук, доцент

Маслій І. В., здобувач Національного університету «Одеська юридична академія»

Мацкевич О. О., магістр інтелектуальної власності, науковий співробітник та здобувач Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Національної академії правових наук України

Махніцький О. І., народний депутат України

Орловський О. С., директор Програми «Громадянське суспільство та належне врядування» Міжнародного фонду «Відродження», кандидат юридичних наук

Острійчук О. П., аспірант Національної академії прокуратури України, заступник прокурора Полтавського району Полтавської області

Перешивко О. С., асистент кафедри спеціально-правових дисциплін, Нікопольського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Подобний О. О., начальник кафедри оперативно-розшукової діяльності Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Прус Е. У., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Сидор В. Д., професор кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія» доктор юридичних наук, доцент

Синельникова А. О., аспірантка Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України

Станчева О. Л., аспірантка кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Стоянов М. М., доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Сулейманова С. Р., аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»

Тарасенко Р. В., старший науковий співробітник відділу організації наукової роботи Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Тереняк Л. В., старший викладач кафедри історичних і соціально-політичних дисциплін, заступник декана Харківського національного аграрного університету імені В.В. Докучаєва, кандидат наук з державного управління

Трофименко О. Г., доцент кафедри інформаційних технологій Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат технічних наук, доцент

Феоктістова О. М., аспірантка кафедри історії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Фролова Н. В., кандидат юридичних наук, Одеський державний екологічний університет

Фурман Я. В., старший науковий співробітник наукової лабораторії проблем організаційно-правового та кадрового забезпечення діяльності ОВС ННІ управління Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Хажинський Р. М., аспірант кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Цехан Д. М., доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Чернишов Г. М., аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія»

Эннан Р. Е., доцент кафедри права інтелектуальної власності Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Юрко С. С., асистент кафедри загально-правових дисциплін Черкаського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Яворська О. С., професор кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, доцент

Юрченко М. В., аспірант Юридичного інституту Національного авіаційного університету

ЗМІСТ

Передмова 3

РОЗДІЛ 1
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ДОСЛІДЖЕННЯ
РОЗВИТКУ ДЕРЖАВНОСТІ І ПРАВА

В. В. Горленко
Органи державної влади й місцевого самоврядування
та громадянське суспільство 7

В. Г. Андрусяк
Правозащитная функция прокуратуры
как института современного украинского государства 13

О. І. Махніцький
Судова влада: сутність, зміст та поняття 19

Є. А. Безкровний
Нагляд органів прокуратури
за дотриманням законодавства про звернення 26

П. А. Березинский
Конституционные основы экологии и экологического права Украины 32

О. В. Бондар
До питання про визначення особливостей
адміністративно-правового статусу суб'єкта надання
адміністративних послуг у сфері морського транспорту 37

В. В. Завальнюк
Еволюція антропологічних знань
у процесі історичного розвитку суспільства 43

В. М. Дрьомін
Інституціональна методологія в дослідженні злочинності 49

Є. М. Блажівський
Кримінологічний аналіз злочинної поведінки 56

Н. А. Зелинская
Противодействие политической преступности:
международно-правовой механизм 62

В. Н. Куц
Зарубежные модели уголовно-правового воздействия
на юридических лиц и возможности их реализации
на постсоветском пространстве 76

А. А. Макарцев
Проблемы правового обеспечения легитимности выборов
в Российской федерации: в свете реформы
российского избирательного законодательства 82

Н. В. Дрьоміна-Волок
Дотримання принципу «видай або суди»
як obligatio erga omnes щодо злочинів jus cogens 90
О. М. Іванченко
Взаємодія норм міжнародного права та національного права
в межах зміни концепції системи джерел права України 98
Ю. В. Венгринюк
Допустимість вибору «недержавного права» як права,
що застосовується до договору в Європейському Союзі 105
К. І. Бусол
Звичаєві норми щодо захисту культурної спадщини 111
И. В. Антошина
Информационная функция права в механизме действия права 116
Е. У. Прус
Складові ідеального застосування права 122
І. А. Красюк
Конкретизація права в забезпеченні ієрархії нормативно-правових актів ... 127
О. С. Орловський
Нові підходи до оцінки нормативних актів
(на матеріалах загальних зборів за місцем проживання) 134
А. В. Калмазан
Средневековые смыслы термина «концепт»
и современная философия права 139
М. В. Крумаленко
Правовий статус руської православної спільноти
у Великому князівстві Литовському 147
О. М. Феоктістова
Генерал-прокурори Російської імперії XIX ст.
та їхня роль у розвитку діяльності прокуратури 154
С. О. Мавед
Школи ісламського права 160

РОЗДІЛ 2
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

О. С. Яворська
Реальні договори в цивільному праві України 169
В. Д. Сидор
Особливості правового регулювання
іпотечного кредитування під заставу землі 176
Н. В. Фролова
Цивільно-правові договори щодо земельних ділянок 182
А. О. Синельникова
Щодо визначення поняття об'єкта незавершеного будівництва 189

Р. Е. Эннан
Особенности гражданско-правовых способов защиты прав интеллектуальной собственности в Европейском Союзе 194
О. О. Мацкевич
Порівняння Інтернет-ЗМІ та інших суб'єктів, що діють у сфері масової інформації 202
Р. М. Хажинський
Міжнародне правове регулювання забезпечення соматичних прав людини 210
М. В. Юрченко
Повітряний кодекс України як правова основа діяльності авіаційної галузі 216
І. В. Гиренко
Основні положення Всеєвропейської стратегії збереження біологічного й ландшафтного різноманіття 1995 р. та проблеми її реалізації у сфері охорони рослинного світу України..... 223
С. Р. Сулейманова
Про деякі аспекти валютного регулювання й контролю 230
О. Г. Трофименко, Н. І. Логінова
Сучасний рівень упровадження електронних сервісів обслуговування платників податків 236

РОЗДІЛ 3
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

М. М. Стоянов
Система правил допустимості доказів у кримінальному провадженні України 245
Н. Л. Березовська
Убивство з милосердя? 250
І. Г. Івасюк
Значення похідних доказів для кримінально-процесуального доказування: питання теорії та практики..... 256
І. М. Горбачова
Державне забезпечення компенсаційної функції кримінальної відповідальності в кримінальному праві зарубіжних країн..... 262
Н. Г. Арманов
Отказ от применения уголовной ответственности при совершении преступления, предусмотренного ст. 355 Уголовного кодекса Украины..... 270
М. П. Ігнатенко
Функціональна спрямованість кримінально-правових санкцій злочинів із подвійною формою вини 277

О. С. Перешивко
Щодо кола принципів призначення покарання 284
Н. А. Гольдберг
Соглашения в уголовно-процессуальном законодательстве 289
А. Я. Берш
Основания и цели применения
принудительных мер медицинского характера 296
А. С. Макаренко
Види суддівського розсуду
під час призначення покарання в Україні 303
О. П. Ващук
Метод пізнання невербальної інформації
під час розслідування злочинів: спостереження 309
Р. В. Тарасенко, В. Б. Любчик
Перспективи забезпечення безпеки учасників
кримінального судочинства в установах
для попереднього ув'язнення 315
О. П. Острійчук
Показання обвинуваченого як окремий вид
процесуального джерела доказів у кримінальному провадженні 321
О. Г. Дехтяр
Засада безпосередності дослідження показань, речей
і документів та співвідношення механізму його реалізації
під час досудового розслідування
й судового розгляду 328
Ю. В. Лисюк
Аудіо- та відеоконтроль як різновиди втручання
в приватне спілкування під час здійснення
негласних слідчих дій у кримінальному провадженні 335
О. О. Подобний, Д. М. Цехан
Компетенція працівників оперативних підрозділів,
які здійснюють боротьбу з корисливо-насильницькою
організованою злочинністю 340
О. В. Дикий
Кримінологічна характеристика особистості злочинця
у сфері обороту житлової нерухомості 346
І. В. Маслій
Корупційна злочинність та її кримінологічна характеристика 356
Я. В. Фурман
Особа злочинця як елемент криміналістичної
характеристики контрабанди культурних цінностей 364

Г. М. Чернишов
Фінансове шахрайство як злочинна діяльність:
методологічні проблеми дослідження 369
Ю. С. Бондаровер
Уголовное законодательство о детоубийстве в Российской
империи второй половины XIX века (гедерно-правовой аспект)..... 377
М. И. Витязь
Сравнительно-правовой анализ законодательного
регулирования соглашений о признании виновности
в Украине и Российской Федерации 382

РОЗДІЛ 4
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СУЧАСНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

І. Й. Бойко
Правове регулювання майнових відносин у Київській Русі (IX – XII ст.) 391
А. В. Антипенко
Терористичний конфлікт як об'єкт регулювання
міжнародного права збройних конфліктів..... 397
И. Р. Данильченко
К вопросу о масштабах распространения
семейного (домашнего) насилия..... 405
С. С. Юрко
Участь громадян в охороні громадського порядку:
проблеми та перспективи..... 410
Р. О. Коваленко
Конституційні основи політичного іміджу президента
в Україні та в США 418
А. І. Годяк
Реформування правової освіти
працівників органів внутрішніх справ України 423
О. Л. Станчева
Обрання за конкурсом як вид оцінки ділових якостей працівників..... 428
С. В. Березовська
Співвідношення понять «місцеві фінанси»
та «фінанси органів місцевого самоврядування» 433
В. В. Гречишникова
Податкове законодавство в системі фінансового законодавства України 441
Л. В. Тереняк
Правове забезпечення функцій сільського самоврядування
в розвитку територій..... 447
О. В. Борденюк
Правова охорона земель трубопровідного транспорту в Україні..... 455

А 437 **Актуальні проблеми держави і права** : збірник наукових праць. Вип. 70 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. – Одеса : Юридична література, 2013. – 472 с.

Укр. та рос. мовами.

У черговому збірнику наукових праць відображені сучасні проблеми державотворення та конституціоналістики, питання реформування чинного цивільного законодавства, актуальні проблеми господарського, екологічного права, питання удосконалення адміністративного та фінансового права, новітні напрями розвитку системи кримінальної юстиції України, наводяться результати досліджень з інших сфер сучасної юриспруденції.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, студентів вищих навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться актуальними напрямами розвитку сучасного права України.

УДК 340(063)
ББК 67.0я43

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 70

Українською і російською мовами

Редактор-коректор Н. І. Крижова
Технічний редактор Т. В. Іванова

Підписано до друку 02.12.2013. Формат 70х100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 54,87.
Тираж 150 прим. Вид. № 70. Зам. № 245
Видавництво і друкарня «Юридична література» 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7.
Тел. (048) 777-48-79 Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 4284 від 23.03.2012 р.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку в збірнику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. Під час їх підготовки просимо дотримуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

– постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;

– аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми та на які спирається автор, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;

– формулювання цілей статті (постановка завдання);

– виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;

– висновки з цього дослідження й перспективи подальших розвідок у цьому напрямку.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації – 10–12 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал – 1,5. Поля: верхнє та нижнє – 2 см, ліве – 3 см, праве – 1,5 см.

На початку рукопису необхідно зазначати індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. Під час оформлення списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. – 2009. – № 5. – С. 26–30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначати порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання в списку літератури, сторінка).

Після списку використаних матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До НДЧ НУ «ОЮА» необхідно додавати:

– роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка має містити прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи й посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);

– текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: ndch@onua.edu.ua

Інформацію щодо умов опублікування статті можна отримати у науково-дослідній частині Національного університету «Одеська юридична академія» за такою адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2, каб. 1007. Тел.: 095-580-16-51.

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.