МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 72

Одеса
«Юридична література»
2014

УДК 340(063)
ББК 67.0я43
А 437

У 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», 2014

ПЕРЕДМОВА

Сучасний стан функціонування правової системи України є процесом постійних змін та трансформацій, на який безпосередньо впливають суспільні перетворення. Без докорінних змін у законодавстві України й вирішення нагальних проблем його вдосконалення неможливі розвиток громадянського суспільства та побудова правової держави в цілому. Для виконання цих завдань одним із вирішальних факторів є поєднання наукової правової думки та кваліфікації практиків.

У наукових статтях чергового випуску «Актуальних проблем держави і права» проведений глибокий науково-теоретичний аналіз різноманітних проблем сучасного державотворення та правозастосування: історії та теорії держави й права, конституційного, адміністративного та фінансового права, теорії та практики цивільного та господарського права, сучасних аспектів екологічного права, питань кримінальної юстиції.

У першому розділі збірника представлені загальнотеоретичні та конституційно-правові дослідження. Авторами обґрунтовується новий комплексний критерій типології національних правових систем – глобалізація, складовою якої є правова глобалізація; проводиться виокремлення й аналіз змісту факторів, що впливають на здійснення національної й міжнародної правотворчості; визначаються шляхи вдосконалення правотворчої діяльності на національному та міжнародному рівнях; досліджується роль, значення та особливості нормопроектування (нормопроектної, законопроектної діяльності) у конституційному праві держави.

Справедливо зазначається, що науковий аналіз проблем конституціоналізації правової системи, зважаючи на різноманіття її елементів, видів, форм, а також методів, способів та засобів здійснення, вимагає виділення загальних сфер державно-контрольних відносин, осмисливши які, можна вибудувати несуперечливу, що відповідає актуальним потребам і тактичним та стратегічним цілям розвитку української державності, систему правового порядку, засновану на Конституції України.

У наукових статтях окрема увага приділена теоретичним та практичним проблемам цивільного та господарського права України. Так, зокрема, розкриваються різні підстави набуття права на торговельну марку, передбачені чинним законодавством України; вивчається суть та специфіка інституту неттінгу шляхом його порівняння із суміжним інститутом зарахування зустрічних однорідних вимог, висвітлюються питання, пов'язані з регулюванням ліквідаційного неттінгу та уніфікацією відповідних норм на міжнародному рівні; досліджується правова природа примусового поділу як різновиду адміністративно-господарських санкцій, визначається його місце у внутрішній організації правоохоронного механізму регулювання відносин у сфері конкуренції; досліджуються моделі спрощеного розгляду господарських (торгових, економічних) спорів, а також виявляються можливості їх застосування у вітчизняному господарському судочинстві.

Серед актуальних питань екологічного права, розглянутих у цьому випуску, можна назвати проблеми взаємозв'язку правових категорій «екологічна безпека» та «екологічний ризик» у контексті забезпечення конституційного права громадян України на безпечне (здорове) навколишнє середовище, оскільки існуюча в науці широка розбіжність в оцінці екологічних ризиків не тільки перешкоджає широкому використанню методології, заснованої на концепції ризику в природоохоронній діяльності, а й певною мірою є стримуючим моментом для практичного застосування в юридичній практиці під час захисту права громадян на безпечне й здорове довкілля; питання застосування провідного європейського розвитку локального партнерства щодо розвитку сільських територій та мотивів його впровадження в національне законодавство України задля активізації мешканців територіальної громади щодо вирішення спільними зусиллями на основі місцевих ресурсів проблеми в сільській місцевості.

На сторінках збірнику науковцями розглядаються також проблемні аспекти адміністративного права та процесу. Особливого значення набуває розгляд питань, пов'язаних

з управлінням державною службою, зокрема правовими засадами управління державною службою, оскільки саме правові засади будь-якої сфери та галузі управління закладають найважливіше підґрунтя їх функціонування. Не менш важливим є висвітлення нормативного процесу формування міграційної політики в Україні та вдосконалення її згідно з міжнародним досвідом, а також акцентування на необхідності співпраці з міжнародними організаціями та інтеграційними угрупуваннями щодо врегулювання міжнародної трудової міграції; дослідження процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання на ринку як особливого різновиду адміністративних процедур; розкриття особливостей та з'ясування напрямів удосконалення адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства в Україні; розгляд особливостей класифікації дисциплінарних проступків державних службовців в Україні, аналіз чинного законодавства, що регулює правовий статус державних службовців; вивчення різноманітних позицій щодо вживання поняття «дисциплінарна відповідальність».

Останнім часом предметом широкої наукової дискусії стали питання системи фінансового права. Проте дискусія з приводу різних аспектів системи галузі фінансового права ще не привела до формування єдиної загальновизнаної концепції системи цієї галузі, а також до розробки єдиних підходів щодо вирішення основних теоретичних проблем у цій царині. Інтерес представляють матеріали, у яких аналізуються права та обов'язки платників податків, а також виявляються недоліки в механізмі їх реалізації з метою вироблення пропозицій щодо вдосконалення окремих положень Податкового кодексу України; приділяється увага основним напрямам удосконалення правового розподілу доходів між ланками бюджетної системи; визначаються принципи правового регулювання розподілу доходів між ланками бюджетної системи.

У представленому збірнику розглядається низка проблемних питань у сфері кримінальної юстиції. Успішне здійснення радикальних перетворень вимагає від держави надійного забезпечення охорони прав, свобод та законних інтересів людини як найвищої соціальної цінності від злочинних посягань. Це обумовлює визнання протидії злочинності однією з найважливіших функцій держави.

Також звернена увага на проблему механізму впровадження й функціонування суду присяжних за новим Кримінально-процесуальним кодексом України. Суд присяжних загалом надає можливість створити необхідні умови для подальшого втілення ідей правової держави у сфері правосуддя, зміцнити довіру до суду, гарантувати справедливість, захист прав і свобод людини. Однак сьогодні неможливо остаточно визначити, чи потрібен суд присяжних в Україні, через існування чималої кількості проблем, які затримують остаточне вирішення цього питання.

Особливої уваги заслуговують статті, що відображають методологію підходів світового співтовариства до боротьби з незаконною торгівлею піратською та контрафактною продукцією як однією з глобальних проблем, що загрожують світовій спільноті; розкривають сутність поняття «електронне правосуддя» та виявляють проблеми й перспективи впровадження проекту «Електронний суд» у систему судочинства України.

Впевнений, що представлений збірник сприятиме активізації впровадження результатів наукових розробок у практичну діяльність державних органів, посилить їхній вплив на розвиток правової системи України, підвищить якість юридичної освіти та сприятиме подальшому створенню єдиної, цілісної системи законодавства України.

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

Розділ 1

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ТА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

УДК 347.92

С. В. Ківалов

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПІВ ДОСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ

Сучасна демократизація відносин влади й суспільства переорієнтувала традиційні завдання більшості державних та муніципальних інституцій, що забезпечило розширення прав особи, але водночас стало чинником формування підґрунтя для виникнення значної кількості спорів, щодо яких адміністративне судочинство стало найбільш поширеним і прийнятним способом розв'язання. Рівень довіри до адміністративних судів у суспільстві є одним із найвищих, що, безумовно, є підтвердженням їхньої ефективності, а також фактором, який забезпечує постійне зростання кількості звернень за захистом порушеного права. Зумовлюють цю тенденцію системні проблеми формування управлінської гілки влади, наявність прогалин і неузгодженостей у правовому регулювання компетенції органів державного управління, місцевого самоврядування, розмежування повноважень між окремими органами. Крім того, на ріст навантаження адміністративних судів впливає розширення кола справ, віднесених до їхньої юрисдикції, введення нових видів провадження. Сьогодні адміністративні суди розглядають величезну кількість заяв у стислі процесуальні строки, що не може не позначитись на якості судового розгляду, а отже, судових рішень. Відтак в умовах радикальних змін у державі проблема ефективного та швидкого вирішення конфліктів надзвичайно гостро постає перед системою забезпечення здійснення правосуддя.

Поряд зі спрощенням судових процедур одним із перспективних напрямів удосконалення порядку розгляду й вирішення публічно-правових спорів є запровадження альтернативних (позасудових, досудових, квазісудових) способів врегулювання та вирішення конфліктів між учасниками публічно-правових відносин. Медіація як спосіб врегулювання спору із залученням третьої незалежної особи – медіатора – набула значного поширення в приватноправовій сфері, але, враховуючи позитивний світовий досвід, а також об'єктивну необхідність в умовах критичної завантаженості адміністративних судів, все частіше звучать пропозиції щодо вироблення аналогічного механізму, адаптованого для публічно-правової сфери.

Примирювальні процедури є досить різноманітними й можуть здійснюватися як у межах судового процесу, так і поза ним, як на обов'язкових засадах, так і за добровільного волевиявлення сторін спору. Всі вони з різною мірою ефективності забезпечують зниження навантаження на суддів і не завжди можуть бути використані в публічно-правовій сфері.

Сьогодні проблематика позасудового врегулювання публічно-правових спорів розвивається здебільшого практичними працівниками. Зокрема, дві області України, у тому числі Одеська область, проводять експеримент із досудового врегулювання публічно-правових спорів при окружних адміністративних судах із залученням судді як медіатора. Така форма позасудового врегулювання спору має значні відмінності від традиційного розуміння процедури медіації, проте

© С. В. Ківалов, 2014

забезпечує одночасно професійність пошуку можливих способів врегулювання спору й незацікавленість, безсторонність, нейтралітет стосовно справи та всіх учасників спору особи, яка здійснює цю процедуру. Отже, нині серед усього різноманіття примирювальних процедур базовою обрано досудовий порядок врегулювання спорів, віднесених до справ адміністративної юрисдикції, який здійснюється професійним суддею адміністративного суду, але становить самостійну, відокремлену, не пов'язану із судочинством процедуру, як один із найбільш демократичних, гуманістичних інструментів врегулювання публічно-правових спорів. При цьому експеримент, що проводиться, дозволить визначити «слабкі місця» цієї процедури та допоможе сформувати теоретичне й нормативне підґрунтя для формування примирювальної процедури, адаптованої до специфіки публічно-правової сфери. Нагальною потребою для становлення цієї інституції є розробка теоретичних засад проведення процедури врегулювання спору, передусім принципів, на яких вона має здійснюватися, чітке визначення меж застосування досудового врегулювання публічно-правового спору.

Метою статті є визначення основоположних засад досудового врегулювання публічно-правових спорів та визначення змісту принципів цієї процедури. Досягнення поставленої мети передбачає з'ясування сутності досудового врегулювання публічно-правових спорів, формування засадничих ідей здійснення цієї процедури стосовно справ адміністративної юрисдикції, визначення співвідношення принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів, принципів адміністративного судочинства й принципів медіації, а також характеристику визначених принципів.

Питання принципів у праві, зокрема процесуальних принципів, глибоко опрацьовані та деталізовані Е. Александровим, С. Алєксєєвим, М. Байтиним, В. Барановим, Г. Борисовим, А. Васильєвим, В. Ведяхіним, Н. Вопленко, В. Карташовим, В. Лазаревим, Р. Лівшицем, А. Малько, М. Марченко, А. Павлушиною, П. Рабіновичем, Є. Скурко, А. Черданцевим, Б. Шейндлиним, М. Штефаном, Л. Явичем.

Проблематика офіційного врегулювання спору як альтернативи судового процесу все частіше стає предметом наукових пошуків вчених-правників. Поширеність узгоджувальних, примирювальних процедур є показником рівня демократичного розвитку суспільства, саме тому найбільш значимі теоретичні напрацювання в цій сфері належать юристам-представникам західної правової традиції: Б. Майєрсону, С. Куперу, Г. Брауну, А. Марроту. В Україні питання медіації (посередництва) входять до кола наукових інтересів передусім вчених цивілістичного напряму: І. Балюка, В. Беляневича, Є. Борисової, І. Бурової, Є. Виноградова, С. Домбровського, Є. Іванова, О. Іванченко, С. Курильова, О. Львова, О. Носирева, О. Павлової, М. Паладія, І. Побірченка, Д. Притики, Ю. Притики, Г. Тимченка, М. Титова, В. Чернадчука,Т. Шевелевої, В. Щербини, В. Яркова та ін. Окремі питання досудового врегулювання адміністративних спорів висвітлені в працях Л. Юхненко, М. Мельника, Л. Лічмана.

Варто відзначити, що на сьогодні питання досудового врегулювання публічно-правових спорів є terra incognita не лише для теоретиків права, адже на законодавчому рівні це питання також не врегульовано. Так, певне уявлення про

можливе бачення законодавцем процесу досудового врегулювання публічно-правових спорів може дати проект Закону України «Про медіацію» [8]. Водночас навіть за умови прийняття наведеного законопроекту в первісному вигляді він не стане єдиним джерелом нормативної бази досудового врегулювання публічно-правових спорів, оскільки саме у сфері адміністративної юстиції третьою стороною, яка допомагає вирішити спір, сприяючи виробленню добровільної угоди між конфліктуючими сторонами, є суддя адміністративного суду.

Певні «відправні точки» формування принципів досудового врегулювання публічно-правового спору можна визначити на підставі аналізу примирного порядку здійснення цієї процедури, виробленого з метою забезпечення експериментальної діяльності Одеського окружного адміністративного суду, а також систематизації перших практичних результатів цього експерименту. Водночас ця інформація не буде абсолютизуватися, а розглядатиметься з точки зору значення для формування нового для сфери адміністративної юстиції інституту.

Передусім слід зазначити, що процедура досудового врегулювання спору не є обов'язковою й застосовується виключно за бажанням сторін. Запровадження досудового врегулювання спорів щодо справ адміністративної юрисдикції постає з концептуального визнання можливості примирення сторін публічно-правового спору, що закріплено в ст. 113 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Принцип добровільності узгодження позицій сторін спору повною мірі реалізується як на стадіях підготовчого провадження, розгляду й вирішення спору, так і на досудовому врегулюванні спору.

Зазначимо, що в країнах англосаксонського права, таких як Велика Британія та США, існують категорії справ, за якими є обов'язковим досудове врегулювання спору. Водночас в Україні наукові дискусії щодо добровільності будь-яких позасудових способів врегулювання правових спорів перейшли в інше русло після оприлюднення Конституційним Судом України однозначної позиції щодо неможливості будь-якого обмеження права на судовий захист. Добровільність процедури досудового врегулювання публічно-правового спору значно знижує потенціал щодо зменшення навантаження на адміністративні суди, але, враховуючи її незначну формалізацію, швидкість, безоплатність та відсутність негативного впливу на можливе судове врегулювання спору, забезпечить формування сталого відсотка справ, вирішених таким чином.

Метою процедури досудового врегулювання є досягнення таких результатів, від яких за можливості виграли б усі учасники спору без звернення до адміністративного суду й здійснення провадження у відповідній формі. Позасудові процедури вигідні для сторін, оскільки, не обмежуючи доступу до правосуддя, їхні результати можуть бути орієнтиром перспективи судового вирішення справи. Водночас цінність досудового врегулювання спору полягає насамперед у спроможності врегулювати спір та впорядкувати публічно-правові відносини. Саме тому особливого значення в цьому контексті набуває юридичне закріплення угоди за наслідками процедури досудового врегулювання публічно-правових спорів, яка здійснюється на основі ч. ч. 3, 4 ст. 113 КАС України [4]. Фактично вказані положення КАС України встановлюють обов'язок сторін дотримуватися угоди про примирення

й гарантії його виконання. Саме тому угода про результат досудового врегулювання спору шляхом примирення сторін зводиться до визначення суду про припинення провадження за результатами примирення сторін. При цьому результат переговорів також фіксується рішенням суду і є обов'язковим для виконання всіма учасниками переговорів. У літературі обґрунтовується позиція, що в іншому випадку буде відсутня гарантія реального виконання досягнутої угоди між сторонами в переговорах із досудового вирішення спору [10].

Самостійність процедури досудового врегулювання публічно-правового спору підкреслює її особливий характер. Жодної прив'язки до судового процесу у вигляді попередньої стадії не існує, оскільки забезпечується можливістю звернення до суду з тотожнім позовом у будь-якому випадку, незалежно від результатів досліджуваної процедури. Окрім того, інформація, розкрита під час досудового вирішення спору, є суворо конфіденційною, адже ніхто з учасників цих переговорів не має права розголошувати відомості та факти, про які йому стало відомо. Більше того, якщо позитивний результат не досягнуто, то документи та матеріали переговорів, що відбулися, за згодою сторін або підлягають знищенню, або повертаються сторонам, але ні в якому разі не потрапляють до суду, який потім може розглядати спір.

Виходячи з окреслених базових особливостей процедури досудового врегулювання публічно-правового спору можна визначити основоположні засади здійснення цієї процедури. Під принципами в літературі розуміють основане, вихідне положення якої-небудь наукової теорії, ідеологічного напряму тощо; особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чогось; переконання, норма, правило, яким керуються хто-небудь у житті, поведінці, канон [6, с. 714; 2, с. 941]. У галузевих науках поширеним є такий підхід: «…принципами кожної галузі права є лише такі його керівні ідеї, які отримали закріплення в нормах права» [1, с. 13]. Це твердження цілком відноситься й до принципів адміністративного процесу. Водночас принципи процедури досудового врегулювання публічно правових спорів, які мають безпосереднє значення саме для адміністративного процесуального права, зважаючи на відокремленість від провадження в адміністративному суді, мають бути врегульовані окремим актом, а не зафіксовані в КАС України. Поширений у літературі поділ принципів, які визначають здійснення правосуддя, на організаційні та функціональні [9, с. 29] також може бути застосований щодо принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів, які переважно належать до групи функціональних принципів.

Під час визначення принципів досудового врегулювання спорів варто виходити з визначення, запропонованого Ю. Притикою: «Принципи медіації – це вихідні й визначальні правові ідеї, положення та засади, які становлять процедурне та організаційне підґрунтя здійснення процедури медіації й спрямовані на ефективне, взаємоприйнятне, законне розв'язання конфлікту між учасниками спору» [7, с. 88]. Виходячи з того, що медіація є подібною за своєю правовою природою до процедури досудового врегулювання спорів, а принципи є вихідними положеннями та засадами того чи іншого явища, принципи досудового врегулювання публічно-правових спорів можна визначити як основні положення та вихідні засади, що становлять

організаційно-правове підґрунтя здійснення процедури досудового врегулювання спорів, спрямовані на ефективне, всебічне, взаємоприйнятне, законне розв'язання конфлікту між учасниками публічно-правового спору.

Загальновизнаний поділ принципів права на загальноправові, міжгалузеві та галузеві може бути застосований й під час формування системи принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів, до якої, відповідно, відносяться такі: а) загальноправові принципи досудового врегулювання публічно-правових спорів; б) спеціальні принципи досудового врегулювання публічно-правових спорів; в) конкретні принципи досудового врегулювання публічно-правових спорів.

Загальноправові принципи досудового врегулювання публічно-правових спорів характеризуються тим, що вони відносяться до всієї правової системи й впливають на всі галузі, підгалузі та інститути права в цілому та на досудове врегулювання спорів зокрема, адже така процедура є одним із правових явищ сучасності. До таких принципів можна віднести класичні: демократизм, гуманізм, соціальна справедливість, законність, кореляція прав та обов'язків, невід'ємність природних прав людини, вища цінність людського життя, пріоритетність норм міжнародного права, вища сила Конституції України, верховенство права, законності тощо. Можна погодитися з твердженням, що всі названі принципи певною мірою становлять моральне підґрунтя розвитку й функціонування будь-яких правових інститутів та механізмів [5, с. 14]. Загальноправові принципи, з одного боку, відображають об'єктивні властивості права, що обумовлені закономірностями розвитку суспільства, а з іншого – втілюють суб'єктивне сприйняття всіма членами суспільства, їхні моральні та правові погляди, відчуття, вимоги, які знаходять свій вираз у різноманітних правових вченнях, теоріях, напрямах праворозуміння [7, с. 90].

До спеціальних принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів слід відносити такі вихідні засади: незалежність особи (судді-медіатора), що здійснює процедуру врегулювання спору, охорони честі й гідності особистості, недоторканності особистості; диспозитивність; рівність сторін спору перед законом; принцип об'єктивної істини; безпосередність дослідження доказів, оцінки доказів за внутрішнім переконанням, допустимості й належності доказів; всебічність, повнота й об'єктивність дослідження всіх матеріалів справи; дотримання вимог використання державної мови; дотримання процесуальної форми тощо.

Принципи, що властиві власне процедурі досудового врегулювання публічно-правових спорів, тобто конкретно-правові, формуються на засадах синтезу принципів адміністративного судочинства та медіації як інституту приватного права. Пріоритетами досудового врегулювання спорів є такі: 1) альтернативність самостійного вирішення спорів сторонами за допомогою судді; 2) добровільність; 3) конфіденційність; 4) незалежність та неупередженість судді; 5) гнучкість процедури; 6) пошук компромісу в позиціях сторін; 7) економія часу; 8) безкоштовність процедури [3]. Саме ці позиції мають бути покладені в основу формування системи конкретно-правових принципів досліджуваної процедури.

Зміст принципу добровільності полягає в наявності в сторін права особистого волевиявлення щодо проведення процедури досудового вирішення спору та свободи її припинення на будь-якому етапі процедури досудового врегулювання публічно-

правових спорів. На відміну від правосуддя, здійснюваного в адміністративних судах, ніхто не може примусити сторін до участі в досудовому врегулюванні спору. У зміст цього принципу також включається й правомочність сторін приймати будь-які рішення щодо розв'язання конфлікту тільки за взаємною згодою. Реалізацією цього принципу є обов'язок судді-медіатора на початку процедури досудового врегулювання спору встановити факт добровільності й особистого волевиявлення на участь усіх сторін процедури. Слід зазначити, що принцип добровільності визначає не лише звернення до альтернативної досудової процедури, а послідовно реалізується на всіх її етапах. Так, сторони публічно-правового спору, який вирішується засобами досудового врегулювання спору, самостійно приймають рішення про зміну формату або припинення цієї процедури. Також сторони лише з доброї волі можуть прийняти ту чи іншу пропозицію, погодитися з тією чи іншою домовленістю.

Принцип процесуальної рівності сторін у процедурі досудового врегулювання публічно-правового спору формується з урахуванням наявності мінімальних формальних вимог щодо її оформлення, а також з урахуванням наявності суб'єкта владних повноважень. Не можна повною мірою переносити специфіку балансу процесуальних можливостей сторін, виробленого для адміністративного судочинства, оскільки звернення сторін спору до альтернативного способу регулювання спору свідчить про їхні конструктивні наміри та мінімізацію конфронтації. Основний тягар забезпечення процесуальної рівності сторін лягає на суддю-медіатора, який повинен стежити за тим, щоб жодна зі сторін не була обмежена у своїх правах, щоб кожній зі сторін була надана можливість висловитися й представити своє бачення ситуації, відомості, які вона вважає важливими. Сторонам надаються однакові права висловлювати свої думки, зауваження, визначати порядок денний, оцінювати прийнятність пропозицій та умов примирення.

Як вже зазначалося, посередником під час здійснення процедури досудового врегулювання публічно-правового спору між конфліктуючими сторонами є спеціальний суддя – суддя-медіатор, який сприяє спілкуванню сторін, допомагає їм глибше зрозуміти свої позиції та інтереси, підводить учасників конфлікту до ефективного шляху вирішення проблеми, надаючи їм можливість самостійно прийняти рішенням шляхом взаємних поступок. При цьому необхідно зазначити, що суддя діє в інтересах усіх учасників процесу. Владні повноваження судді-медіатора суттєво обмежені, хоча він має право припинити процедуру, роз'ясниви сторонам причину свого рішення. Із цього постає принцип нейтральності й незацікавленості, який полягає в тому, що суддя-медіатор повинен виконувати свої обов'язки неупереджено, ґрунтуючись на обставинах справи, враховуючи думку сторін, не нав'язувати їм прийняття певного рішення. У досліджуваній процедурі суддя зобов'язаний забезпечувати рівну участь сторін у переговорах. Гарантією незалежного й неупередженого ставлення судді-медіатора є право кожної зі сторін заявити відвід під час подальшого розгляду їхнього спору в судовому порядку. Суддя-медіатор може відмовитись від ведення процедури (самовідвід) у випадку появи обставин, що обумовлюють його зацікавленість у вирішенні справи на користь однієї зі сторін.

Варто відзначити, що нейтралітет судді-медіатора не обмежується лише відстороненням від інтересів сторін. Значення нейтралітету для процедури досудового врегулювання публічно-правових спорів охоплює також нейтральне ставлення до існуючих варіантів вирішення спорів. У цьому контексті важливим є вирішення питання про межі повноважень судді-медіатора у випадках домовленостей, які, очевидно, порушують чи суттєво обмежують права й інтереси однієї зі сторін. У європейських країнах досвідчені посередники не користуються тактикою «твердого тиску», оскільки вона часто призводить до протилежного результату, а також суперечить одній з основних ознак примирювальної процедури, згідно з якою основна роль у врегулюванні спору належить учасникам конфлікту.

Неупередженість і незалежність судді-медіатора являють собою два взаємопов'язані принципи. Суддя повинен бути незалежним від сторін як прямо, так і опосередковано, не залежати від результату процедури досудового врегулювання публічно-правового спору. Зазначимо, що в класичній медіації медіатор, щоб не втратити неупередженість і не чинити тиску на сторони, навіть не пропонує власні варіанти вирішення проблеми.

Важливим принципом досудового врегулювання публічно-правових спорів, на нашу думку, є принцип конфіденційності – найбільш складний у своїй практичній реалізації та застосуванні принцип.

У світовій практиці існує кілька десятків різних видів примирних процедур, до яких відносяться переговори, посередництво, арбітраж, посередництво-арбітраж, примирливе провадження, міні-суд, незалежна експертиза зі встановлення фактичних обставин справи, омбудсмен. Визначається, що збереження конфіденційності є найважливішим у процесі вирішення спорів. Так, вихідним міжнародно-правовим документом у сфері медіації є Типовий закон про міжнародну комерційну узгоджувальну процедуру, прийнятий Комісією ООН із права міжнародної торгівлі в 2002 р., у якому закріплено базовий принцип цієї узгоджувальної процедури – принцип конфіденційності. Цей принцип також відображено в Законі Республіки Молдова «Про медіацію» від 14.06.2007 р., Законі Російській Федерації «Про медіацію».

Конфіденційність є базовим принципом проведення досудового вирішення спорів, а її зміст полягає в тому, що інформація, отримана під час здійснення такої процедури, є конфіденційною й не може бути розголошена суддею без попередньої згоди сторін. Окрім того, конфіденційність означає, що і сторони, і суддя-медіатор беруть на себе зобов'язання не розголошувати інформацію, що належить до процедури медіації, якщо інше не встановлено законом або угодою сторін. Таким чином, сторони та суддя-медіатор обмежені в праві висловлюватися про те, що відбувалося під час процедури медіації, вони не можуть посилатися в суді на інформацію, що стала їм відома в процедурі досудового вирішення спору. Крім того, через конфіденційність працівники адміністративного суду, на яких покладені зобов'язання забезпечити явку учасників, не вправі розголошувати відомості, які стали доступними в ході досудового врегулювання адміністративного спору. Складовими елементами цього обов'язку відповідних посадових осіб та працівників суду є обов'язок забезпечити закритість інформації, представленої в адміністративний

суд, обов'язок відмовити будь-якій особі, яка не є учасником процедури досудового врегулювання спору, у наданні такої інформації, обов'язок не розголошувати інформацію за власною ініціативою.

Таким чином, принцип конфіденційності щодо процедури досудового врегулювання публічно-правових спорів передбачає, по-перше, що суддя-медіатор не має права розголошувати відомості, які стали відомими йому в ході досудового розгляду, без згоди сторін або їхніх правонаступників; по-друге, що факти, які стали відомі сторонам у ході досудового врегулювання адміністративного спору, не повинні бути розголошені в подальшому; по-третє, досудове врегулювання адміністративних спорів – це непублічна, негласна процедура, а принцип конфіденційності – це міра збереження в таємниці інформації, яка була залучена в процес розгляду спорів [5, с. 13].

Конфіденційність за загальним правилом виключає гласність розгляду. Якщо сторони не передбачать іншого, досудовий розгляд з огляду на закон має бути закритим. Ніякі треті особи (включаючи журналістів, представників громадськості) не вправі вимагати забезпечення їхньої присутності на досудовому врегулюванні адміністративного спору або доступу до матеріалів справи, що вирішується. Що стосується кола осіб, які мають право бути присутніми під час процедури досудового врегулювання адміністративного спору, то до таких належать, звичайно, суддя-медіатор та учасники досудового розгляду.

Щодо такого важливого аспекту конфіденційності, як закритість або відкритість досудового врегулювання адміністративного спору, то вважаємо, що норма про характер судового розгляду визначається самими учасниками спору. І в цьому сенсі закритий характер досудового врегулювання адміністративного спору не є обов'язковим правилом для сторін. Вважаємо, що учасники досудового врегулювання адміністративного спору володіють правом самостійно визначати, буде засідання відкритим або закритим.

При цьому потрібно зазначити, що конфіденційність поширюватиметься на всі стадії досудового врегулювання публічно-правових спорів і навіть виходитиме за межі встановлених процедур. Правила конфіденційності, тобто закритості, обов'язкові як під час підготовки справи, так і під час процедури примирення. Крім того, правило конфіденційності поширюється й на подальше використання отриманої інформації в ході врегулювання спору.

Таким чином, конкретно-правовими принципами досудового врегулювання адміністративних спорів є такі: принцип добровільності, принцип рівності, принцип нейтральності та незацікавленості (неупередженості) й принцип конфіденційності. Окрім зазначених принципів, досудове врегулювання спорів має ґрунтуватися на засадах справедливості, добросовісності та розумності.

Література

1. Алексеев В.Б. Конституционные принципы организации и функционирования прокурорского надзора / В.Б. Алексеев // Вопросы теории управления в органах прокуратуры : сб. науч. тр. – М. : НИИ Ген. прокуратуры Российской Федерации, 1997. – С. 13–21.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1140 с.

3. Інформація для досудового врегулювання спорів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://adm.od.court.gov.ua/sud1570/menu3/dewewewe.

4. Кодекс адміністративного судочинства : Закон України № 2747-IV від 06.07.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page4.

5. Курочкин С.А. Понятие и система принципов третейского разбирательства / С.А. Курочкин // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 11. – С. 13–14.

6. Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. – К. : Аконіт, 1999– . – Т. 3 : О–Р. – 1999. – 928 с.

7. Притика Ю.Д. Зміст та класифікація принципів медіації / Ю.Д. Притика // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 10. – С. 86–93.

8. Про медіацію : Проект Закону України № 2425а-1 від 03.07.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710.

9. Советское гражданское процессуальное право / под ред. М.А. Гурвича. – М. : Наука, 1964. – 547 с.

10. Стефанов С.С. До суда можно не доводить / С.С. Стефанов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vo.od.ua/rubrics/pravo-i-nalogi/25551.php.

11. Штефан М.Й. Конституційні основи правосуддя / М.Й. Штефан, Р.Г. Кочарянц. – К. : Наук, думка, 1982. – 228 с.

Анотація

Ківалов С. В. **До питання визначення принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів.** – Стаття.

Статтю присвячено формуванню основоположних засад досудового врегулювання публічно-правових спорів, віднесених до юрисдикції адміністративних судів. Окреслено систему принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів, охарактеризовано їхні види та визначено зміст конкретно-правових принципів досліджуваної процедури. Увагу акцентовано на змісті принципів нейтральності та незацікавленості, рівності, добровільності та конфіденційності процедури.

Ключові слова: адміністративне судочинство, досудове врегулювання публічно-правових спорів, медіація, принципи досудового врегулювання публічно-правових спорів, принципи конфіденційності, нейтральності, добровільності.

Аннотация

Кивалов С. В. **К вопросу определения принципов досудебного урегулирования публично-правовых споров.** – Статья.

Статья посвящена формированию базовых основ досудебного урегулирования публично-правовых споров, отнесенных к юрисдикции административных судов. Определена система принципов досудебного урегулирования публично-правовых споров, охарактеризованы их виды и содержание конкретно-правовых принципов исследуемой процедуры. Внимание акцентировано на содержании принципов нейтральности и незаинтересованности, равенства, добровольности и конфиденциальности процедуры.

Ключевые слова: административное судопроизводство, досудебное урегулирование публично-правовых споров, медиация, принципы досудебного урегулирования публично-правовых споров, принципы конфиденциальности, нейтральности, добровольности.

Summary

Kivalov S. V. **On the determination of the principles of pre-trial settlement of public law disputes.** – Article.

Article is devoted to the formation of the basic foundations of pre-trial settlement of public law disputes referred to the jurisdiction of the administrative courts. The system of pre-trial settlement of the principles of public law disputes are characterized by their types and content specific legal principles study procedures. Puts more emphasis on the content of the principles of neutrality and disinterestedness, equality, voluntariness and confidentiality procedures.

Key words: administrative proceedings, pre-trial settlement of public law disputes, mediation, pre-trial settlement principles of public law disputes, principles of confidentiality, neutrality, voluntariness.

УДК 34.01

В. В. Завальнюк

ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА И ПРАВОВАЯ СИСТЕМА УКРАИНЫ: АНТРОПОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Правовая культура имеет мощное антропологическое основание, поскольку она зиждется на отношении конкретного человека (или коллективов людей, или сообществ) к праву, правовой системе, причем это отношение основано на убеждениях, ценностях, идеалах. Юридическая антропология позволяет раскрыть динамику правовой культуры, определив ее центр и периферию, движущие силы, конструктивные и тупиковые направления динамики правовой культуры [5, с. 47].

Становление Украины как правового, демократического, социального государства требует эффективных средств по перестройке правового воспитания, организации юридического всеобуча как общегосударственной задачи, которая охватит все слои населения. Поэтому формирование демократических устоев украинского общества на современном этапе непосредственно связано с процессом развития, динамики правовой культуры, возможностью применения современных европейских норм и стандартов.

Большинство достижений последних лет в правовой сфере было связано с выдвижением идеи прав человека как основной в правовом развитии, что находится в русле антропологизации права. Вместе с тем очевидно, что помещение человека в центр правовой системы, а права человека – в центр системы права не должно подменять именно объективное право, тем более отменять диалектическую связь между субъективными правами индивида и его обязанностями. Игнорирование обязанностей в праве является столь же опасным, как и недооценка роли субъективных прав. Следует согласиться с выводом А.С. Деминой, что не только права, но и обязанности человека являются важнейшим компонентом права [3, с. 40]. В русле возвышения обязанностей наряду с правами человека должно происходить, по нашему мнению, правовое воспитание населения.

Еще один важный момент антропологизации правовой культуры связан с понятием правовой активности личности. Правовое развитие сегодня идет от социоцентристского к человекоцентристскому типу правовой культуры, то есть такого, в центре которого находится личность, ее права, свободы и законные интересы, а все правовые средства, механизмы и институты направлены на поддержку ведущего положения лица как высшей ценности в культуре [10, с. 11].

Заметим, что современное состояние правовой культуры в Украине характеризуется антропоцентрической направленностью. За все годы независимости в Украине не было случаев массовых проявлений этнической нетерпимости, однако последние исследования показали, что в массовом сознании взрослого населения Украины продолжает сохраняться высокий уровень восточнославянской обособленности, национального изоляционизма и ксенофобии. Как «своих» население Украины традиционно воспринимает преимущественно этнических

© В. В. Завальнюк, 2014

украинцев, русских и белорусов. Представители большинства национальностей воспринимаются «чужими» и «выдворяются» массовым сознанием за пределы Украины. Некоторое «послабление» оказывается «историческим соседям»: около половины украинских граждан в качестве жителей Украины допустили бы еще евреев, поляков, молдаван и крымских татар, то есть представителей тех народов, с которыми имеется исторический опыт совместного проживания. В основе национального изоляционизма заложены архаично-традиционалистские ценностные ориентации [4, с. 67].

Историческая тенденция социальной жизни в Украине определяет движение общества к более совершенному типу права, к углублению его гуманизма, демократизма и общей антропологизации [6, с. 3]. Регулятивная функция правовой системы Украины делится на два относительно самостоятельных, но взаимосвязанных явления: индивидуальные права и свободы и публичные интересы общества [9, с. 5]. Характеризуя механизм обеспечения прав и свобод личности, Н.Н. Онищенко делает вывод, что это комплекс взаимосвязанных, взаимодействующих юридических предпосылок, нормативных средств и общесоциальных условий, которые создают надлежащие юридические и фактические возможности для полноценного осуществления прав и свобод человеком [6, с. 45]. Такие условия органически связаны с формированием в Украине гражданского общества, в котором обеспечивается воплощение антропологического принципа права, всестороннее развитие каждой личности.

Антропологизация права связана с глубоким переворотом в общественных отношениях. Она достигается в той мере, в которой усиливается общесоциальный элемент в законодательстве и правоприменении. Повышение общесоциальной значимости права является одним из признаков формирования правовой системы в государстве [1, с. 5].

Государственно-правовое содержание правовой системы Украины характеризуют три основные составляющие антропологического принципа права, а именно: естественные права, обязанности человека и степень их закрепления, гарантии в украинском законодательстве; инновационные правовые возможности человека, возникающие в результате развития науки, культуры, роста благосостояния общества и закрепляющиеся в нормативно-правовых актах; правовые льготы или правовые ограничения, установленные государством для лиц, исповедующих ту или иную религию [7, с. 36].

Развитие правовой системы Украины на основе антропологического принципа права, внутренних общегуманистических качеств, четкой структурированности, идеологической и психологической ауры активно влияет на формирование субъективных установок у людей, способствует установлению нормативных взаимоотношений в обществе [2, с. 40].

Влияние антропологического принципа права на развитие правовой системы современного украинского государства определяется прежде всего необходимостью обеспечения самоопределения личности, ее развития и социализации. При этом право является объективно возможным масштабом социальной свободы, стимулирует творческую активность, самосознание человека, гарантирует

признание обществом того, что каждый индивид рождается свободным и равным среди других, а верховенство права рассматривается как социальный феномен, который обуславливает неотъемлемые права человека на свободу, равенство, справедливость, достойную жизнь, уважение и неприкосновенность [8, с. 8–10].

Для правовой системы современной Украины характерно стремление к реализации антропологического принципа во всех сферах общественной жизни. Благодаря конституционному закреплению верховенства права, приоритета прав и свобод человека над государственными интересами защита личности, ее достоинства и свободы становятся определяющим фактором при принятии общественно значимых властных решений, а также в процессе нормотворчества и так далее.

Среди направлений развития правовой системы Украины, согласно антропоцентрической принципу, считаем целесообразным предложить следующие конкретные мероприятия. Во-первых, с целью утверждения и реального воплощения в жизнь принципа верховенства общечеловеческих ценностей и прав человека предлагаем ряд мер, внедрение которых приведет к обеспечению прав людей с ограниченными физическими возможностями, представителей национальных меньшинств, членов религиозных общин и так далее. Во-вторых, в рамках антропологизации правовой системы необходимо провести реформирование пенитенциарной системы, в частности пересмотр системы уголовных наказаний с целью замены (в случаях, где это не противоречит интересам общества и других людей) наказаний в виде лишения свободы на денежные штрафы. В-третьих, предлагаем на уровне государственной политики развивать принципы уважения и терпимости к национальным меньшинствам, народам и этносам, живущим в нашей стране.

Укреплению правопорядка и законности, а значит и утверждению персоноцентристской правовой системы, поможет деятельность добровольных общественных формирований, право создавать которые принадлежит жителям, членам территориальных общин. Несмотря на законодательное закрепление возможности образования таких формирований, из-за отсутствия государственной поддержки они остаются декларируемыми, но не действенными элементами правовой системы.

Таким образом, нами исследовано место антропологии права в формировании правовой культуры и правовой системы Украины. Нами установлено, что современный этап развития правовой культуры украинского общества характеризуется ценностной переориентацией взаимосвязей государства и человека. Исходным становится человек, а государство призвано защищать его права. В качестве одной из основных тенденций в Украине можно признать постепенное и последовательное сближение естественно-правовых и государственно-правовых начал в правовой системе, которое происходит одновременно с ростом общечеловеческой культуры, реализацией морально-гуманистических антропоцентрических общественных идеалов.

Литература

1. Алексеев С.С. Философия права / С.С. Алексеев. – М. : Норма – Инфра-М, 1999. – 336 с.

2. Бігун В.С. Людина в праві та науках про право: три загальнонаукові підходи до дефініції / В.С. Бігун // Антропологія права : матер. І всеукр. круглого столу (м. Львів, 16–17 вересня 2005 р.). – Львів, 2006. – С. 37–42.

3. Дьоміна О.С. Проблеми формування правової культури в Україні в умовах трансформації політичного режиму / О.С. Дьоміна // Держава і право : зб. наук. праць. – К., 2006. – Вип. 31. – С. 39–44.

4. Национально-гражданские идентичности и толерантность. Опыт России и Украины в период трансформации / под ред. Л. Дробижевой. – К. : Ин-т социологии НАН Украины, 2007. – 280 с.

5. Оборотов Ю.М. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичні аспекти : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Ю.М. Оборотов ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2003. – 379 с.

6. Оніщенко Н.М. Правова система і держава в Україні / Н.М. Оніщенко. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – 132 с.

7. Петришин О.В. Права людини як фундаментальна цінність правової демократичної державності / О.В. Петришин // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. до 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод : у 2 ч. / за ред. М.І. Панова та ін. – Х. : Нац. юрид. академія України, 2000. – Ч. 1. – С. 35–48.

8. Права людини в Україні – 2006: доповідь правозахисних організацій / за ред. Є.В. Захарова, І.С. Рапп, В.О. Яворського. – Х. : Права людини, 2007. – 508 с.

9. Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні / Н.І. Карпачова, Н.М.Оніщенко, О.В. Зайчук та ін. – К. : Юридична думка, 2007. – 424 с.

10. Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс / А.П. Семитко. – Екатеринбург : Изд-во Уральского гос. ун-та, 1996. – 312 с.

Аннотация

Завальнюк В. В. **Правовая культура и правовая система Украины: антропологические аспекты.** – Статья.

В статье исследуется место антропологии права в формировании правовой культуры и правовой системы Украины. Автор аргументирует, что на этапе формирования правового государства особенное значение приобретает правовая культура личности, которая требует знания права и своего правового статуса, осознания социальной необходимости права в обществе и умения пользоваться установленным государством правовым инструментарием. Последовательно доказывается, что устроение правового государства и гражданского общества требует того, чтобы правовая система Украины базировалась на принципах верховенства права, демократизма, социальной справедливости, конституционности, законности и на антропологическом принципе права.

Ключевые слова: правовая антропология, правовая культура, правовая система, антропологизация права.

Анотація

Завальнюк В. В. **Правова культура та правова система України: антропологічні аспекти.** – Стаття.

У статті досліджується місце антропології права у формуванні правової культури та правової системи України. Автор аргументує, що на етапі формування правової держави особливого значення набуває правова культура особистості, яка вимагає знання права й свого правового статусу, усвідомлення соціальної необхідності права в суспільстві та вміння користуватися встановленим державою правовим інструментарієм. Послідовно доводиться, що устрій правової держави та громадянського суспільства вимагає того, щоб правова система України базувалася на принципах верховенства права, демократизму, соціальної справедливості, конституційності, законності та на антропологічному принципі права.

Ключові слова: правова антропологія, правова культура, правова система, антропологізація права.

Summary

Zavalniuk V. V. **Legal culture and legal system of Ukraine: anthropological aspects.** – Article.

This article examines the place of anthropology of law in shaping of the legal culture and legal system of Ukraine. The author argues that the step of forming a legal state special importance legal culture of personality, which requires knowledge of the law and its legal status, rights awareness of social need in the community and the ability to use legal instruments established by the state. The author also consistently proves that the dispensation of law and civil society requires that the legal system in Ukraine based on the principles of the rule of law, democracy, social justice, constitutionality, legality and the anthropological principle of law.

Key words: legal anthropology, legal culture, legal system, anthropologization of law.

УДК 340.116:340.5

Л. Г. Удовика

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ЯК КРИТЕРІЙ ТИПОЛОГІЇ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

Загальновизнано, що глобалізація як новий тип суспільного розвитку призводить до трансформації, а в ряді випадків – до руйнації національних економічних, правових, політичних, соціокультурних структур, пошуку й упровадження нових критеріїв і засобів стабілізації суспільного розвитку. З'являються відповідні нові інструменти (економічні, правові, політичні), побудовані на принципах геостратегічного партнерства, наслідком використання яких є не лише позитивні зміни, а й соціальні деформації. Глобалізаційні трансформації в усіх сферах суспільства стирають кордони між внутрішньою та зовнішньою політикою держави, між різними національними правовими системами, їх окремими інститутами й елементами, у результаті цього з'являються глобальні інструменти управління й інститути забезпечення реалізації такого управління, нові правові норми.

Під впливом глобалізації загалом і правової глобалізації зокрема змінюються як правові системи, так і форми їх взаємодій між собою та з іншими соціальними системами, що зумовлює їх теоретичне осмислення, спрямоване на визначення фундаментальних трансформацій сучасних правових систем на засадах сучасної юридичної науки, нових методологічних підходів, репрезентованих постнеокласичною раціональністю, синергетикою, постмодернізмом, плюралістичним праворозумінням. Першочерговим у цьому відношенні є визначення змісту, характеру й сутності тих змін, які відбуваються в межах національних правових систем, обґрунтування нових критеріїв типології правових систем.

Метою статті є обґрунтування нового критерію типології національних правових систем – глобалізації, складовою якої є правова глобалізація, та виокремлення в загальних рисах глобалізованої, фрагментарно глобалізованої, глокалізованої та локалізованої правових систем.

У науковій літературі, насамперед у межах порівняльного правознавства, питання щодо критеріїв та огляд класифікації правових систем є основоположним і визначає логіку подальшого дослідження. У загальній теорії права до цих питань звертаються здебільшого в узагальненому вигляді, досить часто обмежуючись класифікаціями таких відомих учених, як Р. Давид і К. Жоффре-Спіноза, К. Цвайгерт і Х. Кьотц, К. Осакаве, Р. Леже, часто залишаючи поза увагою новітні тенденції в розвитку правових систем.

Перманентний характер світового правового розвитку, посилення взаємодії й взаємозалежності національних правових систем, їх інтеграція, набуття ними нових рис і властивостей призводять до того, що класифікація й типологізація національних правових систем за певними ознаками ускладнюється, а перелік використовуваних критеріїв розширюється. Враховуючи той факт, що глобалізація загалом і правова глобалізація зокрема є одними з визначальних зовнішніх чинників трансформації національних правових систем, які значною мірою

© Л. Г. Удовика, 2014

виокремлюють напрями й тенденції їх подальшого розвитку, вважаємо, що одним із критеріїв класифікації національних правових систем є ступінь глобалізованості національної правової системи. У контексті зазначеного заслуговують на увагу думки М. Марченка, який вважає, що критерії класифікації правових систем повинні відповідати певним вимогам, зокрема таким: а) мати у своїй основі постійні, фундаментальні, а не тимчасові й випадкові фактори; б) за можливості бути більшменш визначеними ознаками-критеріями; в) мати сталий об'єктивний характер; г) вирізняти основний, домінуючий критерій у випадках, коли в основі класифікації правових систем не одна, а кілька ознак-критеріїв; д) під час дослідження загальних ознак правових систем повинні враховуватися не лише об'єктивні, а й суб'єктивні фактори, що прямо впливають на процес їх формування [1, с. 254]. Поділяємо думку, що визначальними мають бути правові критерії класифікації, оскільки досліджуються юридичні феномени, хоча як додаткові можуть використовуватися й інші, неюридичні, зокрема етнокультурні, технічні тощо.

Під час ідентифікації правової системи в якості глобалізованої важливим є врахування й інших однопорядкових, однак різноспрямованих процесів світового розвитку, а саме: локалізації як зворотного, протилежного глобалізації процесу, спрямованого на збереження особливого, традиційного; глокалізації як певної єдності глобальних і локальних економічних, правових, політичних, культурних, моральних факторів. Важливим є й установлення перехідного стану – фрагментарної глобалізації, яка відображає, з одного боку, наявність значних показників (кількісних та якісних) процесу правової глобалізації, а з іншого – невизначеність чи суперечливість подальшого розвитку, наслідком чого може стати перехід до іншої якості правової системи (як до глобалізованої, так і до глокалізованої).

Розуміння й тлумачення змісту критерію глобалізованості правової системи ґрунтується на законі взаємного переходу кількісних та якісних змін. Згідно з діалектичним законом існує взаємозалежність характеристик системи, за якої кількісні зміни на певному етапі призводять до якісних, а нова якість породжує нові можливості й інтервали кількісних змін [2, с. 140–141].

Зміст критерію глобалізованості правової системи, на нашу думку, полягає в сукупності декількох складових (якісних і кількісних), які виявляються на рівні її підсистем та елементів: в ідеологічній підсистемі – у поширенні глобальних правових ідей, теорій, ліберальної правової ідеології, світових та європейських правових стандартів, їх відображенні в правовій політиці, правовій акультурації, глобалізації правової свідомості; в нормативній підсистемі – у появі нових принципів і норм, які відображають і втілюють глобальні правові ідеї, правовій інтеграції, істотному посиленні впливу міжнародного права в національному праві й законодавстві, процесах адаптації, гармонізації, уніфікації національного права й законодавства; в інституційній підсистемі – у розширенні кола суб'єктів правової системи, трансформації їх правового статусу на основі врахування глобалізаційних трансформацій; у функціональній підсистемі – у реалізації світових та європейських стандартів правозастосування, насамперед у сфері захисту прав людини; в інтегративно-комунікативній підсистемі – у трансформації, переформатуванні зв'язків як між окремими підсистемами й елементами правової системи, так і з іншими

системами суспільства, інтеграцією національної правової системи з іншими правовими системами (національними, міждержавними й міжнародною).

Зважаючи на те, що правова система є складовою суспільства, співіснує й взаємодіє з економічною, політичною, соціальною, моральною системами, а норми права регулюють найбільш важливі суспільні відносини, уможливлюють процеси «проникнення» глобальних процесів та явищ, принципів, норм, стандартів у ці підсистеми, їх приєднання до глобального економічного, політичного, соціального, культурного, інформаційного простору, цілком обґрунтованим є врахування низки кількісних показників, таких як індекс глобалізації країн світу за версією KOF та індекс глобальної конкурентоспроможності.

Номер рейтингу та індекс глобалізації країн світу за версією KOF 2013 (KOF Index Globalization) визначається Швейцарським економічним інститутом та Федеральним швейцарським технологічним інститутом. Усі країни, досліджувані в межах індексу, оцінюються за 24 показниками, об'єднаними в три основні групи глобальної інтеграції: 1) економічна глобалізація – обсяг міжнародної торгівлі, рівень міжнародної ділової активності, торговельні потоки, міжнародні інвестиції, тарифна політика, обмеження й податки на міжнародну торгівлю тощо; 2) соціальна глобалізація – рівень культурної інтеграції, відсоток іноземного населення, міжнародний туризм, міжнародні особисті контакти, обсяг телефонного трафіку, поштових відправлень, трансграничних грошових переказів, інформаційні потоки, розвиток інформаційно-комунікаційної інфраструктури тощо; 3) політична глобалізація – членство держав у міжнародних організаціях, участь у міжнародних місіях (включаючи місії ООН), ратифікація міжнародних багатосторонніх договорів, кількість посольств та інших іноземних представництв у країні тощо. Індекс рівня глобалізації обчислюється як сума зазначених складових із ваговими коефіцієнтами 36%, 39% і 25% відповідно. Для всіх країн, які розглядаються в цьому дослідженні, складається рейтинг за індексом глобалізації, що вказує їх місце серед інших досліджуваних держав. Джерелами інформації за побудови індексу служать спеціалізовані бази даних Всесвітнього банку, Міжнародного валютного фонду, Організації Об'єднаних Націй, Міжнародного телекомунікаційного союзу, інших міжнародних організацій і статистичних інститутів [3].

Номер рейтингу та індекс глобальної конкурентоспроможності 2013–2014 рр. (The Global Competitiveness Index) ґрунтується на комбінації загальнодоступних статистичних даних і результатів глобального опитування керівників компаній – великого щорічного дослідження, що проводиться Всесвітнім економічним форумом разом із мережею партнерських організацій – провідних дослідницьких інститутів та організацій у країнах, аналізованих у звіті. Індекс глобальної конкурентоспроможності складено з 113 змінних, які детально характеризують конкурентоспроможність країн світу, що перебувають на різних рівнях економічного розвитку. Усі змінні об'єднані в 12 контрольних показників, що визначають національну конкурентоспроможність: якість інститутів, інфраструктура, макроекономічна стабільність, здоров'я й початкова освіта, вища освіта й професійна підготовка, ефективність ринку товарів і послуг, ефективність ринку праці, розвиненість

фінансового ринку, рівень технологічного розвитку, розмір внутрішнього ринку, конкурентоспроможність компаній, інноваційний потенціал [4]. Вибір саме цих змінних обумовлений тим, що вони в узагальненому вигляді відображають найбільш значущі процеси економічної, політичної, соціальної, культурної глобалізації.

До змісту критерію глобалізованості правової системи загалом та правової глобалізації зокрема, крім зазначених вище, слід також віднести індекс верховенства права 2012 р. [5], 2013 р. [6], представлений Міжнародною неурядовою організацією World Justice Project, Індекс демократії країн світу 2012 р., представлений Economist Intelligence Uni [7], доповідь «Про стан свобод у світі» 2014 р., представлену міжнародною правозахисною організацією Freedom House [8].

Номер рейтингу та індекс верховенства закону (середній) у країнах світу в 2012 р. і 2013 р., представлений Міжнародною неурядовою організацією World Justice Project. Індекс як комбінований покажчик формується на основі даних, отриманих з експертних джерел та опитувань суспільної думки в 97 країнах, та за наступними вісьмома ключовими показниками: 1) обмеження повноважень інститутів влади; 2) відсутність корупції; 3) порядок і безпека; 4) захист основних прав; 5) прозорість інститутів влади; 6) дотримання законів; 7) цивільне правосуддя; 8) кримінальне правосуддя.

Номер рейтингу та індекс демократії країн світу 2012 р. розрахований за методикою британського дослідницького центру The Economist Intelligence Unit (аналітичний підрозділ британського журналу Economist), заснованою на комбінації експертних оцінок і результатів опитувань громадської думки відповідних країн. Використовуються 60 показників, згрупованих у п'ять основних категорій: виборчий процес і плюралізм, діяльність уряду, політична участь, політична культура та громадянські свободи. Усі держави віднесено до одного з чотирьох типів режиму влади: повна демократія, недостатня демократія, гібридний режим або авторитарний режим. Індекс оцінюється за десятибальною шкалою. Істотним у визначенні глобалізованості правової системи є врахування типу режиму влади згідно з індексом демократії країн світу 2012 р. [7].

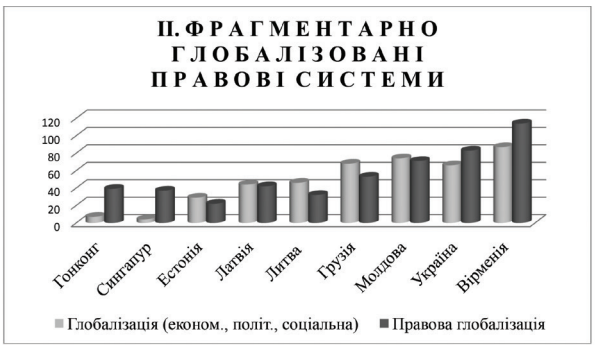
Також складовою критерію глобалізованості правової системи є статус країни згідно з доповіддю про стан свобод у світі 2014 р., представленою міжнародною правозахисною організацією Freedom House [8]. Нова доповідь була представлена 23 січня 2014 р. й містить оцінки ступеня політичних і громадянських свобод у 195 країнах світу й 14 територіях, що не мають державного статусу. Усі держави умовно розділені за принципом забезпечення політичних і громадянських свобод на три групи: «вільні», «частково вільні», «невільні». Стан свобод оцінюється за семибальною шкалою (від 1 до 7 балів), де один бал – найвищий показник, а сім балів – найнижчий. Держави, що одержали в середньому від 1 до 2,5 балів, вважаються «вільними», від 3 до 5 балів – «частково вільними», від 5,5 до 7 балів – «невільними».

На основі зазначених вище складових вираховується середній показник правової глобалізації (верховенства закону, демократії, стану свобод) та визначається тип правової системи. Ґрунтуючись на критерії глобалізації й правової глобалізації як її складової, правові системи можна розподілити на такі типи: 1) глобалізовані; 2) фрагментарно глобалізовані; 3) глокалізовані; 4) локалізовані.

Глобалізована правова система – це національна правова система, яка функціонує й розвивається на основі істотного врахування в національному праві й законодавстві міжнародно-правових норм за активної взаємодії національної правової системи з міжнародними органами й організаціями, проводить політику правової інтеграції, інтернаціоналізації, адаптації, гармонізації, імплементації, уніфікації норм (наприклад, Швеція, Данія, Австрія та інші). Визначальним у типології національних правових систем є правова глобалізація, хоча й глобалізація загалом враховується. Уваги заслуговує той факт, що серед низки країн, правові системи яких віднесені до глобалізованих, не простежується однозначна залежність між глобалізацією й правовою глобалізацією (Швеція, Данія, Норвегія), тоді як інші країни (Швейцарія, Австрія, США, Франція) демонструють близькі тенденції.

Фрагментарно глобалізована правова система – національна правова система, яка функціонує й розвивається, враховуючи окремі складові правової глобалізації, а низка її елементів і підсистем залишаються в незмінному вигляді. Фрагментарно глобалізована правова система – це перехідний стан, оскільки, з одного боку, наявні значні показники (кількісні та якісні) процесу правової глобалізації, а з іншого – простежується невизначеність чи суперечливість подальшого розвитку, наслідком чого може стати перехід до іншої якості правової системи, як до глобалізованої, так і локалізованої (наприклад, правові системи Гонконгу, Сінгапуру, Естонії, Латвії, Литви, а також України, Грузії).

Глокалізована правова система – це правова система, яка функціонує й розвивається на основі специфічного поєднання глобальних і локальних економічних, правових, політичних, культурних, моральних факторів, що знаходить своє відображення в усіх підсистемах та елементах правової системи, системі права й законодавства, правовій культурі, правовій політиці тощо (наприклад, правова система Китаю, Бразилії, Панами, Росії).



Локалізована правова система – це правова система, яка функціонує й розвивається у зворотному, протилеж-

ному глобалізації напрямі, зберігаючи традиційні елементи й зв'язки правової системи (наприклад, Нігерія, Алжир, Узбекистан, Туркменістан, Таджикистан).

Резюмуючи зазначене вище, слід зауважити, що глобалізація впливає на національні правові системи та їх елементи, трансформує їх зміст і тенденції розвитку. Існує нагальна потреба нового осмислення тенденцій розвитку національних правових систем та врахування нових критеріїв типології правових систем. Одним із таких критеріїв є ступінь глобалізованості національної правової системи. Зміст критерію глобалізованості правової системи полягає в сукупності якісних і кількісних складових, які виявляються на рівні її підсистем та елементів. Ґрунтуючись на комплексному критерії глобалізації, слід виокремити такі типи національних правових систем: 1) глобалізовані; 2) фрагментарно глобалізовані; 3) глокалізовані; 4) локалізовані.

З огляду на обмежений обсяг роботи, дослідження потребує змістовний, розгорнутий аналіз зазначених типів національних правових систем, що й стане предметом подальшого аналізу.

Література

1. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть : [учебник для юрид. вузов] / М.Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2001. – 560 с.
2. Ильин В.В. // Диалектика материального мира. Онтологическая функция материалистической диалектики / В.В. Ильин. – Л. : ЛГУ, 1985. – 302 с.
3. Индекс глобализации стран мира по версии KOF – информация об исследовании [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gtmarket.ru/ratings/kof-globalization-index/info.
4. Индекс глобальной конкурентоспособности – информация об исследовании // Центр гуманитарных технологий [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gtmarket.ru/ratings/global-competitiveness-index/info.
5. World Justice Project : Индекс верховенства закона в странах мира в 2012 году // Центр гуманитарных технологий. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gtmarket.ru/news/2012/11/30/51900/5190.
6. The World Justice Project : Rule of Law Index 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index.
7. Індекс демократії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gtmarket.ru/news/2013/03/19/5679.
8. Freedom House : Доклад о состоянии свободы в мире 2014 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gtmarket.ru/news/2014/02/04/6597.

Анотація

Удовика Л. Г. **Глобалізація як критерій типології національних правових систем.** – Стаття.

У статті обґрунтовується новий комплексний критерій типології національних правових систем – глобалізація, складовою якої є правова глобалізація. Зміст критерію глобалізованості правової системи полягає в сукупності якісних і кількісних складових, які виявляються на рівні її підсистем та елементів. Ґрунтуючись на комплексному критерії глобалізації, автор виокремлює такі типи національних правових систем: 1) глобалізовані; 2) фрагментарно глобалізовані; 3) глокалізовані; 4) локалізовані.

Ключові слова: глобалізація, глокалізація, локалізація, правова глобалізація, глобалізована правова система.

Аннотация

Удовика Л. Г. **Глобализация как критерий типологизации национальных правовых систем.** – Статья.

В статье обосновывается новый комплексный критерий типологии национальных правовых систем – глобализация, составной частью которой является правовая глобализация. Содержание критерия глобализированности правовой системы состоит в совокупности качественных и количественных составляющих, которые проявляются на уровне ее подсистем и элементов. Основываясь на комплексном критерии глобализации, автор выделяет такие типы национальных правовых систем: 1) глобализированные; 2) фрагментарно глобализированные; 3) глокализированные; 4) локализированные.

Ключевые слова: глобализация, глокализация, локализация, правовая глобализация, национальная правовая система.

Summary

Udovika L. G. **Globalization as a criterion of typology national legal systems.** – Article.

The new complex criterion of typology the national legal systems – globalization component part of which is legal globalization is grounded in the article. Criterion table of contents of global aspects the legal system in an aggregate high-quality and quantitative constituents which show up at the level of its subsystems and elements. Based on the complex criterion of globalization an author selects such types of the national legal systems: 1) globalized; 2) fragmentary globalized; 3) glocalized; 4) localized.

Key words: globalization, glocalization, localization, legal globalization, national legal system.

УДК 340.155.8 + 342.41

Т. С. Подорожна

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В КОНТЕКСТІ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Науковий аналіз проблем конституціоналізації правової системи, зважаючи на різноманіття її елементів, видів, форм, а також методів, способів та засобів її здійснення, вимагає виділення загальних сфер державно-контрольних відносин, осмисливши які, можна вибудувати несуперечливу, що відповідає актуальним потребам і тактичним та стратегічним цілям розвитку української державності, систему правового порядку, засновану на Конституції України.

Кожна стаття, кожне положення Конституції України повинні втілюватись у живу практику повсякденної діяльності всіх державних органів, усіх посадових осіб, усіх громадян України. З огляду на це конституціоналізація – це державно-правове явище, що виникає суто з волі органів державної влади. Учасниками цього процесу є всі суб'єкти правотворчого, правозастосовного й правореалізаційного процесу. Саме на ці органи покладено обов'язок із розробки й прийняття Конституції України, конституційних законів та інших нормативно-правових актів і джерел права; вони здійснюють заходи щодо реалізації чинного законодавства, його тлумачення, охорони та захисту норм права. При цьому не варто віддавати перевагу одному з них, натомість *доцільно наголосити на принциповій ролі Конституційного Суду України, якому належить право останнього слова в цьому процесі,* адже процес конституціоналізації може відбуватися у формі прийняття, внесення змін і доповнень до чинних законів, прийняття й реалізації рішень Конституційного Суду України. Так, провідний конституціоналіст М. Бондар розглядає процес конституціоналізації насамперед у контексті діяльності Конституційного Суду України, виділяючи способи конституціоналізації згідно із закріпленими за Конституційним Судом України способами конституційно-судового контролю: по-перше, конституційне тлумачення правових норм окремих галузей законодавства; по-друге, конституційне коректування сформованої правозастосовної практики, яка надала неконституційного сенсу нормам законодавства; по-третє, виявлення конституційної природи тих чи інших юридичних інститутів; по-четверте, тлумачення норм самої Конституції України, за допомогою яких забезпечується конституційна оцінка й обґрунтування галузевого законодавства й одночасно – розвиток змісту самих конституційних норм без зміни тексту відповідних конституційних статей [1, с. 165].

Справді, Конституційний Суд України відіграє провідну роль у забезпеченні відповідності вітчизняного законодавства Конституції України. Він неодноразово виступав на захист основ конституційного ладу України й основних прав і свобод, закріплених у Конституції, забезпечуючи тим самим її верховенство. Відповідно до Закону України від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР «Про Конституційний Суд України» завданням Конституційного Суду України є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України (ст. 2 Конституції України). Конституційний Суд України приймає рішення та дає

© Т. С. Подорожна, 2014

висновки у справах щодо: 1) конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; 2) відповідності Конституції України чинним міжнародним договорам України або тим міжнародним договорам, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; 3) додержання конституційної процедури розслідування й розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених статтями 111 та 151 Конституції України; 4) офіційного тлумачення Конституції та законів України (стаття 13 Конституції України) [2]. Із цих позицій такі категорії, як «державний» і «народний суверенітет», «рівноправність суб'єктів права» є невіддільною частиною концепції верховенства Конституції України [3, с. 8], забезпечення якої покладено на Конституційний Суд України.

Власне, розвиток елементів правової системи має відповідати системі конституційних цінностей і конституційній логіці правового регулювання. Як свідчить практика Конституційного Суду України, у його діяльності положення Конституції України розвиваються постійно в ході тлумачення (перманентний характер Основного Закону) [4, с. 69]. Відповідно, конституційні норми мають здійснювати постійний регулятивний вплив на всі компоненти правової системи. Їх конституціоналізацію можна назвати одним із виявів безпосередньої дії Конституції України, спрямованої на гармонізацію суспільних відносин і реалізацію принципу верховенства права. Цей процес включає в себе перегляд чинного законодавства, скасування застарілих нормативних актів, створення нових законів, вдосконалення законодавчої техніки та законодавчого процесу.

Проте конституціоналізація – це не тільки докорінні перетворення чинного законодавства. За своїм характером, масштабністю вона покликана забезпечити прогрес усієї правової системи. Ось чому, спираючись на положення Конституції України, її норми, вимоги, усі державні органи, громадські організації, громадяни мають долучатися до роботи, спрямованої на реалізацію відповідного процесу. Варто зазначити, що правова система України орієнтована не на повну врегульованість усіх відносин у суспільстві, що ставатиме неможливим унаслідок її безперервного розвитку, а передбачає найбільш оптимальну для демократичної правової держави процедуру усунення недоліків у праві шляхом вдосконалення законодавчого регулювання в цілому.

З огляду на сказане зауважимо, що конституціоналізація разом з відповідною діяльністю органів і посадових осіб публічної влади охоплює й конституційну практику (практику Конституційного Суду України) – системну єдність суспільних відносин вищого порядку, що послідовно розвиваються та вимагають формально-юридичної визначеності й адекватного рівня нормативізації їх об'єктивної природи. У цьому сенсі конституціоналізація виявляється як процес перманентного й послідовного об'єктивування в конституційній практиці ціннісно-нормативних правоустановок, конституційно-правових ідей та ідеалів конкретного суспільства на конкретному етапі розвитку його політико-правової культури.

Що стосується конституціоналізації, то конституційна практика виявляється безпосередньо й опосередковано. Наприклад, очевидне безпосередньо конститу-

ціоналізуюче значення матиме рішення, ухвалене за підсумками ініційованого громадянами референдуму, навіть у тому випадку, якщо воно безпосередньо не пов'язано зі зміною конституційних положень. Можливим варіантом безпосередньої, тобто без участі публічно-владних суб'єктів, конституціоналізації є й виникнення конституційних звичаїв, які характеризуються конституційною значущістю й зобов'язувальною силою відповідно до своєї загальновизначеності та обов'язковості.

Опосередкований вплив конституційної практики на конституціоналізацію виявляється в тому, що вона виступає необхідною фактичною основою державно-конституціоналізаційної діяльності, яка в цьому випадку виражається через формально-юридичне визнання конституційної практики. Що ж стосується публічно-владної діяльності з виявлення та формалізації норм вищого порядку, а також приведення у відповідність до них соціальних відносин, то вона може розглядатися як конституціоналізація, якщо реалізується на основі й відповідно до фундаментальних та загальновизнаних принципів конституціоналізму, серед яких є панування права, пріоритет людської особистості й повага її гідності, участь безпосередньо народу в здійсненні функцій публічної влади; демократичний порядок формування органів публічної влади та підпорядкованість їх діяльності інтересам народу; наявність процесуальних механізмів захисту прав і свобод громадян; поділ державної влади на законодавчу, виконавчу й судову тощо [5, с. 304].

З цих позицій конституціоналізація – це двоєдиний процес, спрямований, з одного боку, на послідовне й найбільш повне вираження нормативного змісту конституційних положень у поточному законодавчому регулюванні та правозастосовній практиці. З іншого боку, конституціоналізація реалізується шляхом укоріненя в суспільній практиці фактичних конституційних моделей поведінки, природним розвитком чого має слугувати формально-юридичне конституційне визнання фактично сформованих конституційних відносин, що може забезпечуватися шляхом внесення змін до Основного Закону й у рамках діяльності Конституційного Суду України.

Сказане, однак, не передбачає протиставлення формально-юридичного (позитивістського) і, умовно назвемо його, соціологічного підходів до розуміння конституціоналізації, навпаки, вимагає пошуку їх належного співвідношення та взаємозв'язків, які, очевидно, мають різний зміст залежно від соціокультурних та конкретно-історичних особливостей тієї чи іншої країни. У демократичній правовій державі, заснованій на глибокому шануванні й повазі принципів права й народовладдя, яка має реальну, а не фіктивну конституцію, конституціоналізація пов'язана насамперед із діяльністю публічно-владних суб'єктів із приведення правового порядку у відповідність до конституційних положень.

В Україні за наявності демократичної Конституції України, ключовою ланкою в механізмі конституціоналізації, безумовно, є переведення загальнонормативних конституційних приписів у вимоги конкретних законоположень, що деталізують і розвивають конституційні норми на підставі й відповідно до Конституції України, а також створення конституційно-правових настанов правомірної поведінки в нормотворчій, правозастосовній та правореалізаційній практиці. Саме тому на сучасному етапі розвитку вітчизняної конституційно-правової науки

(втім як і в інших державах, що виділилися зі складу РСР) увагу приділяють особливо конституціоналізації поточного (галузевого) законодавства.

На думку, скажімо, російського вченого-фінансиста Ю. Крохіної, конституціоналізація (галузевого законодавства) виражає якість верховенства Конституції України й забезпечення відповідності їй усіх законів і підзаконних актів, що виявляється в трьох аспектах: по-перше, найбільш значущі галузеві відносини мають пряме закріплення в Конституції України й регулюються за допомогою реалізації механізму прямої дії норм Основного Закону; по-друге, галузеве законодавство регулює відповідне коло суспільних відносин чітко до положень Конституції України й під судовим конституційним контролем; по-третє, конституціоналізація є способом подолання конкуренції правових норм і вирішення юридичних конфліктів [6, с. 112].

Конституціоналізація правової системи має подвійну цільову спрямованість: з одного боку, вона покликана забезпечити конституційну модернізацію правового порядку в державі, підвищити його ефективність і якість, перетворивши на нові демократичні правові основи й підпорядкувавши принципам панування права й поваги прав і свобод людини та громадянина; з іншого боку, вона сприяє оптимізації, раціоналізації та конституційно-правовій модифікації державного управління, зведенню самої держави в ступінь актуалізованого забезпечення вільної самореалізації індивідів, вбудованої в соціальну солідарність.

Отже, конституційні принципи не тільки складають основу правового регулювання, а й у необхідних випадках виконують безпосередньо регулювальну роль, запобігаючи виникненню позаправового поля, що загрожує дестабілізацією суспільних відносин. Варто зазначити, що не всі конституційні принципи безпосередньо сформульовані в тексті Конституції України. Деякі з них виводяться зі змісту і духу конституційних норм у процесі їх тлумачення.

Тлумачення конституційної норми є компетенцією Конституційного Суду України, тобто Конституційний Суд України формулює конституційні принципи у своїх рішеннях щодо конкретних справ. І тут цікавим є питання про співвідношення загальних принципів права, конституційних принципів і правових позицій Конституційного Суду України. Вважаємо, що не можна визначати співвідношення перших двох з позиції загального й особливого, бо не всякий загальний принцип є конституційним принципом, не кожен конституційний принцип є загальним принципом права, що, проте, не заперечує можливості трансформації загальних принципів у конституційні. Інакше довелося б говорити про змішання двох цих категорій. Зрештою, практика конституційного судочинства свідчить про тенденцію до змішання цих категорій, Конституційний Суд України у своїх рішеннях формулює загальні принципи як конституційні, що закономірно викликає питання про доцільність існування категорії «загальні принципи права».

На наш погляд, Конституційному Суду України варто було б дещо стримати трансформацію загальних принципів у конституційні й тим самим на їх основі створювати ще кілька прецедентів. На жаль, на практиці загальні принципи права вже віднесено до конституційних принципів, що констатовано й у науковій літературі [7, с. 71], і це позбавляє звичайні суди можливості брати участь у нормотворчій діяльності шляхом тлумачення, виявлення змісту загальних принципів права.

Принагідно зазначимо, що конституційні принципи – це загальноправові цінності, що мають об'єктивну природу, виражені в тексті конституційних норм (що виводяться з тексту, духу й сенсу окремої норми конституції й із низки взаємопов'язаних норм та Конституції України загалом), вищі імперативи, що володіють найвищим ступенем нормативної насиченості, які безпосередньо впливають на процес становлення й вдосконалення чинного законодавства, роль яких як джерела права виявляється не тільки посередництвом правових норм, але, коли потрібно (наприклад, коли є прогалини або колізії в законодавстві), і шляхом прямого їх правозастосування. У цьому зв'язку досить актуальним є дослідження ролі правових позицій Конституційного Суду як джерела права, яка, серед іншого, зумовлена тим, що саме за допомогою їх викладу в них безпосередньо відбувається проголошення загальних принципів права як конституційних, що дає поштовх уведенню першого в орбіту конституційного судочинства. У них міститься інтерпретація конституційних принципів, тобто вони є інструментом конституційного судочинства.

Послідовна конституціоналізація правової системи, торкаючись різних сфер правової дійсності, у кожній із них ставить свої особливі завдання, зважаючи на особливості конституційної регламентації та фактичну практику правового порядку в державі. Однак навіть на такому високому рівні абстрактно-теоретичного узагальнення проблем конституціоналізації правової системи питань, пов'язаних з виробленням сучасної доктрини її конституціоналізації і конституційної модернізації, не меншає, щоправда, вони набувають концентрованого характеру. Вироблення напрямків конституціоналізації правової системи, що пов'язано з контрольним впливом органів судової влади, зокрема Конституційного Суду України, передбачає передусім з'ясування тієї обставини, що конституційна регламентація основ організації та взаємовідносин між органами державної влади дозволяє по-різному інтерпретувати державно-правове становище головних публічно-владних інститутів і, відповідно, залежно від вибраних підстав і цілей інтерпретації реалізовувати концептуально різні практичні моделі побудови державної влади.

Література

1. Бондарь Н.С. Конституционный Суд Российской Федерации – гарант социальных прав граждан / Н.С. Бондарь // Право и власть. – 2002. – № 2. – С. 165–171.
2. «Про Конституційний Суд України» : Закон України від 16.10.1996 № 422/96-ВР [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/422/96-вр.
3. Щербанюк О.В. Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави : [монографія] / О.В. Щербанюк. – К. : Логос, 2013. – 306 с.
4. Стецюк П.Б. Конституційний Суд України в системі органів державної влади (до питання про роль органу конституційної юрисдикції в механізмі «стримувань і противаг сучасної конституційної держави») / П.Б. Стецюк // Науковий вісник Чернівецького університету. – Серія «Правознавство». – 2012. Вип. 641. – С. 68–70.
5. Конституционное право : [энциклопедический словарь] / отв. ред. С.А. Авакьян. – М. : Норма, 2000. – 688 с.
6. Крохина Ю.А. Конституционализация финансового законодательства: объективная закономерность и фактор оптимизации / Ю. А. Крохина // Конституция и законодательство : сб. ст. по матер. науч.-практ. конф. (Москва, 29 октября 2003 г.). – М., 2003. – С. 112–124.
7. Ковачев Д.А. Конституционный принцип: его понятие, реальность и фиктивность / Д.А. Ковачев // Журнал российского права. – 1997. – № 9. – С. 71–77.

Анотація

Подорожна Т. С. **Конституціоналізація правової системи в контексті діяльності Конституційного Суду України.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню авторського бачення проблеми конституціоналізації правової системи в контексті діяльності Конституційного Суду України. Наголошено на важливій ролі Конституції України в побудові правової системи. Акцентовано, що конституціоналізація – це не тільки докорінні перетворення чинного законодавства. За своїм характером, масштабністю вона покликана забезпечити прогрес усієї правової системи.

Ключові слова: Конституція України, конституційні норми, конституційні засади, конституціоналізація, правова система, Конституційний Суд України, верховенство права, законодавство.

Аннотация

Подорожная Т. С. **Конституционализация правовой системы в контексте деятельности Конституционного Суда Украины.** – Статья.

Статья посвящена авторскому видению проблемы конституционализации правовой системы в контексте деятельности Конституционного Суда Украины. Отмечена важная роль Конституции Украины в построении правовой системы. Акцентировано, что конституционализации – это не только коренные преобразования действующего законодательства. По своему характеру, масштабности она призвана обеспечить прогресс всей правовой системы.

Ключевые слова: Конституция Украины, конституционные нормы, конституционные принципы, конституционализация, правовая система, Конституционный Суд Украины, верховенство права, законодательство.

Summary

Podorozhnaya T. S. **Constitutionalization of the legal system in the context of the Constitutional Court of Ukraine.** – Article.

This article is devoted to the author's vision problems constitutionalization of the legal system in the context of the Constitutional Court of Ukraine. The important role of the Constitution in the construction of the legal system. Accented that constitutionalization – is not only a radical transformation of the current legislation By its natur, the scale is intended to ensure the progress of the entire legal system.

Key words: Constitution of Ukraine, constitutional norms, constitutional principles, constitutionalization, legal system, Constitutional Court of Ukraine, rule of law, legislation.

УДК 340.134

О. І. Чаплюк

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ТА МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНА НЕОБХІДНІСТЬ СУЧАСНОСТІ

Серед багаточисленних теоретико-правових проблем держави й права, що потребують досконалого й концептуального переосмислення, важливе місце займають питання, пов'язані з особливостями сучасного формування норм національного та міжнародного права. Зазначена проблематика завжди актуалізується серед вчених-правознавців та юристів-практиків, що свідчить про її вагомість не лише для теорії права, а в передусім юридичної практичної діяльності, що пов'язується з реалізацією прийнятих норм права на практиці. Тому дуже необхідним для належного функціонування сучасного суспільства та держави, а також для гармонійного співіснування громадян держави є саме якісно досконала система національного законодавства держави, отже законодавство держави є віддзеркаленням та критерієм оцінки тих чи інших аспектів життєдіяльності та розвитку окремих сфер суспільства, рівня розвитку державного управління, участі держави в міжнародному співробітництві, прагненням подальшого утвердження демократичних засад суспільства, належності та якості життя населення в державі в контексті забезпечення прав та свобод людини. Тому актуальність питань, пов'язаних із формуванням норм права, прийняттям досконалих нормативно-правових актів та прагненням забезпечити наявність ефективної системи національного законодавства, не лише не викликають сумніву, а й потребують систематичного концептуального дослідження й переосмислення в контексті з'ясування певних аспектів вдосконалення правотворчої діяльності на національному та міжнародному рівнях. Така тенденція, на нашу думку, зумовлена глобалізаційними та трансформаційними чинниками, які на сьогодні є певною рушійною силою для розвитку та вдосконалення всіх інституційних складових суспільства й держави в цілому та здійснення правотворчості на національному й міжнародному рівнях зокрема.

Безумовно, науковим дослідженням правотворчої діяльності, що є основним засобом формування норм права присвячена значна кількість наукових праць відомих зарубіжних та вітчизняних вчених. Значні наукові доробки таких вчених, як С. Алексєєв, А. Венгеров, Ж. Дзейко, Т. Дідич, А. Піголкін, О. Скакун, відображають теоретико-правові, процесуальні, суб'єктні складові формування норм національного та міжнародного права. Проте сучасна юридична наука, як з теорії права, так і теорії міжнародного права потребує вдосконалення існуючих та розробки нових концепцій у контексті переосмислення та трансформації підходів щодо системи заходів, спрямованих на вдосконалення здійснення правотворчості на національному та міжнародному рівнях.

Тому **метою** дослідження є виокремлення й аналіз змісту факторів, що впливають на здійснення національної і міжнародної правотворчості, визначення шляхів вдосконалення правотворчої діяльності на національному та міжнародному рівнях.

© О. І. Чаплюк, 2014

Одним з аспектів, що впливає на процес формування норм національного та міжнародного права, безумовно, є динаміка сучасного суспільства, що проявляється в постійному його розвитку та зумовлює ускладнення й вдосконалення суспільних відносин, появу нових сфер суспільства, що потребують формування нових норм права та вдосконалення діючих. На думку К.П. Побєдоносцева, дієвою та нагальною норма права може бути у випадку відповідності її дійсним потребам суспільства [1, с. 229]. Таким чином, виникає необхідність у поширені дії права на сфери, які раніше були позбавлені його регулятивного впливу, що призводить до активізації правотворчого процесу як на національному, так і на міжнародному рівнях. Своєчасний вияв цих об'єктивних умов, які вказують на необхідність правової регламентації нових сфер суспільних відносин, тобто оптимальний вибір об'єкта правового регулювання, забезпечить оперативне творення норм національного та міжнародного права.

Наступним чинником, що не лише впливає на зміст національної та міжнародної правотворчої діяльності, а і активізує їх, є значний рівень сучасного міжнародного співробітництва. На нашу думку, значно підвищився рівень співпраці держав в умовах інтеграції економічного, політичного, правового, екологічного, соціального та культурного життя, надання форм та видів міждержавної взаємодопомоги в різноманітних напрямках їх співробітництва. Насамперед зазначене зумовлює наявність узгоджених норм національного та міжнародного права для забезпечення спрощеного механізму здійснення міждержавної співпраці й для надання ефективної допомоги.

Не менш важливим чинником, що зумовлює вдосконалення системи формування норм національного та міжнародного права, є чинна недосконала система законодавства держави й система норм міжнародного права. Це пов'язано не лише з недотриманням певних формальних та змістовних основ процедури створення системинормативно-правовихактів,юридичнихдокументівміжнародногохарактеру, а й із певними суб'єктивними факторами. Мається на увазі поспішність у необхідності формування тих чи інших норм права, здійснення механізму лобіювання, фрагментарне врахування та вияв необхідності у врегулюванні суспільних відносин, хаотичність у процесі прийняття норм національного та міжнародного права. Зокрема на думку А.М. Ришелюка, основним недоліком сучасного законодавства є поспішність під час прийняття рішення про розробку проекту юридичного документа, недосконаліть його змісту тощо [2, с. 6]. На думку О.І. Ющика, загальними недоліками здійснення правотворчого процесу є недостатня правова врегульованість правотворчої діяльності, низький рівень правової культури організації й техніки правотворчості, відсутність системного управління правотворчим процесом [3, с. 91].

Слід акцентувати й на тому, що складність сучасної правотворчої діяльності зумовлена тим, що формування норм права в сучасному прогресивному суспільстві здійснюється на двох рівнях: національному та міжнародному, адже сучасне міждержавне співробітництво та розвиток міжнародних відносин інтенсифікують формування норм права на національному та міжнародному рівнях. Наявність дворівневого аспекту правотворчої діяльності ускладнюється тим, що постає необхідність у формування гармонійних та узгоджених норм національного й міжнародного права.

Досягнення зазначеного можливе лише за умови синхронності здійснення правотворчої діяльності на національному та міжнародному рівнях.

Саме окреслені вище чинники зумовлюють необхідність систематичного вдосконалення процесу формування норм права на національному та міжнародному рівні, оскільки національна та міжнародна правотворчість є складними юридичними категоріями як в теоретичному, так і в прикладному значенні, які характеризуються певними позитивними й негативними аспектами, що стосуються процесуальних, суб'єктних, організаційних основ їх здійснення. На нашу думку, необхідність здійснення процесу вдосконалення того чи іншого явища пов'язується з наявністю певних негативних аспектів, що можуть впливати на його зміст, сутність та характер. Якщо брати до уваги правотворчість, то необхідність вдосконалення цього процесу пов'язується з певними існуючими недоліками законодавства. Тому вдосконалення національної та міжнародної правотворчості передбачає, на нашу думку, «поліпшення» або «зміну на краще» процесу формування норм національного та міжнародного права.

Тому слід звернути увагу й на певні аспекти вдосконалення національної та міжнародної правотворчості, оскільки будь-яка позитивна чи негативна трансформація суспільства, держави зумовлює необхідність здійснення певних заходів для зміни або вдосконалення самого механізму національної та міжнародної правотворчості в контексті розробки нових правил та способів правотворчої техніки, методики їх застосування, вдосконалення суб'єктного складу національної та міжнародної правотворчості, зміни або вдосконалення правового регулювання, виокремлення та впровадження нових стадій національної та міжнародної правотворчості.

Враховуючи складність та об'ємність здійснення процесу формування норм національного та міжнародного права, доцільно виокремити такі шляхи вдосконалення національної та міжнародної правотворчості:

1. Вдосконалення правової регламентації національної та міжнародної правотворчості.

Необхідність у зазначеному виникає з об'єктивних потреб розвитку суспільства та держави: навіть незначна змістовна зміна процесу творення норм національного чи міжнародного права викликає необхідність їх закріплення на правовому рівні, тому залежно від цього постає необхідність постійного моніторингу та виявлення потреби правового регулювання певних суспільних відносин матеріального та процесуального характеру, що визначають зміст національної та міжнародної правотворчості. Враховуючи дослідження правового забезпечення національної та міжнародної правотворчості, вдосконалення правового регулювання повинно здійснюватися в такому порядку: здійснення постійного аналізу на предмет необхідності в правовій регламентації нових аспектів здійснення національної та міжнародної правотворчості; вдосконалення правил правотворчої техніки відповідно до об'єктивних вимог розвитку суспільства; розробка та вдосконалення нових правових приписів; систематизація правових приписів та відображення їх в єдиному нормативно-правовому акті (національна правотворчість); формування міжнародних документів спрямованих на регулювання міжнародного правотворчого процесу.

Зазначене досить важко здійснити на міжнародному рівні, що зумовлено особливою сутністю міжнародної правотворчості, де рішення про формування норм міжнародного права приймається колегіально за участі різноманітних держав та міжнародних організацій. Тому доцільно на рівні міжнародних організацій та держав розробити узагальнений (модельний) міжнародний документ, норми якого пристосовувалися б до конкретного міжнародного правотворчого процесу між конкретними державами й міжнародними організаціями.

2. Вдосконалення кадрового забезпечення національної та міжнародної правотворчості.

Наявність належних суб'єктів у процесі творення норм національного та міжнародного права в цілому, а також інтелектуальних здібностей, професіоналізму, належного рівня правової культури й правосвідомості зокрема є тими необхідними особливостями, якими має володіти особа, що здійснює діяльність із формування норм права, оскільки саме від їх професійних здібностей залежить досягнення результату у вигляді соціально-дієвої норми національного та міжнародного права.

Таким чином, удосконалення кадрового забезпечення завжди є актуальним питанням національної та міжнародної правотворчості й потребує здійснення певних цілеспрямованих заходів, а саме: проведення заходів із підбору осіб, здатних відповідно до своїх потенційних можливостей забезпечувати процес формування норм національного та міжнародного права; здійснення підготовки осіб, які володітимуть спеціальними знаннями та вмінням їх застосовувати в процесі здійснення правотворчої діяльності; створення заходів, спрямованих на підвищення рівня кваліфікації як спеціалістів, що залучаються до правотворчої діяльності, так і осіб, які є безпосередніми учасниками процесу; залучення кола тих спеціалістів до розробки проекту нормативно-правового акта чи міжнародного документа, спеціальні знання яких необхідні або мають відношення до предмета правового регулювання; створення заходів, спрямованих на обмін знаннями та досвідом між суб'єктами та учасниками національної та міжнародної правотворчості шляхом проведення конференцій, рекомендаційних нарад, консультацій, курсів підвищення кваліфікації як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Зазначений напрямок вдосконалення має суттєве значення, оскільки забезпечує весь механізм здійснення національної та міжнародної правотворчості, його послідовність, чіткість, змістовність.

3. Вдосконалення організаційного забезпечення національної та міжнародної правотворчості.

Зміст зазначеного аспекту має багатовекторний характер, оскільки складається з комплексу дій, спрямованих на інформаційне, матеріально-технічне забезпечення здійснення національної та міжнародної правотворчості. Оскільки процес формування норм права є складним, тому потребує значних зусиль з боку кадрового складу та залежить від своєчасного, повного, оптимального забезпечення інформаційними технологіями, належним рівнем фінансового забезпечення. Необхідність вдосконалення організаційного забезпечення є особливо актуальним, оскільки інтенсифікація та взаємовплив національної та міжнародної правотворчості потребують здійснення аналогічних заходів. Насамперед це стосується розробки комп'ютеризова-

них програм, спрямованих на швидке отримання та обмін інформацією між різними суб'єктами правотворчості та робочою групою як на національному, так і на міжнародному рівнях, що значно прискорить та оптимізує процес формування норм національного та міжнародного права. Необхідним є застосування комп'ютерної техніки, інформаційних систем та інформації з мереж Інтернет, де, використовуючи пошукові системи, можливо отримати необхідну інформацію з офіційних сайтів державних, громадських організацій та інших установ, а також правотворчої діяльності міжнародних організацій та інших міжнародних інституцій. Тому організаційне забезпечення національної та міжнародної правотворчості має вдосконалюватися шляхом розробки досконалого програмного забезпечення, спрямованого на швидке отримання, обмін необхідною інформацією та застосування їх на практиці суб'єктами національної та міжнародної правотворчості; створення спільних офіційних сайтів правотворчого характеру, Інтернет-мереж з інформацією про особливості формування норм права; забезпечення сучасною комп'ютерною технікою та оргтехнікою; проведення заходів, спрямованих на ознайомлення та навчання із застосування програмного забезпечення суб'єктами національної та міжнародної правотворчості; удосконалення механізму належного фінансування в аспекті прогнозування матеріальних затрат на процес формування норм національного та міжнародного права.

4. Удосконалення прогнозування й планування національної та міжнародної правотворчості.

У науковій літературі неодноразово звертається увага окремих науковців на інститути прогнозування та планування формування норм національного та міжнародного права. У загальному значенні під прогнозуванням розуміють систематичне дослідження, що безперервно проводиться з метою отримання науково обґрунтованої інформації про майбутній стан, основні напрями, стадії й часові параметри розвитку держави й права [4, с. 3]. Тобто це діяльність, що спрямована на визначення тенденцій розвитку державно-правової дійсності, на результатах якої розробляються плани правотворчих робіт. Таким чином, прогнозування та планування є взаємозалежними категоріями, що визначають перспективи формування норм національного та міжнародного права. Тому досягнення ефективності планування можливе лише у випадку проголошення або затвердження офіційних прогнозів на тривалий період, досягти чого в сучасних умовах інтенсифікації розвитку суспільства нелегко. Особливо важко здійснити прогнози на міжнародному рівні, що залежить від значної кількості суб'єктів міжнародного співтовариства, їх функціонального призначення та інших об'єктивних факторів економічного, політичного, екологічного характеру тощо.

Розробка прогнозів та планів правотворчих робіт – важливий аспект національної та міжнародної правотворчості, здійснення якого включає залучення до прогнозування фахівців, здатних адекватно з урахуванням достовірних, науково обґрунтованих знань та визначенням перспектив розвитку отримати оптимальні та об'єктивні результати прогнозів; здійснення належного фінансового та організаційного забезпечення; належне використання суб'єктами національної та міжнародної правотворчості результатів прогнозу для розробки обґрунтованих планів правотворчих робіт.

Прогнозування та планування відіграють вагому роль під час здійснення національної та міжнародної правотворчості, особливо в контексті їх взаємодії. Визначення перспектив розвитку міжнародної співпраці забезпечить формування норм національного права з урахування особливостей та тенденцій співпраці, і, таким чином, національне законодавство відповідатиме нормам та стандартам міжнародного права. Аналогічно прогнозування на міжнародному рівні передбачає розробку шляхів розвитку міжнародного співробітництва й таким чином, розробку планів правотворчих робіт щодо формування модельних актів, рекомендаційні норми яких можуть застосовуватися для вдосконалення національного законодавства.

5. Вдосконалення механізму відповідності норм національного права міжнародним нормам та стандартам.

Одним із напрямків вдосконалення національної правотворчості є належне функціонування механізму відповідності норм національного права міжнародним правилам та стандартам. Це зумовлено певною першочерговістю формування норм міжнародного права перед національним законодавством. Тому здійснення подальшої правової, економічної, політичної політики обумовлює приведення національного законодавства держав у відповідність до сформованих міжнародних правил поведінки. Отже, у межах держав формуються або уповноважуються органи, діяльність яких спрямована на здійснення заходів із гармонізації норм національного та міжнародного права. Цей довгостроковий процес, за словами науковців, характеризується певною проблематикою здійснення на практиці і є не просто юридико-технічним процесом, а насамперед потребує залучення фахівців із належною юридичною освітою, здосконалим знанням іноземних мов та фундаментальною, науковою, організаційною, процесуальною та фінансовою підготовкою й постійного моніторингу з боку спеціально визначених для цієї комплексної роботи державних органів і професійних організацій [5, с. 265]. Отже, це складний процес, що потребує налагодженого механізму реалізації з усіма необхідними елементами, тому його здійснення в контексті вдосконалення національної правотворчості повинно передбачати розробку планів проведення заходів із приведення національного законодавства у відповідність до норм міжнародного права, залучення іноземних фахівців у сфері здійснення гармонізації норм національного права з нормами міжнародного права, урахування досвіду іноземних держав зі здійснення гармонізації норм права.

Таким чином, виокремлені шляхи вдосконалення національної та міжнародної правотворчості мають ґрунтовний та цілеспрямований характер. Проте, на нашу думку, це не є виключний перелік заходів щодо покращення ефективності здійснення національної та міжнародної правотворчості, адже постійна динаміка суспільства потребуватиме вироблення нових засобів формування норм національного та міжнародного права, що в свою чергу вимагатиме виокремлення якісно нових шляхів удосконалення національної та міжнародної правотворчості.

Література

1. Теория государства и права : [хрестоматия] : в 2 т. / авт.-сост. В. В. Лазарев, С. В. Липень. – М. : Юристъ, 2001 – . – Т. 2. – 604 с.

2. Ришелюк А. М. О первоочередных задачах национального законотворчества / А. Ришелюк // Поза рубриками. – 2006. – № 7. – С. 3–9.
3. Ющик О. Г. До питання методології пізнання законодавчого процесу в Україні / О. Г. Ющик // Право України. – 2009. – № 10. – С. 89–95.
4. Бакуменко В. Д. Підходи до прогнозування нормотворчої діяльності / В. Д. Бакуменко, С. И. Кравченко // Зб. наук. пр. Української Академії державного управління при Президентові України / за заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князєва. – К. : Вид-во УАДУ, 2002. – Вип. 2. – С. 3–9.
5. Забігайло В. К. Гармонізація національного права як передумова інтеграції України до Європейського Союзу / В. К. Забігайло // Ялта-2000. Роль Європи в XXI столітті : мат. Міжнар. наук. конф. (7–9 травня, м. Ялта) / гол. ред. Л. В. Губерський. – Ялта, 2000. – С. 260–267.

Анотація

Чаплюк О. І. **Шляхи вдосконалення національної та міжнародної правотворчості: теоретико-практична необхідність сучасності.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню змісту факторів, що впливають на формування норм національного та міжнародного права, а також виокремленню й характеристиці шляхів удосконалення національної та міжнародної правотворчості.

Ключові слова: фактори, норми національного права, норми міжнародного права, національна правотворчість, міжнародна правотворчість, шляхи вдосконалення.

Аннотация

Чаплюк О. И. **Пути совершенствования национального и международного правотворчества: теоретико-практическая необходимость современности.** – Статья.

Статья посвящена исследованию содержания факторов, влияющих на формирование норм национального и международного права, а также выделению и характеристике путей совершенствования национального и международного правотворчества.

Ключевые слова: факторы, нормы национального права, нормы международного права, национальное правотворчество, международное правотворчество, пути совершенствования.

Summary

Chapliuk O. I. **Ways of improving the national and international lawmaking process: theoretical-practical necessity of modernity.** – Article.

This article highlights the content of the factors influencing the formation national law and international law, as well as the isolation and characterization of ways to improve the national and international lawmaking process.

Key words: factors, national law, international law, national law-making process, international law-making process, ways to improve.

УДК 340.1: 342.4

Р. В. Чорнолуцький

РОЛЬ НОРМОПРОЕКТУВАННЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. В умовах становлення демократичної правової державності об'єктивно зростає роль нормопроектування як планової телеологічно обгрунтованної діяльності з розробки проектів нормативно-правових актів саме в конституційному праві конкретної держави, яке виступає в якості єдиної профілюючої (базової) та основоположної галузі національного права.

Таке положення обумовлено особливою важливістю та установчим характером тих соціальних відносин, що регулюються нормами конституційного права. При цьому витоки законодавчої діяльності та насамперед нормопроектування, законопроектування в конституційному праві пов'язані, на думку Ф.А. Хайека, з «нагальною потребою в запровадженні правил організації» [1, с. 9].

© Р. В. Чорнолуцький, 2014

Тобто в цьому складному та багатомірному процесі превалюючу та домінуючу роль відіграє управлінська константа, управлінська складова, управлінська парадигма, що дає можливість відповідним чином планувати стратегічний розвиток соціуму та держави шляхом їх нормативізації, використовуючи процессуально-процедурні та інші технологічні інструменти, що базуються на юридичній техниці та в широкому розумінні проявляються зовні в соціальному проектуванні.

Визначаючи велику роль такого проектування в розвитку соціуму та держави, американський дослідник П.А. Фройнд у своєму дослідженні «Соціальная юстиція й закон» зауважує, що «суддя звертається до критеріїв послідовності, рівнозначності, прогнозованості; законодавець – до критеріїв чесного поділу, суспільної корисності та справедливого розподілу» [2, p. 94].

Такий підхід ще раз акцентує на системі координат «інтереси суспільства – справедливий розподіл ресурсів», що лежить в основі соціальної справедливості, на якій будується демократична правова державність. Пояснюючи її праксеологічний зміст, інший американський дослідник Дж.У. Хурст наголошує: «Незважаючи на численні протилежні заяви, нашою головною практичною філософією завжди було використання права для позитивного розподілу ресурсів заради впливу на умови життя там, де ми вбачали можливу користь від цього. ... Під правом розумілася організація для створення й забезпечення вибору з-поміж обмежених ресурсів задоволення людських потреб» [3, p. 5].

Таким чином, для «запуску» технологічного ланцюжка «інтереси суспільства – справедливий розподіл ресурсів», який веде до створення демократичної правової державності, необхідно відповідним чином, по-перше, впливати на умови життя, а по-друге, через право створювати систему (організацію) щодо розподілу ресурсів для задоволення потреб людини. Вважаємо, що основним соціальним та процесуально-процедурним інструментом у зазначеному тренді виступає нормопроектувальна діяльність у конституційному праві держави. Саме ця діяльність є:

– з одного боку, гносеологічним інструментарієм для пізнання оточуючого світу та інтересів людей, що в ньому існують;

– з іншого боку, вона виступає могутнім комунікаційним засобом для пов'язання всіх фізичних та юридичних осіб, які мешкають на території відповідної держави, загальними життєво важливими (екзистенційними) інтересами.

Тому великий науковий та праксеологічний інтерес представляє розгляд ролі та значення нормопроектувальної діяльності як відповідного соціального та політико-правового феномену саме в конституційному праві держави, що фактично, обумовлює весь розвиток сучасної демократичної держави та всієї людської цивілізації шляхом проектного нормування та наступного нормативного управління, у площині нормативно-семантичного підходу, що розкриває особливості такої діяльності в рамках конституційного права як базової галузі національного права.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У сучасній юридичній науці є багато досліджень, пов'язаних з роллю та значенням нормопроектної (законопроектної) діяльності в сучасному правознавстві, але вони фактично не тор-

каються проблематики ролі нормопроектування в конституційному праві держави як базової та основоположної галузі національного права. Деякі аспекти нормопроектувальної діяльності в зазначеному аспекті розглядаються юристами-фахівцями з теорії та історії держави та права, але лише в контексті загальних проблем застосування юридичної техніки у сфері законодавчого процесу (Ж.О. Дзейко, О.В. Богачова, В.М. Горшеньов, В.Г. Крупін, Ю.І. Мельников, А. Нашиц, П.М. Рабінович, Ю.О. Тихомиров). Самостійних наукових досліджень, присвячених зазначеній проблематиці, в Україні не проводилося.

Метою статті є розгляд ролі та значення нормопроектування (нормопроектувальної/законопроектувальної діяльності) у конституційному праві держави як базової та основоположної галузі національного права.

Основні результати дослідження. Вважаємо, що дослідження ролі нормопроектування в конституційному праві держави повинно відбуватися через розкриття особливого, домінуючого значення конституційного права як провідної та базової галузі національного права та національної правової системи. У вирішенні цього завдання може суттєво допомогти тлумачення дефінітивного визначення конституційного права.

Так, на думку відомого російського конституціоналіста М.В. Баглая, конституційне право – це сукупність правових норм, які охороняють основні права і свободи людини й засновують у цих цілях певну систему державної влади [4, с. 32].

Представляє інтерес системний підхід цього автора до визначення галузі конституційного права з превалюванням гуманістичного фактора. Він кладе в її основу охорону основних прав і свобод людини та визначає телеологічний механізм такого захисту – певну систему державної влади. Таким чином він надає правам і свободам людини первинну роль, а елементам механізму захисту таких прав, якими виступають органи державної влади в їх системному поєднанні, відводиться вторинна, обслуговуюча роль. Виходячи з таких методологічних настанов, нормопроектування (законопроектування) у цій галузі права насамперед повинно торкатися:

а) визначення, формулювання, регламентації та регулювання основних прав і свобод людини;

б) розробки, формулювання та регламентації механізмів їх охорони, включаючи компетенційне «навантаження» елементів такого механізму;

в) розробки, побудови, функціонування та вдосконалення певної системи державної влади в контексті захисту основних прав і свобод людини.

Вітчизняний дослідник О.Ф. Фрицький, визначаючи конституційне право як провідну галузь національного права України, робить це через розкриття предмету конституційного права України – це сукупність політико-правових суспільних відносин, пов'язаних із відносинами держави та особи в Україні, народним волевиявленням, організацією та здійсненням державної влади й місцевого самоврядування, закріпленням соціально-економічних умов владування, а також із державно-територіальною організацією України, які регулюються нормами цієї галузі національного права [5, с. 13–14].

Системний аналіз такого підходу, по-перше, демонструє великий перелік (кадастр) суспільних відносин, від регламентації та врегулювання яких напряму

залежить належне існування та стабільне функціонування державно-правових інститутів та суб'єктно-об'єктного складу конституційного права України. Це, по-друге, підкреслює особливу, важливу, первинну, установчу, якісно-ініціюючу роль нормопроектувальної (законопроектувальної) діяльності в конституційному праві. Ця роль безпосередньо є пов'язаною з феноменом телеологічних домінант (мети) у праві.

На думку російського філософа права В.А. Бачиніна, мета в праві – це ті соціальні цінності, до яких спрямований вектор існування й розвитку правової реальності і на досягнення яких орієнтована вся система правового регулювання [6, с. 1004]. Поняття ж «мета в праві» може бути розцінено як досить суворе за умови позначення нею того, як, яким чином, якими способами й у яких формах у змісті чинного права, його норм можуть відбиватися відомості про мету суб'єктів правотворчості і правореалізації. Тобто ми бачимо, що постановка мети в праві, визначення його стратегічних та тактичних, колективних, групових, індивідуальних телеологічних домінант має безпосереднє відношення до організації та здійснення нормопроектної (законопроектної) діяльності саме в контексті виділення, визначення та розробки основних соціально-параметральних індикаторів, що мають бути нормативізовані з метою відображення, фіксації, рефлексії та реалізації відповідних соціальних інтересів (групових та індивідуальних, національних, релігійних, статевих, політичних, економічних тощо), а також основних засад і настанов нормативно-правової регламентації та регулювання в конституційному праві. Причому тут слід погодитися з російським фахівцем Л.Д. Чулюкіним, який вважає, що навіть у цьому випадку більш коректним, як видається, було б застосування терміну «мета в правових актах», маючи на увазі і нормативно-правові акти, і індивідуально-правові акти (документи), оскільки досить часто відомості про мету містяться не тільки і не стільки в самому праві, його нормах, скільки в частинах нормативно-правових актів, що не носять нормативно-правового характеру (преамбула і т. п.) [7, с. 23].

По-третє, вищенаведена дефініція конституційного права вказує на об'єктивну необхідність надання до нормопроектної (законопроектної) діяльності відповідних параметральних вимог задля її успішної реалізації. Серед таких вимог насамперед слід визначити вміння суб'єкта нормопроектування до «відчуття» й «зчитування», визначення та формулювання відповідних інтересів держави, суспільства й особи в регламентації та регулюванні відповідних суспільних відносин шляхом застосування правової нормативізації за допомогою засобів юридичної техніки (соціально-прогностична властивість такого суб'єкту нормопроектування – *Р.Ч.*).

Виходячи з досить широкого «кадастру» суспільних відносин, що відносяться до предмету конституційного права держави, також постає об'єктивна вимога до високого професіоналізму суб'єктів нормопроектної (законопроектної) діяльності, їх обізнаності в широкому колі питань функціонування соціуму, державного будівництва, глибинних засад функціонування публічної влади й механізмів її демократичного оновлення, діяльності держави, її органів у різних сферах існування й функціонування державно-правових інститутів, засад

формування та функціонування правового статусу фізичних та юридичних осіб на території держави, а також наявності в зазначених суб'єктів широких знань у сфері управління, політології, економіки, культури, соціальних відносин тощо (професійна властивість такого суб'єкту нормопроектування – *Р.Ч.*).

Виходячи з необхідності специфічного юридичного формулювання, побудови соціальних відносин, що регламентуються та регулюються національним конституційним правом держави, суб'єкт нормопроектувальної (законопроектувальної) діяльності повинен володіти не тільки фаховими знаннями у сфері юриспруденції, але й мати в наявності відповідні навички у сфері юридичної процесуальної діяльності, а саме знання, вміння та навички з формулювання правових норм із застосуванням специфічної юридичної мови, юридичної термінології, юридичної логістики, юридичної інтерпретації, юридичної компаративістики, юридичної техніки тощо (спеціально-юридична властивість такого суб'єкту нормопроектування – *Р.Ч.*).

Важливе значення для організації та здійснення нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві держави має метод правового регулювання, що застосовується в цій базовій галузі національного права. Відповідно до загальної теорії права метод правового регулювання – це специфічний спосіб владного впливу держави на суспільні відносини, який здійснюється за допомогою юридичних засобів [8, с. 166].

На думку вітчизняного теоретика права П.М. Рабіновича, цей метод характеризується:

– колом суб'єктів, яких держава визнає правоздатними та дієздатними;

– порядком формування, встановлення юридичних прав і обов'язків суб'єктів;

– ступенем визначеності змісту юридичних прав і обов'язків;

– співвідношенням основних регулятивних засобів впливу на поведінку повноважень (дозволів), обов'язків та заборон;

– порядком (процедурою) здійснення юридичних прав і обов'язків;

– способами примусового забезпечення прав і обов'язків [9, с. 166].

Виходячи з особливої важливості суспільних відносин, що регулюються конституційним правом, та наявності «тріади» основоположних суб'єктів конституційного права, що утворюють складну, багатосуб'єктну, багатооб'єктну та різнорівневу систему конституційно-правових відносин – держава, суспільство, особистість, – вказані особливості імперативного методу правового регулювання, що є основоположним в конституційному праві, багаторазово підсилюються та формують мультиплікативний ефект.

Недарма О.Ф. Фрицький відмічає, що специфіка конституційного методу правового регулювання полягає в тому, що він є сукупністю способів регулювання політико-правових суспільних відносин, які становлять предмет конституційного права [10, с. 14]. Звідси нормопроектна (законопроектна) діяльність у конституційному праві також має свою специфіку, що детермінована як предметом, так і методом правового регулювання цієї основоположної галузі національного права держави.

Системний аналіз методу правового регулювання в конституційному праві дає змогу виявити низку методів такого регулювання, що застосовуються тільки в конституційному праві. Серед них насамперед слід визначити метод державно-владного впливу (імперативний), який застосовується щодо суб'єктів правовідносин у конституційному праві. Імперативний метод – це метод владних приписів, субординації, заснований на заборонах, обов'язках, покаранні. У контексті нормопроектної (законопроектної) діяльності слід зазначити, що з урахуванням такого методу вона повинна реалізовуватися нібито від імені держави та її органів, тобто нормативні приписи повинні бути відповідним чином сформульовані у вигляді безапеляційних вказівок, підкріплятися відповідними формами державного примусу.

Метод загального (конституційного) нормування також є методом, що застосовується в конституційному праві держави. Він є характерним для закріплення правового статусу особи (за винятком політичних прав) у межах та обсязі конституційного закріплення без конкретизації цього інституту. Слід зазначити, що назва цього методу онтологічно співпадає зі змістом нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві. Виходячи із загально правових позицій, нормування як засіб правового регулювання *конституційних* відносин поєднує в собі три групи ознак: 1) ознаки нормування як загальної категорії; 2) особливі ознаки нормування як засобу правового регулювання; 3) специфічні ознаки нормування як засобу правового регулювання конституційних правовідносин.

На думку А.М. Мірошниченко, загальними ознаками нормування слід визнати те, що воно є різновидом вольової діяльності певних суб'єктів, що може підлягати правовому регулюванню, має встановлені кількісні та якісні показники (нормативи) властивостей певних об'єктів. Отже, нормування загалом як діяльність, на думку цього дослідника, доцільно характеризувати насамперед за такими його елементами: 1) суб'єктами; 2) об'єктами; 3) предметом (властивостями об'єктів, нормативи яких встановлюються); 4) процесом здійснення нормування; 5) наявністю (або відсутністю) правових норм, що регламентують нормування [11, с. 12].

Вважаємо, що в цьому переліку пункти 1–3 мають відношення до онтології, гносеології та парадигмального підходу до нормопроектної діяльності (порядок здійснення (технологія) нормування – *Р.Ч.*), а пункти 4 і 5 – мають пряме відношення до здійснення нормопроектної діяльності та її нормативно-процесуального забезпечення (процесуалізація та правове забезпечення нормування – *Р.Ч.*).

Тобто суб'єкт нормопроектної діяльності в конституційному праві повинен спочатку визначити для себе суспільні відносини, що підлягають нормативізації, виокремити основні елементи таких суспільних відносин, що становлять їх «систему координат», і лише після цього почати будувати відповідну управлінську парадигму із застосуванням законів формальної логіки та правил юридичної техніки.

Особливою ознакою нормування як засобу правового регулювання в конституційному праві насамперед є специфіка його суб'єктів. Такими суб'єкта-

ми є органи та посадові особи держави та місцевого самоврядування, що уповноважені на здійснення як правотворчості, так і правозастосування. Причому тут є один важливий методологічний момент: неможливо погодитися з доктринальною позицією відносно повного ототожнення нормування із правотворчістю. На нашу думку, таке ототожнення є невиправданим і це якраз і підкреслює сам зміст нормопроектної діяльності. У контексті телеології є очевидним, що будь-який якісний чи кількісний норматив сам по собі не може становити правової норми, він може лише виконувати хоча й важливу, але тільки допоміжну роль і використовуватися для формулювання її змісту. У контексті архітектоніки норматив є тільки складовою правила поведінки, яким є правова норма, засобом деталізації її змісту. Мета нормопроектної діяльності – розробити проект правил поведінки, який містить у собі норматив, і в перспективі під час дотримання необхідних умов це правило стане правовою нормою.

Виходячи з цього, нормування як засіб правового регулювання слід визнавати складовою правотворчості – діяльності компетентних державних органів та інших спеціально уповноважених суб'єктів, спрямованої на створення, зміну чи скасування правових норм шляхом прийняття нормативно-правових актів [12, с. 103]. Суб'єктами такого нормування в конституційному праві нашої держави є народ України, Верховна Рада України, Президент України, органи виконавчої влади та місцевого самоврядування під час видання ними нормативно-правових актів.

Специфічні ознаки нормування як засобу правового регулювання *конституційних* правовідносин містяться в процесуально-процедурному забезпеченні нормопроектної діяльності. Системно-структурний аналіз феномену нормопроектної діяльності, її доктринального обґрунтування, що трактує поняття «нормопроектування» як специфічну діяльність компетентних органів, яка полягає в процедурі виявлення та вивчення суспільних відносин, що потребують правового регулювання, розробки, обговорення та затвердження проектів нормативно-правових актів, націлених на прийняття, зміну чи припинення дії правових приписів [13, с. 6], дає нам можливість визначити в процесі її здійснення відповідні етапи, а саме: 1) розробку нормативів у складі проектів конституційних нормативних документів, 2) узгодження та експертизу останніх, 3) затвердження проектів конституційних нормативно-правових актів.

Метод конкретного регулювання, що притаманний регулюванню більшості конституційно-правових відносин, обумовлює використання загальних підходів до організації та здійснення нормопроектувальної (законопроектувальної) діяльності. Саме він потребує найбільшої фаховості суб'єкта нормопроектування (законопроектування) у конкретних питаннях та його вузькоспеціалізованої обізнаності. Це може бути досягнуте як за рахунок власної компетентності зазначеного суб'єкта, так і за рахунок залучення до нормопроектувальної діяльності фахівців із різних галузей знань.

Вказані методи конституційно-правового регулювання можна визначити як основні. Але в конституційному праві застосовуються й інші види методів правового регулювання, що є властивими для всіх галузей національного права. Як і реалізація правових норм взагалі, вони здійснюються в конституцій-

ному праві у формі *додержання, виконання, використання й застосування.* Крім безпосередньої реалізації конституційних норм, частина їх реалізується в *поєднанні з поточним законодавством.*

Вказані теоретичні положення є відповідною інструкцією для суб'єктів нормотворчої (законотворчої) діяльності та дають змогу останнім вибудовувати строму (основу) проектів нормативних приписів згідно з телеологічними домінантами в сфері нормотворчості. Положення про реалізацію конституційно-правових норм у поєднанні з поточним законодавством надає нормотворчій (законотворчій) діяльності відповідної системності, плановості, детермінованості, цілісності, наступності. Саме під час дотримання таких підходів-принципів організується, будується, формується, функціонує та реалізується головне завдання щодо створення національної правової системи.

Додаткову складність нормопроектній (законопроектній) діяльності в конституційному праві надає й те, що в ряді випадків поточні закони мають видаватися на підставі безпосередніх вказівок, що містяться в Основному Законі. Це передусім стосується законів, які визначають мету, форми й порядок реалізації відповідних конституційних норм щодо органів України. Саме це накладає на суб'єкта такої діяльності особливі вимоги щодо забезпечення наступності та внутрішньої логіки, подальшого позитивного розвитку конституційних приписів у поточному конституційному законодавстві.

Таким чином, метод конституційного регулювання, що має свої особливості порівняно з методами правового регулювання, притаманними іншим галузям права, суттєво впливає на організацію та реалізацію профільної нормопроектної (законопроектної) діяльності. Тут треба враховувати, що саме конституційне регулювання є *різновидом політичного регулювання, здійснюється спеціальними юридичними засобами.* Разом з тим слід також відмітити, що нормопроектна (законопроектна) діяльність у конституційному праві України здійснюється з урахуванням ординарних умов із застосуванням таких типових для інших галузей права прийомів, як *дозвіл, заборона, покладення обов'язків.*

Діалектичний взаємозв'язок і взаємозумовленість усіх цих способів і прийомів, форм впливу на суспільні відносини характеризує прямий та детермінований вплив методу конституційного права України на нормопроектну (законопроектну) діяльність у зазначеній фундаментальній галузі національного права в цілому.

Однією з найважливіших особливостей нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві держави є її детермінованість та «обтяжливість» джерельною базою цієї профілюючої галузі національного права. Мова насамперед йде про те, що основним джерелом конституційного права держави є її конституція (основний закон).

Вважаємо, що саме його юридичні властивості найкраще підкреслюють та актуалізують роль та значення нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві.

Під юридичними властивостями конституції розуміють ті її ознаки, що характеризують конституцію як основний закон держави і суспільства [14, с. 56]. Серед юридичних властивостей Конституції України найбільш важливими є наступні:

1. Установчий характер. В Конституції України закріплюються найважливіші права, свободи й обов'язки громадян, система та основні принципи діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування.

Тому нормопроектна (законопроектна) діяльність у конституційному праві торкається онтологічних та гносеологічних засад державності, включаючи її гуманістичні цінності щодо належного й адекватного закріплення прав і свобод людини та комунікаційні можливості щодо налагодження складних вертикально-горизонтальних відносин між державою, суспільством та особистістю. Саме тут діяльність щодо розробки проектів нормативно-правових актів повинна здійснюватись у системі філософських і нормативних координат «право – законодавство – свобода».

2. Вища юридична сила (юридичне верховенство). Усі закони та інші нормативно-правові акти повинні відповідати Конституції України. Акт, який не відповідає Конституції України, є неконституційним і або скасовується, або приводиться у відповідність до неї. Якщо є необхідність інакше, ніж за Конституцією України, врегулювати суспільні відносини, необхідно спочатку змінити або доповнити Конституцію України.

Наведені принципи рефлектують відповідні організаційні, організаційно-правові та процесуальні, процесуально-процедурні підходи до організації та здійснення нормопроектної (законопроектної) діяльності. Вони вимагають її здійснення, виходячи з пріоритету, домінування Основного Закону в системі законодавчих та інших нормативно-правових актів держави та первинного характеру відносин, що містяться в його приписах. А це фактично потребує дотримання принципів системності, плановості, детермінованості, цілісності, наступності під час її організації та здійснення.

3. Особлива юридична природа. Конституція України має свій особливий предмет правового регулювання, нормує найважливіші суспільні відносини: основи правового статусу людини й громадянина, територіальний устрій, виборчу систему, референдуми, систему й принципи діяльності органів державної влади, їх компетенцію і т. п.

Особливість юридичної природи Конституції України обумовлює багатовекторний та фактично універсальний характер нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві, що включає в себе розмаїття об'єктів конституційно-правового регулювання та широке коло неперсоніфікованих суб'єктів, чию поведінку треба унормувати, регламентувати та регулювати. Це є не тільки відповідним свідоцтвом особливої важливості цієї діяльності, але й свідоцтвом суттєвої складності в її організації та реалізації, як з позицій кадрового забезпечення, так і з позицій проведення експертної роботи.

4. Нормативність. Як Основний Закон держави Конституція України є обов'язковою для виконання всіма суб'єктами права й є актом постійної та прямої дії.

Ця властивість Конституції України держави фактично формулює основну вимогу до сутності нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві. Тому в процесі нормування відповідних суспільних відносин слід враховувати, що: а) таке нормування носить загальний характер, виходячи

із загального характеру та важливості конституційно-правових норм; б) воно стане базою для подальшого нормування аналогічних відносин в інших галузях національного права в процесі їх деталізації та конкретизації; в) воно повинно відрізнятися чіткістю, відповідним суб'єктно-об'єктним складом, внутрішньою логікою, ясною юридичною мовою, мати телеологічну обґрунтованість та переслідувати відповідну соціально-праксеологічну мету; г) в ординарних умовах функціонування державності воно повинно бути продовженням нормування, яке вже було закладено в Конституції України та інших нормативних актах конституційного характеру; ґ) в екстраординарних умовах функціонування державності нормування повинно переслідувати конкретні телеологічні домінанти, що забезпечують нормативне регулювання проблем, що виникли (стан війни, природні лиха, техногенні катастрофи тощо).

5. Підвищена стабільність. Нестабільність Конституції України призводить до необхідності значних змін і доповнень до чинного законодавства, скасування багатьох актів та прийняття нових, що не завжди є доцільним. Конституція є основним законом, і вона повинна бути стабільною.

Ця властивість конституції України, з одного боку, обмежує можливість безпідставної, стихійної, механістичної нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві, а з іншого – надає їй особого значення та суттєво підвищує вимоги до її організації та здійснення. Тут основного значення набуває якість нормопроектної діяльності як щодо первинної розробки конституційних приписів, так і відносно проектів щодо внесення змін та доповнень в основний закон.

У першому випадку діяльність повинна бути такої якості, щоб: а) відповідати основним принципам національного права; б) виявити та нормативно «охопити» найважливіші відносини, що є об'єктами конституційно-правового регулювання; в) регламентувати їх належним чином; г) забезпечити високу якість їхніх нормативного регулювання; ґ) здійснити вдалий прогноз щодо часової перспективи їх дії; д) вписати дію відповідних приписів у загальну управлінську модель нормативно-правового акту, забезпечивши своєрідний управлінський «симбіоз»; е) спрогнозувати та обґрунтувати можливість однозначного тлумачення нормативних приписів; є) спрогнозувати та обґрунтувати можливість позитивної деталізації та конкретизації нормативних приписів в інших галузях національного права.

У процесі розробки проектів щодо внесення змін та доповнень в Основний Закон нормопроектувальна (законопроектувальна) діяльність повинна виходити з таких вимог: а) забезпечити правонаступність конституційно-правових положень; б) зробити проект нормативно-правового акту такої якості, щоб він зміг «безболісно» увійти в «тканину» конституційно-правової матерії (був би «поглинений» самим текстом Конституції України – *Р.Ч.*) та не визвати дисонансу в конституційно-правовому регулюванні; в) розробити такий проект нормативно-правового акту, щоб він відповідав міжнародно-правовим зобов'язанням держави у сфері прав і свобод людини та громадянина.

6. Особливий порядок прийняття та зміни Конституції України. На відміну від проектів звичайних законів, проект Конституції України, як правило,

публікується й обговорюється зацікавленими суб'єктами, насамперед громадянами України. Приймати й змінювати Конституцію України мають право Верховна Рада України, а також народ України через всеукраїнський референдум. Парламент України приймає зміни до Конституції України не менш як двома третинами від конституційного складу (статті 155, 156 Конституції України [15]).

Вказана властивість Конституції України підкреслює процесуальну складову легітимності Основного Закону, а також особливу важливість процесуальної складової нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві. Дійсно, винесення проекту Конституції України на всенародне обговорення та прийняття проекту Основного Закону всеукраїнським референдумом є вельми відповідальною та вирішальною формою оцінки діяльності суб'єктів нормопроектної (законопроектної) діяльності, яка фактично напряму конституює демократичну правову державність та найважливіші її атрибути, включаючи правовий статус людини та громадянина та систему органів публічної влади.

7. Підвищена ступінь охорони з боку держави. Суть цієї дуже важливої властивості полягає в тому, що Конституція України містить норми, за допомогою яких забезпечується непорушність Основного Закону. В Україні функціонує Конституційний Суд України, на який покладено забезпечення насамперед конституційності, законів і деяких інших нормативно-правових актів.

Підвищений ступінь охорони конституційно-правових норм з боку держави є фактично процесуальною стороною наслідків легалізації результатів нормопроектної (законопроектної) роботи в конституційному праві. Тому основними засадами, що будуть сприяти виникненню такої властивості Конституції України, є: а) відповідність проекту Конституції України основоположним правам і свободам людини й громадянина; б) регламентація та врегулювання в проекті Конституції України наявних, дійсних або майбутніх, перспективних суспільних відносин, що мають важливе значення для функціонування держави, суспільства та особистості; в) відповідність правових приписів основоположним принципам права держави; г) відповідність правових приписів міжнародним зобов'язанням держави; ґ) відповідність правових приписів основним настановам юридичної логіки та юридичної техніки.

8. Конституція України є основою розвитку галузевого законодавства, яке розвивається відповідно до конституційних положень.

Ця властивість відносно нормопроектної (законопроектної) діяльності нами розглядалася вище, але треба відмітити, що в процесі реалізації такої діяльності її суб'єкт повинен керуватися основними конституційними принципами та принципами конкретної галузі права, до якої відносяться проекти правових приписів. Таким чином буде виникати відповідна правова «мотрійка», що забезпечить загальний розвиток та наступність як конституційно-правових, так і галузевих правових норм.

9. Підсумковий характер Конституції України. Конституція України є виразом ступеня суспільного розвитку, якого досягла держава, юридичним відображенням об'єктивного ходу історичного розвитку суспільства й держави, правовою формою суспільного прогресу, рівня правової культури соціуму.

Вказана властивість Конституції України фактично демонструє параметральні та критеріальні ознаки організації та здійснення нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві, яка повинна відповідати високим стандартам професіоналізму, володіння високим рівнем спеціальних знань, умінь та навичок суб'єктів профільної діяльності. Також слід звернути увагу й на те, що нормопроектна діяльність повинна здійснюватись не тільки з урахуванням дійсності, а містити в собі відповідний прогностичний заряд, ставити відповідні перспективні завдання, що будуть сприяти вдосконаленню правових інститутів, що регулюються, та розвитку державності в цілому.

10. Програмний характер. Конституція України визначає перспективи розвитку держави й суспільства, тенденції та напрямки розвитку, основні цілі соціального прогресу, містить основні принципи здійснення влади, є орієнтиром розвитку всієї правової системи держави.

Аналізуючи наведену властивість Конституції України відносно нормопроектної діяльності в конституційному праві, слід не тільки звернути увагу на прогностичний потенціал останньої, але й акцентувати на важливості використання в нормопроектній роботі новітніх досліджень філософської та юридичної науки, досягнень біології, медицини, соціології, політології, міжнародного права тощо. Важливе місце тут повинні зайняти правові дослідження компаративного характеру, що надають можливість використовувати передовий досвід інших держав та їх асоціацій у сфері державного будівництва та здійснення публічно-правових та приватноправових відносин.

Таким чином, можна стверджувати, що юридичні властивості Конституції України, як Основного Закону держави свідчать про те, що вона є не тільки специфічним нормативним актом у національній правовій системі, основою державотворення й правотворення в Україні, але й своїм існуванням та функціонуванням обумовлює, детермінує, потребує, рефлексує на забезпеченні високого рівня нормопроектної (законопроектної) діяльності.

Висновки та перспективи подальших розвідок. Один із найважливіших постулатів сучасної цивілізації свідчить: держава існує для людини, щоб охороняти її свободу й сприяти благополуччю. Але як забезпечити баланс свободи і влади? Адже якщо свобода виявляється поза міцної державності, вона легко може виродитися в анархію й вседозволеність, а якщо державність будується на відмові від свободи, людина потрапляє в кайдани тоталітарного гніту. Знаходження балансу влади та свободи становить найголовніший і делікатний сенс конституційного права. Таким ж настановам повинна відповідати нормопроектна (законопроектна) діяльність у конституційному праві.

Особливість нормопроектної (законопроектної) діяльності в конституційному праві насамперед обумовлена особливостями предмету й методу правового регулювання, а також особливостями джерельного складу конституційного права, що виступає в якості профілюючої та базової галузі національного права держави. Вказані особливості не тільки актуалізують нормопроектну (законопроектну) діяльність у конституційному праві, але й пред'являють до неї відповідні вимоги щодо якості, системності, цілісності, наступності такої діяльності та високого загального та спеціального професіоналізму її суб'єктів.

Література

1. Хайєк Ф.А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії / Ф.А. Хайєк. – К. : Сфера, 1999 – . Т. 1 : Правила та порядок. – 1999. – 196 с.
2. Freund P.A. Social justice and the law/ P. A. Freund. – N.Y., 1962. – 342 p.
3. Hurst J.W. Law and Social Process in U.S History/ J.W. Hurst. – Mich., 1960. – 368 p.
4. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации / М. В. Баглай. – М. : Инфра-М., 1999. – 246 с.
5. Фрицький О.Ф. Конституційне право України / О. Ф. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 510 с.
6. Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права / В.А. Бачинин. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2006. – 1093 с.
7. Чулюкин Л.Д. Природа и значение цели в советском праве : [монографія] / Л.Д. Чулюкин. – Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1984. – 104 с.
8. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. – Х. : Консум, 2001. – 320 с.
9. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. – Х. : Консум, 2001. – 320 с.
10. Фрицький О.Ф. Конституційне право України / О. Ф. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 510 с.
11. Мірошниченко А.М. Нормування як засіб правового регулювання земельних відносин : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / А.М. Мірошниченко ; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2004. – 206 с.
12. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави/ П. М. Рабінович. – Х. : Консум, 2001. – 320 с.
13. Дідич Т.О. Нормопроектування: теоретико-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Т.О. Дідич ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2006. – 21 с.
14. Конституционное право : [учебник] / под ред. проф. В.В. Лазарева. – М. : Новый Юрист, 1998. – 544 с.
15. Конституція України 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

Анотація

Чорнолуцький Р. В. **Роль нормопроектування в конституційному праві держави.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню ролі, значення та особливостей нормопроектування (нормопроектної, законопроектної діяльності) в конституційному праві держави.

Ключові слова: конституційне право, конституційне право як профілююча галузь національного права, конституційне право як базова галузь національного права, нормопроектна (законопроекта) діяльність.

Аннотация

Чернолуцкий Р. В. **Роль нормопроектирования в конституционном праве государства.** – Статья.

Статья посвящена исследованию роли, значения и особенностей нормопроектирования (нормопроектной, законопроектной деятельности) в конституционном праве государства.

Ключевые слова: конституционное право, конституционное право как профилирующая отрасль национального права, конституционное право как базовая отрасль национального права, нормопроектная (законопроектная) деятельность.

Summary

Chernolutskyy R. V. **Law-making role in the constitutional law of the state.** – Article.

The article investigates the role, importance and characteristics law-making in the constitutional law of the state.

Key words: constitutional law, constitutional law as profiling branch of national law, constitutional law as the basic industry of national law, lawmaking activity.

УДК 340.12

М. І. Попадинець

ПОНЯТТЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА З ПОЗИЦІЙ ДІАЛЕКТИЧНОЇ ПОЛЯРНОСТІ ПРИРОДНОГО І ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Демократичні процеси, які відбуваються в українському суспільстві, вимагають від теорії права нового осмислення ключових засад забезпечення реалізації права, тобто визнання людини та її природних прав найвищою соціальною цінністю. Основним постулатом сучасного цивілізованого прогресивного розвитку повинно бути твердження, що найголовнішою ознакою демократичного суспільства і правової держави є вільна і ефективна реалізація людиною належних їй природних прав.

Тому проблема реалізації норм права національного законодавства та його ефективності давно привертає увагу дослідників, проте її вдала розробка далека ще від завершення.

Стан дослідження. До розуміння категорії «право» історично склалися два підходи: легістський (позитивний) та юридичний (природно-правовий). Тому більшість нових (а також усталених) явищ у праві розглядаються з позицій як одного, так і другого типу праворозуміння.

Значну увагу методологічним питанням реалізації права на сучасному етапі приділили такі науковці, як В. Бачинін [22], О. Данільян [11], М. Кельман [7], Д. Керімов [1], В. Нерсесянц [15], М. Патей-Братасюк [10; 18], В. Селіванов [4], О. Скакун [6], В. Ткаченко [5], М. Цвік [5], Ю. Шемшученко [8] та ін. Проте в теоретико-правовому вимірі ця проблема вимагає подальших зусиль науковців, оскільки під час її дослідження переважає аналіз в руслі законницької (легістської) доктрини, яка сьогодні вже не витримує перевірки часом.

Метою написання статті є аналіз поняття «реалізація права» з позицій двох типів праворозуміння. Акцентується увага на природно-правовому підході, в якому реалізація права розглядається в контексті природних прав людини.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що загальна дефініція права існує сьогодні у «багатократній розчленованості» і «багатоступеневості» [1, с. 355], внаслідок чого в юриспруденції немає єдиного визначення і реалізації права. Спроба створити таку дефініцію, яка б охоплювала всі властивості означуваного явища, на думку С. Лисенкова, призведе до появи дуже об'ємного та незручного у користуванні формулювання або взагалі не може бути здійсненою [2, с. 5]. Зважаючи на багатоаспектність реалізації права як соціального явища, на наявність «межових феноменів», які мають з правом багато спільних ознак [3, с. 11], філософи права використовують у своїх розвідках методологію, засновану на різних дослідницьких підходах.

Проблема співвідношення природного і позитивного права, права і закону, є однією із методологічних проблем вітчизняної філософії права. «Вона певним чином репрезентує собою ту предметну сферу праворозуміння (від ідеї і поняття права як об'єктивної функції соціального регулювання до розуміння юридичного зако-

© М. І. Попадинець, 2014

ну як творіння держави), яка може бути адекватно осмислена і змістовно розгорнута у вигляді послідовного системного філософського вчення. Йдеться, зокрема, про знання як внутрішньої, в тому числі моральної, обумовленості упорядкованої поведінки людини, так і про її зовнішні обмежуючі чинники...» [4].

Дефініція «реалізація права» у юриспруденції є самостійною категорією, однією із важливих у сучасній теорії права. Право є регулятором відносин у тому випадку, якщо його норми і приписи реалізуються в поведінці і діяльності суб'єктів права. Реалізація затверджує право як діючий і авторитетний інструмент соціального регулювання. Реалізоване право – це правопорядок, певним чином організовані або упорядковані відносини. Нереалізоване право межує зі сваволею, соціальним хаосом.

З позицій законницького (легістського) підходу реалізація права трактується як втілення в життя норм права, тобто норм закону, оскільки право і закон в цьому типі праворозуміння вважаються тотожними [5].

У цьому типі праворозуміння реалізація права охоплює усі способи та форми зовнішньої об'єктивації права, його переведення на рівень реальної дійсності, становлення права як позитивного утворення. Зокрема, для країн з романо-германською правовою системою, до яких належить і Україна, це пов'язано з прийняттям законів та підзаконних нормативних правових актів, що розвивають їх положення, а також укладенням нормативних правових договорів, санкціонуванням звичаїв і т. ін.

Реалізувати нормативні приписи, що містяться в законах та інших нормативно-правових актах, означає втілити в життя (у суспільні відносини, поведінку громадян) волю законодавця й інших суб'єктів правотворчості, спрямовану на встановлення правопорядку. Без реалізації в різних формах (безпосередніх і опосередкованих) право втрачає свій соціальний зміст і призначення [6, с. 579].

Теоретико-правовій дефініції «реалізація права» у юридичній літературі приділено достатньо уваги, яка здебільшого зводиться до того, що під нею розуміють втілення положень правових норм у фактичній діяльності (поведінці) суб'єктів права [7, с. 15]; втілення правових норм і принципів у правомірній поведінці суб'єктів права, у їх практичній діяльності, яку можна розглядати як процес і як кінцевий результат [6, с. 579]; процес фактичного втілення норм права в суспільних відносинах через правомірну поведінку соціальних суб'єктів, що здійснюють належні їм суб'єктивні юридичні права і обов'язки [5, с. 360].

На відміну від позитивного, природне право – це теоретична доктрина, за якою головним джерелом права є сама природа, а не воля законодавця. Людині природні права належать від народження, вони закладені в самій її сутності й однакові для всіх [8, с. 746].

І. Покровський на початку XX ст. писав: «є такі невід'ємні права людини, які ніяким законом знищені не можуть бути, які для держави загалом є недосяжними. Сенс ідеї природних прав полягає у визнанні того, що разом з правом, створеним у державі людьми (тобто позитивним правом), існує природне право, яке є глибшим, ґрунтовнішим, засадничим у житті людей феноменом, джерелом якого є сам природний порядок речей – у суспільстві та природі» [9, с. 22-23].

Низка науковців, з огляду на історичний генезис природного права, а також сучасний рівень наукових розробок у цьому напрямі, вважає, що під природним правом можна розуміти сукупність об'єктивних соціальних цінностей і потреб людського буття (волю, рівність, справедливість тощо), а також універсальних норм і принципів, що містяться у фундаменті всіх правових систем світової цивілізації [5, с. 175].

Тому з позицій юридичного підходу реалізація права – це втілення смислових ознак права, а саме – принципу формальної рівності (рівної міри справедливості, добра, свободи, істини тощо) в реальне життя суб'єктів права. «Реалізація права, як підкреслює М. Патей-Братасюк, – це втілення в живі взаємовідносини людей принципу формальної рівності у будь-якій формі: чи то нормативного акту (закону), чи то правового договору, чи то звичаєвого права, чи прецеденту тощо. Важливо, щоб вони були формами права, а не довільними утвореннями з довільним, свавільним змістом» [10].

Проте «формалізм» права не означає стирання всіх розходжень між людьми. Зрівнюючи усіх за формальним принципом, право, не вимагаючи примусового самовдосконалення чи проявів духовної і соціальної свободи, виявляється умовою реалізації людських здібностей саме тим, що віддає їх реалізацію на особистий розсуд громадян. У цьому розумінні формальна рівність виступає гарантом людської унікальності.

Варто зазначити, що позитивне право – це юридична категорія, яка отримала перше системне осмислення в межах теорії природного права. Засновниками останньої були Г. Гроцій, Т. Гоббс, Ж.-Ж. Руссо, Вольтер. Під природним правом розумілась сукупність принципів, правил, прав і цінностей, що зумовлюються самою природою людини, в силу цього є незалежними від законодавчого чи навіть державного їх визнання [8, с. 670].

Наприклад, Г. Гроцій вважав, що закони природного права беруть початок у самій природі розуму, а тому вони такі ж вічні, як і сам розум. Природне право визначається ним як «настанова здорового глузду», виступає як критерій для розрізнення дозволеного і недозволеного [11, с. 75], а Т. Гоббс визначав природне право як свободу будь-якої людини використовувати свої власні сили на свій розсуд для збереження своєї власної природи, власного життя, тобто як свободу робити все, що для цієї мети прийнятне [11, с. 76].

«Природно-правове мислення Нового часу, – пише О. Хьоффе, – мало вплив, що інспірує, на американську і французьку революції, призвело до виникнення спільності сучасного типу – демократичної конституційно-правової держави» [12, с. 52].

Ідеї природного права, які виникли у другому тисячолітті до нашої ери, стали історично першою формою осмислення і утвердження індивідуальності і автономії особистості. Це перша в історії філософії права модель виникнення принципів суспільного устрою, яка виходить з того, що існує система норм взаємовідносин між людьми, яка відрізняється від системи норм, встановлених державою, вона первинна по відношенню до позитивного права, переважає над ним, є більш відповідною до норм моралі, виходить із принципів, які встановлені структурою світобудови і природи людини.

Давньоримські юристи природним правом називали закони в науковому значенні, або основу позитивного права. Теза Протагора – «Людина є мірилом всіх речей» спричинила критику всіх традиційних віросповідань, а теза Арістотеля «Віддай кожному своє» лягла в основу природного права [13, с. 161]. Тому критерієм оцінки закону, згідно з Платоном, може бути міра його сприяння реалізації справжньої природи людини. Якщо закон гальмує розвиток її природних здібностей, його треба удосконалити [14, с. 72, 73]. Згідно з Ціцероном, природне право виникло раніше, ніж будь-який писаний закон, раніше, ніж виникла будь-яка держава. Право встановлюється природою, а людські рішення і постанови мають бути відповідні до нього, – вважав мислитель [15, с. 85-86].

Всупереч натуралізму, представники юридичного позитивізму Д. Остін, К. Лабанд, А. Есмен, Г. Шершеневич розглядали право як очевидний позитивний факт, що не вимагає особливого аксіологічного осмислення. Тому дуалізм природного і позитивного права вважали помилкою спекулятивно-метафізичної філософії права, стверджуючи, що існує тільки позитивне право (сукупність норм, що приймаються державою), а усе інше, яке називається правом, являє собою моральну оцінку чинного позитивного права. При цьому така оцінка, на їх думку, суб'єктивна, неодноманітна і необов'язкова, тому її слід виключити з юридичної науки. Предметом останньої повинно бути «право у власному розумінні», позитивне право незалежно від того, є воно хорошим чи поганим [8, с. 670].

З цього огляду М. Патей-Братасюк зауважує, що «розрізнення природного права і позитивного є лише частковим варіантом, найхарактернішим з «нестачею теоретичності», найпоширенішим випадком загальної теорії розрізнення права і закону» [16, с. 53].

Лон Л. Фуллер на користь натуралізму і всупереч постулатам позитивізму зазначав, що право не є статичним об'єктом, а є процесом, пізнання права не є можливим поза моральним контекстом, і право не є сукупністю владних приписів, оскільки забезпечує співпрацю між посадовими особами та громадянами [17, с. 34]. З погляду представників природного права, «людина має невідчужувані від неї права на життя, свободу та приватну власність, а держава існує для того, щоб ці права захищати» [18, с. 58].

Отже, теорія природного права вважає, що юридичні права є різновидом моральних прав, тоді як юридичний позитивізм розглядає їх я щось дуже відмінне від моральних прав. Так, В. Соловйову належить блискуче висловлювання: «Право – нижня межа або певний мінімум моральності» [19, с. 448].

Моральна якість права дозволяє давати моральну оцінку діяльності держави і судити про те, наскільки саме право є справжнім. Йдеться про право не як про статичний нормативний матеріал, а право в дії, функціонуюче право. Дискусії про моральне начало в праві відбуваються навколо трьох взаємопов'язаних одне з одним понять – свободи, рівності і справедливості. Моральна природа прав людини зумовлюється тим, що вони вважаються виправданими, обґрунтованими саме з точки зору загальнолюдської моралі. Така мораль, як відомо, – це принципи і норми, які регулюють поведінку людей, діяльність їх спільностей, об'єд-

нань з точки зору загальновизнаних уявлень про добро і зло, порядність і непорядність, чесність і безчесність та забезпечують реалізацію права.

З точки зору послідовних позитивістів право не визначається і через справедливість і не обумовлюється нею. Так, Ганс Кельзен вважає, що вся система його поглядів опирається на емоційну перевагу ідеалу порядку над ідеалом справедливості. Тобто порядок і є для позитивістів вищою цінністю, який уособлює в собі справедливість. Порядок хороший (справедливий) сам по собі, в силу того, що він порядок [20, с. 38-39].

Для юснатуралізму типове співвідношення права і справедливості визначено у знаменитій формулі Г. Радбруха: коли діюче позитивне право настільки несумісне зі справедливістю, що повністю заперечує її, воно, як неправове за своєю природою, не повинно застосовуватися, бо «право, включаючи і позитивне, не можна визначити інакше, як правопорядок і сукупність законів (Sanzung), які повинні служити справедливості» [21, с. 234].

Сучасна вітчизняна юридична наука вважає, що позитивне право – це система загальнообов'язкових, формально-визначених і закріплених у нормативно-правових актах правил поведінки, які забезпечені можливістю державного примусу, діють у даний період часу В свою чергу, В. Бачінін зазначає, що, «під природним правом звичайно розуміють сукупність універсальних норм і принципів, що знаходяться в основі всіх правових систем світової цивілізації», а позитивним правом є «ті правові норми, які оформлені як система законодавства, які підтримуються силою даної держави в даний історичний період» [22, с. 122].

Необхідно наголосити, що з реалізацією права та його вдосконаленням, з точки зору природного права, тісно пов'язані процеси формування особи в суспільстві, визнання людини вищою соціальною цінністю в державі. Реалізація права є одним із засобів процесу соціалізації людини, через який відбувається її становлення, формування її соціальної сутності, яка вимагає права як рівного масштабу справедливості, добра, істини, свободи в повній мірі.

Позитивне право не знає людини як такої, воно знає носія суб'єктивних прав і обов'язків. «В праві, – пише Ю. Пермяков, – ми живемо в якості позивачів, спадкодавців, потерпілих, звинувачених, посадових осіб. Цілісна людина в праві гасне. Тому правові вчинки відділені від самої людини і сприймаються як самостійні сутності. Ми, наприклад, можемо віднестись до правового рішення як події, що віддалена від нашої волі доволі далеко» [23, с. 50].

Отже, прагнення подолати дуалізм природного та позитивного підходів до осмислення сутності реалізації права відносять до основного питання юридичної науки, вирішення якого неможливо засобами самої лише юриспруденції. Тут потрібна інтеграція праворозуміння на базі глибокого та багатогранного аналізу правової справедливості. Філософія права повинна виконувати функцію своєрідного інтегратора знань не лише про право, а й про людину в праві, сприяти переборюванню існуючого у теорії правового пізнання дуалізму природно-правових теорій, що характеризують людський розвиток. Концептуальним ядром таких теорій доцільно визнати систему тих принципових засад, що репрезентують механізми утворення орієнтирів правової належності в самоорганізованому комунікативному середо-

вищі суспільного буття, а також порядок матеріалізації смислових мірил останньої в нормах закону.

На сучасному етапі розвитку природного і позитивного права у зв'язку з формуванням в Україні правової держави і громадянського суспільства можна спостерігати процес їх діалектичного зближення.

Література

1. Керімов Д.А. Методологія права (предмет, функції, проблеми філософії права). – М. : Аванта, 2000. – 560 с.

2. Лисенков С.Л. Теоретичні питання конституційних культурних прав і свобод особи в Україні // Вісник адвокатури України. – 2004. – Вип. 1 – С. 5–19.

3. Моисеев С.В. Философия права : курс лекций. – 2-е изд., испр. и доп. – Новосибирск : Сиб. унив. изд-во, 2004. – 262 с.

4. Селіванов В.М. Право і закон (філософський погляд на співвідношення права і закону). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Pfp/2005_3/51%20Selivanov.pdf.

5. Загальна теорія держави і права: підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих навч. закладів / 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.

6. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. – Харків : Еспада, 2006. – 776 с.

7. Кельман М.С. Органи конституційного контролю як засіб захисту Конституції / М.С. Кельман // Вісник Львів. ін-ту внутр. справ при Нац. акад. внутр. справ України. – 2000. – Вип. 2. – С. 13–18.

8. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – 1020 с.

9. Осинська О.В. Обмеження прав і свобод людини : теоретико-прикладні аспекти. Дис ... к. юрид. наук: 12.00.01 / Осинська Олена Валеріївна ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2010. – 227 с.

10. Патей-Братасюк М. Антропоцентрична теорія права : навч. посіб. / М. Патей-Братасюк. – К., 2010. – 396 с.

11. Філософія права : навч. посібн. / О.Г. Данільян, Л.Д. Байрачна, С.І. Максимов та ін. За заг ред. О.Г Данільяна. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.

12. Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хёффе. – М., 1994. – 320 с.

13. Общая теория управления: курс лекций. – М. : Издательство ГАУ, 1994. – С. 166–187.

14. Платон. Діалоги / Платон ; пер. з давньогр. – К. : Основи, І999. – 395 с.

15. История политических и правовых учений : учеб. для вузов / под ред. В.С. Нерсесянца. – [3-е изд., стеретип.] – М. : Изд-во НОРМА, 2002. – 736 с.

16. Патей-Братасюк М.Г. Філософія права. Курс лекцій. – Ч. 1. – Тернопіль, 2002. – 131 с.

17. Афонасин Е. Философия права : учеб. пособие / Е. Афонасин, А. Дидикин. – Новосибирск : Новосиб. гос. ун-т, 2006. – 92 с.

18. Патей-Братасюк М. Філософія права : навч. посібник / М. Патей-Братасюк. – Тернопіль, 2006. – 344 с.

19. Соловьев В.С. Сочинение : в 2 т. – Т. 1. / В.С. Соловьев. – М. : Мысль, 1998. – 892 с.

20. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. – СПб. : Изд-во «Лань», 1999 – 192 с.

21. Радбрух Г. Философия права / Г. Радбрух. – М. : Международные отношения, 2004. – 238 с.

22. Бачинин В. Философия права и преступления / В. Бачинин. – Харьков : Фолио, 1999. – 607 с.

23. Пермяков Ю.Е. Лекции по философии права : учебное пособие. Самара : Изд-во «Самарский университет», 1995. – 120 с.

Анотація

Попадинець М. І. **Поняття реалізації права з позицій діалектичної полярності природного і позитивного права.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню поняття реалізації права з позицій діалектичної полярності природного і позитивного права. Акцентується увага на проблемі співвідношення природного і позитивного права – права і закону, що є однією із методологічних проблем вітчизняної філософії права.

Ключові слова: право, закон, реалізація права, природне право, позитивне право, праворозуміння.

Аннотация

Попадинец М. И. **Понятие реализации права с позиций диалектической полярности естественного и позитивного права.** – Статья.

Статья посвящена освещению понятия реализации права с позиций диалектической полярности естественного и позитивного права. Акцентируется внимание на проблеме соотношения естественного и позитивного права – права и закона, что является одной из методологических проблем отечественной философии права.

Ключевые слова: право, закон, реализация права, естественное право, позитивное право, правопонимание.

Summary

Popadynets M. I. **The concept of realization the right from the position of dialectical popularity of the natural and positive law.** – Article.

The article is devoted to the concept of realization the right from the position of dialectical popularity of natural and positive law. Attention is focused on the problem of correlation between natural and positive law – the right and the law, which are ones of the methodological problems of national philosophy of the law.

Key words: law, right, implementation of law, natural law, positive law, legal thinking.

УДК 346.5

М. О. Легенченко

ПОНЯТТЯ ОХОРОНИ Й ЗАХИСТУ ПРАВА ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ

На сучасному етапі державотворення в Україні, проведення адміністративної реформи, оновлення й пристосування органів місцевого самоврядування до нових соціально-економічних і суспільних процесів гостро постають питання ефективного використання комунального майна, його захисту та примноження.

Водночас використання комунального майна невід'ємно пов'язане з ризиком його вибуття з власності територіальних громад, адже комунальні об'єкти нерухомості виступають предметом застави та корпоративного внеску, слугують джерелом погашення заборгованості комунальних підприємств, перебувають під арештом, забороною відчуження, податковим обтяженням тощо чи просто вибувають із комунальної власності в незаконний, а то й у відверто злочинний спосіб.

Як вірно зазначає І.О. Дзера [1, с. 9], реалізація права власності неможлива без встановлення механізму його захисту. Важко з цим не погодитися, адже захист права є в певній мірі гарантією самого його існування. В іншому випадку об'єкти комунальної власності швидко б вибули з власності територіальних громад у незаконний спосіб.

Вищенаведене зумовлює науковий та практичний інтерес до питання охорони права комунальної власності, у тому числі його захисту. Детальне дослідження питання охорони права комунальної власності не тільки уточнить розуміння

© М. О. Легенченко, 2014

господарської діяльності органів місцевого самоврядування як повноправних учасників господарських відносин, а й матиме чимале практичне значення з огляду на удосконалення щоденної практичної діяльності місцевих рад та їх виконавчих органів із використання та збереження об'єктів комунальної власності як майнового надбання територіальних громад.

З урахуванням наведеної мети варто визначитися з тлумаченням термінів «охорона права» й «захист права» та їх правовою природою, адже термін як частина загальної мовної системи здатен виявляти синонімію, семантичні розбіжності, протиставлення, збіг у значенні тощо [2, с. 72]. Саме питанням теоретичного підґрунтя термінів «охорона права» й «захист права» присвячена стаття. Дослідженню наведеного вже приділяли увагу такі вчені, теоретики та практики, як С.С. Алексєєв, І.О. Дзера, М.С. Малеїн, Л.А. Музика, Н.В. Полюшкевич, Г.А. Осетинська, З.В. Ромовська, Р.О. Стефанчук.

До розуміння самого поняття «правовий захист» існують різні підходи, адже попри принцип захисту порушеного права, яким пронизана Конституція України, у ній (як і в інших нормативних актах України) відсутнє саме його визначення [3].

Наприклад, М.С. Малеїн визначає правовий захист як систему юридичних норм, які спрямовані на запобігання правопорушенням та ліквідацію їх наслідків [4, с. 142].

Водночас, на думку С.С. Алексєєва, правовий захист є державно-примусовою діяльністю, спрямованою на поновлення порушеного права та забезпечення виконання юридичного обов'язку [5, с. 113].

З.В. Ромовська звертає увагу на сутність правового захисту як реалізацію обраної правозастосувальним органом міри державного примусу, а також на необхідність розглядати правовий захист у динаміці як процес, що має свій початок (виражається пред'явленням позову) і завершення (виконання рішення суду) [6, с. 9].

І.О. Дзерою запропоновано визначення захисту права власності як системи активних заходів, які застосовуються власником, компетентними державними чи іншими органами, спрямованої на усунення порушень права власності й покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права на порушника [1, с. 18].

Наведене визначення позитивно вирізняється тим, що в ньому з-поміж суб'єктів, які можуть застосовувати правовий захист, нарівні з власником зазначаються компетентні органи. Дійсно, захист права власності (а разом з ним й інших речових прав) можливий не лише силами власника, а й за допомогою державних органів (прокуратури, виконавчої служби), органів місцевого самоврядування, нотаріусів тощо).

У наведеному визначенні, запропонованому І.О. Дзерою, не враховується той факт, що захист права власності можливий також й особами, які володіють об'єктом права на підставі іншого правового титулу (наприклад, оренди); а також те, що в аспекті захисту права може йти мова не тільки про право власності, а й про право володіння, користування, управління тощо [1, с. 18].

Р.О. Стефанчук під захистом розуміє передбачені законом вид і міру можливого або обов'язкового впливу на суспільні відносини, які зазнали протиправного впливу, з метою поновлення порушеного, невизнаного чи оспореного права [7].

Своє розуміння питань правового захисту надає й судова практика, що як соціальний регулятор договірних відносин займає проміжне становище між нормативним та індивідуальним рівнями соціальної регуляції, не поглинаючись жодним з них, і формується «на стику» нормативно-правових джерел та правил, самостійно визначених сторонами в договорі [8, с. 58].

Так, у постанові Вищого господарського суду України від 29.11.2011 р. у справі № 22/5009/3458/11 наведено розуміння захисту права як державно-примусової діяльності, спрямованої на відновлення порушеного права суб'єкта правовідносин та забезпечення виконання юридичного обов'язку зобов'язаною стороною. Спосіб захисту може бути визначений як концентрований вираз змісту (суті) міри державного примусу, за допомогою якого відбувається досягнення бажаного для особи, право чи інтерес якої порушені, правового результату. Спосіб захисту втілює безпосередню мету, яку прагне досягнути суб'єкт захисту (позивач), вважаючи, що таким чином буде припинене порушення (чи оспорювання) його прав, він компенсує витрати, що виникли у зв'язку з порушенням його прав, або в інший спосіб нівелює негативні наслідки порушення його прав [9].

А в постанові від 08.10.2010 р. у справі № 13/212 за наслідком аналізу приписів глави 29 Цивільного кодексу України судді Вищого господарського суду України схиляються до визначення захисту як системи активних заходів, що їх застосовують власник, компетентні державні чи інші органи, спрямовані на усунення порушень права власності, покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права на порушника (наведене визначення схоже до запропоноване І.О. Дзерою). Цивільно-правовому захистові притаманні свої специфічні методи й засоби, які істотно відрізняються від існуючих в інших галузях права. Специфіка захисту права власності передусім полягає в застосуванні таких юридичних засобів, які забезпечують усунення перешкод у здійсненні права власності та відновлення майнового становища потерпілого власника за рахунок майнових благ порушника чи іншої зобов'язаної особи [10].

Усе наведене, а саме розмаїття наукових думок щодо розуміння понять правового захисту та ґрунтовний аналіз досліджень у цій сфері, дозволяє нам запропонувати *авторське визначення* правового захисту як системи правових норм (визначених законом форм та способів), направлених на відновлення порушених прав та забезпечення інтересів особи щодо права, належного їй на відповідному правовому титулі.

Способами ж захисту прав прийнято називати встановлені законом або договором матеріально-правові заходи примусового характеру, за допомогою яких відбувається відновлення порушених прав і вплив на правопорушника. Інакше кажучи, способом захисту господарських прав є конкретні правові важелі – дії та прийоми, за допомогою яких можливо захистити свої права. Прикладами цього є звернення до прокурора із заявою про необхідність його втручання до справи, здійснення нотаріусом виконавчого напису, подання позову до суду, вчинення самостійних практичних дій у *реалізації* та захисту власного права (самозахист).

У науці право на захист прийнято вважати однією із складових частин (одним із елементів) суб'єктивного юридичного права. Захист права власності – це сукупність передбачених законом цивільно- та господарсько-правових засобів,

які, по-перше, гарантують нормальне господарське використання майна (тобто вони забезпечують захист відносин власності в їх непорушеному стані), а по-друге, застосовуються для поновлення порушених правовідносин власності, для усунення перешкод, що заважають їхньому нормальному функціонуванню, для відшкодування збитків, заподіяних власнику.

Вищенаведену дефініцію більш доречно вживати поняття «охорона права», адже вона застосовується не тільки на стадії після порушення, а й у процесі самої реалізації цивільного чи господарського права. На нашу думку, правовий захист здебільшого має місце вже після факту порушення права й є складовою більш широкого поняття «охорона прав».

Визначення ж поняття охорони права розкривається під час теоретичного дослідження співвідношення цього поняття з вищенаведеним поняттям правового захисту.

З однієї точки зору, можна припустити, що охорона цивільних і господарських прав та інтересів має місце на етапі до їх порушення, а правовий захист – після. З іншої – *питання захисту права є складовою загального поняття охорони,* яке містить також і механізми реалізації такого права, і способи запобігання його порушенням.

Саме другій позиції, на нашу думку, слід віддати перевагу. Адже правову охорону слід розглядати не тільки як встановлення юридичних засобів, спрямованих на реалізацію суб'єктивного цивільного права та запобігання його порушенням, але і як правове регулювання правовідносин. Дійсно, норми про захист прав складають лише певну частину охоронних норм, до яких відносяться *запобігання* порушенням, і ті, що встановлюють імперативний механізм їх *реалізації*.

На тому, що поняття «правовий захист» охоплюється поняттям «правова охорона», також акцентує й Г.А. Осетинська, відзначаючи з огляду на предмет свого дослідження (захист прав споживачів), що більш вдалою назвою для Закону України «Про захист прав споживачів» слід визнати назву «Про охорону прав споживачів» [11, с. 114].

Під час визначення співвідношення цих понять очевидно, доцільно виходити з того, що «охорона права власності» є поняттям *ширшим* і охоплює всю сукупність норм права, які передбачають підстави набуття права власності та його припинення, обсяг правомочностей власника, порядок та межі здійснення права, правовий режим окремих об'єктів права власності, а також сукупність організаційних і правових заходів, спрямованих на забезпечення реалізації й поновлення порушеного права власності.

Л.А. Музика також стверджує, що захист права власності охоплюється більш широким поняттям «охорона відносин власності», адже відповідний правовий захист може здійснюватися лише в межах охоронюваних прав власника [12, с. 11].

Отже, узагальнюючи всі наведені визначення (попри відсутність чіткої дефініції безпосередньо в законодавстві), підкреслимо, що захист права є складовою частиною охорони права (яка здійснюється не тільки в разі порушення права, а й першочергово під час самої його реалізації) і являє собою систему правових норм (визначених законом форм та способів), направлених на відновлення порушених або оспорюваних прав та забезпечення інтересів особи щодо права, належного їй на відповідному правовому титулі.

Саме відновлення порушеного права є характерною рисою цивільного та господарського правового захисту, оскільки метою кримінального чи адміністративного захисту права є насамперед покарання порушника за вчинене протиправне діяння. Відтак цивільно- та господарсько-правовий захист вирізняються своєю направленістю саме на поновлення порушеного права та забезпечення інтересів управненої особи.

Те ж саме можна сказати й про способи захисту в межах господарських правовідносин, рівноправними учасниками яких визнаються органи місцевого самоврядування. Положення про захист права власності поширюється не тільки на власника, а й на осіб, які хоч і не є власниками, але володіють майном на праві оперативного управління, повного господарського відання чи на іншій підставі, передбаченій законом чи договором (застава, оренда, зберігання). Про це також йшлося ще у п. 5 ст. 48 Закону України «Про власність» та у п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України № 20 від 22.12.1995 р. «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» [13].

Наведене означає, що в межах реалізації права комунальної власності відповідні дії щодо здійснення захисту можуть вчиняти не лише органи місцевого самоврядування, а й комунальні підприємства, заклади та установи, що виступають балансоутримувачами такого майна, також навіть орендарі та приватні товариства, що використовують комунальне майно на визначених правових підставах (як внесок у статутний фонд або тимчасовий облік на балансі за рішенням органу місцевого самоврядування).

Першою, на наш погляд, до питання захисту саме права комунальної власності детально звернула увагу Л.А. Музика, дисертацію та монографію якої частково присвячено особливостям захисту права комунальної власності та характеристиці різних способів такого захисту [12].

Узагальнюючи викладене, слід зазначити таке.

Охорона права власності – це створення через нормотворчий процес і практичну діяльність відповідних державних органів умов, які сприяють функціонуванню та розвитку відносин власності в суспільстві й попереджають вчинення правопорушень у цій сфері. Захист права власності – це сукупність заходів, способів та прийомів, спрямованих на відновлення порушеного цивільного суб'єктивного права самим власником, компетентними державними органами та посадовими особами.

Питання захисту права є складовою загального (більш ширшого) поняття охорони, яке поряд із захистом права містить також і механізми його реалізації та способи запобігання можливим порушенням.

Різниця між поняттям охорони та захисту права яскраво простежується в тому, що охорона права насамперед направлена на гарантування підстав набуття цивільних та господарських прав (оберігає законний інтерес), у той час як під захистом права розуміють конкретні дії, спрямовані на поновлення порушеного чи оскарженого права.

З огляду на публічний характер права комунальної власності та опосередковане представлення інтересів територіальних громад місцевими радами (або їх виконавчими органами) вбачається правильним висновок щодо застосування саме цими органами способів захисту права комунальної власності. Водночас захищати комунальну

власність шляхом конкретних дій (подавати позови, клопотати про накладення арешту чи заборони, забезпечувати вчинення нотаріусом виконавчих написів тощо) вповноважені також і органи прокуратури, внутрішніх справ; безпосередні балансоутримувачі комунального майна (комунальні установи, заклади та підприємства – його фактичні володільці) також вповноважені самостійно перешкоджати протиправним позіханням на комунальне майно, що є проявом самозахисту права комунальної власності. Парадокс, але право на самозахист комунального майна може мати й приватна особа, якщо вона виступає його користувачем на законній підставі (орендар, тимчасовий балансоутримувач, корпоративний власник).

Наведеним не вичерпується практичне значення теоретичних питань визначення та співвідношення термінів охорони та захисту права комунальної власності, але їх ґрунтовне дослідження та відповідне застосування на практиці стануть ще одним кроком на шляху побудови України як правової держави.

Література

1. Дзера І.О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І.О.Дзера; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2001. – 35 с.
2. Янчук І.А. Усталеність і варіативність як тенденції розвитку юридичної термінології / І.А. Янчук Приватне право і підприємництво : збірник наукових праць / Редкол.: О.Д. Крупчан (гол. ред.) та ін. – К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, 2012. Вип. 11. – С. 67-74.
3. Полюшкевич Н.В. Необхідність охорони та захисту / Н.В. Полюшкевич // «Юстініан» : юридичний журнал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.justinian.com.ua.
4. Малеин М.С. Гражданский закон и права личности в СРСР. – М. : Юрид. лит., 1981. – 192 с.
5. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. / С.С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1981 – . – Т. 1. – 1981. – 180 с.
6. Ромовська З.В. Защита в советском семейном праве / З.В. Ромовська. – Львів, 1985. – 89 с.
7. Стефанчук Р.О. Цивільне право України : [навч. посібн.] / Р.О. Стефанчук – К. : Прецедент, 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ukrlibrary.com.ua/books/20/5/index.html.
8. Беляневич О.А. Теоретичні проблеми господарського договірного права : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04. «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / О.А. Беляневич ; Київський университет ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 216 с.
9. Постанова Вищого господарського суду України від 29.11.2011 р. у справі № 22/5009/3458/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.reyestr.court.gov.ua.
10. Постанова Вищого господарського суду України від 08 жовтня 2010 р. по справі № 13/212 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua.
11. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук. : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г.А. Осетинська ; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 189 с.
12. Музика Л.А. Право комунальної власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л.А. Музика ; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2004. – 21 с.
13. «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 20 від 22.12.1995 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 8. – С. 98.

Анотація

Легенченко М. О. **Поняття охорони й захисту права та їх співвідношення.** – Стаття.

У статті розкривається зміст понять «охорона права» та «захист права», аналізується їх співвідношення, розглядається цивільно-правовий захист в аспекті господарських правовідносин щодо комунального майна.

Ключові слова: охорона права, захист права, комунальне майно, цивільно-правовий захист, спосіб захисту.

Аннотация

Легенченко М. О. **Понятия охраны и защиты прав и их соотношение.** – Статья.

В статье раскрывается суть понятий «охрана права» и «защита права», анализируется их соотношение, рассматривается гражданско-правовая защита в аспекте хозяйственных правоотношений касательно коммунального имущества.

Ключевые слова: охрана права, защита права, коммунальное имущество, гражданско-правовая защита, способ защиты.

Summary

Legenchenko M. O. **Concept of right's guard and protection through their correlation.** – Article.

The article is based on the synthesis of previous research and deals with the concepts of such definition as "right's keeping" and "protection of rights", analyzing them through economic relations on public property.

Key words: rights guard, rights protection, communal property, civil law protection, guard-mode.

УДК 340.12; 340.16

О. В. Ткаченко

ІСТИНА ЯК ПРОБЛЕМА СТРУКТУРУВАННЯ ПОСТМЕТАФІЗИЧНОГО ПРОСТОРУ ПРАВОЗНАВСТВА

Локалізація сучасного правознавства в просторі раціональності передбачає парадигмальну трансформацію традиційного простору «пізнання права» в простір «правового пізнання». Іншими словами, правознавство не може більше існувати лише як сфера сущого, щодо якої здійснюється мислення як щось зовнішнє, воно більше не може бути просто територією мислення. Останнє не виявляється в праві, так само як у будь-якій іншій сфері людського досвіду. Здатність правової предметності заломлювати структури мислення, перетворювати їх скасовує метафізичний принцип організації мислення (принцип контрольованої полісемії). Право є не лише окремим світом, але й способами осмислення цього світу, власне інтелектуальним світом.

Вказане визначальним чином впливає на структуру інтелектуального простору правознавства. Остання має фіксувати не лише особливу предметність, уособлену юридичною догматикою, але й особливе філософсько-методологічне смислотворення. Інноваційність такої «двосекторності» правознавства втілюється в новому співвідношенні права й філософії. З огляду на те, що сучасна епоха завершення метафізики у сфері правознавства виявляється як завершення проекту «філософії права», на зміну йому має конституюватися сфера «права-як-філософії», у межах якої правове мислення постає мережею постметафізичних правових дискурсів.

Філософія права є конструкцією контекстуального детермінізму права, згідно з якою філософсько-методологічне складає контекст існування права, картину світу, смисли якої для права актуалізуються в якості об'єктів референції. На відміну

© О. В. Ткаченко, 2014

від цього, право-як-філософія є сферою контекстного індетермінізму права, у якій значення не детермінується референцією до зовнішнього смислу, а виступає результатом перманентного смислотворення, конститутивної діяльності, іманентної праву. Правознавство саме формує філософські смисли, перебуваючи у відносинах епістемологічного розрізнення з іншими дисциплінарними дискурсами.

Радикальне розширення простору правової проблематизації, кваліфікація внутрішніх і, власне, тих питань, які традиційно відносились до сфери єдиного трансцендентального й метадигмального простору філософії, призводить до втрати рефлексією конституант раціональності метаправового характеру. Однією з таких конституант є концепція істини.

Потужна інерція відокремлення права й філософії, розуміння концепції істини як такої, що не входить до сфери власних завдань і можливостей правознавства, не сприяє численності спроб правового переосмислення основного питання епістемології, які б не обмежувалися простою констатацією кореспондентного розуміння істини. Закономірним є те, що такі спроби лише починають з'являтися. Формат цього дослідження дозволяє лише стисло зупинитися на деяких із них, які, на нашу думку, найбільш ілюстративно віддзеркалюють сучасний стан розробки цього питання, а також запропонувати проект постметафізичного (некореспондентного) розуміння правової істини та його вплив на вирішення питання про структуру інтелектуального простору правознавства.

У російській юридичні науці найбільш значимою спробою перевірки традиційної концепції істини на відповідність специфіці правознавства є міркування М. Тарасова. Згідно з його словами й досі в юридичній науці фактично затребуваною є одна концепція істини, побудована на базовому постулаті теорії відображення, згідно з яким визнається існування об'єктивної істини, а знання розглядається як відображення об'єктивної реальності [11, с. 4].

Неадекватність теорії відображення природи юриспруденції полягає в неможливості побудови останньої на основі суб'єкт-об'єктної опозиції. Іншими словами, у правознавстві мисленню не протистоїть певна реальність, яка б не була породженням самого мислення. Неможливість онтологічного натуралізму постає з того, що правовому мисленню не протистоїть об'єкт як такий, існуючий безвідносно до його пізнання. Для правознавства виявляється проблематичним говорити про можливість виходу мислення за свої межі в онтологічно контрастний простір, усе в правознавстві виявляється результатом конституюючої діяльності самого мислення. Це означає, що в правознавстві пізнання є невіддільним від творення реальності, яка існує як світ юридичних конструкцій, підтримуваний традицією мислення.

На думку М. Тарасова, саме розуміння юридичних конструкцій як власного змісту права дозволяє долати ставлення до права як форми, що не має власної історії, власного змісту, що склалося в межах парадигми соціально-економічного детермінізму [10, с. 298]. Однак він зазначає, що юридичні конструкції є єдиними одиницями, які дійсно можуть претендувати на вираження своєрідності мислення юристів [10, с. 317]. Тобто юридичні конструкції є одночасно змістом права й мисленням щодо цього змісту. Можливість відмежування онтології й методології стає неочевидною.

З огляду на неможливість відмежування в праві мислення від немислення, поняття істинності в референтному праві виявляється неможливим. Саме поняття відображення права як об'єкта є позбавленим смислу, оскільки воно повністю ототожнюється з його пізнанням. Усі юридичні конструкції й взагалі положення юриспруденції, навіть ті, які вважаються універсальними й основоположними, є сформульованими основами конвенційної природи. Однак неможливість їх оцінки як істинних чи хибних у референтному плані не позбавляє їх наукового статусу в правознавстві, оскільки наукова цінність в останньому «полягає не в тому, наскільки точно вони відображають деяку дійсність, а в евристичних можливостях під час дослідження актуальної проблематики» [11, с. 13].

У цьому аспекті мали рацію римські юристи, які визначали право як «мистецтво (а не науку) добра і справедливості». Дійсно, право є сумісним саме з природою мистецтва, оскільки воно так само, на відміну від науки, є не сферою відкриття, а сферою творення. Право не відкриває оточуючий світ, а створює власний, при цьому як сам процес творення, так і його результати виявляються пронизаними структурами пізнання.

При цьому неможливість у правознавстві істини як референтного відображення об'єктивної дійсності не означає заперечення кореспондентної концепції істини в цілому. Вимога відповідності інтелекту сущому залишається. Зрозуміло, що така вимога в якості критерію істини має смисл лише за умови визначеності й незмінності сущого. Оскільки в правознавстві таким сущим є структури мислення (юридичні конструкції), вони з метою забезпечення континуалістського зв'язку смислів субстантивуються. М. Тарасов так характеризує статус юридичної конструкції в якості субстанції: «Юридичні конструкції складають ядро правового знання й транслюються крізь епохи, зберігаючи свою цінність незалежно від філософських картин світу, етичних імперативів і наукових парадигм. ... Із точки зору власного змісту права саме юридичні конструкції можуть розглядатися як найбільш стабільні (надсоціальні, й у цьому розумінні – культурні) одиниці права» [10, с. 315, 316].

У такому розумінні правова істина виявляється відношенням відповідності судження певному смислу, формалізованому як юридична конструкція. І хоча остання генетично має дискурсивну природу, у якості релевантного для правової аргументації смислу вона є матемою, оскільки завжди передує мисленню, яке має забезпечити трансляцію цього смислу в його незмінному, самототожному вигляді. Надання юридичним конструкціям статусу матем мислення призводить до ствердження юридичної догматики як об'єктивованого юридичного мислення. Стверджується, що саме в юридичній догматиці знаходять свій природний вияв структури юридичного мислення, а отже, юридична догма й професійне мислення юристів формуються одночасно [7, с. 440–441].

Ототожнення юридичного мислення та юридичної догматики означає, що юридичним мисленням є лише така установка, яка характеризується безумовним сприйняттям визначеної форми як істинного вираження права, а змісту – як чітко визначеного, цілісного й такого, що не підлягає зміні. Таке ототожнення призводить до того, що істина стає прескриптивним твердженням. На таку кваліфіка-

цію не впливає та обставина, що розглядувана концепція істини заперечує можливість питання про істинність правових норм, а отже, і не формалізує істиннісне твердження як відповідність мислення до нормативних приписів.

Зміст епістемологічної прескрипції виявляється в іншому: сущим, відповідність до якого й утворює істину, стверджується логічно сконструйована система юридичних конструкцій, які хоча й існують окремо від юридичного матеріалу (правових норм), однак фіксують його сутність, виступаючи незмінними фігурами права. Відповідно, значення правової істини постулюється не в площині онтології (дескрипції чогось існуючим окремо й незалежно від мислення), а в площині епістемології: вона має скеровувати й нормувати сам процес юридичного мислення, надаючи йому відмінних від інших форм мислення рис. Істинність ототожнюється з правильністю мислення.

У сучасній юридичній науці наявні також спроби обґрунтування можливості робити дескриптивні висловлювання та відповідної легітимації останніх у якості істинних. Найбільш послідовним прихильником цієї позиції є аргентинський філософ права Є. Булигін. Важливою складовою правового дискурсу про істину є співвідношення його позиції з теорією відображення як класичним варіантом кореспондентної концепції істини.

Є. Булигін декларує прагнення зберегти арістотелівське розуміння істини в якості чинного. Зокрема, він зазначає: «Для позитивістської теорії права норми не є ні істинними, ні хибними, але висловлювання про норми, які стверджують, що певна норма існує чи належить відомому правопорядку чи в даному правопорядку дієва чи має силу, мають значення істинності: вони можуть бути істинними чи хибними» [3, с. 8]. Наведене визначення й має засвідчити дескриптивний (відображувальний) характер істини в праві: істиною є не припис, що скеровує поведінку суб'єктів, а висловлювання, яке лише засвідчує існування цього припису.

Однак концепт істини-як-дескрипції висвічує ряд антиномій, які підривають довіру як до нього, так і до кореспондентної теорії істини в цілому.

По-перше, характеристика істини в якості описового висловлювання обов'язково передбачає можливість відокремлення питання про ідентифікацію права (що є правом у цьому конкретному випадку?) від питання про критичну оцінку права (чи є право правильним, гарним або поганим?). Таке відмежування передбачає можливість правового висловлювання, яке б стверджувало, *що є правом,* одночасно уникаючи вказівки на те, *яким є право.* Уявляється, що таке «істинне» правове висловлювання повністю елімінує власне правовий зміст. Більше того, його навіть неможливо сформулювати: а якщо б і було можливо, воно виявилось би позбавленим смислу.

Наприклад, згідно зі змістом концепції Є. Булигіна, висловлювання «цивільним правом України передбачений захист узукапієнта (давнісного володільця)», якому присвячений абз. 2 ч. 3 ст. 344 Цивільного кодексу,[1] є істинним, оскільки фіксує наявність норми. Проблема в тому, що це не є цивілістичним (а отже, і правовим) висловлюванням. Останнє має виходити з того, що в якості відповіді на запитання,

[1] «Втрата не зі своєї волі майна його володільцем не перериває набувальної давності в разі повернення майна протягом одного року або пред'явлення протягом цього строку позову про його витребування».

що постає з конкретної ситуації (усі правові висловлювання є відповідями, різниця лише в тому, що одні є реакцією на фактичну життєву ситуацію, а інші – на модельну, тобто штучно сконструйовану ситуацію), правове висловлювання не може пред'явити готового й наперед існуючого рішення. Право взагалі не передує правовій комунікації в якості готових рішень. Єдине, що може пред'явити правове висловлювання, – це аргументи, воно може надати доступ до аргументативного дискурсу як єдиної форми існування права. Оскільки результативність участі в правовій комунікації залежить від аргументативної компетентності, коли запитують про право, запитують не про існування норми, а про аргументи, за допомогою яких можна сконструювати рішення (з усвідомленням можливості протилежною стороною наводити інші аргументи задля перешкоджання конструюванню неприйнятного для неї рішення).

Виходячи з наведеного прикладу, правове висловлювання має формувати корпус аргументації, який залежно від інтересів клієнта буде надавати абз. 2 ч. 3 ст. 344 значення або механізму посесійного інтердикту, або механізму Публіціанового позову чи розглядати як альтернативний віндикаційному позову механізм захисту права власності, якщо власник побоюється відмови в задоволенні позову з огляду на проблематичність доведення свого титулу. Можливі й інші варіанти надання значення цьому текстуальному фрагменту Цивільного кодексу, нормативний зміст якого щодо зацікавленої особи ніколи наперед не даний, а залежить (чи принаймні має залежати) від її аргументативних можливостей. Нормативність – це значення тексту, яке твориться для певної ситуації, а не те, що існує апріорі й назавжди.

Окрім цього, є й інша проблема: якщо істинність локалізується в площині наукового дискурсу, тоді правова доктрина, яка є перманентною критикою правових текстів, у концепції Є. Булигіна виявляється позбавленою наукового статусу. Або ми маємо сформулювати іншу модель співвідношення між істинними й доктринальними правовими висловлюваннями.

По-друге, дескриптивним є висловлювання лише про об'єкт, тобто про те, що є чітко й нездоланно відмежованим від суб'єкта, таким, що протистоїть йому. У концепції істини Є. Булигіна питання про істину стосується лише нормативних висловлювань, проте не самих норм. Відповідно, він відмежовує норми й нормативні формулювання. Зміст цього розмежування полягає в тому, що «нормативні формулювання є виключно мовною матерією, реченням, у той час як норма є інтерпретованим реченням, мовним утворенням плюс його значенням» [3, с. 10]. Це дозволяє порушити питання про зміст кореспондентного зв'язку істинного правового висловлювання. Виявляється, що останнє постулюється як зв'язок між одним правовим висловлюванням і нормативним формулюванням (іншим правовим висловлюванням). Правова істина не може виступати відповідністю правового висловлювання правовому значенню, оскільки останнє є для Є. Булигіна атрибутом норми, а отже, таке розуміння тотожне визначенню істини як відповідності висловлювання нормі, що ним експліцитно заперечується.

Із точки зору декларованої відповідності розглядуваної концепції теорії істини Арістотеля надзвичайно важливим є вже цитована кваліфікація «нормативні формулювання є виключно мовною матерією». Відповідно, Є. Булигін стверджує, що істиною є відповідність однієї мовної матерії (граматичної конструкції

висловлювання) іншій мовній матерії. Істина виявляється замкненою в межах мови; нічого, що перевищувало б мовний горизонт, немає. Однак це позиція дометафізичної філософії, передусім софістики, і проектів постметафізичної філософії (назвемо лише Л. Вітгенштейна та М. Гайдеггера), але аж ніяк не Арістотеля, який, поставивши мислення на незмінний (принаймні так здавалося до XX ст.) фундамент формальної логіки, намагався звільнити мислення від рухливості граматичних форм і неможливості фіксації інваріантів. Філософія Арістотеля саме тому метафізична, що вона є проектом прориву мислення у сферу, непідвладну мові, у сферу матем, для яких мова є лише вимушеною формою.

По-третє, відповіддю на друге заперечення було б формування механізму об'єктивації (математизації) нормативного формулювання – визначення, на підставі чого ми надаємо перевагу одному висловлюванню перед іншим, вимагаючи відповідності до нього. Непереконливою видається дискримінація правових висловлювань лише на тій підставі, що вони з'явилися пізніше: часовий пріоритет не може автоматично трансформуватися в пріоритет смисловий. А якщо так, тоді чому одні правові висловлювання не можуть суперечити іншим?

Є. Булигін неявно дає відповідь на це питання. Він вказує: «Інтерпретація (витлумачення) нормативного формулювання полягає в тому, що їй приписується певне значення. Таким чином, інтерпретація може бути роз'яснена як перехід від нормативного формулювання до норми» [3, с. 10]. Можна припустити, що з огляду на це зміст кореспондентного зв'язку істинного висловлювання виявиться таким: правова істина – це відповідність між правовим висловлюванням і нормативним формулюванням (правовим висловлюванням, що сформулювало значення правового тексту, тобто сформулювало норму). Тоді правове висловлювання об'єктивується саме через те, що воно є формою існування значення, яке саме перевершує це висловлювання в тому розумінні, що стає його неграматичним, логосним (у метафізичному смислі) компонентом. Щоправда, таке тлумачення, вбудувавши концепцію Є. Булигіна в метафізичну традицію європейського мислення, заперечує постульований ним дескриптивний характер істинних правових висловлювань, оскільки нормативне формулювання в якості сущого, відповідність до якого є умовою істинності, є невіддільним від норми.

По-четверте, залишається запитання, що саме дозволяє об'єктивувати значення нормативного формулювання. На думку Є. Булигіна, тут мова йде про те, що дає можливість значенню, сформульованому одним висловлюванням, бути імперативним для інших висловлювань. Механізм імперативності ототожнюється з вимогою недопущення множинності значень формулювань. Цікавою є формалізація цього механізму: «Якщо всі формулювання норм багатозначні, тоді все, чим ми можемо володіти, – це множинність можливих норм, але не визначена норма. Це не правова чи нормативна, але мовна проблема. Істотним є те, що мова повинна містити принаймні декілька однозначних виражень. Мова, яка не відповідає вказаним умовам як знаряддя розуміння, є марною» [3, с. 10].

Тобто формулюючи метафізичну вимогу однозначності недопущення множинності (полісемії), Є. Булигін вказує на відсутність у самому праві механізму забезпечення такої єдності й несуперечності. Такий механізм він пропонує шука-

ти в самій мові: джерелом математичного повинно бути граматичне. Однак починаючи від Сократа й завершуючи Е. Гуссерлем, європейське мислення намагалося елімінувати мову саме як джерело множинності, неконтрольованої полісемії. Саме тому еманципація мови в XX ст. й дозволила поставити питання про саму конструкцію європейського мислення, його метафізичний стиль. Тому апеляція до мови не лише не допоможе обґрунтуванню концепції істини Є. Булигіна, а навпаки, є найкоротшим шляхом до її спростування.

Найбільш яскравим підтвердженням останньої тези є філософія мови Л. Вітгенштейна, який обґрунтував незадовільність традиційної субстантивістської позиції, згідно з якою значення повинно являти собою деяку стабільну, чітко фіксовану сутність. В аспекті цього дослідження найбільш релевантним є наступний виклад квінтесенції його філософії: «Виявлення нестабільності значень може налякати нас лише тоді, коли ми дотримуємося класичного образу мови, відповідно до якого лінгвістичне повинно відсилати до чогось позалінгвістичного. Якщо ж відмовитись від цього образу й змінити погляд на функціонування мови в цілому, то зафіксована складність зникне. Необхідно визнати, що призначення мови ніколи й не полягало в тому, щоб позначати речі. Скоріше, функція мови полягає в забезпеченні інтерсуб'єктивної комунікації під час здійснення спільної діяльності, яка, як виявляється, цілковито може обійтись і без строгої референції до речей, що задається шляхом значень мовних виразів» [6, с. 8].

Подібних висновків доходить і проект філософії як граматології Ж. Дерріди. Одним з основних висновків його філософії є усвідомлення того, що навіть логіка, яка завжди імпліцитно сприймалася як щось інваріантне, виявляється як знак, як повторюване, яке в деконструкції повторюється завжди інакше. Особливо це стосується правових текстів, повторення яких не гарантує трансляції незмінного смислу, а є новим смислотворенням. Однак, на відміну від Є. Булигіна, з неможливості редукції множинності значень Ж. Дерріда не виводить неможливість комунікації, навпаки, нередукована множинність і завжди наявна можливість творення нового смислу є складовими етики дискурсу. За його словами, множинність значення поняття логіки «не означає, що комунікація стає нелогічною чи неможливою, кожна комунікація завжди може мати в диспозиції логіку комунікації й має її. Просто логіка деконструкції повинна бути завжди новою, іншою, залежно від комунікативних передумов, за яких здійснюється деконструкція» [14].

Тому концепція Є. Булигіна є або неметафізичною (не дає можливості зафіксувати немовний математичний компонент у праві) і тоді не відповідає власному змісту – запереченню множинності значень нормативних формулювань, або ж є метафізичною і тоді не відповідає декларованому нею дескриптивному характеру істинних правових висловлювань, а виявляється прескриптивною, будучи позбавленою можливості розмежувати нормативні формулювання й норми.

Важливим внеском у формування епістемологічної проблематики є поняття правової істини, запропоноване порівняльно-правовим функціоналізмом – парадигмою, що являла собою методологічний образ цієї дисципліни у XX ст. Однією з концептуалізацій порівняльно-правового функціоналізму й постає ствердження істини-у-праві, тобто істини, що експліцитно сприймається в якості правового знання.

Як зазначає відомий опонент функціоналізму, франко-канадський компаративіст П. Легран, під істиною стверджується не емпірично верифіковане твердження про факти, а істинність права. Остання у свою чергу засновується на переконанні, що право може бути визначене в якості правильного, коректного чи кращого. Іншими словами, можна говорити про існування правильного права як опозиції іншому праву, яке, відповідно, є неправильним чи некоректним, помилковим. З огляду на це «основним епістемологічним припущенням ортодоксального (функціоналістського – *О. Т.*) порівняльного правознавства є істина-як-правильність» [21, с. 397].

При цьому, будучи найбільш оптимальним правовим рішенням для певного часу й місця [19, с. 28], функціоналістська концепція істини виступає проектом сцієнтифікації права, перетворення порівняльного правознавства на універсальну правову науку. Необхідною умовою істинності права стверджується покладення краю національній обмеженості правового мислення [19, с. 28]. Істина як «правильність», «кращість» права може виникати лише поза будь-яким зв'язком із місцевим правовим знанням. Істина як «краще право» уникає будь-якого місцевого виміру, воно знаходиться у сфері, розміщеній за межами будь-якого національного права. Воно в цьому розумінні є трансцендентальним» [21, с. 399].

Трансцендентальність як істиннісний ефект правового порівняння в епістемологічному плані означає перехід із прескриптивної до дескриптивної перспективи осмислення права. Істиною не є прескрипція, оскільки «краще право» в якості правової істини не є національним правом, нормативним порядком регулювання. Істиною «краще право» може виступати саме як результат функціоналістського правового порівняння, яке, за словами його фундатора, австрійсько-німецького вченого Е. Рабеля, переслідує мету «зробити мову права визначеною й ефективною» [20, с. 198].

«Краще право» стає істиною саме через те, що функціоналістське порівняння дозволяє робити щодо нього дескриптивні висловлювання, об'єктивізує його. Тобто «краще право» є істиною в якості результату конструктивної діяльності порівняльноправового функціоналізму з побудови власної мови – «системи нейтральних понять, яка має свій особливий словник і синтаксис» [22, с. 372]. Як підкреслює О. Халабуденко, значущий ефект застосування функціонального методу-принципу полягає в тому твердженні, що достатньою підставою науки порівняльного правознавства є не правові норми, а правові проблеми, які можуть бути описані в поняттях, спільних для порівнюваних правових систем. Таким чином, «результат порівняльного правознавства виражається не в нормативній, а в понятійній формі» [18, с. 243].

Таким результатом порівняльно-правового функціоналізму й постає істина в якості кращого права, яке й припускається існуючим виключно у формі сформульованих ним деконтекстуалізованих понять, тобто понять, які б розглядалися як техніка вирішення проблем і безпосередньо співвідносилися з функцією, спільною для всіх правових інститутів.

Останньою ми розглянемо концепцію істини вітчизняного філософа права О. Стовби. Вона пропонується як вихід із глухого методологічного кута, у якому опинилася юриспруденція, який, на думку вченого, полягає у відмові останній у доступі до дійсності й оголошенні її чисто прескриптивною дисципліною [9, с. 105].

Вчений прагне ствердити можливість у правознавстві дескриптивних висловлювань, тобто обґрунтувати юриспруденцію як онтологію – вчення про реальність як таку, існуючу у власній сутності, а не лише як епістемологію – право як таке, що існує в якості структур мислення. Для цього необхідно довести, що право є чимось більшим за наші уявлення про нього, що воно перевершує конструкції правового мислення, що в ньому є щось, що непідвладне мисленню, не є створеним мисленням і не може змінюватися ним.

Легітимність правових дескрипцій О. Стовба виводить із дуалістичної природи правової реальності. Для характеристики змісту цього дуалізму він запозичує схему поділу останньої на «данності» й «заданості» німецького філософа права Е. Фехнера. «Данності» – це суще, яке створене людиною: закони, судові рішення, угоди, юридичні інститути тощо. «Заданості» – це ті загальні закономірності у сфері права, які існували незалежно від волі людини й не могли бути змінені жодним свавільним рішенням можновладця. Із цього розмежування виводиться узагальнення, що «правова реальність є комбінацією наших уявлень, виражених у формі класичних джерел права (законів, прецедентів, договорів тощо) і незмінних, об'єктивних заданостей» [9, с. 102].

Із цього онтологічного дуалізму пропонується концептуалізувати дуалізм епістемологічний. Іншими словами, стверджується, що одна концепція істини не охоплює собою весь феномен права і що істина у сфері данностей не є тотожною істині у сфері заданостей. Така двоїстість істини екстраполюється з філософії М. Гайдеггера, який виокремлював істину європейської метафізики – ***veritas*** та істину в більш початковому й більш відповідному до природи філософії значенні, тому значенні, яке ще було явним у досократичній філософії, – ***ἀλετεια*** (явленості сущого в неприхованості його буття).

Істиною у сфері правових данностей є veritas – судження про суще, яке висловлюється на основі уніфікованих критеріїв, які працюють із тією інформацією про досліджуваний феномен, яку отримано в ході формалізованої процедури доказування [9, с. 104]. Таке розуміння істини проголошується традиційним для правознавства, а сфера її застосовності локалізується межами догматичної юриспруденції.

Істина як ***ἀλετεια*** у свою чергу локалізується сферою правових заданостей. Для останньої конститутивним є переконання, що людина не здатна створити істину, а завдання правової науки «полягає у виявленні будь-якого сущого у відповідному йому способі буття. Специфікою подібного підходу є те, що мірою будь-якого судження про суще є саме це суще в його бутті, а не певні зовнішні щодо нього критерії» [9, с. 104].

Обґрунтування можливості й формалізація змісту відокремлення в межах правознавства істини-veritas та істини-ἀλετεια є надзвичайно важливим, це без перебільшення основна проблема правознавства як філософського дискурсу. Однак зміст такого відокремлення є іншим від запропонованого О. Стовбою. Про це ми зазначимо нижче. Наразі ж дозволимо собі ствердити, що концепція ἀλετεια О. Стовби, незважаючи на експліцитне посилання на філософію М. Гайдеггера, жодним чином з останньою не пов'язана в смисловому розумінні, а замість цього простежується її ідейний зв'язок із феноменологією апріорних основ цивільного права іншого німецького філософа А. Райнаха.

Так само як і О. Стовба, згаданий філософ намагався протидіяти пануючій серед юристів концепції про те, що «всі закони й поняття права є творінням факторів, що породжують право, немає жодного смислу вести мову про якесь їхнє буття, яке було б незалежним від позитивного права» [8, с. 155–156]. А. Райнах вважав, що феноменологія зможе надати праву самостійного філософського значення, сприяючи фіксації незмінного смислового поля, що транслюється без його трансформації, надаючи зміст усім правовим поняттям. Тому «заданості», до яких апелює О. Стовба, виявляються в А. Райнаха специфічними правовими фундаментальними поняттями: «... вони володіють буттям поза сферою позитивно-правового, так само, як числа володіють буттям незалежно від математичної науки. Щодо цих правових утворень значимими є вічні закони, які не залежать від нашого розуміння так само, як закони математики. Позитивне право може переймати їх у свою сферу, воно може й відхилятися від них. Проте навіть там, де вони обертаються на свою протилежність, це не може зачепити їх самих» [8, с. 158].

На наше переконання, ἀλετεια О. Стовби є тотожною апріорним синтетичним основам цивільного права А. Райнаха. Розуміння ж М. Гайдеггером ἀλετεια в якості «нічого сущого» відділене нездоланною безоднею від феноменологічної інтерпретації кантіанських апріорних синтетичних суджень.

Основною проблемою всіх розглянутих вище концепцій істини є те, що у світлі сучасної епохи подолання метафізики між ними немає відмінностей філософсько-методологічного характеру, вони є лише змістовними варіаціями єдиної метафізичної концепції істини як відповідності інтелекту сущому. Вимога такої відповідності є інваріантною, варіативними є лише інтерпретації цього сущого: в концепції М. Тарасова таким сущим постають юридичні конструкції; в міркуваннях Є. Булигіна – нормативні формулювання; у порівняльно-правовому функціоналізмі – не пов'язані з контекстом національного права нейтральні поняття, що безпосередньо фіксують спрямованість правових норм різних країн на здійснення єдиної функції; у теорії онтологічного дуалізму О. Стовби таким сущим для істини-veritas є правові норми, а для істини-ἀλετεια – фундаментальні правові феномени, що виступають апріорними й незмінними основами правопорядку.

Усі вказані концептуалізації правової істини відтворюють метафізичну інтерпретацію логосу в якості логіки. У цьому аспекті потребує суттєвого уточнення й досі домінуюча позиція, згідно з якою методологічно некоректною є аргументація істинності наукових положень їх логічними характеристиками. Зміст уточнення полягає в тому, що в межах метафізичного стилю філософського мислення логіка дійсно не може розглядатися на предмет її відповідності до дійсності, проте лише тому, що вона сама й є вимогою такої відповідності. Метафізичний логос і є істиною.

Підміняючи собою мислення, логіка в метафізиці розглядається як математичне, звільнене від впливу граматичного. Осмислення цього є однією з основних рубрик філософії Ж. Дерріди. Він продемонстрував: «Фігура метафізики полягає в тому, що те, що в логосі відсутнє (про що йде мова), повинне перетворитися на наявне за допомогою наявного (слів, знаків). Тобто наявність знаків стає наявною присутністю для іншого. Ідея знаку засновується на опозиції наявності й відсутності. У метафізиці ця опозиція симетрична» [14].

У метафізиці суще й є таким «неграматичним референтом», простором стаціонарного смислу, на який мова може лише вказувати, проте який є онтологічно відмінним від мови, будучи значенням, що ніколи не перетворюється на знак. Кожна з аналізованих концепцій істини так само передбачає власну, зазначену вище інтерпретацію сущого в якості такого «неграматичного референта», на який вказує мова правових текстів і правових висловлювань.

З огляду на це сформулюємо питання й дозволимо його кваліфікувати як одне з основних питань правознавства: чи може правове мислення не засновуватися на цій фігурі метафізики, тобто чи може воно бути неметафізичним? Це питання про можливість та умови концептуалізації в праві некореспондентної концепції істини і, відповідно, залучення правознавства до проекту подолання метафізики.

Вирішенню цього питання цілком може сприяти розмежування істини-veritas і істини-ἀλετεια. Однак воно має бути наповненим змістом, відмінним від запропонованого О. Стовбою. Замість опозиції прескриптивного й дескриптивного в праві постметафізична перспектива осмислення істини дозволяє припустити опозицію veritas та ἀλετεια як асиметричну (тобто таку, що не вміщується в межі традиційної онтології) опозицію, відповідно, прескриптивного й дейктичного. Останнє, за словами Х. Гумбрехта, є фіксацією моменту інтелектуальної складності, жестом, який вказує на випадки, де складність згущається особливо сильно [4, с. 99–100].

Ἀλετεια як дейксис, як продукування інтелектуальної складності принципово відповідає природі філософського дослідження, як вона сформульована М. Гайдеггером: «Філософське дослідження згідно зі своїм буттєвим характером є те, що один «час» ... ніколи не зможе запозичити з іншого «часу»; проте філософським дослідженням є також і те, що ніколи не захоче виступити з вимогою бути здатним вилучити з прийдешніх часів тягар і турботу радикально запитування.... Можливість впливу філософського дослідження, що стало минулим, на власне майбутнє не може укладатися в результати як такі, проте засновується в досягнутій і конкретно розробленій споконвічності запитування, за допомогою якого воно здатне завжди стати в якості *проблемо-породжуючого*[2] зразка знову теперішнім» [17, с. 48–49].

Відповідно, дослідження стає філософським саме як *проблемо-породжуюче*, тобто як таке, що не відсилає до якогось незмінного смислу, забезпечуючи його трансляцію, а навпаки, здатне порвати зі смислом, який штучно наділяється атрибутами позачасовості, здатне стати на одному рівні з вимогою творення нових смислів, власне, здатне з прескриптивного (тобто такого, що є вірним вже існуючому смислу як обов'язковому) трансформуватися в дейктичне. Філософський дейксис з огляду на це для нас і постає усвідомленням того, що «в говорінні мови, яке завжди відбувається згідно з буттєвим посиланням долі, буття сущого по-різному відноситься до нас, тобто по-різному до нас звертається» [16, с. 163–164].

У контексті всього зазначеного вище для питання про локалізацію *veritas* і ἀλετεια в межах правознавства як питання про структуру його інтелектуаль-

[2] Виділено мною – *О.Т.*

ного простору особливого значення набуває формалізація французьким епістемологом А. Бадью філософії як переходу між процедурною дієвістю істин і незалежним питанням їх часового буття [1, с. 19].

Для розуміння в правознавстві істини-ἀλετεια як дейксису першочергове значення має запропоноване цим філософом розуміння істини як «підвішеного до події нескінченного творення, незвідного до встановлених знань» [1, с. 49], згідно з яким істина як процес бере свій початок із рішення «будувати свої відносини із ситуацією з точки зору подійного поповнення» [2, с. 65]. Відповідно, істина завжди засвідчує в ситуації неспроможність, яка й складає її буття, виступає іманентним розривом, оскільки, діючи виключно в ситуації, істина не піддається осмисленню в межах наявного знання, є для нього чужорідною.

Основним епістемологічним орієнтиром правознавства стає необхідність побудови доктрини істини, сумісної з неминучою множинністю *буття-як-буття,* доктрини, яка б розглядала істину лише як особливе творення множинності. Це передбачає правову перспективу розгляду саме *буття-як-буття,* а не *буття-як-сущого*, тобто правову перспективу подолання метафізики, оскільки «продумати буття без сущого означає продумати буття без озирання на метафізику» [15, с. 406].

Постметафізична перспектива осмислення правової істини передбачає втрату *veritas* епістемологічного статусу. Будучи локалізованою в межах догматичної юриспруденції, вона спрямовується на семантичну континуальність, визначеність, незмінність та єдність правових смислів, їх субстантивацію й об'єктивацію, розглядаючи правові смисли-конструкції як онтологічні інваріанти. Однак все це наразі не може бути дотичним процесуальній природі істини, оскільки «доки відбувається те, що відповідає правилам деякого стану речей, можливе, звісно, пізнання, правильні висловлювання, накопичення знань, неможлива тут істина» [1, с. 16–17].

Це дає можливість сформувати ключове питання нашого дослідження: що в правознавстві може виступати процедурою істини – ἀλετεια-дейксисом як проблемопороджуючим образом мислення, націленим на неспроможність правового смислу як на його буття?

На наш погляд, для формування постметафізичного образу правової істини-ἀλετεια надзвичайну важливість мають погляди Т. Керімова, який сферу буття-як-буття розглядає як простір *«між»*[3]. Він говорить, що *між* володіє прикметною властивістю: «Тягне за собою неможливу сингуляризацію, яка не може бути привласнена. Сингулярність є деяке між, дещо проміжне. Сингулярність – це не точкова, перервна даність, але й не безперервна даність. Вона нічого не покладає, нею нічого не покладається, лише відмінність: сингулярність є не результатом розрізнення, а самим розрізненням; точка як уточнення. ... Відповідно, між не існує, воно відбувається. Між – це інстанція події, подійності» [5, с. 190].

Сферою права-як-філософії й є сфера сингулярності власного права, яка не засвідчує його ідентичності, вислизаючої сингулярності, яка не дозволяє встановити

[3] Рос. – между.

будь-який наявний правовий смисл як об'єкт філософії, яка окреслює буття власного права (а отже, і власне буття) як розрізнення, процедуру мислення, яка для того щоб відбутися, повинна постійно не співпадати із самою собою.

А якщо право-як-філософія є негативною сингуляризацією власного права, тоді правова істина стає процедурою в просторі між власним правом та іншим, процедурою правового порівняння в його постметафізичній інтерпретації, відмінній від традиційної [12; 13]. Розуміння правової істини як процедури правового порівняння є сумірним з гайдеггерівським розумінням істини як ἀλετεια. Остання є причетною буттю-як-буттю (як ніщо сущого), а між, у тому числі між правопорядками, «є ніщо само по собі. І не просто ніщо, а наявність місця[4], умова, завдяки якій ми завжди знаходимо себе між і поміж» [5, с. 190–191]. М. Гайдеггер і вказував на ***наявність місця*** як на «власне єство буття, те, куди воно належить і в чому воно міститься» [15, с. 396–397].

Правове порівняння в якості правової істини-ἀλετεια розглядає простір між правопорядками як буття власного права, тобто як джерело неспроможності його правових смислів і сферу проблемо-породжуючого мислення. У цьому розумінні інше право не є референтом, воно є тим зовнішнім, яке дозволяє забезпечувати нескінчене вислизання значення власного права, а останнє й є єдиною можливою постметафізичною маніфестацією його існування – власне право існує, якщо воно може стати іншим, й адаптувало механізм власної трансформації. Можливість звернення до іншого права (тут варто підкреслити: не інше право, а саме можливість звернення до нього) постає механізмом перевершення наявного смислового поля власного права, але не досягнення смислового поля права іншого. Рух за схемою «долаючи одне, але ніколи не доходячи до іншого» [5, с. 191] – це гомерівське коло мислення, яке є процедурою істини-ἀλετεια, можливістю виходу за межі власного права як сущого у сферу його ніщо, як можливості бути іншим щодо себе, відмінним. Можливість існування іншого права дозволяє розглядати його дейктичну епістемологію щодо власного права й відображення його темпоральності – можливість звернення до іншого права є модусом майбутнього власного права в екстатичній структурі правового часу. Відповідно, правове порівняння центрує в собі процедуру істини-ἀλετεια, дейктичний образ мислення та екстатичну темпоральність, уособлюючи простір права-як-філософії.

У світлі всього вказаного вище структура інтелектуального простору правознавства виявляється представленою сферою наявного смислу, представленою механізмами забезпечення його самототожності і трансляції – тобто догматичною юриспруденцією і сферою правового порівняння (права-як-філософії), яка не фіксує жодного наявного смислу, а забезпечує прирощення смислового поля. Правова істина локалізована лише в другій сфері, являючи собою ἀλετεια – процедуру дейксису як розгляду права у світлі ніщо його сущого, буття як нескінченної неспроможності будь-якого наявного правового смислу. Співвідношення між цими двома сферами допустимо розглядати як співвідношення онтології метафізики (догматична юриспруденція) та фундаментальної онтології (правове порівняння як процедура істини).

[4] Рос. – имение места.

Література

1. Бадью А. Манифест философии / А. Бадью ; сост. и пер. с франц. В.Е. Лапицкого. – СПб. : Machina, 2003. – С. 9–72.
2. Бадью А. Этика: очерк о сознании зла / А. Бадью ; пер. с франц. В.Е. Лапицкого. – СПб. : Machina, 2006. – 126 с.
3. Булыгин Е. К проблеме объективности права / Е. Булыгин // Проблеми філософії права. – 2005. – Т. III. – № 1–2. – С. 7–13.
4. Гумбрехт Х. Производство присутствия: чего не может передать значение / Х. Гумбрехт ; пер. с англ. С. Зенкина. – М. : Новое литературное обозрение, 2006. – 184 с.
5. Керимов Т. Неразрешимости / Т. Керимов. – М. : Академический Проект ; Трикста, 2007. – 218 с.
6. Крипке С. Витгенштейн о правилах и индивидуальном языке / С. Крипке. – М. : «Канон Плюс», 2010. – 256 с.
7. Михайлов А. Генезис континентальной юридической догматики : [монография] / А. Михайлов. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 496 с.
8. Райнах А. Априорные основания гражданского права / А. Райнах // Собрание сочинений : пер. с нем., сост., послесл. и коммент. В. Куренного. – М. : Дом интеллектуальной книги, 2001. – С. 153–326.
9. Стовба О. Істина як онтологічний фундамент юриспруденції / О. Стовба // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 101–106.
10. Тарасов Н. Методологические проблемы современного правоведения : дис. докт. юрид. наук : 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Н. Тарасов. Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург. 2002. – 344 с.
11. Тарасов Н. Истина в юридическом исследовании: некоторые методологические проблемы / Н. Тарасов // Академический юридический журнал. – 2000. – № 1. – С. 4–15.
12. Ткаченко О. Концепт порівняння як конституанта постметафізичного правового мислення: досвід епістемологічних трансформацій / О. Ткаченко // Право України. – 2013. – № 3–4. – С. 39–48.
13. Ткаченко О. Постметафізична інтерпретація tertium comparationis – конституант права-як-філософії / О. Ткаченко // Порівняльне правознавство. – 2012. – № 3–4. – С. 421–427.
14. Франк Х. Деконструкция логики – логика деконструкции? / Х. Франк // Герменевтика и деконструкция / под ред. В. Штегмайера, Х. Франка, Б.В. Маркова. – СПб., 1999. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.anthropology.ru/ru/texts/gathered/hermdec/index.html.
15. Хайдеггер М. Время и бытие / М. Хайдеггер // Время и бытие: статьи и выступления / М. Хайдеггер. – пер. с нем. – М. : Республика, 1993. – С. 391–406.
16. Хайдеггер М. Положение об основании. Статьи и фрагменты / М. Хайдеггер. – пер. с нем. – СПб. : Лаборатория метафизических исследований философского факультета СПбГУ, 1999. – 292 с.
17. Халабуденко О. Конструкція і деконструкція в контексті порівняльного правознавства / О. Халабуденко // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1–2. – С. 242–248.
18. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт. пер.с нем. – М. : Международные отношения, 2000 – . – Т. 1. : Основы. – 2000. – 480 с.
19. Хайдеггер М. Феноменологические интерпретации Аристотеля (Экспозиция герменевтической ситуации) / М. Хайдеггер. – СПб. : ИЦ «Гуманитарная Академия», 2012. – 269 с.
20. Gerber D. Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language / D. Gerber // Rethinking the masters of comparative law / ed. by A. Riles. – Portland : Hart Publishing, 2001. – P. 190–208.
21. Legrand P. Comparative legal studies and the matter of authenticity / P. Legrand // The Journal of Comparative Law. – 2006. – Vol. 1. – Is. 2. – P. 365–460.
22. Michaels R. The functional method of comparative law / R. Michaels // The Oxford handbook of comparative law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. – Oxford : Oxford University Press, 2006. – P. 339–382.

Анотація

Ткаченко О. В. **Істина як проблема структурування постметафізичного простору правознавства.** – Стаття.

У статті аналізується можливість формалізації некореспондентної концепції правової істини, яка б засвідчувала перетворення філософії права на право-як-філософію в межах загальної орієнтації європейської раціональності на подолання метафізики.

Ключові слова: постметафізика, кореспондентна концепція істини, правове порівняння, істина-ἀλετεια, право-як-філософія.

Аннотация

Ткаченко А. В. **Истина как проблема структурирования постметафизического пространства правоведения.** – Статья.

В статье анализируется возможность формализации некорреспондентной концепции истины, которая б засвидетельствовала превращение философии права в право-как-философию в пределах общей ориентации европейской рациональности на преодоление метафизики.

Ключевые слова: постметафизика, корреспондентная концепция истины, правовое сравнение, истина-ἀλετεια, право-как-философия.

Summary

Tkachenko O. V. **Truth as a problem of structuring of postmetaphysic space of jurisprudence.** – Article.

In the article possibility of formalization of noncorrespond theory of truth is analyzed. Such theory could indicate transformation philosophy of law on law-as-philosophy within the orientation of overcoming of metaphysic.

Key words: postmetaphysic, correspond theory of truth, legal comparison, truth-ἀλετεια, law-as-philosophy.

УДК 342.7:327(478)

Т. М. Заворотченко

ВИКОРИСТАННЯ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ПІД ЧАС ОХОРОНИ Й ЗАХИСТУ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН

Конституційне поняття «визнання, дотримання та захист» зосереджує увагу на діяльності держави щодо реалізації прав і свобод людини та громадянина. Очевидно, що вказані поняття істотно відрізняються за своїм змістом та сенсом, що дозволяє визначити їх як взаємодоповнюючі. Однак лише в поєднанні вони здатні забезпечити найбільш повну реалізацію громадянином свого виборчого права. Актуальність вивчення проблеми використання зарубіжного досвіду під час охорони й захисту виборчих прав громадян обумовлена необхідністю вивчення особливостей виборчого законодавства в країнах світу.

Використання зарубіжного досвіду під час охорони й захисту виборчих прав громадян уже було предметом досліджень окремих авторів. Епізодичні відомості із цієї проблеми наводяться в публікаціях загального характеру про політичні права й свободи людини та громадянина А.В. Васіна, О.В. Лебедєва та деяких інших. Необхідно відзначити кандидатську дисертацію М.В. Зайцевої, у якій визначено способи й методи захисту політичних прав і свобод громадян. Дослідження дозволяє проаналізувати історію розвитку й існування захисту політичних прав і свобод. Дисертація В.О. Конова комплексно досліджує правові основи обмеження політичних прав і сво-

© Т. М. Заворотченко, 2014

бод громадян із застосуванням порівняльно-правового аналізу. Проте вищевказаними правниками не було здійснено дослідження саме використання зарубіжного досвіду під час охорони й захисту виборчих прав громадян у контексті конституційно-правового регулювання охорони й захисту виборчих прав громадян.

Метою статті є аналіз досвіду зарубіжних країн під час охорони й захисту виборчих прав громадян у таких країнах, як США, Канада, держави Західної Європи, а також здійснення науково-практичного аналізу поняття охорони й захисту виборчих прав громадян та з'ясування сенсу застосування цих термінів у публічному законодавстві. Ставимо такі завдання під час виконання наукового дослідження: 1) здійснення розмежування понять «виборче правопорушення» та «виборчий злочин»; 2) відокремлення проблеми використання зарубіжного досвіду під час охорони й захисту виборчих прав громадян від проблеми конституційно-правового регулювання охорони й захисту виборчих прав громадян; 3) дослідження різних форм та методів захисту виборчих прав громадян.

Наукова новизна статті полягає в обґрунтуванні того, що в нашій державі повинна бути гарантованою пріоритетність захисту виборчих прав громадян, а також у визначенні того, що в результатах виборів матеріалізується волевиявлення громадян і що саме вони є кінцевим продуктом реалізації їх виборчих прав. Якщо такі гарантії не сформульовані в законі та не дотримуються судами й виборчими комісіями, то неминуче складаються механізми, які дозволяють маніпулювати результатами виборів всупереч волевиявленню виборців.

Під час вирішення завдань дослідження необхідно опиратися на зарубіжний досвід правового регулювання охорони й захисту виборчих прав громадян. Зазвичай прийнято розглядати в якості пріоритету в цій області такі країни, як США, Канада, держави Західної Європи, де інститути демократії добре розвинені, мають давню історію й традиції. Однак є досить цікавим і певною мірою повчальним приклад країн молодої демократії, який слід враховувати для того, щоб опанувати їх досвід для вдосконалення молодої виборчої системи, механізму охорони й захисту виборчих прав громадян. Саме з цієї позиції дослідження спробуємо зробити аналіз маловивченого в нас виборчого досвіду держав Латинської Америки [1, с. 21]. Характерною особливістю виборчого права країн Латинської Америки є вивчення охоронних норм, що встановлюють відповідальність за порушення законного порядку щодо проведення виборів, згідно з текстом виборчих нормативних правових актів. Деяку специфіку складає виборче право в Сальвадорі, де разом із нормами, які регулюють відповідальність за порушення виборчих правовідносин, також присутні й відсильні норми, які вказують на застосування кримінальних та адміністративних санкцій [2, с. 94].

Регулюючи виборчі правовідносини, а також відповідальність за їх порушення, законодавство країн Латинської Америки розвивається за двома напрямами, які нам вдалося виявити під час виконання дослідження. Одним із цікавих напрямів є характерний для виборчого права Гватемали. Тут законодавець встановлює досить загальне регулювання виборчих відносин, а також санкцій у зв'язку з порушенням порядку проведення виборів. Закон вводить поняття «виборчий злочин» і «виборче правопорушення», встановлюючи за них різні санкції, однак не вказує перелік

виборчих правопорушень, конкретних санкцій за них та умов притягнення до відповідальності винних осіб. У цьому сенсі виборче українське законодавство знаходиться в пріоритеті щодо захисту виборчих прав громадян [3, с. 11].

Злочином згідно з виборчим законодавством Гватемали визнається винна дія або бездіяльність, вчинена з метою порушення звичайного процесу виборів, зробити неможливим або ускладнити голосування, підмінити результати виборів. Санкція у вигляді позбавлення волі на строк від 6 місяців до 6 років встановлена за вчинення виборчого злочину.

Виборчим правопорушенням визнається менш істотне порушення виборчого законодавства, яке не є виборчим злочином. За виборче правопорушення передбачена санкція у вигляді арешту (короткострокового позбавлення волі) на строк від 10 до 60 діб.

Інший напрям оформився в Нікарагуа, Коста-Риці, Гондурасі, Сальвадорі, Панамі та деяких інших країнах регіону. Особливістю їх їхнього виборчого права є досить детальна регламентація виборчих правовідносин, які виникають у результаті порушення законів про вибори. Закони про вибори мають спеціальні розділи, де встановлено склад та основні ознаки правопорушень, що можуть бути здійснені на будь-якій стадії виборчого процесу, вказується коло осіб, на яких покладається відповідальність за їх здійснення, а також встановлено санкції, основні й додаткові, за конкретні здійснені правопорушення.

На нашу думку, важливими правовими порушеннями у процесі виборчої кампанії є правопорушення, що зневажають встановлений порядок формування й діяльності виборчих комісій. Ступінь суспільної небезпеки чинних правових порушень досить високий, оскільки наслідком їх здійснення є вірогідність визнання виборів недійсними, що може стати реальністю. Це пояснює наявність досить жорстких санкцій за цей вид порушень у процесі виборів. Більшість країн Латинської групи встановлює найбільш жорсткі санкції за здійснення правових порушень цієї категорії посадовими особами, однак схожі норми в деяких країнах діють також щодо не посадових осіб, а простих громадян. В Україні виборці також можуть нести правову відповідальність за виборчі правопорушення, проте вона значно м'якша. В якості прикладу можна вказати на правопорушення, передбачені виборчим законодавством Коста-Рики [4], які караються позбавленням волі строком від двох до восьми років. Крім того, відповідальність за здійснення відповідного правового порушення покладається й на посадових осіб вищих виборчих комісій. Деякі країни, крім установлення відповідальності за вказані правові порушення, виокремлюють додаткові склади правових порушень, які перешкоджають або ускладнюють звичайну діяльність виборчих комісій. Наприклад, виборче законодавство Нікарагуа [5] і Панами [6] у вигляді такого додаткового складу правового порушення вказує на відмову члена комісії від обов'язків зі збору голосів без поважних причин або неявку члена виборчої комісії в призначений час для виконання своїх службових обов'язків. Так, у Нікарагуа це правопорушення карається позбавленням волі від 1 до 2 років, а в Панамі відповідальність більш м'яка, порушник карається арештом строком на 24 години або грошовим штрафом від 20 до 500 тисяч одиниць у місцевій валюті (бальбоа).

Своєю специфікою відрізняється склад правового порушення проти порядку комплектування виборчих комісій, характерний для виборного права в Сальвадорі [7]. Там встановлена санкція за неподання кандидатів для включення до територіальної виборчої комісії. Під санкцію в цьому випадку підпадають посадові особи державних органів влади, ректори інститутів та університетів, лідери профспілок, директори приватних підприємств та інші посадові особи, які зобов'язані згідно закону надати кандидатів до виборчих комісій. У цьому випадку їм загрожує штраф від тисячі до десяти тисяч колонів.

Більш розповсюдженим правовим порушенням проти порядку формування й роботи виборчих комісій із боку громадян вважається недотримання законних вимог виборчих комісій. Санкції за подібні правові порушення встановлені у виборчих законах усіх країн, які нами досліджуються. Найбільш жорсткі заходи відповідальності за ці порушення передбачені в Гондурасі [8] його законодавством. Так, винна особа може каратися позбавленням волі на строк до 6 років та накладанням заборони працювати державним службовцем протягом 1 року після закінчення строку основного покарання.

Іншою за ступенем публічної небезпеки категорією правових порушень вважаються правопорушення проти порядку встановленої реєстрації виборців. Великий ступінь публічної небезпеки правових порушень цієї категорії пояснюється тим, що в результаті їх здійснення громадяни позбавляються можливості реалізувати своє виборче право. Аналогічно, як і правові порушення проти встановленого порядку формування й діяльності виборчих комісій, правові порушення проти порядку реєстрації виборців класифікуються на посадові (вчинені посадовими особами) та приватні, які здійснюються громадянами.

Розглядаючи посадові правопорушення проти порядку реєстрації виборців, необхідно відзначити, що посадовими особами, які залучаються до відповідальності за вказані правові порушення, є не лише члени виборчих комісій, але й інші державні службовці, і навіть приватні особи, на яких відповідно до закону покладено виконання деяких публічних обов'язків. Нариклад, можна вказати на відмову нотаріуса від свідчення юридичних фактів під час проведення виборчих кампаній. Відповідальність за вчинення такого роду правопорушень передбачена, наприклад, виборчим правом Гондурасу із санкцією в 50 лемпір.

Ще одним видом правових порушень, відповідальність за які встановлена виборчим правом країн Латинської Америки, є правові порушення проти порядку висування кандидатів на виборні посади. Суспільна небезпека правових порушень цього виду полягає в тому, що під час їх учинення порушується конституційне право громадян, які можуть бути обрані на виборні посади в державі. На нашу думку, є можливими наступні склади правових порушень у цих країнах: 1) перешкоджання висуванню громадянином своєї кандидатури на виборах. Санкція за правопорушення передбачена законодавством Панами. Покарання встановлено у вигляді штрафу до 50 тисяч бальбоа та позбавлення волі строком від 1 до 12 місяців. Додатковим видом покарання слугує призупинення громадянських прав на строк від 1 до 2 років та заборона займати публічні посади на той самий строк; 2) включення громадянина до списку кандидатів без його згоди. Санкція за вчи-

нення такого правового порушення встановлена законом Гондурасу у вигляді штрафу в 500 лемпір; 3) примус громадянина поставити підпис у підписному листі на підтримку певного кандидата. Це правопорушення передбачено законодавством Нікарагуа. Санкція встановлена у вигляді позбавлення волі на строк від 6 до 12 місяців; 4) давання хабара громадянину за висування або зняття ним своєї кандидатури на виборах. Отримання хабара, а також посередництво в даванні хабара. Відповідальність за таке правопорушення встановлена законодавством Панами й Белізу. Під хабаром розуміється передача або обіцянка передачі громадянину грошей, цінностей, а також іншого майна, надання йому роботи або обіцянка її надати. При цьому в Белізі не вважається хабаром передача майна на суму менше 4 доларів. У Панамі таке обмеження не встановлене; 5) більш сувора санкція за вчинення подібного роду правопорушення встановлена в Панамі – позбавлення волі на строк від 2 місяців до 3 років. У Белізі винна особа піддається штрафу в 500 доларів та позбавляється свободи на строк до одного року або без такого. Однак у Белізі, якщо порушник є посадовою особою, крім основного покарання до нього призначаються додаткові види покарань, наприклад, позбавлення права бути обраним депутатом до Національної Асамблеї протягом 7 років та позбавлення активного виборчого права на такий же строк [9, с. 4].

Виборчим правом усіх вищевказаних держав Латинської Америки більш докладно розроблено норми, які стосуються правових порушень проти порядку проведення передвиборної агітації. Обумовлено це тим, що акції, які проводяться в межах передвиборної агітації, надають ініціаторам таких заходів великі можливості впливу на електоральну думку. У цьому випадку порушення порядку проведення таких акцій збільшує ступінь протиправного впливу на охоронювані законом права й інтереси громадян.

Порушення порядку проведення виборної агітації також можна розділити на посадові правові порушення та правопорушення, здійснені приватними особами. Основними складовими посадових правових порушень, які відбуваються в процесі виборчих кампаній, є зловживання посадовим становищем, а також незаконне використання державного майна для передвиборної агітації особи, яка обіймає цю посаду. В якості прикладу цих правових порушень можна вказати такі: 1) зловживання державним службовцем своїм становищем із метою примусу підпорядкованих йому осіб до участі в передвиборних акціях для підтримки певного кандидата, або для примусу підпорядкованих осіб перешкоджати кому-небудь із кандидатів у проведенні передвиборних заходів. Такі правопорушення відомі виборчому праву в Белізі, Коста-Риці, Панамі. Наприклад, у Панамі встановлено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 2 місяців до 3 років; 2) склад правопорушення у вигляді проведення агітації в державних установах або використання державного майна для цілей виборчої агітації, за які передбачено відповідальність законодавством більшості країн, які нами розглядаються. Це правопорушення карається штрафом у всіх державах, крім Нікарагуа. Там вчинення такого правопорушення тягне покарання у вигляді позбавлення волі від 1 до 2 років.

Таким чином, здійснене наукове дослідження, а також запропоновані правові заходи дозволять більш надійно охороняти й результативніше захищати виборчі

права громадян, зменшити вплив адміністративного ресурсу на проведення виборів, закріпити законність і гарантії права обирати й бути обраним до органів державної влади та місцевого самоврядування.

Література

1. Крупышев Д.А. Избирательное право и процесс в государствах Центральной Америки : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право, муниципальное право» / Д.А. Крупышев ; Московский государственный институт международных отношений: – М., 2001. – 177 с.
2. Савицкий П.И. Избирательные системы стран мира, формирование парламентов, выборы президентов : [учеб. пособие] / П.И. Савицкий. – Екатеринбург : Новый мир, 2005. – 260 с.
3. Громова О.Н. Развитие и изменение избирательного законодательства РФ : [учеб. пособие] / О.Н. Громова. – М. : Академия управления МВД России, 2008. – 199 с.
4. Law 8765 of 19 August 2009, Electoral Code of the Republic of Costa Rica // Global Legal Information Network [електроний ресурс]. – Режим доступу : http://www.glin.gov/view.action?glinID=222421. – Состояние на 19.01.2010 г.
5. Electoral Law of Nicaragua // Global Legal Information Network … Nicaragua : Law. – 211 of 8 January 1996 [електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.glin.gov/view.action?glinID=l85553.
6. Electoral Code of Panama // Global Legal Information Network – [електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.glin.gov/view.action?glinID=54416.
7. Electoral Code of the Republic of El Salvador: Legislative Decree 417 of 20 January 1993 // Global Legal Information Network – [електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.glin.gov/view.action?glinID=92834.
8. Law on Elections and Political Organizations of Honduras: Decree 44-2004 of 1 April 2004, // Global Legal Information Network – [електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.glin.gov/view.action?glinID=l03013.
9. Балабанова О.В. Кто и как определяет волю народа / О.В. Балабанова // Авиаград Жуковский. – 2009. – № 11. – С. 4–7.

Анотація

Заворотченко Т. М. **Використання зарубіжного досвіду під час охорони й захисту виборчих прав громадян.** – Стаття.

У статті охарактеризовано правове регулювання охорони й захисту виборчих прав громадян у західних країнах світу. На основі зарубіжного досвіду здійснення охорони й захисту виборчих прав громадян проаналізовано поняття злочину за виборчим законодавством у країнах світу.

Ключові слова: виборче право, охоронні норми, виборчі правовідносини, виборчий злочин, виборче правопорушення.

Аннотация

Заворотченко Т. Н. **Использование зарубежного опыта при охране и защите избирательных прав граждан.** – Статья.

В статье охарактеризовано правовое регулирование охраны и защиты избирательных прав граждан в западных странах мира. На основе зарубежного опыта осуществления охраны и защиты избирательных прав граждан проанализировано понятие преступления в соответствии с избирательным законодательством стран мира.

Ключевые слова: избирательное право, охранные нормы, избирательные правоотношения, избирательное преступление, избирательное правонарушение.

Summary

Zavorotchenko T. M. Using foreign experience in citizen's electoral rights protection. – Article.

This article describes the legal regulation of safety and protection of electoral rights of citizens in Western countries. Based on international experience implementation of conservation and protection of the electoral rights of citizens of the notion of crime under the election laws in the world.

Key words: suffrage, security standards, electoral legal relations, election crime, electoral offenses.

УДК 347.135.477

М. С. Долинська

УКРАЇНСЬКИЙ НОТАРІАТ ТА НОТАРІАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО В ПЕРІОД НАЦІОНАЛЬНИХ ДЕРЖАВОТВОРЧИХ ПРОЦЕСІВ УКРАЇНИ В 1917–1920 РОКАХ

Постановка проблеми. Нотаріат – це правовий інститут, носії якого – нотаріуси – уповноважені державою здійснювати й посвідчувати юридичні акти, надаючи їм публічної сили.

Нотаріат є невід'ємною складовою частиною будь-якої правової системи, він дозволяє державі успішніше здійснювати її правоохоронні, фіскальні й судово-юрисдикційні функції [1, с. 79–80].

Однак недостатньо дослідженими в Україні залишилися проблеми формування системи нотаріату й нотаріального законодавства періоду відродження української державності та значення цього історичного досвіду для розвитку нотаріату в Україні.

Метою статті є аналіз законодавства, що регулювало діяльність українського нотаріату періоду відродження української державності 1917–1920 років, виявлення його проблем й недоліків.

Стан дослідження. Питання історії нотаріату в Україні досліджували багато вітчизняних учених. Слід відзначити праці таких науковців та практиків: В. Баранкова, М. Дякович, Н. Василина, Л. Єфіменко, Ю. Ільїна, В. Комаров, Р. Кочер'янц, В. Степаненко, В. Черниш, Л. Шевчук (Ясінська) та інших. Особливо слід відзначити монографічне дослідження О. Неліна «Інститут нотаріату в Україні: від минувшини до сьогодення». Однак у працях названих науковців недостатньо приділено уваги висвітленню проблем становлення нотаріату та нотаріального законодавства періоду національних державотворчих процесів України в 1917–1920 роках.

Виклад основного матеріалу. Дореволюційний нотаріат забезпечував достеменність широкого кола різноманітних актів. Його постійна затребуваність диктувалася напрацьованою правовою культурою, зокрема, відповідальним ставленням до приватної власності та всіх пов'язаних із нею питань [3, с. 60].

Як стверджує В. Черниш, незважаючи на недоліки, що були в діяльності нотаріату в старій Росії, він у цілому розвивався в період із 1866 року в руслі нового латинського нотаріату [3, с. 52].

Революційним декретом № 1 «Про суд», опублікованим у Росії 24 листопада 1917 року [4], ліквідовано буржуазно-поміщицькі судові органи, інститути судових слідчих, прокурорського нагляду, присяжної та приватної адвокатури, які зберігалися Тимчасовим урядом, та закладено підвалини нового, радянського суду. Тісний зв'язок із ліквідованими судовими органами мав дореволюційний нотаріат, який відігравав суттєву роль у юридичному закріпленні економічного панування буржуазії [5, с. 38]. І хоч не було нічого сказано про скасування Положення про нотаріальну частину, інститут нотаріату в Радянській Росії припинив своє існування [6, с. 25].

© М. С. Долинська, 2014

На думку Л. Шаповалової, Лютнева демократична революція 1917 року не внесла будь-яких серйозних змін до системи й структури нотаріальних органів, сформованих до початку XX століття. Нотаріальне законодавство збереглося спочатку й після приходу до влади більшовиків. При цьому норми старого законодавства могли застосовуватися лише на основі «революційної правосвідомості» [7, с. 56].

Такий стан повної відсутності нотаріальних органів із розподілом їх функцій між іншими установами тривав лише кілька місяців, що, як справедливо зазначає А. Олейнова, з одного боку, свідчило про нездатність вищевказаних органів та організацій виконувати нотаріальні функції, а з іншого – про неприйняття радянським суспільством заміни нотаріусів настільки чисельною кількістю організацій [8, с. 182].

У результаті Жовтневої революції декретами ВЦВК РСФРР «Про скасування спадкування» від 27 квітня 1918 року та «Про дарування» від 20 травня 1918 року фактично було встановлено суцільну націоналізацію нерухомості.

Однак в актах радянської влади нотаріат вперше згадується 23 березня 1918 року, коли Рада народних комісарів Москви й Московської губернії прийняла постанову, якою скасовувала діюче на цей час Положення про нотаріальну частину та вводила нове Положення муніципалізації нотаріальних контор; практично нотаріальні контори припинили свою діяльність. Спочатку замість закритих нотаріальних контор у певних містах створювались нотаріальні відділи при місцевих радах, які очолювали народні нотаріуси. Однак Наркомюст Росії (циркуляром № 9 від 9 грудня 1918 року) запропонував ліквідувати ці відділи, а їхні функції розподілити між іншими органами відповідно до їхньої компетенції (відділами комунального й соціального забезпечення, запису актів громадянського стану, юридичними відділами, місцевими народними суддями). Проте в лютому 1919 року згаданий циркуляр був Наркомюстом призупинений, і було запропоновано за потреби створити нотаріальні столи в містах при судово-слідчих підвідділах губюстів, а в повітах – при місцевих народних судах [5, с. 38–39].

Після Жовтневої революції, особливо в період громадянської війни та інтервенції, необхідність нотаріату як інституту публічного права відпала, оскільки не стало суспільних відносин, які регулювалися ним [9, с. 9–10].

Жовтневі події у Петрограді та проголошення Української Народної Республіки в Києві докорінно змінили долю української державності. Молода держава опинилася віч-на-віч із проблемою невідкладного законодавчого регулювання найважливіших проблем життя країни, створення власної судової системи, правоохоронних і правозахисних органів, збройних сил, повнокровної економіки, фінансової системи, господарської інфраструктури, інституту нотаріату, який завжди відігравав важливу роль у сфері охорони існуючих суспільних відносин, захисту майнових прав та інтересів власників [10, с. 108].

На теренах України залишалися ті ж самі пореформені суди, та сама організація нотаріальної справи. Вітчизняний нотаріат продовжував керуватися переважно нормами Положення про нотаріальну частину 1866 року. Як зауважує М. Кальницький, різниця полягала у відмінності певних дискримінаційних обмежень, що були чинними в правовій системі царської Росії [2, с. 56].

Виданий Центральною радою 7 (20) листопада 1917 року Третій Універсал, проголошуючи утворення Радянської Народної Республіки, встановив, що існуюче право власності на землі поміщицькі та інші землі нетрудових хазяйств сільськогосподарського значення, а також на удільні, монастирські, кабінетські та церковні землі скасовується і що землі ті є власністю всього трудового народу й мають перейти до нього без викупу [11, с. 313].

17 грудня 1917 року було прийнято закон «Про апеляційні суди», яким повністю скасовувалася попередня структура судочинства з усіма судовими палатами та окружними судами, а також супутніми установами (прокуратурою, судом, нотаріатом); натомість запроваджено народні суди й революційні трибунали, а нотаріати перебували в підпорядкуванні апеляційних судів. З огляду на це генеральний секретар судових справ М. Ткаченко в грудні 1917 року поширив циркуляр із вимогою «негайно видати старшому нотареві розпорядження припинити затвердження кріпосних актів на умовах про встановлення або про перехід права власності, застави й іншого речового права на позагородські землі, зайняті ланами та лісами, а нотаріусам – тимчасово припинити розроблення всіх умов на землі приватного та публічного володіння (орендних, лісорубочних тощо)» [2, с. 56–57].

А в цілому в українській державі згідно із законом «Про правонаступництво» від 25 листопада 1917 року залишалися чинними попередні російські закони, у тому числі й нотаріальне Положення 1866 року. Подібна ситуація спостерігається й на подальших етапах існування української держави (період гетьманату П. Скоропадського та Директорії). Частково змінились лише правила щодо призначення нотаріусів на посаду.

З утворенням у грудні 1917 року в Харкові Української Соціалістичної Радянської Республіки (УСРР), що повністю йшла у фарватері Російської Федерації, сліпо переносячи її законодавство на український ґрунт, правове регулювання нотаріальної сфери різко змінилося [10, с. 108].

Постановою Народного секретаріату України (так називався перший Радянський уряд України) від 4 січня 1918 року «Про введення народного суду» вказувалося на ліквідацію, поряд з іншими, й інституту нотаріату [12].

За часів Української держави гетьмана П. Скоропадського гетьманською грамотою від 29 квітня 1918 року скасовувалися розпорядження уряду Української Народної Республіки, які порушували право приватної власності, та встановлювалась свобода купівлі-продажу землі, а за часів Директорії в основу моделі судової системи було покладено принципи дореволюційної Росії [13, с. 481].

У перші роки після перевороту, у період громадянської війни, цивільний оборот у країні був незначним, тому нотаріальна діяльність не набула суттєвого розвитку.

В Українській державі джерелом права були звичаї, законодавчі акти Центральної ради, гетьмана П. Скоропадського, а також акти царської Росії, що не суперечили новому законодавству. У сфері нотаріату чинним було Положення про нотаріальну частину 1866 року, яке регулювало діяльність нотаріату до 1918 року. Тому інститут нотаріату в УНР, Українській державі гетьмана П. Скоропадського, як справедливо стверджує О. Нелін, нічим не відрізнявся від дореволюційного [10, с. 108].

14 лютого 1919 року РНК КРСР затвердила декрет «Про суд», яким ліквідовано старий суд та створено новий пролетарський суд. Декрет складався з трьох статей, з яких перша містила такий припис: «Скасувати всі судові установи, які існували на території України до встановлення Радянської влади: Генеральний суд, судові палати, окружні суди, з'їзди мирових суддів, мирові суди, суди воєнні, морські, повітові, комерційні та інші, а також усі установи й організації, які перебували при колишніх судових місцях: прокурорський нагляд, нотаріат, присяжну й приватну адвокатуру, інститути судових слідчих, судових приставів тощо» [11].

Декретом Ради народних комісарів України від 25 лютого 1919 року «Про утворення народних нотаріальних камер» [15] був заснований інститут народних нотаріусів, який проіснував до 16 квітня 1921 року. Вказаним декретом встановлено, що всі попередньо діючі в межах території Української Соціалістичної Радянської Республіки нотаріальні контори ліквідовуються.

У пункті 2 вказаного декрету зазначено, що в губернських і повітових містах створюються народні нотаріальні камери, які знаходяться у віданні нотаріальних підвідділів при юридичних відділах відповідних виконкомів. Тобто нотаріат був включений не до судової, а до адміністративної радянської структури. Згідно з декретом народних нотаріусів обирали місцеві виконавчі комітети з числа кандидатів, запропонованих нотаріальними підвідділами. При цьому кандидати повинні були відповідати загальним виборчим вимогам радянського ладу: досягти 18-річного віку, не займатися приватною комерцією, не жити на «нетрудові статки» (прибуток від найманої праці або проценти з капіталу), не бути ані служителем культу, ані колишнім агентом поліції чи жандармерії, ані членом царської, гетьманської або якої-небудь королівської родини, ані божевільним чи засудженим. Очолювали нотаріальні камери народні нотаріуси, що обиралися терміном на один рік виконкомами із числа кандидатів, запропонованих нотаріальним підвідділом. Кандидати повинні були відповідати вимогам пасивних виборців для виборів у ради.

Також істотно звузилась і компетенція щодо вчинення нотаріальних дій. До компетенції народних нотаріусів, згідно з пунктом 2 декрету, відносилися такі: а) засвідчення копій, підписів на актах, довіреностях, проханнях, заявах, зобов'язаннях; засвідчення різних назв, документів, часу пред'явлення документів і речей; знаходження осіб серед живих; б) встановлення фактів, які мають юридичне значення; в) передача заяв від однієї особи до іншої; г) складання та редагування зазначених в пункті 2а документів.

Аналізуючи вищезазначений документ, доходимо висновку, що нотаріуси не мали права вчиняти нотаріальні дії щодо володіння нерухомістю. Цю думку підтверджено в пункті 1 декрету РНК «Про заборону правочинів із нерухомістю» від 21 березня 1919 року, якою було встановлено, що вчинення будь-яких угод із продажу, купівлі, застави тощо всіх нерухомостей і земель у містах та уїздах призупиняється, а угоди, прийняті з 1 січня цього року, не виключаючи випадків переходу нерухомості до іноземних підданих та іноземних установ, є недійсними. Радянським робітничим і селянським депутатам, виконавчим комітетам та їхнім юридичним відділам наказано встановити нагляд за виконанням нотаріусами вказаної постанови. Практично в но-

таріальних камерах засвідчувались правильність копій документів; справжність підписів на актах, довіреностях, заявах, зобов'язаннях, проханнях; встановлення фактів, які мали юридичне значення; передачі заяв від однієї особи до іншої.

Як зауважує Ю. Ільїна, у період громадянської війни виникла тенденція ліквідації нотаріату, зобов'язальні відносини зводилися до аліментного права, сімейно-майнових справ, побутового підряду, купівлі-продажу. Проте вже в період переходу до нової економічної політики увага радянської влади до нотаріату поновлюється [16, с. 114].

Висновки. Нотаріат України після 1917 року докорінно змінив правовий статус. Ліквідація приватної власності на землю й нерухомість привела до нівелювання ролі й значення інституту нотаріату. Запровадження нотаріальних камер слід вважати позитивним моментом, який започаткував розвиток українського нотаріального законодавства. Перспективи подальших розвідок полягають у більш детальному дослідженні вчинюваних нотаріусами в цей період нотаріальних дій.

Література

1. Ясінська Л.К. Становлення нотаріальної діяльності в Римі та її поширення на країни Західної Європи // Л.К.Ясінська // Актуальні проблеми держави і права : Вип. 17. – зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова ; Одеська нац. юрид. академія. – Одеса : Юридична література, 2003. – С. 79–80.
2. Кальницький М. Нариси історії нотаріату України / М.Г. Кальницький ; Укр. нотар. палата. – К. : Гопак, 2008. – 144 с.
3. Черниш В.М. Цивільно-правові засади розвитку нотаріату в Україні : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В.М. Черниш ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2003. – 20 с.
4. Систематический сборник узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – М., 1918. – Ст. 6. – С. 15–17.
5. Юдельсон К.С. Избранное /Советский нотариат: проблемы доказывания в советском гражданском процессе / К.С. Юдельсон. – М. : Статут, 2005. – 616 с.
6. Выменец С.П. Историко-правовые аспекты становления и развития института нотариата: российский и международный опыт. / С.П. Выменец. – СПб. : Академия общественных связей, 2000. – 231 с.
7. Шаповалова Л.Л. Становление и развитие института нотариата в России: историко-правовой аспект : дис. … канд. юрид. наук : спец. : 12.00.01 «Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений» / Л.Л. Шаповалова ; Ставропольский государственный университет – Ставрополь, 2000 – 170 с.
8. Олейнова А.Г. История становления законодательства о нотариате в России : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория права и государства; история права и государства; история политических и праовых учений» / А.Г. Олейнова ; Российский государственный торгово-экономический университет. – М.; 2005. – 267 с.
9. Нотариат : [учеб. пособие для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция»] / [Н.Д. Эриашвили и др.] ; под ред. Г.Б. Мирзоева, Н.А. Волковой, Л.В. Щербачевой. – 5-е изд., перераб. и доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА ; Закон и право, 2013. – 447 с.
10. Нелін О.І. Інститут нотаріату в Україні: відминувшини до сьогодення: [монографія] / О.І. Нелін. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2013. – 130 с.
11. Тисяча років української суспільно-політичної думки : у 9 т. / редкол.: Т.Г. Гунчак (голова наук. ред.) та ін. – К. : Дніпро, 2001 – . – Т. 6. 2001 – 519 с.
12. Про введення народного суду : Постанова Народного Секретаріату України від 4 січня 1918 р. Хронологічне зібрання законів, указів в 3 т. – К., 1963 . – Т. 1. – 1963 – Ст. 30.
13. Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. – Х. : Право, 2011 – . – Т. 1: Методологические и историко-теоретические проблемы формирования и развития правовой системы Украины / под общ. ред. М.В. Цвика, А.В. Петришина. – 2011. – 896 с.
14. Узаконення та розпорядження робітничо-селянського уряду України за 1919 р. – Х., 1925. – 147 с.
15. Про утворення народних нотаріальних камер : Постанова РНК УСРС від 25.02.1919 р. // ЗУ УРСР. – 1919. – № 15. – Ст. 163.
16. Ільїна Ю.П. Значення радянського періоду розвитку українського нотаріату / Ю.П. Ільїна // Право і суспільство. – 2010. – № 6. – С. 113–116.

Анотація

Долинська М. С. **Український нотаріат та нотаріальне законодавство в період національних державотворчих процесів України в 1917–1920 роках.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню законодавства, яке регулювало діяльність українського нотаріату періоду відродження української державності протягом 1917–1920 років.

Ключові слова: нотаріус, народний нотаріус, нотаріальна камера.

Аннотация

Долинская М. С. **Украинский нотариат и нотариальное законодательство в период национальных государственных процессов Украины в 1917–1920 годах.** – Статья.

Статья посвящена исследованию законодательства, которое регулировало деятельность украинского нотариата периода возрождения украинской государственности в течение 1917–1920 годов.

Ключевые слова: нотариус, народный нотариус, нотариальная камера.

Summary

Dolynska M. S. **Ukrainian notaries and notarial law during the national state processes in Ukraine 1917–1920 years.** – Article.

To research legislation to regulate the activities of Ukrainian notaries period of revival of Ukrainian statehood during 1917–1920.

Key words: notary, national notary, notary chamber.

УДК 340.1

О. В. Ковальський

ЕКОНОМІЧНІ ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК ПРОЯВ ВЗАЄМОВПЛИВУ ПРАВА ТА ЕКОНОМІКИ

Актуальність теми. Сучасне правове життя все активніше взаємодіє з іншими сферами соціуму. Це пов'язується з інтенсифікацією суспільних зв'язків, поширенням комунікацій та зростанням значення права як механізму гарантування можливостей людини в найрізноманітніших сферах життя суспільства. Взаємовплив права та економіки є напрямком стратегічної взаємодії двох ключових соціальних систем, у яких перебуває людина. У цьому зв'язку одним із напрямків правового впливу на економічну сферу виступає гарантування економічних прав людини як мінімальних максим поведінки, доступних кожному в площині реалізації економічних потреб та інтересів. При цьому слід зауважити, що економічні права людини нечасто стають предметом окремої уваги, особливо в контексті розгляду економічної функції права. Здається, що саме у зв'язку права та економіки має розкриватися їх система, зміст та форми реалізації.

Мета статті полягає у виявленні змісту економічних прав людини в контексті реалізації економічної функції права.

Аналіз публікацій. Проблематика економічних прав людини зазвичай розглядається в контексті більш широкої проблеми існування так званих соціально-економічних прав. Така позиція домінує в сучасній загальнотеоретичній юриспруденції та теорії прав людини, зокрема, у працях Л.В. Богораза, Н.Є. Борисової, Н.В. Вітрука, Л.І. Глухарєвої, О.А. Лукашевої, Р.А. Мюллерсона, П.М. Рабіновича та інших. Проте іноді економічні права людини все ж таки розглядають як самостій-

© О. В. Ковальський, 2014

ну групу прав у структурі правового статусу. Зокрема, такої точки зору дотримуються Ю.М. Рижук, О.Ф. Скакун, Ю.М. Фролов, С.В. Шевчук, Л.М. Ентін та інші.

Виклад основного матеріалу. Загальнотеоретичний аналіз економічної функції права повинен вибудовуватися на пошуку правових засобів впливу на економіку, їх відмежуванні від заходів державного регулювання економічних відносин. Фундаментальний характер правового впливу на економіку полягає в тому, що право встановлює правила й принципи придбання, відчуження та переходу власності від однієї особи до іншої. Відмінність економічної функції права та економічної функції держави полягає в тому, що право тут є інструментом впливу на економіку загального, фундаментального значення, у той час як держава під час впливу на економіку приймає окремі, хай навіть і вельми істотні за наслідками, заходи.

Саме у цьому зв'язку економічні права людини мають розглядатися саме в контексті реалізації економічної функції права. Реалізація правового впливу на економіку породжує свого роду «прикордонну територію» між правом та економікою, де відбувається перехід від юридичних до економічних детермінант соціального життя кожної людини. З цієї точки зору економічні права людини виступають засобами поєднання економічної та правової сфер життєдіяльності соціуму.

Через права й свободи людина й громадянин можуть задовольняти свої потреби та інтереси в різних сферах суспільного життя. Саме поділ на окремі групи прав і свобод за сферами суспільного життя можна вважати найпоширенішою основою для класифікації прав і свобод людини. На нашу думку, це пояснюється насамперед тим, що під сферою суспільного життя розуміють реальний процес людської життєдіяльності, і стосуватися вона може таких сфер, як економічна, політична, соціальна та духовна [1, с. 103]. Також слід зазначити: оскільки життя людини триває на індивідуальному та суспільному рівнях, а індивідуальне життя поділяється на приватне й особисте [2, с. 636], духовна сфера є найскладнішою з боку конкретизації так званих «духовних прав». Так, у юридичній літературі виокремлюють права людини, що забезпечують такі сфери життєдіяльності: особисту, політичну, економічну, соціальну, культурну (духовну).

Виходячи з цього, необхідно, по-перше, дати опис змісту економічної сфери суспільного життя, і, по-друге, ознак та аргументованого визначення економічних прав і свобод людини.

Провідною сферою життєдіяльності людини з урахуванням можливості впливу на забезпечення життєвого рівня людини через участь у виробництві конкретних благ для задоволення потреб та інтересів людей, на нашу думку, є економічна царина. Економіку можна охарактеризувати як систему економічних відносин, що складаються між людьми в процесі виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних благ, спрямованих на економічне зростання в умовах обмежених ресурсів. Саме охоплення процесів матеріального виробництва, розподілу, обміну та використання благ, а також продуктивних сил і виробничих відносин визначає економічну сферу життя суспільства базовою, головною.

Економічна сфера суспільного життя людини є певною сукупністю виробничих взаємовідносин, які мають відповідати певному ступеню розвитку виробничих

сил у суспільстві. Життєдіяльність людини, що безпосередньо пов'язується з виробництвом та розподілом благ для задоволення її насущних потреб, і є економічною сферою.

Аналіз сучасної юридичної літератури, виходячи зі специфіки економічної сфери суспільного життя, дає можливості виокремити ті основні характеристики (ознаки), які, на нашу думку, обов'язково повинні міститися у визначені економічних прав і свобод, а саме:

– по-перше, економічні права та свободи є можливостями людини;

– по-друге, ці можливості визначають вид і міру поведінки людини в певній сфері, зокрема в економічній;

– по-третє, ці можливості є визначеними та гарантованими державою через участь її в міжнародних договорах та за допомогою імплементації положень таких договорів до національного законодавства [3].

Як було зазначено, основні права й свободи людини забезпечують такі різні сфери суспільного життя: особисту, політичну, економічну, соціальну, культурну. Проте ці права різняться не лише за сферами життєдіяльності, а ще й за часом їх виникнення. Звідси – поява поняття «покоління прав людини» [4, с. 136–137]. До прав першого покоління належать права громадянські та політичні. Правами другого покоління є соціальні, економічні та культурні права. До прав третього покоління відносять права солідарності, які включають право на мир, на чисте навколишнє середовище, на рівне користування спадщиною людства.

Взаємозв'язок між економічними та особистими правами передусім вбачаємо в тому, що особисті забезпечують існування людини як такої (як біосоціальної істоти). З урахуванням сфери застосування особистих прав як різновиду духовності, особисті права та свободи відносимо до нематеріальних прав. Гарантоване право на життя, безумовно, дає можливість вести мову про виникнення певних потреб, для задоволення яких людина використовуватиме економічні права. Оскільки економічні права забезпечують зовнішню сферу життя людини, дають їй можливість вільно існувати та перебувати в стані економічної свободи, використовуючи свої здібності, чим, зрештою задовольняти свої потреби та інтереси, то під потребами та інтересами слід розуміти, відповідно, певні мотиви здійснення тих чи інших дій і зацікавленість особи в певній дії або вчинку. З урахуванням сфери застосування економічних прав і свобод виробничі відносини, відносини власності, економічні права можна вважати матеріальними правами.

Оскільки особисті права та свободи визначають фундаментальні основи свободи людини, вбачаємо пряму залежність між реалізацією свободи в економічній сфері. Так, можливості людини щодо вільного пересування, невтручання в її особисте життя без законних на те підстав, особисту свободу пов'язуємо з можливостями самостійного вибору роду та виду діяльності, свободи підприємництва, реалізації права на відпочинок [5, с. 56].

У юридичній літературі часто зустрічаються погляди на економічні права як такі, що логічно та послідовно випливають із соціальних прав [6, с. 7; 7, с. 15]. На нашу думку, слід критично відноситися до спроб об'єднати в єдину підсистему прав та свобод людини економічні та соціальні права та свободи. Вважаємо, що за та-

кого підходу нівелюється правова природа, зміст та індивідуальне родове та функціональне призначення означених прав та свобод. Адже кожна з цих груп (економічні та соціальні права) характеризується специфічними суб'єктно-об'єктними параметрами, зумовлена різними, хоча й органічно пов'язаними, сферами життєдіяльності людини, засобами закріплення, механізмами реалізації та захисту тощо. Тому, на наше глибоке переконання, більш адекватним суспільно-правовим реаліям відповідатиме диференційований підхід до економічних та соціальних прав. Вважаємо, що як з семантико-гносеологічних, так і юридико-технічних позицій бажано було б розвести між собою блоки економічних та соціальних прав і свобод. Згідно зі словами Б.М. Топорніна тенденція модернізації системи прав та свобод людини, яка виражається в уособленні економічних прав та, відповідно, соціальних прав, а також у виділенні групи прав у галузі культури – це безпосередні наслідки значного розширення прав і свобод у сферах економічного, соціального й культурного розвитку суспільства [8, с. 103].

Утім на рівні теоретичних розробок усе ж існують досить аргументовані позиції щодо виокремлення економічних прав людини в самостійну групу прав. Так, абсолютно аргументовано визнаючи самостійний характер економічних прав та свобод, широкий діапазон груп прав та свобод виокремлює видатний російський правознавець В.С. Нерсесянц. Він аналізує п'ять основних груп однорідних (за сферою та предметом регуляції) прав індивіда: особисті (індивідуально-людські), політичні, економічні, соціальні та культурні права [9, с. 336–340].

Безумовно, список прихильників «широкого» переліку груп та блоків прав та свобод людини можна продовжити, однак безперечним та важливим фактом в контексті нашого дослідження залишається те, що в науковій літературі цілком справедливо намітилася тенденція щодо виділення в загальній системі прав та свобод людини в якості самостійної підсистеми (групи, блоку, підкласу) економічних прав та свобод. Приєднуючись до такої позиції, ми вважаємо, що економічні права та свободи є самостійною групою прав та свобод людини.

На користь самостійного характеру цієї підсистеми прав в загальній теоретичній моделі прав та свобод «працює» й еволюційний підхід до прав та свобод людини Адже в юридичній літературі неодноразово звертали увагу на те, що природу, генезис, характер та особливості формування тієї чи іншої групи прав можна краще зрозуміти через призму становлення й розвитку так званих «трьох поколінь» прав людини [5, с. 55].

Соціальні та економічні права (друге покоління) стали з'являтися лише в результаті боротьби трудящих за покращення свого становища в капіталістичному суспільстві. Це покоління робить основний акцент на соціальну захищеність індивіда. Згідно з твердженням Б. Уестона вони з'явилися відповіддю на зловживання та недоліки капіталістичного розвитку, в основі якого знаходилася абсолютна концепція індивідуальної свободи, що приводило до експлуатації робітничого класу та колоніальних народів [10, с. 262]. Для цього періоду характерне широке включення до конституцій соціальних та економічних прав і свобод. Так, на основі Маніфесту германського кайзера 1881 р. в країні була встановлена єдина система соціального забезпечення у сфері соціального страхування. Веймарська конститу-

ція 1919 р. фіксувала можливість утримувати себе власною працею, право на соціальне страхування на випадок хвороби, за віком тощо. Нормативне закріплення соціальних, економічних та культурних прав у Загальній декларації прав людини 1948 р. та особливо в Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права стало значним кроком вперед у розвитку прав людини, у розширенні каталогу цих прав, їх збагаченні.

Третє покоління прав стало формуватися після Другої світової війни та характеризується передусім прагненням захистити колективні права людей, права, які засновані на солідарності інтересів.

Таким чином, еволюційний підхід до системи прав та свобод людини дозволяє зробити висновок, що права та свободи різних «хвиль» значною мірою відрізняються один від одного за своєю природою, історичними умовами та факторами виникнення, визнання та конституювання.

Також слід мати на увазі, що права перших двох груп значною мірою носять персоніфікований характер, є індивідуальними, на відміну від прав третьої хвилі, які характеризуються колективною формою реалізації. Безумовно, окремі права, які входять до першого та другого покоління, також можуть здійснюватися колективно, тобто їх можна поділяти на індивідуальні та колективні. Адже індивідуальне право може здійснюватися колективно (наприклад, право на оскарження неправомірних дій або актів органів державної влади, які порушують права людини), але його відмінність від колективного права полягає в тому, що воно може здійснюватися та захищатися індивідуально, тоді як права колективні за своєю природою індивідуально здійснювати неможливо.

Слід зазначити, що колективні права, до якої групи прав вони б не належали, не протиставляються правам окремої людини та не утискують їх. Вони повинні знаходитися із ними в гармонії. Якщо колективні права призводять до ущемлення прав індивіда, то мета, яка об'єднує такий колектив, спільність, є антигуманною та протиправною.

Таким чином, можна стверджувати, що як з позицій класифікації прав та свобод за змістом, сферами життя та діяльності людини, так і з точки зору еволюціоністського підходу, економічні права та свободи людини є самостійною групою прав та свобод, яка характеризується особливою соціально-правовою природою, суб'єктно-об'єктним складом, сферою реалізації та функціональним призначенням.

Економічні права та свободи, як і будь-яке юридичне явище, потребують своєї детермінації, визначення. За своїм змістом економічні права та свободи людини – це певні економічні блага та права на ці блага, а саме право на їхнє одержання, захист, збереження, володіння, користування й розпорядження. Розгляд економічних прав та свобод людини за змістом, на нашу думку, дозволяє відповісти на запитання, з приводу чого виникають ці права; не лише матеріалізувати, а й наочно відчути в динаміці основні блага, які набувають свого юридичного оформлення в результаті визнання та закріплення економічних прав людини [11, с. 33].

Таким чином, економічні права людини можна визначити як самостійний вид прав та свобод у загальній системі прав та свобод людини, під якими слід розуміти можливості людини володіти, користуватися та розпоряджатися економічними благами, а також набувати та захищати їх у порядку, передбаченому правом, а дер-

жави повинні забезпечувати належні умови реалізації таких прав відповідно до міжнародно-правових зобов'язань.

Самостійний статус економічних прав людини в системі правового статусу визначається також специфікою економічної функції права. На думку Р.А. Познера, існує кілька найбільш принципових напрямків реалізації цієї функції: право власності (в об'єктивному сенсі), контракти, цивільне право та карне право (у частині економічного обґрунтування доцільності покарання) [12]. Вважаємо, ці напрямки можуть бути використані для розкриття системи економічних прав. Так, фундаментальним економічним правом має бути право власності (у суб'єктивному сенсі). Загальна декларація прав людини включила право приватної власності в число прав людини й встановила у статті 17, що «кожна людина має право володіти майном як особисто, так і разом з іншими» [2]. Однак, не дивлячись на загальновизнаність норм, що закріплені в Загальній Декларації прав людини, однієї лише статті 17 виявилося замало для того, щоб заявити про встановлення правового принципу захисту приватної власності.

Ключовим моментом визнання права приватної власності став, з одного боку, розкол світу на капіталістичну та соціалістичну системи, а з іншого – загострення протиріч між слаборозвиненими та розвиненими державами. Боротьба між державами, що звільнилися від колоніальної залежності, а також розвиненими державами, що відстоювали свої економічні інтереси та інтереси великих компаній, призвела до того, що захист права приватної власності як права людини відступив на другий план. Цим пояснюється відсутність права приватної власності в переліку прав, закріплених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права 1966 р. Проте, якщо на міжнародно-правовому рівні право на приватну власність не розглядається як зміст громадянських та політичних прав, то на рівні загальнотеоретичної юриспруденції така тенденція часто простежується. Більше того, саме юридизація власності приводить до формування особливої сфери відносин між правом та економікою. Тут не можна погодитися з В.П. Малаховим, коли він пише: «як категорія економічна вона [власність] є структуроутворюючою основою громадянського суспільства; як категорія політична вона символізує реальність влади; як категорія політико-економічна вона виражає сутність політичної самоорганізації суспільства; як категорія юридична вона перетворюється на фікцію» [13, с. 47]. Вважаємо, що логічна помилка, яку тут допускає дослідник, полягає в підміні поняття «право власності» поняттям «власність». Власність ніколи не була категорією власне юридичною, а традиційно розглядається як економічне або економіко-політичне поняття. У цьому зв'язку слушною є думка Ю.М. Оборотова, який стверджує, що одна з особливостей мови права виражається в переведенні соціальних, економічних, політичних понять на мову можливостей та формалізованих структур [14, с. 153]. У цьому зв'язку слід звернути увагу на те, що право власності є лише потенцією до реальної власності, формальною структурою, зміст та реальне наповнення якої визначається умовами життя кожної окремої людини.

Інші економічні права людини є похідними від права приватної власності. До них можна віднести право на свободу від економічної експлуатації, право на підприєм-

ницьку діяльність тощо. Традиційне віднесення права на підприємницьку діяльність до прав першого покоління, а права на свободу від економічної експлуатації – до третього свідчить про те, що економічні права людини існують не в розрізі поколінь прав людини, а як наскрізний структурний елемент її правового статусу, що видозмінювався та доповнювався новими рисами залежно від конкретно-історичних умов розвитку того чи іншого суспільства, а також світового співтовариства в цілому.

Висновки. Розгляд економічних прав людини з позицій взаємодії права та економіки дозволяє показати нові грані цієї групи прав. Економічні права людини (право власності, право на свободу від економічної експлуатації, право на підприємницьку діяльність тощо) є сферою гарантування вихідних економічних можливостей економічних акторів, представлених у правовій сфері як суб'єктів права. Існування економічних прав людини є необхідним елементом правового впливу на економіку та ефективної взаємодії правової та економічної системи суспільства.

Література

1. Присухін С. І. Філософія : [навч. посіб.] : у 2 ч. / С.І. Присухін. – К. : КНЕУ, 2006 . – Ч. ІІ : Система філософії у визначеннях, поясненнях, схемах, таблицях. – 2006. – 168 с.
2. Філософія : [підручник для вищої школи] / В. Г. Кремінь, М. І. Горлач. – Х. : Прапор, 2004. – 736 с.
3. Рижук Ю. М. Місце економічних прав і свобод у системі прав і свобод людини і громадянина Ю.М. Рижук. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pre/2008/Ryzhuk.pdf.
4. Права человека : [учеб. для вузов] / Отв. ред. Е. А. Лукашева. – М. : Норма, 2004. – 576 с.
5. Гончаренко О.Г./ Співвідношення економічних прав з іншими правами людини і громадянина в Україні / О.Г. Гончаренко // Право України. – 2004. – № 9. – С. 55–58.
6. Гордон Л. А. Социально-экономические права человека: содержание, особенности, значение для России / Л. А. Гордон // Общественные науки и современность. – 1997. – № 3. – С. 5–14.
7. Богораз Л.И. Неотъемлемые права и свободы человека / Л.И. Богораз // Естественные права человека. Сборник семинара Московской Хельсинкской группы. – М., 1995. – Вып. 4. – С. 12–16.
8. Топорин Б. Н. Декларация прав человека: новые подходы / Б. Н. Топорнин // Права человека: проблемы и перспективы / отв. ред. Е. А. Лукашева. – М. : ИГПАН, 1990. – 193 с.
9. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства / В. С. Нерсесянц. – М. : НОРМА-ИНФРА, 2000. – 552 с.
10. Сравнительное конституционное право / под ред. А. И. Ковлера, В. Е. Чиркина, Ю. А. Юдина. – М. : Манускрипт, 1996. – 727 с.
11. Фролов Ю. М. Економічні права та свободи людини і громадянина в Україні : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / Ю.М. Фролов; Одеська національна юридична академія. – О., 2004. – 212 с.
12. Познер Р. А. Економічний аналіз права / Р.А. Познер – пер. з англ. – Х. : Акта, 2003. – 862 с.
13. Малахов В. П. Мифы современной общеправовой теории : [моногрия] / В. П. Малахов. – М. : ЮНИТИ-ДАНА ; Закон и право, 2013. – 151 с.
14. Оборотов Ю. М. Від ціннісної характеристики – до формування аксіометрії права та держави / Ю. М. Оборотов // Філософія права та загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 150–158.

Анотація

Ковальський О. В. **Економічні права людини як прояв взаємодії права та економіки.** – Стаття.

У статті розкривається зміст, структура та місце економічних прав людини в правовому статусі. Зазначається, що традиційний розгляд економічних прав людини як таких, що мають соціально-економічне походження, є непродуктивним з точки зору сучасних уявлень про взаємодію права та економіки. Доводиться, що право власності є вихідним економічним правом, яке зумовлює існування рівних потенційних можливостей для економічних акторів.

Ключові слова: економічна система, правова система, економічна функція права, економічні права людини.

Аннотация

Ковальский А. В. **Экономические права человека как проявление взаимодействия права и экономики.** – Статья.

В статье раскрывается содержание, структура и место экономических прав человека в правовом статусе. Отмечается, что традиционное рассмотрение экономических прав человека как имеющих социально-экономическое происхождение является непродуктивным с точки зрения современных представлений о взаимодействии права и экономики. Доказывается, что право собственности является исходным экономическим правом, которое предопределяет существование равных потенциальных возможностей для экономических акторов.

Ключевые слова: экономическая система, правовая система, экономическая функция права, экономические права человека.

Summary

Kovalskij O. V. **Economic rights as a manifestation of the interaction of law and economics.** – Article.

The article deals with the content, structure and location of economic rights in legal status. It is noted that the traditional consideration of economic rights as those that are socio-economic background, is counterproductive in terms of modern ideas about the interaction of law and economics. It is shown that property right is a source of economic rights, which determines the existence of an equal potential for economic actors.

Key words: economic system, legal system, economic function of law, economic rights.

УДК 340.132.668.68

О. С. Киця

ЮРИДИКО-ТЕХНІЧНІ ІНСТРУМЕНТИ ПОБУДОВИ АКТІВ СУДОВОГО ТЛУМАЧЕННЯ

Питання юридико-технічного набору інструментів є одними із найважливіших у системі наукових досліджень юридичної техніки правових актів, проте варто зазначити, що це питання недостатньо досліджене в теорії права, що негативно впливає на якість побудови актів судового тлумачення. Не дивлячись на високий ступінь наукової актуальності тематики юридичної техніки, аналіз юридичної літератури дає підстави говорити про доктринальну невизначеність таких понять, як «засіб», «спосіб», «прийом», «правило», «метод», що становить основу подальшого розуміння юридико-технічних інструментів. Відсутність однозначного розуміння вказаних понять та критеріїв для їх розмежування ускладнює подальшу роботу з удосконалення практики застосування цих засобів, способів, прийомів, правил та методів під час підготовки та прийняття актів судового тлумачення. Тому виникає необхідність дослідження цього питання.

Окремі аспекти юридико-технічних інструментів побудови актів судового тлумачення були предметом наукового пошуку ряду як зарубіжних, так і вітчизняних вчених: С. Алексєєва, І. Билі, М. Власенко, Ж. Дзейко, Р. Ієринга, В. Карташова, Т. Кашаніної, А. Красницької, А. Піголкіна, Ю. Тихомирова, О. Черданцева та інших.

Метою статті є аналіз різних наукових підходів до питання елементів юридичної техніки та юридичної техніки актів судового тлумачення, визначення цих поняття та основних елементів, а також їх загальна характеристика.

Автор поняття «юридична техніка» Р. Ієринг ще на початку XX ст. виділив три основні прийоми юридичної техніки, які застосовуються в обробці правового матеріалу:

© О. С. Киця, 2014

1) юридичний аналіз, який полягає в поділі правового матеріалу на прості елементи у виділенні ознак, які є загальними або конкретними для групи правових відносин;

2) юридична конструкція, за допомогою якої створюються засоби обробки правового матеріалу в розумінні природно-історичного методу та формування правових норм;

3) логічна концентрація, що як вища логічна форма вираження правового матеріалу передбачає поєднання правового матеріалу, а не його поділ на частини [1].

Російський вчений С. Алексєєв розглядає юридичну техніку як сукупність засобів і прийомів, які застосовуються згідно з прийнятими правилами опрацювання й систематизації правових актів для забезпечення їх досконалості [2, с. 267–277]. Засоби юридичної техніки вчений визначає як інструментарій юридичного вираження й зовнішнього викладу волі законодавця, а техніко-юридичні прийоми або ж юридична технологія, на його думку, визначаються як певний порядок, способи раціонального застосування вказаних засобів [2, с. 281].

Інший російський вчений О. Черданцев виділяє лише способи (прийоми) та правила юридичної техніки [3, с. 367–371].

Науковець Д. Ковачев вживає категорії «правило», «прийом», «спосіб законодавчої техніки» як синонімічні слова [4, с. 92].

Існує ряд вчених, які до юридичної техніки відносять або засоби, або лише способи чи прийоми. Зокрема, до таких вчених можна віднести А. Піголкіна, який до юридичної техніки відносить систему правил і прийомів підготовки найбільш досконалих за формою й структурою проектів нормативних актів, які забезпечують максимально повну та точну відповідність форми нормативних приписів їх змісту, доступність і простоту нормативного матеріалу, що вичерпно охоплює питання, які регулюються [5, с. 216].

Говорячи про засоби, В. Карташов [6, с. 16–23] визначає, що за допомогою останніх і досягаються необхідні цілі юридичної практики, які власне й утворюють юридичну техніку. Крім того, науковець виділяє нетрадиційні складові юридичної техніки, зокрема юридичну тактику та юридичну стратегію. Під юридичною технікою він розуміє сукупність інтегрованих прийомів, способів та методів юридичної практики, основи її організації та планування. Під юридичною стратегією визначає способи досягнення найбільш важливих цілей.

І. Ільїн та М. Миронов правила юридичної техніки визначають як сукупність певних вироблених досвідом і перевірених практикою прийомів і методів роботи з підготовки й видання різноманітних правових актів [7, с. 66].

У своєму дисертаційному дослідженні І. Биля під засобами, які використовує нормопроектувальник для викладу нормативно-правового матеріалу, розуміє лише так звані нематеріальні засоби, які засновані на знаннях, досвіді, накопичених у сфері нормотворчої діяльності, й існують ідеально. Ці засоби дослідниця розглядає як елемент практичної діяльності і як теоретичне відбиття певних закономірностей. В останньому випадку нематеріальні засоби характеризуються як систематизоване знання про той чи інший спосіб дії, об'єктивуються в поняттях (наприклад, поняття преамбули, відсилки, поділу текстів нормативних правових

актів на частини, юридичної конструкції тощо як засобів нормотворчої техніки) і в правилах щодо найбільш оптимального, ефективного і доцільного їх використання [8, с. 46].

А. Красницька до складу юридичної техніки включає й засоби, і правила, і прийоми, і способи, які, на її думку, не є синонімічними поняттями [9, с. 103].

Цікаве визначення засобів юридичної техніки пропонує Т. Кашаніна, яка під ними розуміє «матеріальні предмети, об'єкти, з якими в процесі здійснення юридичної роботи відбуваються маніпуляції для досягнення поставленої мети» [10, с. 79]. Способи юридичної техніки дослідниця визначає через сукупність прийомів. А методи юридичної техніки визначає як шляхи досягнення цілей [10, с. 79–80].

Отже, проаналізувавши юридичну літературу та дослідивши різні підходи вчених, зміст юридичної техніки можна визначити у вузькому та широкому розумінні. До вузького можна віднести позиції авторів, які до змісту юридичної техніки включають сукупність двох складових: прийомів і правил (А. Піголкин); прийомів і методів (В. Сирих, І. Ільїн, М. Миронов); способи й правила (А. Черданцев) тощо. Відповідно, до широкого підходу можна віднести ідеї вчених, які включають до елементів юридичної техніки широке коло складових: зокрема правила, способи, прийоми (Д. Ковачев); прийоми, способи, методи (В. Карташов), прийоми, правила й методики (М. Власенко); систему правил, вимог, принципів (Ю. Тихомиров) тощо.

Немає єдності й у підходах до складових елементів не тільки юридичної, а й законодавчої та нормотворчої техніки. Елементи юридичної техніки прямим чином залежать від підходу до розуміння змісту юридичної техніки, з цим, на нашу думку, і пов'язана проблема дискусійності розуміння юридико-технічних інструментів побудови актів судового тлумачення. Розглянемо деякі з них.

С. Алексєєв до засобів законодавчої техніки відносить нормативну будову, системну будову, юридичні конструкції, галузеву типізацію [2, с. 267]. Також вчений розрізняє техніко-юридичні прийоми викладу волі законодавця, які класифікує за системою критеріїв: за ступенем узагальнення конкретних показників: (абстрактний та казуїстичний), за способом викладу елементів юридичної норми: (прямий, посилковий, банкетний); техніко-юридичні прийоми документального вираження змісту нормативного акта (виділення загальної та особливої частини) [2, с. 272–273].

В. Карташов засоби юридичної техніки умовно поділяє на: загальносоціальні (мова, її частини, знаки, одиниці мовлення (слова, словосполучення, речення), букви, цифри, поняття, судження, різноманітні соціальні норми тощо); спеціальні юридичні (юридичні поняття й терміни, конструкції, правові приписи, акти та інші правові явища, вироблені юридичною наукою й практикою в процесі розвитку правової системи суспільства); технічні (розмножувальну техніку, комп'ютери, організаційну техніку тощо) [11, с. 109].

О. Черданцев правила юридичної техніки поділяє на три групи: правила, що стосуються зовнішньої форми документу; правила, що стосуються змісту та структури акту; правила та прийоми викладу юридичного документу (мовні правила) [3, с. 367–371].

А. Красницька до юридико-технічних засобів відносить такі: а) мову з її словниковим складом, граматичною будовою, системою стилів, розділовими знаками;

б) спеціальні юридичні засоби зовнішнього оформлення права – юридичні терміни, юридичні конструкції, законодавчі презумпції, законодавчі фікції, засоби систематизації права; в) текст правового акта, складений за допомогою юридичних термінів; г) стиль правових актів [9, с. 98].

Досить розгорнуту класифікацію елементів юридичної техніки пропонує М. Власенко. Він виокремлює реквізитні вимоги (правила зовнішнього оформлення), змістовні правила, структурні правила, мовні правила, логічні правила [12, с. 176–183].

Найбільш ґрунтовну та повну класифікацію елементів юридичної техніки, на нашу думку, надав Ю. Тихомиров. Він виділив шість основних взаємопов'язаних елементів: пізнавально-юридичні, нормативно-структурні, логічні, мовні, документально-технічні, процедурні [13, с. 9].

Зазначені вище підходи до класифікації елементів юридичної техніки не є вичерпними, проте досить креативні та цікаві за своєї природи. Оскільки юридична техніка актів судового тлумачення виступає одним із різновидів юридичної техніки, їй будуть притаманні певні подібні елементи та разом з тим специфічні, які зумовлені правовою природою актів тлумачення.

Зміст юридичної техніки актів судового тлумачення розкривається через юридико-технічний набір інструментів, який представлений засобами, правилами та способами. Розглянемо детально кожен з них. *Засоби юридичної техніки актів судового тлумачення* являють собою інструменти акта тлумачення, за допомогою яких уповноважений судовий орган формулює свою правову позицію, відтворюючи це у формі юридичного тексту акта тлумачення. Засоби юридичної техніки актів судового тлумачення можна представити таким чином:

1) загальні засоби, за допомогою яких здійснюється перетворення правових позицій з уявної в матеріальну форму – текст. У свою чергу загальні засоби складаються з певних рівнів:

– лексикологічний, представлений мовними одиницями – буквами, словами;

– синтаксичний, представлений словосполученнями, реченнями тощо.

2) спеціально-юридичні засоби, що являють собою поєднання загальних засобів та специфіки юридичної мови й відображаються у формі юридичних термінів, юридичних конструкцій, визначень тощо.

Правила юридичної техніки актів судового тлумачення являють собою основні вимоги щодо застосування засобів викладу тексту у вигляді зовнішньої й внутрішньої форми акта тлумачення. Сюди відносяться такі правила:

1) мовні правила – напевно, одні з найважливіших правил, адже від того, як правильно будуть використані ці положення, буде залежати й доступність тексту для розуміння різними суб'єктами і, як наслідок, ефективність правових засобів регулювання суспільних відносин. Серед мовних правил можна визначити такі:

– ясність та простота викладу – використання максимально простих слів, термінів та фраз, які широко вживаються в мові (загальновідомі слова та терміни); уникнення нагромадження мовних конструкцій, складних речень; відмова від надмірного вживання абревіатур, скорочень; уникнення тавтологій;

– зрозумілість – недопущення використання незрозумілих, багатозначних слів, нечітко сформульованих термінів, іншомовних, застарілих слів; недопу-

щення заміни усталених юридичних виразів, конструкцій словами розмовної мови;

– грамотність – чітке дотримання правил орфографії, пунктуації, граматики; уникнення вживання жаргонів, місцевих діалектів; уникнення значної кількості розділових знаків при однорідних словах;

– однозначність – стандартність мовних повторень, уникнення вживання багатозначних слів; використання синонімів має бути обмеженим, а якщо виникає потреба у їх застосуванні, то лише в крайніх випадках і з обережністю; уникнення вживання слів із переносним значенням;

– стислість – чіткість та лаконічність викладу положень; уникнення великої кількості повторень;

2) Стилістичні правила полягають у формулюванні тексту в офіційно-діловому стилі; націлені на уникнення вживання розмовних слів; текст має бути офіційним, емоційно нейтральним, без будь-яких перебільшень, виклад має бути витриманим, об'єктивним.

3) Логічні правила – єдність термінології; узгодженість із найрізноманітнішими нормативно-правовими актами; узгодженість частин самого тексту; послідовність викладу, яка досягається за допомогою причино-наслідкового зв'язку; зв'язність тексту; інформаційна наповненість; аргументованість; вмотивованість; чітке дотримання правил логіки.

4) Структурні правила – правила, які забезпечують внутрішню побудову акта тлумачення. Структура акта судового тлумачення, залежно від того чи іншого судового органу, який здійснює таке тлумачення, буде різнитися, однак загальна структура визначається таким чином:

– вступна (преамбульна) (у певних випадках) може містити вказівку на причини, умови й мету прийняття такого акта; предмет регулювання тощо; персональний склад суду;

– основна частина (мотивувальна) відображає основний зміст акта тлумачення. Як правило, текст акта тлумачення поділяється на пункти, які мають наскрізну нумерацію та не мають назви. Пункти мають підпункти (абзаци), які не нумеруються;

– заключна частина (резулятивна) вміщує, наприклад, положення про втрату чинності певних актів тлумачення; місце опублікування; порядок набуття чинності тощо;

– окрема думка судді (у певних випадках).

5) Формально-атрибутивні (реквізитні) – це ті правила, які дозволять ідентифікувати той чи інший акт тлумачення. Вони поділяються на титульні та заключні (кінцеві). До титульних належать такі: назва виду акта тлумачення (рішення, постанова тощо); назва органа, який його видав; назва акта тлумачення («Про ...»); дата прийняття; місце прийняття (у певних випадках); номер акту. До заключних (кінцевих) належать такі: повне найменування посадової особи чи уповноваженого органу, який підписує цей акт; прізвище та ініціали такої особи; підпис тощо.

У цьому контексті варто звернути увагу на те, що останні два правила, які стосуються структури та реквізитів, залежно від того чи іншого акта тлумачення

та, відповідно, уповноваженого судового органу, який видав такий акт, будуть різнитися.

Останнім елементом юридико-технічного набору є *способи юридичної техніки актів судового тлумачення.* В межах цього питання розглядається виключно технічна складова, тобто передбачена законодавством процедура, порядок організації діяльності уповноважених судових органів щодо прийняття актів тлумачення, їх оприлюднення тощо.

Це питання включає в себе такі положення: правова підстава, порядок розгляду та прийняття акта, строк провадження, порядок оприлюднення та ін.

Підводячи підсумок, варто зазначити, що сутність юридико-технічного набору інструментів має важливе значення, адже належне, чітке дотримання та застосування всіх його складових елементів сприяє належному закріпленню тих чи інших норм тлумачення, однозначному та ефективному застосуванню на практиці правових положень, що, у свою чергу, забезпечує врегулювання найважливіших сфер суспільного життя врахуванням тенденцій розвитку демократичних, правових, соціальних засад нашої держави.

Література

1. Иеринг Р. Юридическая техника / Р. Иеринг; пер. с нем. Ф.С. Шендорфа // СПб., – 1905. – 105 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.russian-lawyers.ru/hering2.shtml.
2. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х т. / С.С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1982 – . – Т. 2 – 1982. – 95 с.
3. Черданцев А.Ф. Теория государства и права / А.Ф. Черданцев. – М. : Юрист, 2006. – 637 с.
4. Ковачев Д.А. Механизм правотворчества социалистического государства / Д.А. Ковачев. – М. : Юрид. лит., 1977. – 95 с.
5. Пиголкин А.С. Правотворчество / А.С. Пиголкин // Общая теория права. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1998. – 384 с.
6. Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия, технология (к вопросу о соотношении) / В.Н. Карташов // Проблемы юридической техники: в 3 т. / под ред. В.М.Баранова. Нижний Новгород, 2008 – . Т. 1. – 2000. – 266 с.
7. Ильин И.К. О форме и стиле правовых актов (Некоторые вопросы законодательной техники) / И.К. Ильин, Н.В. Миронов // Советское государство и право : – 1960. – № 12. – С. 26-38.
8. Биля І.О. Теоретичні основи використання нормотворчої техніки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень»/ І.О. Биля ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого – Х., 2004. – 201 с.
9. Красницька А.В. Юридичні документи: техніка складання, оформлення та редагування : [посібник] / А.В. Красницька – 2-ге вид., допов. і переробл. – К. : Парламентське вид-во, 2006. – 528 с.
10. Кашанина Т.В. Юридическая техника : [учебник] / Т.В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2008. – 512 с.
11. Карташов М.В. Юридическая техника / М.В. Карташов(обзор матер. науч.-метод. семинара) // Государство и право. – 2000. – № 11. С. 77.
12. Власенко Н.А. Правила законодательной техники в нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации / Н.А. Власенко // В кн.: Законодательная техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование : в 2 т. – Нижний Новгород. – 2001 – . – Т. 1. – 2001. – 365 с.
13. Тихомиров Ю.А. Законодательная техника: понятие и элементы / Ю.А. Тихомиров. – М., 2000. – 162 с.

Анотація

Кицяя О. С. **Юридико-технічні інструменти побудови актів судового тлумачення.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню основних елементів юридико-технічного набору інструментів юридичної техніки актів судового тлумачення, їх визначенню та загальній характеристиці.

Ключові слова: юридико-технічний набір інструментів, юридична техніка актів судового тлумачення, правила, засоби, способи.

Аннотация

Кицяя Е. С. **Юридико-технические инструменты строения актов судебного толкования.** – Статья.

Статья посвящена исследованию основных элементов юридико-технического набора инструментов юридической техники актов судебного толкования, их понятию и общей характеристики.

Ключевые слова: юридико-технический набор инструментов, юридическая техника актов судебного толкования, правила, средства, способы.

Summary

Kitsya E. S. **Juridical and technical instruments of legal interpretation acts' construction.** – Article.

This article is dedicated to exploration of the basic elements of juridical and technical set of tools of juridical technique of legal interpretation acts, their definition and general characteristics.

Key words: juridical and technical set of tools, juridical technique of legal interpretation acts, rules, meanings, ways.

УДК 340.1

Ю. М. Ходанич

ПРАВО ТА ЗАКОН У ПРАЦІ Х. БАУМЕЙСТЕРА «ELEMENTA PHILOSOPHIAE», ПЕРЕКЛАДЕНОЇ П. ЛОДІЄМ

Постановка проблеми. Серед великої кількості вчених, мислителів, представників інтелектуальної еліти першої половини XIX ст. у Росії помітне місце займає яскравий просвітник П. Лодій, який своє життя присвятив служінню науці, а також навчанню та вихованню молодого покоління.

П. Лодій працював як філософ, юрист, трохи як літератор, займався також перекладами філософських та правових праць. Один із таких перекладів є предметом нашого дослідження. Він стосується філософських, політичних та правових поглядів досить значної постаті в історії філософії – Х. Баумейстера.

П. Лодій, бездоганно знаючи латинь, а також бажаючи поширювати знання та робити їх доступними для широкої верстви тогочасного суспільства, здійснив переклад однієї з праць Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», що вийшла під назвою «Наставления любомудрия нравоучительного, содержащее в себе любомудрие практическое всеобщее, право естественное, этику и политику» у Львові 1790 р. [1, с. 3].

Перший переклад праці Х. Баумейстера вийшов у Москві в 1788 р. під назвою «Нравоучительная философия, содержащая естественное право, этику, политику, экономику и другие вещи, для знания нужные и полезные» під перекладом Д. Синьковського [6, с. 80].

Своїм перекладом, як зазначає Ф. Потушняк, «не лише дав П. Лодій учням і публіці філософічну книгу в руки, але одночасно заявив права народної мови під час вивчення такої строгої дисципліни, якою була філософія. Одночасно він заклав фундамент для філософічної руської термінології. Переклад його тим важливий, що він ужив тут багато народних слів (наскільки дозволяла йому тогочасна мовна експериментація)» [3, с. 6].

З таким твердженням погоджується й В. Горський [3, с. 114]. Таким чином, можемо вважати цей вклад мислителя як одну із його заслуг.

© Ю. М. Ходанич, 2014

У свою чергу М. Возняк зазначав, що П. Лодій викладав філософію саме на основі підручника Х. Баумейстера. Більше того, під час здійснення перекладу вчений велику кількість філософських термінів повинен був придумувати самостійно, адже на той час (кінець XVIII ст.) філософська термінологія була латинською. З цього приводу М. Возняк додає, що «в писаннях святих отців, передусім І. Дамаскина, знаходилось багато філософських термінів. Звідси мусив позичати вислови професор-українець (йде мова про П. Лодія), не маючи ні учителя, ні провідника, ні попередньої традиції, вказаної дороги. Сам все мусив творити» [2, с. 148].

З такого твердження робимо висновок про доволі значний вклад П. Лодія у тогочасний розвиток філософської науки, що виразився у перекладі праці Х. Баумейстера.

Однак, як зазначає І. Мірчук, «П. Лодій не перекладає цілої книги, а тільки одну кінцеву її частину, що обіймає філософію моралі, тобто право природне, етику й політику. ... П. Лодій не переклав цілий підручник … що можна пояснити його становищем професора в Studium Ruthenum, де виховувались студенти теології, для яких ані логіка, ані метафізика не мали такого інтересу, а остання могла бути навіть небезпечною. Крім цього брак термінології з обсягу теоретичної філософії й трудність перекладу могли його приневолити до такого кроку» [4, с. 120].

Розглядувана праця Х. Баумейстера містила питання з різних сфер науки, зокрема філософії, політичної науки, а також права. Предметом нашого дослідження є проблема права та закону.

Стан дослідження. У цьому випадку говорити про стан дослідження складно, адже з питань сутності права та законів наукові дослідження (монографії, наукові статті, інші праці) відсутні. Предметом дослідження таких вчених, як М. Возняк, І. Мірчук, І. Кравчук, Д. Чижевський, Д. Кирик, А. Сініцина та інших стали саме філософські питання праці Х. Баумейстера. При цьому й останнім не була надана достатня увага. Як правило, науковці обмежуються викладом основних аспектів праці Х. Баумейстера, перекладеної П. Лодієм чи взагалі просто вказують на те, що такий переклад був здійснений.

Метою статті є проведення аналізу питань права та законів у праці Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», перекладеної П. Лодієм.

Виклад основного матеріалу. Із самої назви праці «Наставления любомудрия нравоучительного, содержащее в себе любомудрие практическое всеобщее, право естественное, этику и политику» та потім у процесі дослідження стане видно те, що розглядувана праця чітко не розмежовує питання філософії та питання права, вказуючи при цьому, що питання права розглядаються в контексті філософського сприйняття. Саме тому ми, спираючись на положення праці Х. Баумейстера, будемо сприймати філософську науку як основу для формування знань про право.

Так, у праці зазначається, що у філософії потрібні певні правила, які визначають та навчають, що є добре, а що зле, та які показують людині, від чого вона повинна відвертатися та чому слідувати, тобто виступають своєрідним дороговказом. Такі правила чи закони, які людина повинна виконувати та яких повинна уника-

ти, мають бути складені відповідно до природних людських сил, а також мають передбачати те, що людина в змозі вчинити [1, с. 64].

Таким чином, ми бачимо своєрідний та доволі оригінальний підхід до розуміння законів, які повинна визначати саме філософія. Важливим є той факт, що такі закони повинні спиратися на людські сили, тобто вони повинні враховувати можливості людини певним чином діяти, тобто обрати певну модель поведінки.

Більше того, ми бачимо підхід до розуміння правил та законів як до «сучасних» прав та обов'язків. На нашу думку, такі положення не є безпідставними: вони містять достатнє усвідомлення сутності права як системи правил, які спрямовані на врегулювання поведінки людей, тобто таких правил, що встановлюють права та обов'язки.

Далі зазначається, що такі сили, які повинні враховуватися під час визначенні правил, є нічим іншим, як природою людини. Відповідно, правила та закони, якими філософія оперує, які вона повинна виробляти, мають виходити із самої природи людини, тобто з її сутності. Таким чином, зрозуміло, що філософ повинен володіти знаннями не лише філософських проблем та права, але й розуміти природу людини.

Звідси Х. Баумейстер та П. Лодій виробляють поняття природного права – практичної науки, у якій пропонуються природні закони, керуючись якими, людина (особа) здійснює добрі вчинки та ухиляється від недобрих. Тобто природне право є знанням природних законів, за допомогою яких твориться людина [1, с. 67].

Отже, робимо висновок, що, не знаючи про такі природні закони, особа вчиняє правопорушення, яке тягне за собою певні заходи відповідальності.

Початком природного права, зазначають вчені, є істинне й досконале: робити те, що творить людину досконалішою та уникати того, що робить її нещасливою. Тобто апріорі природне право є досконалим та істинним, адже воно випливає з природи людини. Природне право повинне допомагати людині ставати кращою, обирати «правильний шлях» руху.

Однак для досягнення людського добробуту не достатньо передбачити для неї правила, які визначають правила поведінки, тобто передбачити права та заборони до вчинення певних дій, але й важливо показувати спосіб та шлях, людина змогла б підкорятись закону природи й таким чином виконувати такі приписи, ствердити та примножити свій добробут.

При цьому, вважаємо, слід розуміти добробут як щось глибше. Добробут у розумінні філософів варто розуміти як те, що справді важливе для людини, те, що може визначити правильний шлях її розвитку.

Мислителі, на наше переконання, мають рацію, адже недостатнім є просто визначити певні права та заборони, обов'язки, важливо також при цьому вказати способи та можливості для того, щоб дотримання таких прав чи уникнення певної неправомірної поведінки змогло принести конкретні позитивні результати.

Звідси Х. Баумейстер та П. Лодій вказують, що із зазначеної необхідності випливає важливість й іншої науки, яка викладає правила, якими показуються спосіб та шлях дій. Цю науку філософи називають вчення про мораль [1, с. 70].

Таким чином, ми з'ясували, що право природне тлумачить закони та вчить, як особа повинна вчиняти та чого повинна уникати, а вчення про мораль –

спосіб та шлях, що показує, яким природнім законам повинно слідувати. Лише взаємозв'язок природного права та моралі може привести людину до добробуту.

У свою чергу, закон, на переконання Х. Баумейстера, є правилом чи способом, за якими людина зобов'язується наставляти чи визначати вільні дії. Правило – це припис, який показує, що людина повинна вчиняти, а що не вчиняти, тобто показує той же спосіб дії [1, с. 66]. Таким чином, поняття правила та способу тут є тотожними.

Звідси робимо висновок про те, що закон пов'язаний із діями людини, щастям та свободою. Закон показує, яким чином людина повинна діяти. Закон вказує на позитивну правову поведінку. Метою дій людини, які відповідають приписам закону, є досягнення нею добробуту та щастя. Людина апріорі є вільною, відповідно, володіє свободою дій, тобто може обирати, яким чином діяти, яку поведінку обирати: ту, яка відповідає закону, чи ту, яка йому суперечить. Слід зауважити, що, на думку вчених, той факт, що людина діє згідно з приписами закону, зовсім не означає втрату чи обмеження її свободи. Навпаки ж, закон розуміється як форма втілення свободи, як невід'ємний від свободи.

Х. Баумейстером та П. Лодієм визначається також розуміння закону як узаконення вищого, що зобов'язує нижчого. Із вказаного можна зробити висновок про «божественне», «надприродне» походження закону.

Закон, як наголошується, не може відмежовуватися від обов'язку. Таким чином, із різних обов'язків випливають різні види законів: 1) божественний; 2) людський; 3) природний; 4) позитивний.

Отже, закон та обов'язок є невіддільними один від одного, вони взаємозалежні та взаємопов'язані. Із вказаного про те, що з різних обов'язків випливають різні види законів, виходить, що саме обов'язок визначає закон, якого треба дотримуватися. Критерієм поділу законів на види виступає джерело обов'язку, тобто від кого він виходить.

Зокрема, що стосується природного закону, то, як наголошують вчені, останній проголошує повагу до Бога. Природним законом люди зобов'язані досягати істинне та справжнє пізнання Бога [1, с. 67]. Таким чином, мета природного закону – досягти пізнання Бога.

Законом божественним визнається закон, коли Бог встановлює обов'язки. Якщо ж певна людина зобов'язує нас до вільних дій тим чи іншим способом, тоді закон є людський.

Не може бути законом те, до чого сила обов'язку не прилучена. Звідси виходить, що закон може зобов'язати тільки того, кому буде введений чи проголошений. Таким чином, перш ніж вимагати виконання певного обов'язку (закону), потрібно донести до людини відповідне правило (припис). Дуже слушна думка, хоча на сьогодні це правило не застосовується, адже, наприклад, в Україні діє принцип «незнання законів не звільняє від відповідальності». При цьому варто наголосити, що сама ідея доволі значима.

Особливу увагу варто звернути на питання про сутність закону природи. Останній, як вказують Ф. Баумейстер та П. Лодій, зумовлений самою дією природи. Визначається, що вчинення певних дій людиною – її природна властивість. Якщо

такі дії є добрі, то потрібно їх вчиняти, якщо ж злі – від них ухилятися [1, с. 68]. Основне правило закону природи: якщо суть речі чи дії добра – вчиняй їх, якщо ж зла – залишай та уникай.

Закон природи є певним всезагальним образом, за яким усі вільні дії повинні виправлятися. Він випливає із природного обов'язку. Основою закону природи є сама природа. Він пізнається людським розумом, приписує творити добро та ухилятися від злого. Відповідно, закон природи пізнається там, де людина пізнає, що є добре, а що є зле. Із цього пізнаються зміни дій, що відбуваються, а також зв'язок між діями та наслідками.

Закон природи є вічний, його забезпечує Бог. Він є найзагальніший, його сила – настановити всіх людей, яким чином визначати суть речей та дій, а також забезпечити вільний вибір.

Отже, варто визначити деякі висновки щодо сутності закону та природного закону:

1) закон не може існувати без сили зобов'язання; це означає, що закон обов'язково містить примус до виконання певної дії;

2) закон може зобов'язати лише того, кому він був повідомлений чи проголошений;

3) через те, що закон бере силу до зобов'язання із самих дій чи речей природи, робимо висновок щодо природного закону: твори те, що є добре, та уникай того, що є зле;

4) основою природного закону є сама природа;

5) природний закон пізнається людиною розумом, право є «вчителем» закону;

6) природний закон має такі характеристики: безумовний, потрібний, вічний, всезагальний (оскільки його сила зобов'язання діє щодо всіх вільних дій);

7) божественний закон – це закон природний. Вчені доходять висновку про те, що Бог, який є творцем природи, визначає закон божественний, який одночасно є природним.

Висновки. Таким чином, розглянувши питання щодо сутності права та закону в праці Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», перекладеної П. Лодієм, доходимо висновку про її важливість. Питання права та закону в праці розглядаються з позицій філософських проблем природи людини. Вони нерозривно пов'язані зі свободою та обов'язком. Обґрунтовується думка про божественне (природне) походження закону, однак при цьому виділяють також закон позитивний. Природний закон є вічним, безумовним, всезагальним, він пізнається людиною розумом.

Література

1. Баумейстер Ф. Наставления любомудрия нравоучительного, содержащее в себе любомудрие практическое всеобщее, право естественное, этику и политику / Ф. Баумейстер. – Львов. 1790. – 452 с.
2. Возняк М. До характеристики Петра Лодія / М. Возняк // ЗНТШ. – 1913. – Т. CXIII. – С. 148–155.
3. Горський В. Історія української філософії : [курс лекцій] / В. Горський. – К. : Наукова думка, 1997. – 286 с.
4. Мірчук І. Петро Лодій та його переклад «Elementa Philoophiae» Баумейстера / І. Мірчук // Філософська і соціологічна думка. – 1993. – № 4. – С. 106–125.
5. Потушняк Ф. Я і безконечність (нариси історії філософії Закарпаття) / Ф. Потушняк. – Ужгород : Ґражда, 2003. – 127 с.
6. Смагін І. Практика підручникотворення зі шкільного курсу логіки у XIX столітті / І. Смагін // Вісник Житомирського державного університету ім. І. Франка. – 2008. – № 39. – С. 79–85.

Анотація

Ходанич Ю. М. **Право та закон у праці Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», перекладеної П. Лодієм.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню питання щодо сутності та природи права та закону, видів законів у праці Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», перекладеної П. Лодієм.

Ключові слова: право, закон, природний закон, обов'язок, свобода

Аннотация

Ходанич Ю. М. **Право и закон согласно труду Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», переведенному П. Лодием.** – Статья.

Статья посвящена освещению вопроса о сущности и природе права и закона, видов законов согласно труду Х. Баумейстера «Elementa Philosophiae», переведенному П. Лодием.

Ключевые слова: право, закон, природный закон, обязанность, свобода

Summary

Khodanych Y. M. **Right and law in scientific work of H. Baumeyster «Elementa Philosophiae», translated by P. Lodiy.** – Article.

This article highlights to the issue of the nature of right and law, types of laws in scientific work of H. Baumeyster «Elementa Philosophiae», translated by P. Lodiy.

Key words: right, law, natural law, obligement, freedom.

УДК 340.141(44)(091)

М. М. Бедрій

ФРАНЦУЗЬКЕ ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО: ДЕЯКІ ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Як відомо, правову систему України більшість науковців відносять до континентального (романо-германського) типу правових систем, одним із класичних представників якого є Франція. Із цією державою Україну неодноразово порівнювали з огляду на близькість розмірів їх територій та подібність форм правління. Відтак існує значна доцільність пізнавати історію правового розвитку Франції, яка здатна відкрити шлях до розуміння витоків європейського права та зблизити (як духовно, так і практично) Україну з Європейським Союзом. Первинним джерелом права французького народу був правовий звичай, дослідженість якого в українській науці ще не є достатньою. Тому варто зосередити наукову увагу на становленні, розвитку та багатогранності французького звичаєвого права, а представлена стаття має на меті започаткувати цей довготривалий процес.

На етнічній території Франції люди проживали з найдавніших часів. З VI ст. до н. е. її основним населенням були Ґалли (кельтськомовний народ), завойовані в 59–51 рр. до н. е. римськими легіонами Юлія Цезаря. Тому стародавньою назвою Франції була Ґаллія. У I ст. н. е. на цих землях було запроваджене християнство. Від 330 р. галлія зазнавала регулярних нападів готів, франків, бургундів, а в V ст. вийшла зі складу Римської держави. У 465 р. вона ввійшла до складу держави франків, очолюваної королем Хлодвігом. За Верденським договором 843 р. більшість французьких земель відійшли внуку Карла Великого Карлу Лисому. У X ст. Франція стала офіційною назвою цієї держави з монархічною формою правління та становим устроєм суспільства [1, с. 552].

© М. М, Бедрій, 2014

У суспільстві середньовічної Франції правові звичаї було прийнято називати «кутюмами», тобто усталеними правилами поведінки загального характеру. Первинно кутюми мали усну форму та передавалися з покоління в покоління. На початкових етапах розвитку французької держави кутюми мали, насамперед, регіональний характер і поширювалися на певну обмежену територію. Це пояснювалося розрізненістю частин цієї держави, що пройшли доволі різні історичні шляхи та мали різну ментальність. Після падіння династії Каролінгів закони королів різко втрачали свій авторитет, внаслідок чого розширювалася чинність звичаєвого права, яке регулярно поповнювалося судовою практикою. Попри свою суперечливість у XV ст. кутюми стали основним джерелом права Франції. Згодом органи держави дійшли до висновку про необхідність письмової фіксації правових звичаїв, внаслідок чого почали формуватися збірники кутюмів провінцій, міст і навіть сіл [2, с. 138–140].

Професор Казанського університету Н. Осокін у XIX ст. стверджував, що за правління французького короля Карла VII (1402–1461 рр.) відбулася повна кодифікація місцевих судових звичаїв. Натомість професор Київського університету І. Лучицький не погодився з ним, довівши, що Карл VII лише мав намір провести систематизацію кутюмів, але повний звід кутюмів за його правління не тільки не був завершений, а й розпочатий [3, с. 15]. У розробці повного зводу кутюмів взяли участь практикуючі юристи, балії (місцеві судді) та представники усіх трьох станів. Кінцевий варіант цієї систематизації повинен був затвердити парламент, однак наприкінці XV ст. стало зрозумілим, що провести повну кодифікацію французького звичаєвого права не тільки недоречно, але й неможливо. У 1497 р. було ухвалено рішення про створення окремих кодифікаційних комісій для кожної провінції. За результатом їх роботи формувалися збірники звичаєвого права, які підлягали реєстрації в парламенті. Цей складний процес тривав до кінця XVI ст. [4, с. 124–125].

На місцевому рівні питання про чинність певної звичаєво-правової норми місцевим суддям доводилося часто з'ясовувати шляхом опитування населення. Кутюм вважався таким, що діє на певній території у випадку, якщо всі особи, які прибули в суд, визнали його існування протягом останніх 40 років. Коли ж хоча б одна особа протягом відповідного опитування обґрунтовано пояснила, що кутюм не мав чинності, його дія судом не визнавалася. Найбільш відомими результатами кодифікації звичаєвого права стали збірники кутюмів Бовезі, Орверні, Мена, Парижа, Бургундії, Бретані, Шампані, Нормандії, Орлеана тощо [2, с. 140–141].

Наприклад, кутюми Бовезі, укладені близько 1282 р., були збірником місцевих правових звичаїв, які діяли в графстві Бове, розташованому на північному сході Франції. Їх основним укладачем став суддя та сенешал Ф. де Бомануар. Особливістю кутюмів Бовезі було те, що до їх складу ввійшли не тільки регіональні правові звичаї графства, але й правові норми, спільні для усіх кутюмів Франції. Відтак цей правовий збірник мав велике значення для правового розвитку усієї французької держави. Їх укладач Ф. де Бомануар помістив у них також власні думки щодо правових питань, прокоментував деякі положення римського та канонічного права, що дозволяє говорити про наявність у кутюмах Бовезі також елементів правової доктрини. Кутюми Бовезі мали чимало списків та використовувалися

як правове джерело в судовій практиці всієї Франції, а в 1690 р. були надруковані [5, с. 223–224].

Після революційних подій 1789 р. французьке звичаєве право зазнало змін під впливом нових суспільних умов, адже втрачали актуальність його норми, що забезпечували стабільність феодального суспільства. Водночас формувалися нові правові звичаї, необхідні правовому регулюванню капіталістичних відносин. Звісно, у період Нового часу звичаєве право Франції було істотно обмежене в обсягах правового регулювання. Ці тенденції посилилися під час правління Наполеона Бонапарта, який провів масштабну кодифікацію французького права. Проте навіть у тогочасних кодексах містилися посилання на норми звичаєвого права, внаслідок чого вони санкціоновані в оновленому суспільстві Франції. Так, ст. 590 Цивільного кодексу Франції 1804 р., встановлюючи порядок сервітутного використання громадських лісів, зобов'язувала користувачів вирубувати дерева тільки в тих ділянках лісу, які були призначені для цього місцевими звичаями [6, с. 372].

Отже, можемо говорити про те, що значення правового звичаю в правовій системі Франції змінювалося на різних етапах її історії. Первинно правовий звичай був авторитетним і єдиним реально діючим джерелом права, однак переважали саме партикулярні (місцеві) звичаї, а не загальнодержавні. Правові звичаї, коли їх почали записувати, стали більш формалізованими, відомими, а відтак каще застосовувалися в судовій практиці та сформували загальнодержавні стандарти звичаєвого права. Хоча королівське законодавство зменшило сферу юридичного регулювання правових звичаїв, істотне обмеження правотворчості представницьких органів у період абсолютизму дозволило звичаєвому праву зберігати вагомі позиції у Франції. Революційні події наприкінці XVIII ст., наполеонівська кодифікація та кардинальна зміна суспільного устрою в XIX ст. негативно позначилися на чинності звичаєвого права, за яким було залишено статус другорядного джерела права, передусім у приватноправовій сфері. Для більш повного розуміння історії звичаєвого права Франції доцільно зупинити свою увагу на окремих відомих правових звичаях, котрі мали всенародне визнання в різні періоди, до яких можна віднести регентство, омаж, ренту, бастард, майорат, формар'яж і дуель.

Регенство. Назва цього правового звичаю походить від латинського слова «regens». Його суть полягала в тому, що в разі, коли король Франції помирав, а його спадкоємець був неповнолітнім, функції глави держави від його імені виконував регент. Як правило, регентом ставала мати чи інший наближчий родич неповнолітного короля. Першим регентом в історії Франції стала донька київського князя Ярослава Мудрого Анна під час правління її малолітнього сина Філіпа I (1052–1108 рр.). Бланка Кастильська виконувала функції регента до повноліття Людовика IX (1214–1270 рр.), Катерина Медічі – до повноліття Карла IX (1550–1574 рр.), а Марія Медічі – до повноліття Людовика XIII (1601–1643 рр.). Під час неповноліття короля Людовика XIV (1643–1715 рр.) Францією на правах регента правила його матір Анна Австрійська з підтримкою кардинала Дж. Мазаріні. Після смерті Людовика XIV правонаступником трону став його правнук Людовик XV (1710–1774 рр.), до повноліття якого регентом Франції був племінник покійного короля герцог Орлеанський Філіп. У 1848 р. відбулася невда-

ла спроба проголосити регентом Франції герцогиню Орлеанську до повноліття її сина графа Паризького [7, с. 453]. Отже, звичаєво-правовий інститут регентства дозволяв зберегти стабільність королівської влади у Франції навіть у той час, коли один король помер, а інший – був занадто молодим для виконання функцій монарха.

Омаж виражався в символічному акті, внаслідок якого один сеньйор ставав в асалом (підпорядковувався) іншого сеньйора. Під час омажу васал складав своєму сюзеренові присягу на вірність (присягу любові), за що зазвичай отримував ф'єф – земельний наділ (як правило, село чи кілька сіл) разом із феодально залежними селянами, правом збору податків і суду щодо них. Вважалося, що внаслідок омажу між сюзереном і васалом встановлювався духовно-містичний зв'язок влади та підпорядкованості. У середньовічній Франції існували такі два види омажу: звичайний і тісний. Останній відрізнявся від звичайного тим, що вньому був додатковий етап – васал ставав навколішки перед сюзереном без головного убору та зброї, присягаючи на вірність іменем Бога [8, с. 357].

Рента. Цей правовий звичай полягав у періодичних виплатах однієї особи (рентного боржника) іншій особи (рентному кредитору) протягом терміну, встановленого рентним договором (різновидом договору процентної позики). У Франції існувало два види договору ренти: безстроковий і пожиттєвий. Під час безстрокової ренти боржник мав право у будь-який час викупити ренту, тобто купити відповідне майно чи повернути позичену грошову суму. Водночас рентний договір міг передбачити заборону викупу ренти протягом певного строку (наприклад, 10 років). Пожиттєва рента не могла бути викупленою аж до смерті кредитора. Така рента могла виникнути не тільки на підставі договору, але й за судовим рішення (наприклад, у випадку заподіяння каліцтва) [2, с. 695].

У Франції цей правовий звичай зародився в епоху середньовіччя як феодальна рента на землю, яка сплачувалася селянами в розмірі 20–25% урожаю за право користування землею феодала [9, с. 71]. Після революції 1789 р. рента набула поширеності серед міщанства, а особливо серед населення Парижу. Вона дозволяла легально отримувати нетрудові доходи насамперед з об'єктів нерухомості. Внаслідок цього формувалася окрема суспільна група, що отримала назву рантьє, – люди, які не працювали, а жили за рахунок доходів із ренти. Неодноразово ця суспільна група піддавалася критиці з боку тогочасних громадських діячів і мислителів. Так, її критикував у праці «Монографія про рантьє» О. де Бальзак [10].

Бастард. У дореволюційній Франції позашлюбні діти поділялися на дві категорії: позашлюбні діти шляхетських родин і нешляхетських родин. Позашлюбні в нешляхетських родинах не мали прав на спадкування майна своїх батьків. Натомість бастарди (позашлюбні діти шляхетських і королівських родин) попри своє сумнівне походження користувалися відповідними шляхетськими привілеями та наділялися майновими правами на спадщину, хоч і обмеженими. Вони навіть спадкували герб шляхетського роду свого батька, хоч і з перехресною чорною смугою [8, с. 352].

Майорат. Цей звичаєво-правовий принцип спадкового права полягав у наданні старшому синові переваги в процедурі спадкування. У середньовічній Франції існували три види майорату: сеньйорат (коли нерухомість переходила у власність

старшому в роді); власне майорат (спадкоємцем усього нерухомого майна ставав старший син); примогенітура (єдиним спадкоємцем усього майна вважався старший син, а в разі його смерті – його старший син). Причиною виникнення цього правового звичаю було запобігання розроблення феодальних володінь, оскільки це могло поставити під загрозу весь тогочасний устрій суспільства [11, с. 553]. Звичаєво-правовий принцип майорату протягом століть визначав процедуру престолонаслідування у Франції. Право майорату поширювалося на всі аристократичні титули та великі володіння (герцогства, графства тощо), однак спадкодавець мав можливість передати в спадок молодшим синам-спадкоємцям менші частки рухомого та нерухомого майна. Стосовно дрібних ленних володінь право майорату не було обов'язковим, тому батько за своїм бажанням мав право розподілити між своїми синами порівно всю спадщину [4, с. 133].

Формар'яж. Французьке звичаєве право передбачало, що селяни (серви), підпорядковані різним панам, мали можливість одружуватися за умови, що на це дав згоду той феодал, який внаслідок цього шлюбу втрачав серва. Формар'яж полягав у тому, що селянин, який мав намір одружитися та стати зятем у володінні іншого пана, повинен був отримати згоду від свого феодала, сплативши відповідну майнову компенсацію. Коли ж дівчина йшла за невістку в село іншого пана, її батько повинен був виплатити сеньйору відповідну компенсацію, що мала назву «кюпаж» [8, с. 361].

Подібні компенсаційні виплати відомі звичаєвому праву багатьох народів, у тому числі й українському. Зокрема, ще з давньоруських часів існував правовий звичай «весільної куниці», що полягав у сплаті власнику села грошової компенсації за перехід у зв'язку з укладенням шлюбу його підданої в село, яке йому не належало [12, с. 252]. Цей звичай зберігся на українських землях аж розпаду Речі Посполитої, забезпечуючи перехід селянок з-під однією юрисдикції до іншої та частково покриваючи можливі втрати феодала в обсягах робочої сили.

Дуель як правовий звичай полягала в збройному поєдинку між двома особами за викликом однієї з них на заздалегідь визначених умовах. Він міг відбуватися із застосуванням різних видів зброї (шпаг, мечів, пістолетів тощо), проте за умови, що така зброя була в обох дуелянтів. У найбільш давні часи дуель могла бути способом вирішення міжнародного конфлікту (наприклад, битва між Давидом і Голіафом). У Франції періоду середньовіччя дуель використовувалася як засіб захисту ображеної дворянської честі чи як спосіб вирішення судового спору (судовий поєдинок) [13, с. 311]. Проведення дуелі супроводжувалося певними умовами. Насамперед вона обов'язково відбувалася при свідках (секундантах), які спостерігали за дотриманням дуелянтами правил поєдинку. Тільки за таких умов переможець дуелі міг уникникнути кримінальної відповідальності за вбивство чи поранення супротивника.

У §1148 гл. 39 кутюмів Бовезі дуель було віднесено до числа доказів у судовій справі. Такий доказ вважався неприпустимим тільки в спорах, що виникали з поруки. При цьому Ф. де Бомануар помістив у згаданому параграфі застереження, що цим доказом не варто зловживати, оскільки він найбільш небезпечний серед усієї доказової системи [14]. Таким чином, дуель була санкціонована як судовий

доказ, а її переможець вважався правим у певній судовій справі. З XVI ст. правовий звичай дуелі, який нерідко призводив до смерті французьких дворян, держава почала забороняти королівськими едиктами 1579 р., 1679 р. [13, с. 311] та іншими, проте він був ще доволі популярним навіть у XIX ст., хоч і нелегальним.

Таким чином, звичаєве право Франції пройшло складний шлях розвитку від часу давніх галлів і аж до сучасності, набуваючи на різних історичних етапах певних особливотей, що визначалися тогочасними суспільними умовами тапотребами. Розрізненість французьких земель спричиняла значні відмінності їх звичаєвого права, а кутюми асоціювалися саме з поняттям місцевого, а не загальнодержавного права. Історична уніфікація французьких правових звичаїв відповідала національній уніфікації французького народу та становленню цетралізованої французької держави. Хоча нині правовий звичай відіграє другорядну роль у правовій системі Франції, це джерело права мало величезне значення для її становлення та розвитку в минулому, а також наклало певний світоглядний відбиток на її законодавство.

Література

1. Дахно І. Країни світу : [енциклопедичний довідник] / І. Дахно, С. Тимофієв. – К. : МАПА, 2011. – 608 с.
2. Захватаев В. Кодекс Наполеона / В. Захватаев. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 800 с.
3. Лучицкий И. История среднихъ вѣков. Университетскія чтенія профессора Н.А. Осокина / И. Лучицкий. – К., 1889. – 38 с.
4. Історія держави і права зарубіжних країн (середні віки та ранній новий час) / за ред Б. Тищика. – Львів : Світ, 2006. – 696 с.
5. Хома Н. Історія держави і права зарубіжних країн / Н. Хома. – Львів : Новий Світ, 2012. – 480 с.
6. Sójka-Zielinska K. Kodeks Napoleona. Historia i wspolczesność / K. Sójka-Zielinska. – Warszawa : Lexis Nexis, 2008. – 585 s.
7. Яновский А. Регенство / А. Яновский // Энциклопедическій словарь :/ ред. Ф. Брокгаузъ, И. Ефронъ. СПб., 1899 – . – Т. XXVI : Рабочая книжка Роза ди-Тиволи; под. ред. К. Арсеньева, Ф. Петрушевскаго. – 1899. – 673 с.
8. Ададуров В. Історія Франції. Королівська держава та створення нації (від початків до кінця XVIII століття) / В. Ададуров. – Львів : УКУ, 2002. – 412 с.
9. Економічна історія України і світу / за ред. Б. Лановика. – К. : Вікар, 2006. – 495 с.
10. Бальзак О. Монография о рантье / О. де Бальзак // Собрание сочинений : в 24 т. – М. : Правда, 1960 – . – Т. 23. – 1960. – 426 с.
11. Зайцев Л. Майорат / Л. Зайцев // Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю.С. Шемшученко (гол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 2001 – . – Т. 3 : К-М: – 2001: – 553 с.
12. Гошко Ю. Звичаєве право населення Українських Карпат та Прикарпаття XIV – XIX ст. / Ю. Гошко. – Львів : Ін-т народозн. НАН України, 1999. – 336 с.
13. Маноха О. Дуель / О. Маноха // Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1999 – . – Т. 2. Д.-й – 1999 : 311 с.
14. Бомануар Ф. Кутюмы Бовези / Ф. де Бомануар [електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/France/XIII/1280-1300/Kutymi_Bovezi/text.htm.

Анотація

Бедрій М. М. **Французьке звичаєве право: деякі історико-правові аспекти.** – Стаття.

Стаття присвячена деяким історико-правовим аспектам французького звичаєвого права, у тому числі аналізу окремих правових звичаїв Франції, що були чинними на певних етапах її історії (регентство, омаж, рента, бастард, майорат і дуель).

Ключові слова: правовий звичай, Франція, кутюми, рента, дуель.

Аннотация

Бедрий М. М. **Французское обычное право: некоторые историко-правовые аспекты.** – Статья.

Статья посвящена некоторым историко-правовым аспектам французского обычного права, в том числе анализу отдельных правовых обычаев Франции, которые действовали на определенных этапах ее истории (регентство, оммаж, рента, бастард, майорат и дуэль).

Ключевые слова: правовой обычай, Франция, кутюмы, рента, дуэль.

Summary

Bedriy M. M. **French customary law: some historic-legal aspects.** – Article.

This article is devoted to some historic-legal aspects of French customary law, including the analysis of certain legal customs of France, which were in force at certain stages of its history (regency, homage, rent, bastard, majorat and duel).

Key words: legal custom, France, coutume, rent, duel.

УДК 340.342

Л. О. Корчевна

ЗАГАЛЬНОЛЮДСЬКІ ЦІННОСТІ ЯК ПЕРЕДУМОВА ЄДНОСТІ ЗАХІДНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Відмінності між країнами романо-германської та англо-американської правових сімей, такі як преюдиціальний спосіб мислення, традиційно двоїста структура права, відсутність поділу на приватне та публічне право, пріоритет норм процесуального права перед нормами матеріального права, судові процедури (техніка відмінностей і техніка виключення), зв'язок правової норми з казуїстикою, позбавлені принципового значення. Єдність обох правових сімей обумовлена спільними цінностями західної цивілізації, насамперед свободою, власністю та справедливістю. Саме вказані цінності мають пріоритетне значення для побудови України як демократичної, правової держави, що зумовлює особливу актуальність їх вивчення в умовах різних юрисдикцій права.

У зв'язку із цим проаналізовано класичні теорії справедливості (Арістотель, Фома Аквінський) та її найновіші інтерпретації (Д. Ролс, Р. Нозік, М. Новак). У роботі також використовуються наукові розробки таких відомих авторів, як Р. Давид, Ж.-Л. Бержель, І. Бентам та інші.

Виклад основного матеріалу. В Англії, як і у Франції, за всієї різниці шляхів формування права завжди існувала одна й та ж концепція основи права: право – це насамперед розум. Таку концепцію було відкинуто на континенті в XIX столітті з торжеством доктрини правового позитивізму, коли поєднали в одне поняття «право» та «закон». Однак нині спостерігається тенденція до її відновлення. В Англії ця концепція зберігається, оскільки там право вважається творінням розуму, його відрізняють від закону [1, с. 333].

Нам видається природним додавати до слова «право» національний епітет (французьке право, бельгійське право тощо). Багато хто має сумнів, чи існує право взагалі. Думка, що право – це розум, викликає в англійців відповідно до традиції деяке відчуття наднаціональності або навіть позанаціональності права. Термін «загальне право» вживається зазвичай без національного епітету. У загальному

© Л. О. Корчевна, 2014

праві не хочуть бачити систему національного права; воно – «загальний здобуток усіх націй англійської мови», покликане відігравати таку ж роль, яку відігравало в континентальній Європі отмське право до епохи кодифікацій [1, с. 334].

Р. Давид наголошує на ідеї позанаціонального права, ґрунтованого на розумі, що характеризує загальне право. Ця ідея була протилежною радянській концепції права. Вона є підґрунтям, на якому досягається єдність правових систем західного світу, їх незалежність від свавільних національних політик [1, с. 334].

З огляду на сказане розуміємо, що базові правила англійського права – це правила преторіанського типу. У них насамперед слід вбачати спільну основу континентальної та англосаксонської правових систем. Відмінності між країнами цих систем є, проте ці відмінності (преюдиціальний спосіб мислення, традиційна двоїста структура права, відсутність поділу на приватне й публічне право, пріоритет норм процесуального права перед нормами матеріального права, судові процедури, такі як техніка відмінностей і техніка виключень, зв'язок правової норми з казуїстикою тощо) позбавлені принципового значення. Тому романо-германська та англо-американська сім'ї права сформовані на підґрунті елліністичної правової культури, вони відображають усі характерні особливості цієї культури. Єдність обох сімей обумовлена спільними цінностями західної цивілізації.

Вкрай важливо проаналізувати, якими є ці цінності, і розглянути їх альтернативу.

Право в усіх суспільствах отримує свій авторитет ззовні. Таким зовнішнім зумовлюючим чинником найперше є політична ідеологія. Різні правові системи зіштовхуються з двома головними ідеологічними альтернативами: з одного боку, справедливість або корисність, з іншого – індивідуалізм або колективізм. Тому ідеологічною основою правової системи можуть бути, з одного боку, і ідея користі, і ідея справедливості, а з іншого – і ідея індивідуалізму, і ідея колективізму, які можуть поставати в такій ролі або по черзі, або водночас. Саме гарантувати досягнення цих вищих ідей або цілей покликане право. У цьому виявляється безпосередній зв'язок права з політикою та ідеологією, який ми не можемо не визнавати.

1. *Справедливість чи користь як мета права.* У середовищі англійських філософів і юристів, таких як І. Бентам, Дж.-С. Мілль, а також у межах впливової течії сучасної американської думки «корисність» розглядається як головний критерій усіх цінностей у галузі пізнання й у сфері поведінки. Ідеться про те, щоб досягти «найбільшого задоволення» для найбільшої кількості людей, які складають деяку соціальну групу, та про те, щоб уникнути неприємних хвилювань і страждань. У цьому випадку метою права стає запровадження правил поведінки, здатних привести «до найбільшого щастя для найбільшої кількості людей» [2, с. 68–72].

Утилітаристам протиставляють тих, хто, йдучи за Арістотелем або Фомою Аквінським, вважає, що «метою права є справедливість»; функція права полягає в такому випадку в тому, щоб найбільш точно визначити пропорцію інтересів. Однак такий підхід передбачає необхідність спочатку надати дефініцію поняття «справедливість».

Необхідно визнати, що існує багато інтерпретацій поняття справедливості. Ось чому аналіз, здійснений колись Арістотелем, а потім Фомою Аквінським, ще й сьогодні може виявитися найбільш вдалим [3, с. 61]. У той час виокремлювали

три види справедливості, в основі такого аналізу перебували три види відмінностей між суб'єктами, що розглядалися. У випадку, коли в ролі суб'єктів поставали не залежні один від одного особи, відносини справедливості, у які вони вступали, звично було називати комутативними. Якщо суб'єкти створювали спільноту й поставали в ролі її членів, як у випадку з державою та громадянами, справедливість називалася дистрибутивною (в плані обов'язків спільноти щодо своїх членів), легальною (в плані обов'язків членів щодо створеної ними спільноти).

Комутативна справедливість – це справедливість, яка встановлює арифметичну рівність в обмінах (між суб'єктами). Так, договори передбачають об'єктивно еквівалентні обов'язки для їх учасників. Дистрибутивна справедливість, навпаки, має за мету найкращий розподіл майна, прав та обов'язків між людьми, причому інколи на шкоду об'єктивній рівновазі між обов'язками сторін. Рівні можливості для всіх громадян у користуванні суспільними благами незалежно від кількості сплачених ними податків, захист прав орендатора, найманих робітників також є наслідком впливу ідеї дистрибутивної справедливості на сферу позитивного права. Легальна справедливість може бути зрозумілою як обов'язок усіх членів суспільства сприяти загальному благу, враховувати права общин, до яких ці люди належать. Цей принцип знаходить вираження в таких обов'язках громадян щодо держави, як обов'язок сприяти її захисту шляхом несення військової служби, сприяти її життєдіяльності шляхом сплати податків або шляхом участі в суспільних роботах. Для кожного, включаючи державу, ідеться про виконання «соціального обов'язку» та відповідність до вимог «суспільного блага».

Таким чином, ідеологічною основою правової системи можуть бути ідея користі та ідея справедливості, які можуть поставати в такій ролі або по черзі, або одночасно. Користь і справедливість можуть повністю співпадати. Обов'язкова сила договору, кримінальне або адміністративне покарання, дотримання прав людини – усі ці ролі є водночас справедливими й корисними.

2. *Індивідуалізм чи колективізм як мета права.* Потрібно з'ясувати співвідношення індивідуальної чи колективної справедливості та приватної чи спільної користі. Завжди й, напевно, упереджено протиставляються індивідуалізм і колективізм. Індивідуалізм ґрунтується на філософській доктрині, яка затверджує реальність індивідів як таких всупереч родовій і видовій детермінованості; індивідуалізм знаходить своє вираження в теоріях, які вбачають в індивіді загальну цінність політичного, економічного й морального характеру, запроваджують ідею розвитку прав та обов'язків індивіда. Колективізм, навпаки, пов'язаний із доктриною й такою системою управління суспільством, які ґрунтуються на ідеї колективної власності, на засобах виробництва й обміну, на владі держави. Зіткнення колективізму та індивідуалізму відповідає традиційному антагонізму між капіталізмом і соціалізмом або між лібералізмом і дирижизмом [4, с. 66–67]. У цьому випадку йдеться насамперед про політичний аналіз. Однак усе це відображається безпосередньо в юридичній сфері, оскільки ми не можемо не визнавати існування зв'язків, поєднуючи право й політику. Деякі вчені, наприклад Ж. Бюрдо, наголошують, що політика, починаючи власне з держави, прагне знайти обґрунтування в праві та створює юридичні правила для обслуговування

своїх цілей; звідси виникає постійна напруга між правом і політикою з незмінним посиленням пануючої ролі права [3, с. 67]. У цьому випадку ми не зважуємося розглядати право як знаряддя на службі в політики або, навпаки, підкорювати політику праву. Однак ми можемо, напевно, визначити право як «мистецтво поєднання політики й етики», уявити його в якості «посередника» між політикою та мораллю.

Суперечка між індивідуалізмом і колективізмом має ідеологічний характер. Згідно з ліберальною думкою людська особистість є кінцевою метою права, тому юридичні закони можуть прийматися лише у зв'язку з життєдіяльністю людини як такої. Суспільство створене для людини, а не людина для суспільства. Держава й суспільство мусять забезпечити гідне існування людини та свободу, оскільки вони є лише «конструкціями», які дозволяють людині затвердити цінність своїх прав і реалізувати їх. Правовий закон покликаний примусити всіх дотримуватися прав кожного індивіда, він встановлює взаємні обмеження цих прав і поєднує ідею прав з ідеєю обов'язків.

Так, для І. Канта право є «системою умов», які забезпечують співіснування індивідуальних «свобод», а також співіснування здатності кожного діяти з аналогічною здатністю інших. Свобода постає тут як вища цінність та «уроджене право» людини, захист якого є завданням держави. Об'єктивне право виявляється в такому випадку «системою суб'єктивних прав, які захищені законами, що визначають, обмежують і гарантують владу індивідів». Ця концепція урочисто перемогла у Франції під час революції. Однак вона стала причиною зловживань лібералізмом та спричинила появу доктрини соціалістського й колективістського типу.

Сучасне колективістське мислення ґрунтується насамперед на ідеї К. Маркса. У його працях, як відомо, право є сукупністю засобів, за допомогою яких клас буржуазії забезпечує своє економічне панування, виходячи зі своїх класових інтересів; воно мусить стати знаряддям пролетаріату в його боротьбі проти колишнього пануючого класу, і боротьба ця мусить точитися до того часу, доки в комуністичному суспільстві зі зникненням буржуазії не відімре держава [4, с. 418–427].

За такого підходу суспільство перетворюється на вищу цінність, яку необхідно захищати, а право мусить співвідноситися з інтересами соціальної групи, а не індивіда. На думку К. Маркса, право редукується до позитивного права, яким воно є в цей момент і на цій території, причому правова норма постає з аналізу економічних фактів. Суттєво, що не звертається увага на те, чи є справедливим це право. Воно постає деякою автономною дисципліною, що ототожнюється з волею держави, вираженням якої таке право і є. У такій ситуації не мусить виникати конфліктів між правом і державою, яка постає його єдиним джерелом, еволюція чи трансформація якої позначається на відповідних змінах і в праві. Право редукується до рівня державних атрибутів та є провідником волі держави.

Такий погляд легко переходить у «державний соціалізм», де право перетворюється на сукупність засобів, за допомогою яких певні групи людей захищають життєво необхідні умови свого розвитку, і де юридичні відносини спираються на інститути, що працюють на спільні цілі, а не на приватний договір. Це приводить одночасно до колективного привласнення багатств і до підкорення індивіда колективу.

У підсумку колективістські доктрини підтверджують перевагу суспільства над людиною та наділяють право функцією організації порядку, якому індивід мусить підкорюватися заради загальних інтересів. Однак слід визнати, що колективізм характеризується ірреальністю й деспотизмом (щодо індивіда). Рабське становище людини, абсолютистський характер центральної влади, невиправдано зосередженої в руках окремої особи чи органу та ґрунтованої на засобах нерідко такого ж невиправданого примусу, не можуть зробити людей, які живуть у суспільстві, багатшими: за відсутності особистої мотивації виявляється недостатньо стимулів для збільшення виробництва й активності, економіка залишається слабкою.

Слід зазначити, що проблема суб'єктивних прав має першочергове значення для будь-якого юриста. Ця проблема є складною з точки зору як філософії, так і суто юриспруденції. Вона стала предметом численних авторитетних досліджень, була приводом для одвічних дискусій.

Невизначеною залишається навіть дефініція суб'єктивних прав [3, с. 70]. Можна констатувати, що приводом для неоднакових думок щодо суб'єктивних прав є два питання: як слід визначати суб'єктивні права (в термінах права на вольове рішення або в термінах захисту інтересів індивідів) та чи існують суб'єктивні права самі по собі (або ж вони є лише наслідком об'єктивного права).

З точки зору школи природного права визначення й термінове закріплення суб'єктивних прав мали витоком сутність самої людини. Деякі із цих прав були проголошені невідчужуваними й священними під час революції у Франції та під час здобуття незалежності Америкою.

Прибічники колективістських або соціальних доктрин, аргументуючи свою позицію, вказують на те, що право не може мати за мету задоволення лише індивідуальних інтересів, тому слід наполягати більше на обов'язках, ніж на прерогативах кожного, а так звані права розглядати лише як «соціальні функції», що підлягають виконанню. Суб'єктивні права, на думку прибічників колективістських або соціальних доктрин, містять непридатну ідею абсолютизму, оскільки ці права роблять наголос лише на прерогативах та ігнорують відповідні обов'язки, які повинні виконувати носії прерогатив. Так, Г. Кельзен заперечував навіть саме існування суб'єктивних прав [5, с. 58–60]. Прикметно із цього приводу також те, що в східноазійських правових системах, таких як індуська, китайська чи японська, поняття суб'єктивних прав було відсутнім, оскільки в них переважав традиційний пріоритет обов'язків перед правами, воно з'явилося лише внаслідок вестернізації цих систем (у XIX столітті).

Слід захищати суб'єктивні права від спрямованої на них критики. Уявлення про суб'єктивні права укорінене глибоко в менталітеті людей. Ідея цих прав природно виражається в повсякденній мові. Ми говоримо: «У мене є право <...>. Ви не маєте права». Уявити й пояснити об'єктивне право було б неможливо, не вдаючись до ідеї суб'єктивного права. Ідеться про абсолютно необхідний засіб з арсеналу юридичних технічних засобів, без якого не можуть обійтися навіть ті, хто критикує це поняття. Визнання суб'єктивних прав, переважно в деклараціях прав людини, зробило їх «засобами захисту індивіда від деспотизму», так що тепер вони є «наслідком руху демократичної й ліберальної ідеології, яка прагне захистити

індивіда від зазіхань державного абсолютизму. Суб'єктивні права постають також засобом виникнення в громадян духу ініціативи та відповідальності» [3, с. 74–75].

Поряд із класичними концепціями справедливості мають місце й сучасні її інтерпретації. В англомовному світі найбільш відомими дослідниками справедливості є Д. Ролс, Р. Нозік та М. Новак. Своє вчення про справедливість вони опрацьовують у контексті проблематики суспільного договору й правової держави.

Д. Ролс, обстоюючи теорію справедливості, наголошує, що його теорія – кантівська по суті, оскільки визнає перевагу теорії суспільного договору Дж. Локка, Ж.-Ж. Руссо та І. Канта всупереч утилітаризму Д. Юма, І. Бентама та Дж.-С. Мілля. Американський учений досліджує, яким же має бути вільне й справедливе суспільство. «Справедливість, – нотує він, – є першою потребою соціальних інститутів, як істина для наукової системи» [6, с. 28]. Якими б ефективними не вважалися соціальні інститути, якщо виявилася несправедливість, їх необхідно замінити.

Утилітаристи мали за мету найбільше благополуччя для найбільшої кількості людей. У підсумку це вело до все більшої залежності індивіда від суспільства. Д. Ролс не погоджується з таким станом справ, коли одна людина є заручником другої або соціальної більшості.

Ідучи за І. Кантом, Д. Ролс звертається до принципу моральної автономії, про що свідчить така думка: «Сторони досягають соціальної єдності лише в якості вільних, рівних і розумних істот, оскільки лише їм відомі ті обставини, які роблять важливими принципи справедливості» [6, с. 42]. За умови моральної автономії ніхто не прагне привілеїв для себе. Єдино можливий вибір – той, який стосується всіх (принцип усезагальної справедливості).

На переконання Д. Ролса, основоположним принципом, який утворює соціальну структуру, є договірний. Усі морально автономні індивіди є сторонами, які домовляються незалежно від обставин часу й місця. Предметом договору є два моральні принципи справедливості. Мотив, який зумовлює договір, пов'язаний із потребою протистояти труднощам і невдачам, загроза яких добре відома кожному.

Перший принцип справедливості проголошує: «Кожний має рівне право на свободу, сумісну фундаментальним чином із такою ж свободою інших». Другий принцип проголошує: «Економічна й соціальна нерівність, як, наприклад, багатство і влада, справедливі лише тоді, коли несуть загальну користь і компенсують втрати найбільш незахищених членів суспільства».

Перший принцип обґрунтовує індивідуальні свободи й вимагає рівності в розподілі основних прав та обов'язків. Другий орієнтує на найбільше благо для більшості й вилучає установку на жертвоприношення. Соціальну й економічну нерівність можна визнати виключно за умови, коли вона покращує всіх, а не лише деяких чи навіть багатьох членів суспільства.

Іншими словами, якщо заради певного закону обмежити перспективи найбільш сильних членів суспільства, і це обмеження виявиться шкідливим для слабких, то передбачуваний закон буде несправедливим у запропонованих межах принципу maximum minimorum, згідно з яким можлива не будь-яка нерівність, а лише та, яка максимізує мінімум.

Р. Нозік обстоює ідею «мінімальної держави» як єдино морально легітимної та такої, яку в змозі терпіти громадяни. «У індивідів є права, є дещо таке, чого не може зробити ні одна людина і ні одна група людей, не порушивши прав інших», – такий основний висновок праці Р. Нозіка «Анархія, держава і утопія». Ці права є настільки важливими, що виникає проблема: чи в змозі держава та її функціонери взагалі на що-небудь впливати. Мінімальну державу зведено виключно до функцій захисту проти насильства, обману, крадіжок, для дотримання договору тощо. Будь-яке розширення державних функцій, яке порушує права людей і примушує підкорятися цим порушенням, не має під собою ніякої підстави. Тому мінімальна держава є і справедливою, і, крім того, привабливою. Держава, як вважає Р. Нозік, не може використовувати апарат примусу для заборони якої-небудь діяльності людей заради самозахисту власних інтересів [7, с. 38–52].

Таким чином, Р. Нозік наполягає на утвердженні непорушних прав індивідів, які живуть у межах мінімальної держави, що захищає громадян від насильства. Зрозуміло, що це позиція індивідуалізму, оскільки саме індивід хоче бути гарантованим від втручання держави в його справи.

На думку іншого американського вченого – М. Новака, жодна з історично існуючих систем не змогла перетворити людське життя в дусі визволення від нестатків і голоду так, як це зробила система демократичного капіталізму. Під цим терміном він розуміє триєдину єдність «ринкової економіки, поважного ставлення до прав людини на життя, щастя й свободу, нарешті, блок культурних інститутів, заснованих на ідеалах свободи й усезагальної справедливості» [8, с. 18–22]. Соціальна система США, Японії, Німеччини та інших країн ґрунтується на зв'язку політичної системи демократії та ринкової економіки. Своєю чергою ці дві системи живлять культуру вільного плюралізму та без неї не існують.

На думку М. Новака, суспільство виграє більше, якщо кожному надає можливість діяти вільно й бачити наслідки своєї праці. Повага до індивідуального рішення людей, які працюють, сприяє підвищенню індивідуальної відповідальності та приводить до підвищення загального рівня благополуччя. Чим більш економічно мислять робітники й підприємці, ризикують, вкладаючи прибуток у нове виробництво, тим вищим є сам прибуток. Чим більше активних людей, тим вищим є рівень благополуччя суспільства [8, с. 40–52]. Система демократичного капіталізму доводить, що економічна активність багатьох сприяє благу всього суспільства, а не лише тих, хто працює.

Вразливе місце демократичного капіталізму полягає в недостатньо настійному зверненні до людського духу та відсутності теоретиків, які показали б його позитивну роль і збіг із найбільш благородними цілями. Саме за виправлення цієї помилки взявся М. Новак.

Висновки. Таким чином, романо-германська та англо-американська сім'ї права сформовані на підґрунті елліністичної правової культури, тому відображають усі характерні особливості цієї культури. Єдність наведених сімей обумовлена спільними цінностями західної цивілізації, насамперед ідеологічного характеру.

Література

1. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М. : Прогресс, 1988. – 496 с.
2. Бентам И. Избранные сочинения : в 3 т. / И. Бентам. – СПб. : Изд-во Русской книжной торговли, 1867– . – Т. 1. – 1867. – 318 с.
3. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – пер. с фр. – М. : Nota bene, 2000. – 576 с.
4. Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / ред. : В.Н. Кудрявцев и др. – М. : Мысль, 1999– . – Т. 3 : Европа, Америка: XVII – XX века. – 1999. – 829 с.
5. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сб. пер. / ред. : В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М. : Юриздат, 1987. – Вып. 1. – 290 с.
6. Ролс Д. Теория справедливости / Д. Ролс // Вопросы философии. – М., 1994. – № 10. – С. 18–42.
7. Nosich R. Anarchi, State und Utopia / R. Nosich. – Oxford, 1998. – 340 p.
8. Novak M. Freedom with justice / M. Novak. – San Francisco, 1984. – 505 p.

Анотація

Корчевна Л. О. **Загальнолюдські цінності як передумова єдності західного права.** – Стаття.

У статті розкрито найбільш принципові позиції єдності романо-германської та англо-американської сімей права. Науково обґрунтовується принцип зближення різних за своєю суттю правових систем через пріоритет спільних цінностей, якими виступають справедливість, свобода та права людини в державі.

Ключові слова: право, справедливість, користь, індивідуалізм, колективізм, моральна автономія, мінімальна держава.

Аннотация

Корчевная Л. А. **Общечеловеческие ценности как предпосылка единства западного права.** – Статья.

В статье рассмотрены наиболее принципиальные позиции единства романо-германской и англо-американской семей права. Научно обосновывается принцип сближения разных по своей природе правовых систем из-за приоритета общих ценностей, которыми выступают справедливость, свобода и права человека в государстве.

Ключевые слова: право, справедливость, полезность, индивидуализм, коллективизм, моральная автономия, минимальное государство.

Summary

Korchevnaya L. O. **Human values as a prerequisite for the unity of Western law.** – Article.

The article describes the most fundamental positions unity Romano-Germanic and Anglo-American family law. Scientifically substantiated the principle of convergence of different legal systems in nature because of the priority of the common values that serve justice, freedom and human rights in the country.

Key words: law, justice, utility, individualism, collectivism, moral autonomy, minimal state.

УДК 341.231.14

С. М. Мигаль

ПРАВО НА СТРАЙК У ЗАСНОВНИЦЬКИХ ДОГОВОРАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Постановка проблеми. Як відомо, найвищим рівнем юридичного закріплення права на страйк у державі є проголошення його в конституції цієї держави. «Надання конституційного статусу цьому праву свідчить про його визнання на рівні держави й підвищений ступінь його захисту» [1, с. 144]. У Європейському Союзі (далі – ЄС) такий статус права на страйк залежить від його юридичного закріплення в засновницьких Договорах ЄС.

Саме це юридичне закріплення визначає законодавче регулювання й судовий захист права на страйк на рівні ЄС. Ця обставина має виняткове значення й для регулювання та захисту права на страйк на національному рівні як в державах-членах ЄС, де право на страйк у конституціях відсутнє, так і в нових державах-членах ЄС, де в конституціях воно існує, але піддається істотним деформаціям із боку законодавства й судової практики Європейського Союзу.

Актуальність теми дослідження продиктована зовнішньополітичною орієнтацією України на інтеграцію до Європейського Союзу і її наміром зробити перший крок у цьому напрямку приєднавшись до асоціації з ЄС.

Стан дослідження проблеми. Питання права на страйк у документах Європейського Союзу досліджується лише в зарубіжній юридичній літературі, але місце й роль його в засновницьких договорах ЄС системно й послідовно в ній ніколи не розглядалася. Серед найвідоміших праць, які частково торкаються цієї теми, слід відзначити роботи А. Монкам, Т. Новіц, В. Олофсон, П. Олссон, Д. Пінд, С. Тенгрен.

Метою роботи є дослідження місця й ролі права на страйк у засновницьких документах Європейського Союзу – Договорі про ЄС і Договорі про функціонування ЄС – та простеження еволюції ставлення ЄС до цього права в договорах, які змінювали й доповнювали засновницькі договори, починаючи з Римського договору й закінчуючи Лісабонським договором.

Викладення основного матеріалу дослідження. Основними засновницькими документами Європейського Союзу, у яких викладаються його конституційні основи, сьогодні виступають два договори – Договір про ЄС та Договір про функціонування ЄС. Першоосновою одного виступає Маастрихтський договір про ЄС (1992 р.), другого – Римський договір про заснування Європейського економічного співтовариства (1957 р.). Обидва договори прийнято називати «засновницькими договорами у вузькому сенсі». Крім них, існує низка міжнародних договорів, які змінюють і доповнюють основні засновницькі договори, зокрема Єдиний європейський акт (1986 р.), Амстердамський (1997 р.), Ніццький (2001 р.) та Лісабонський договори (2007 р.). Разом з основними засновницькими договорами вони утворюють засновницькі договори в широкому сенсі.

© С. М. Мигаль, 2014

Зі змісту засновницьких договорів, як у вузькому, так і в широкому сенсі, вбачається, що первинною метою ЄС було й залишається створення загальноєвропейського ринку та розвиток його через заохочення вільної конкуренції в економіці й лібералізації в торгівлі. Засадничими принципами такого механізму виступають чотири економічні свободи (свобода пересування осіб, свобода руху капіталу, свобода переміщення товарів і свобода надання послуг). Останнім часом у зв'язку зі свободою надання послуг почали виокремлювати ще й п'яту свободу – свободу установлення, або свободу заснування підприємницької чи бізнесової справи.

За своїм впливом на політику, законодавство й судочинство ЄС ці економічні свободи значно переважають значимість соціальних і трудових прав, реалізація яких ставиться в залежність від забезпечення цих свобод. У такому контексті право на страйк не може розглядатися інакше, як одна з перешкод функціонуванню загальноєвропейському ринку, ліберальній торгівлі й реалізації економічних свобод. Ця тенденція простежується в усіх засновницьких документах ЄС та договорах, які їх змінювали або доповнювали.

В Римському договорі, укладеному 25 березня 1957 р., який вступив в дію 1 січня 1958 р., економічні цілі об'єднання відверто превалювали над соціальними. Це пояснювалося самим призначенням договору, який був покликаний започаткувати Європейське економічне співтовариство (ЄЕС). У ст. 2 цього договору говорилося, що «метою Співтовариства повинно бути сприяння шляхом створення спільного ринку й поступового зближення економічної політики держав-членів гармонійному розвитку економічної діяльності, безперервному й збалансованому розвитку, підвищенню стабільності, прискореному підвищенню рівня життя й тісніших відносин між державами-членами» [2, с. 4].

У Римському договорі не містилося жодних посилань на основні права людини, на відміну від основних свобод, які прямо пов'язувалися з поставленою метою, для досягнення якої ст. 3 пропонувалося ліквідувати всі перепони на шляху до вільного руху товарів, людей, послуг і капіталів [2, с. 4]. У соціальній сфері держави-члени співтовариства погодилися лише сприяти покращенню умов життя й праці своїх народів (ст. 117), надавши одному з виконавчих органів ЄЕС – Комісії СЕС – можливість сприяти їх тіснішому співробітництву, особливо в питаннях, які стосуються трудового законодавства, у тому числі права на об'єднання й ведення колективних переговорів між роботодавцями й працівниками (ст. 118) [2, с. 42].

Під час вироблення своєї позиції в цій галузі комісія мала консультуватись зі спеціально створеним економічним і соціальним комітетом, який наділявся дорадчою функцією (ст. 193) [2, с. 59]. Для відстеження економічних і соціальних проблем, проведення досліджень, надання рекомендацій і організації консультацій за допомогою МОП було створено механізм Європейської регіональної конференції, який мав керуватися ухваленими 1956 р. рекомендаціями цієї організації щодо мінімальних трудових стандартів у галузі вільного пересування товарів, послуг, капіталів і праці.

В Єдиному європейському акті, підписаному 17, 28 лютого 1986 р. і набувшому чинності 1 липня 1987 р., який став першим серйозним переглядом Римського договору, підтверджувався курс «на поступове створення до кінця 1992 року

спільного ринку без внутрішніх кордонів з вільним пересуванням товарів, осіб, послуг і капіталу» (ст. 8а) [3, с. 9]. Особливий акцент у ньому робився на лібералізації торгівлі, що було викликано незадоволенням держав-членів ЄЕС фактичною відсутністю вільної торгівлі. В акті висловлювалося сподівання, що лібералізація торгівлі призведе до масштабної економії й економічного зростання, котре піде на користь найбільшій кількості громадян Співтовариства.

В акті було сформульовано принципи Європейського політичного співробітництва, яке в подальшому мало перетворити відносини між державами на Європейський Союз. У преамбулі акту держави-члени зголосилися спільно працювати для просування демократії на основі фундаментальних прав, закріплених в основних документах Ради Європи – Конвенції про захист прав людини й основних свобод (1950 р.) та Європейській Соціальній Хартії (1961 р.), зокрема свободи, рівності й соціальної справедливості [3, с. 2]. Оскільки в ст. 6.4 Європейської соціальної хартії (далі (ЄСХ) визнавалося право на страйк, посилання на цей документ вказувало на опосередковане сприйняття цього права й у ЄЕС.

Спеціальною статтею акту (ст. 118b) комісія зобов'язувалося «заохочувати на європейському рівні соціальний діалог між роботодавцями й працівниками, який за бажанням сторін міг привести до відносин, заснованих на угоді» [3, с. 13]. Наслідком такого діалогу стала ініціатива економічного і соціального комітету щодо необхідності визнання соціальних прав у спеціальному документі співтовариства. Її було реалізовано на зустрічі в Страсбурзі 9 грудня 1989 р. глав держав або урядів держав-членів Європейського Співтовариства, які погодилися ухвалити Хартію Співтовариства основних соціальних прав працівників (далі – ХС), у ст. 13 якої вперше на рівні ЄС було юридично закріплено право на страйк [4, с. 4].

Однак ухвалення цієї хартії так і не привело до закріплення сформульованих у ній прав у засновницьких договорах ЄС, тому що вона не увійшла до основного тексту цих документів, оскільки, згідно з преамбулою ХС, її було прийнято у формі політичної декларації, яка відбивала наміри сторін і не мала обов'язкової юридичної сили.

Після ухвалення Єдиного європейського акту було укладено ще 4 договори, якими було внесено низку змін до цілей і завдань Європейського економічного співтовариства, які відбивали чергові етапи в його просуванні до більш тісної інтеграції: Маастрихтський, Амстердамський, Ніццький і Лісабонський. Але, розширюючи соціальні цілі цього загальноєвропейського об'єднання й посилюючи акцент на основних правах людини з кожним наступним договором, жоден із них не порушував встановлений Римським договором пріоритет чотирьох економічних свобод над соціальними правами в цілому й правом на страйк зокрема.

Відправним і показовим у цьому відношенні був Маастрихтський договір, підписаний 7 лютого 1992 р. і набувший чинності 1 листопада 1993 р., який започаткував перетворення СЕС на Європейське Співтовариство й утворення на його базі Європейського Союзу, що було зафіксовано Договором про заснування Європейського Співтовариства й Договором про Європейський Союз. У переліку цілей, сформульованому в ст. «В» договору про Європейський Союз, першою метою значилося «сприяння економічному й соціальному прогресу, який мав стати збалансованим та сталим, зокрема, шляхом створення простору без внутрішніх кордонів,

зміцнення економічної й соціальної єдності й створення економічного й валютного союзу, включаючи навіть єдину валюту» [5, с. 5].

З ухваленням Маастрихтського договору ЄС уперше звернувся до статутних засад Ради Європи, підтвердивши в преамбулі Договору про Європейський Союз свою повагу до прав людини й основних свобод. Але, як показав далі п. 2 ст. F цього договору, її було висловлено лише до основних прав, гарантованих Європейською конвенцією про захист прав людини й основних свобод (1950 р.) [5, с. 6], яка, нагадаємо, не містить права на страйк. Більше того, вплив цієї конвенції на відносини між основними правами й основними свободами виявився істотно обмеженим, оскільки прерогатива Європейського Суду в забезпеченні дотримання законності під час тлумачення і застосування договору, відповідно до ст. «L», не поширювалася на ст. «F».

Соціальні ж права, проголошені Європейською соціальною хартією (1961 р.) і Хартією Співтовариства про основні соціальні права працівників (1989 р.), у яких було закріплено право на страйк у договорі про Європейський Союз взагалі не згадуються. У Договорі про заснування Європейського Співтовариства будь-які посилання на ці хартії також були відсутні. Лише в Протоколі про соціальну політику, який було вміщено в додатку до Маастрихтського договору, зазначалося, що держави-члени співтовариства, крім Великобританії, висловили бажання «продовжувати йти шляхом, прокладеним хартією 1989 року» та здійснити її на основі досягнень співтовариства [6, с. 36].

Цим Протоколом (ст. 1) співтовариство й держави-члени зобов'язувалися просувати модель соціальної держави, визначивши своїми цілями сприяння зайнятості, покращення умов життя й праці, належний соціальний захист, діалог між управлінням і працею, розвиток людських ресурсів у напрямку стабільної й високої зайнятості та боротьби з відчуженням. Для їх реалізації вони повинні були вживати заходи, які б враховували необхідність підтримання конкурентоспроможності економіки співтовариства й різних форм національної практики, зокрема в області договірних відносин [6, с. 37]. Отже, основним інструментом реалізації такої моделі співтовариством було обрано договірну практику між сторонами трудових відносин. Звідси – неприязне ставлення співтовариства до права на страйк, вилучення його зі сфери своєї підтримки й доповнення діяльності держав-членів ЄС.

Вказаним протоколом Європейській Раді надавалося право встановлювати шляхом директив мінімальні вимоги до поступової реалізації цілей соціальної політики з урахуванням умов і технічних правил, що існують у кожній із держав-членів. У галузі представництва й колективного захисту інтересів працівників і роботодавців, у тому числі участі в спільному прийнятті рішень, згідно із ст. 2(3) цього протоколу, Рада Європи мала приймати такі директиви одностайно за пропозицією комісії й після консультацій з Європейським парламентом та економічним і соціальним комітетом з урахуванням п. 6, за яким положення цій статті не застосовувалось до права на страйк [6, с. 37]. Разом з останнім зі сфери підтримки і доповнення Європейським Співтовариством діяльності держав-членів також випали оплата праці, право на об'єднання й право на локаут.

Первісно Європейська комісія не збиралася виключати із цієї сфери якісь положення, запропонувавши, щоб право на страйк існувало між суб'єктами, щодо яких директиву було прийнято одноголосно. Але в остаточному варіанті протоколу перемогла позиція, що Співтовариство не може підтримувати держави-члени в їх висновках щодо права на страйк, бо ЄС не повинен вирішувати питання, які стосуються цього права. Таким чином, визнання прав, проголошених у Хартії співтовариства про основні соціальні права працівників (1989 р.), у якій було закріплено право на страйк, відбулося за межами засновницьких договорів ЄС.

Амстердамським договором, підписаним 2 жовтня 1997 р. й вступившим у дію 1 травня 1999 р., ЄС зробив спробу збалансувати свої економічні й соціальні цілі на необхідності забезпечення високого рівня зайнятості. Згідно ст. «B» Договору про ЄС найпершою метою, яку Європейський Союз поставив перед собою, було «сприяння економічному й соціальному прогресу та високому рівню зайнятості й досягненню збалансованого та сталого розвитку, зокрема, шляхом створення простору без внутрішніх кордонів, шляхом зміцнення економічної й соціальної згуртованості та шляхом створення економічного й валютного союзу, навіть, включаючи єдину валюту» [7, с. 4–5].

Певним збалансуванням своїх економічних і соціальних цілей Європейський Союз дещо зрушив із місця питання про захист основних прав людини в цілому й визнання соціальних прав зокрема. Перенісши з преамбули до ст. «F» Договору про ЄС положення про «заснування його на принципах свободи, демократії, поваги до прав людини й основних свобод, верховенства права, принципах, які є спільними для держав-членів», він створив механізм контролю за їх дотриманням [7, с. 6].

До договору ЄС було включено ст. «F.1», якою Європейській Раді за пропозицією 1/3 держав-членів або комісії й після отримання згоди Європейського парламенту (2/3 голосів) надавалося право встановлювати наявність серйозного й постійного порушення державою-членом цих принципів і висловлювати уряду свої зауваження. Кваліфікованою більшістю Рада Європи могла прийняти рішення про призупинення деяких прав держави-члена, у тому числі права голосу представника її уряду в Раді Європи, а також згодом змінити або відмінити застосовані заходи у зв'язку зі зміною ситуації [7, с. 6].

Спеціальну процедуру контролю було встановлено й за виконанням Європейської конвенції про права й основні свободи людини (далі – ЄКПЛ) (1950 р.). Згідно зі змінами до ст. «L» Договору про ЄС застосування ст. F(2), яка містила звернення до цієї конвенції, було гарантоване шляхом надання Суду Європейських Співтовариств права вирішувати, чи в змозі установи поважати основні права [7, с. 22].

Амстердамський договір уперше зафіксував звернення ЄС до соціальних прав у своїх засновницьких документах. До преамбули Договору про Європейський Союз було внесено положення про «прихильність держав-членів і самого Співтовариства до фундаментальних соціальних прав, визначених у Європейській соціальній хартії (1961) і Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників (1989)» [7, с. 4], а до ст. 117 Договору про заснування Європейського Співтовариства – положення про «усвідомлення ними цих прав» [7, с. 34]. Тим самим ЄС опосередковано висловив прихильність та усвідомлення й відносно права на страйк.

Однак ця прихильність і усвідомлення виявилися знівельованими через включення до основного тексту Договору про заснування Європейського Співтовариства Протоколу про соціальну політику, укладеного за часів підписання Маастрихтського договору, який заради підтримки конкурентоспроможності економіки співтовариства налаштовував працівників і роботодавців на ведення соціального діалогу й практику договірних відносин, а також вилучав право на страйк зі сфери опіки ЄС.

Зокрема, до ст. 118(6) нового варіанту Договору про заснування ЄС перекочувало положення ст. 2(6) згаданого Протоколу про вилучення права на страйк зі сфери підтримки й доповнення ЄС діяльності держав-членів у галузі представництва й колективного захисту інтересів працівників і роботодавців [7, с. 36]. Більше того, обидві хартії Амстердамським договором не були забезпечені таким же механізмом контролю за їх реалізацією, що й ЄКПЛ. Тим самим соціальні права, визнані в ЄСХ і ХС, було поставлено в нерівні умови з правами, визнаними в ЄКПЛ.

Спробу вирівняти цю ситуацію було зроблено в 1999 р., коли Європейська Рада взялася за підготовку єдиного повномасштабного документа, який мав зібрати всі основні права й свободи, розкидані по всьому діапазону міжнародних джерел, у тому числі як викладені в ЄКПЛ, так і ті, що містилися в ЄСХ і Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників. За її дорученням спеціальний конвент розробив проект, після схвалення якого голови Європейського парламенту, Ради Європи й комісії на засіданні Європейської Ради в Ніцці 7 грудня 2000 р. підписали і проголосили Хартію Європейського Союзу про основні права (ХЄС), у ст. 28 якої право на страйк було закріплене в новій редакції [8, с. 15].

Проте значимість цієї хартії для визнання й захисту права на страйк в засновницьких Договорах ЄС виявилася обмеженою через відсутність у неї тоді обов'язкової юридичної сили. До Ніццького договору, підписаного 26 лютого 2001 р. й набувшого чинності 1 лютого 2003 р., Хартію Європейського Союзу про основні права було включено лише в якості додатку, що володів характером рекомендації. Питання ж про те, чи повинна вона була стати обов'язковою до виконання, підняте в Лакенській декларації про майбутнє ЄС від 15 грудня 2001 р., прикладеній до тексту договору, за задумом її підписантів мала розв'язати Конституція ЄС, яка була покликана замінити всі засновницькі акти ЄС єдиним документом. Передбачалося, що ХЄС набуде сили закону із входженням її до основного тексту Конституції ЄС і набуттям нею чинності.

Ніццький договір не вніс істотних змін до основного тексту засновницьких договорів ЄС, які б кардинально покращували ставлення його інституцій до права на страйк, обмежившись доповненням процедури контролю за дотриманням основних прав людини профілактичним інструментом, який запобігатиме їх можливим небезпекам, та створенням для захисту соціальних прав працівників Комітету з питань соціального захисту.

Зі змінами, внесеними до ст. 7 (п. 1) Договору про Європейський Союз, Рада Європи, крім можливості оголошення про існування серйозних і стійких порушень основних прав людини й призупинення в цьому випадку певних прав відповідної країни, отримала право за пропозицією 1/3 держав-членів, парламенту чи Комісії за підтримки 4/5 голосів членів Ради Європи й згодою Європейського парламен-

ту заявляти про існування явної небезпеки порушення державою-членом основних прав і адресувати їй відповідні рекомендації. До прийняття такого рішення Рада Європи вправі заслухати державу-члена й звернутися до незалежних осіб за отриманням у розумні терміни доповіді про становище в ній. Вона також вправі регулярно перевіряти, чи продовжують застосовуватися підстави, за якими таке визначення було зроблене [9, с. 5].

Ніццький договір зберіг у засновницьких документах ЄС – Договорі про ЄС (преамбула) та Договорі про заснування Європейського Співтовариства (ст. 136) – посилання на прихильність та усвідомлення фундаментальних соціальних прав, викладених у ЄСХ (1961) і Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників під час реалізації співтовариством і державами-членами цілей соціальної політики, які досягатимуться ними, головним чином, за рахунок підтримання конкурентоздатності економіки ЄС і встановлення договірних відносин між сторонами. Як наслідок – збереження в п. 5 ст. 137 Договору про заснування Європейського Співтовариства вилучення права на страйк зі сфери підтримки й доповнення співтовариством діяльності держав-членів у галузі представництва й колективного захисту інтересів працівників і роботодавців, включаючи їх право на спільне прийняття рішень [9, с. 15–16].

Натомість для розвитку співробітництва між державами-членами й Комісією з питань політики соціального захисту, згідно зі ст. 144 цього договору, після консультацій з Європейським Парламентом Радою Європи створювався Комітет соціального захисту з консультативним статусом, на якому, крім розвитку політики соціального захисту, доручався контроль за соціальною ситуацією в державах-членах і співтоваристві [9, с. 17].

Таким чином, Ніццький договір виявив ще одну негативну тенденцію в політиці й праві ЄС, яка полягала в тому, що в захисті соціальних прав останній надав вагоме значення не самодіяльності працівників, яку вони можуть виявити через реалізацію права на страйк, а сторонньому органу, об'єктивно покликаному стримувати страйки.

Великі сподівання на закріплення й захист права на страйк в засновницьких документах ЄС пов'язувалися з підписанням в Римі 29 жовтня 2004 р. Договору про запровадження Конституції для Європи, до тексту якого з деякими змінами й доповненнями було включено Хартію ЄС про основні права. Її було розташовано в другій частині договору між частиною без назви, яку умовно можна назвати Договором про ЄС, і частиною, присвяченою політиці й функціонуванню ЄС (фактично Договором про заснування Європейського Співтовариства).

На жаль, вміщення хартії до Конституційного договору ЄС не похитнуло пріоритет основних свобод над основними правами, який було встановлено першою частиною договору. Основні свободи, сформульовані у зв'язку з проблемою недискримінації, увійшли до першого розділу цієї частини, присвяченого визначенню і цілям ЄС. У ст. I-4 говорилося, що Європейським Союзом гарантуються вільне переміщення осіб, послуг, товарів і капіталів, а також свобода установлення та забороняється дискримінація за ознакою національного громадянства [10, с. 11].

Основні ж права склали наступний розділ першої частини Конституційного договору ЄС і були викладені у зв'язку з громадянством Європейського Союзу.

У ст. I-9 зазначалося, що ЄС визнає права, свободи й принципи, викладені в Хартії ЄС про основні права, а також приєднується до Європейської конвенції про захист прав людини й основних свобод [10, с. 14]. Таким чином, незважаючи на включення до основного тексту Конституційного договору ЄС Хартії ЄС про основні права, останні, на відміну від основних свобод, не були віднесені до цілей Європейського Союзу.

Цілі Європейського Союзу в Конституційному договорі ЄС було гранично узагальнено й кардинальним чином переформатовано. В п. 1 ст. I-3 метою ЄС однозначно визнавалося «сприяння миру, його цінностям і добробуту своїх народів» [10, с. 10]. Іншими пунктами цієї статті загальна мета ЄС конкретизувалася низкою конкретних цілей і завдань у різних галузях. Найпомітнішою відмінністю в їх формулюванні, порівняно з попереднім Ніццьким Договором, було зникнення з їх переліку положення про створення економічного й валютного союзу.

Різко посилювався акцент на соціальних цілях. Замість положення про сприяння «високому» рівню зайнятості наголошувалося на спрямуванні до «повної» зайнятості. З'явилася ціла низка нових соціальних цілей, серед яких особливу увагу привертали положення про сприяння соціальній справедливості й захисту, боротьбу із соціальною ізоляцією й дискримінацією. Розширення соціальних цілей ЄС наклало свій відбиток і на його економічні цілі, що знайшло відображення в положенні про орієнтацію на створення «висококонкурентної соціальної ринкової економіки» (п. 3) [10, с. 11].

Однак соціалізація економічних цілей Європейського Союзу, поява низки нових соціальних цілей, вилучення із загального переліку цілей ЄС положення про створення економічного й валютного союзу не повинні вводити в обману щодо зміни засадничих принципів Європейського Союзу. У Конституційному договорі ЄС ми знаходимо все ті ж ліберальні свободи. У п. 2 ст. I-3 – «вільну й неспотворену конкуренцію», у п. 4 цієї ж статті – «вільну й справедливу торгівлю» [10, с. 10].

Що ж стосується основних прав, то про них у статті про цілі ЄС було згадано лише один раз (п. 4) у контексті відносин ЄС із зовнішнім світом, у яких він мав «відстоювати й просувати свої цінності та інтереси, що сприятиме ... викоріненню бідності й захисту прав людини» [10, с. 11]. Але це зауваження мало виняткове значення для політики ЄС у галузі прав людини, адже воно створювало правові підстави для втручання Євросоюзу у внутрішні справи інших країн, у тому числі й тих, що не були його членами, під приводом захисту прав людини, зокрема, і під час здійснення права на страйк та інші колективні дії. Досі в усіх договорах (Маастрихтському, Амстердамському, Ніццькому) під час формулювання цілей ЄС йшлося про посилення захисту прав та інтересів громадян держав-членів лише шляхом введення громадянства ЄС.

У Конституційному договорі ЄС зберігалося неприхильне ставлення інститутів ЄС до права на страйк під час реалізації цілей соціальної політики, висловлене раніше в Договорі про заснування ЄС. Стаття III-210.1(F) Конституційного договору ЄС підтвердила вилучення права на страйк зі сфери підтримки й доповнення ЄС діяльності держав-членів у галузі представництва й колективного захисту інтересів працівників і роботодавців, у тому числі спільного прийняття рішень [10, с. 160].

Нарешті, Конституційним договором ЄС було продовжено практику інтеграції права на страйк до інституту соціального партнерства на рівні ЄС. До розділу VI ч. I, яким визначалися демократичні засади ЄС, було включено ст. I-48, якою на його рівні з урахуванням різноманітності національних систем визнавався й заохочувався діалог між соціальними партнерами шляхом створення тристороннього соціального саміту з питань зростання й зайнятості [10, с. 52].

Через відмову в ратифікації Конституційного договору ЄС на референдумах у Франції та Нідерландах, які відбулися, відповідно, 29 травня і 1 червня 2005 р., Конституція ЄС так і не вступила в дію. У зв'язку із цим замість неї було розроблено Договір про реформу засновницьких договорів ЄС, який було названо Лісабонським договором, що був підписаний 13 грудня 2007 р. й вступив у дію 1 грудня 2009 р. Ним було виправлено Договір про Європейський Союз (ДЕС), а Договір про заснування Європейського Співтовариства перейменовано на Договір про функціонування Європейського Союзу (ДФЕС).

Хартія ЄС про основні права не ввійшла до основного тексту Лісабонського договору, але в п. 1 ст. 6 Договору про ЄС було зауважено, що ЄС поважає права, свободи й принципи, викладені в цій хартії, яка має таку ж юридичну силу, що й основоположні договори [11, с. 13]. Цю зміну було зроблено для того, щоб контролювати відповідність директив і положень документів ЄС принципам, викладеним в хартії. З прийняттям договору про реформу хартія стала юридично обов'язковою до виконання для всіх держав-членів ЄС, крім тих, які відмовилися її прийняти. Застереження про обмежене застосування хартії було зроблене Великобританією, Польщею й (неформально) Чехією.

Після того, як вступив в дію Лісабонський договір та Хартія ЄС про основні права, право на страйк разом з іншими основними правами отримало певний захист, однак його не можна вважати повноцінним через те, що в засновницьких документах ЄС, навіть попри узагальнення й переформатування цілей Європейського Союзу, виразно проглядається другорядність основних прав, порівняно з основними свободами. Невипадково до цілей ЄС Лісабонським договором було повернуто положення про «встановлення економічного й валютного союзу, валютою яких є євро» (п. 4 ст. 2) [11, с. 11].

У контексті сформульованих у новій редакції Договору про ЄС цілей Європейського Союзу в Договорі про функціонування ЄС було збережено положення, які закликають застосовувати під час реалізації цілей соціальної політики механізми колективних переговорів і договірних відносин, а захист соціальних прав працівників у разі їх порушення перекладають зі страйкової боротьби на комітети соціального захисту, які наділяються лише консультативними функціями. Звідси – поява в ДФЕС нової статті, зокрема ст. 136 а), про визнання й заохочення соціального діалогу та сприяння тристоронньому соціальному саміту на вищому рівні, які зараховуються до демократичних засад ЄС, і чергове вилучення зі сфери підтримки й доповнення ЄС діяльності держав-членів права на страйк (ст. 137.5) [11, с. 81]. В консолідованій версії цього договору в редакції від 26.10.2012 р.– ст. 153(5).

Висновки. Таким чином, у засновницьких договорах Європейського Союзу відсутнє юридичне закріплення права на страйк. Проте в них міститься посилан-

ня на чотири документи в галузі прав людини, у трьох з яких (Європейська Соціальна Хартія (1961 р.), Хартія Співтовариства про основні соціальні права працівників (1989 р.), Хартія Європейського Союзу про основні права (2000 р.)) право на страйк безпосередньо закріплюється. Щоправда, лише один із цих документів – Хартія 2000 р. – володіє такою ж обов'язковою юридичною силою, що й засновницькі договори ЄС.

Разом з тим засновницькі договори ЄС засвідчують неприхильне ставлення Європейського Союзу до права на страйк як права, яке забезпечує розвиток самодіяльності найманих працівників і профспілок у захисті своїх інтересів і прав. Це виявляється в положенні Договору про функціонування ЄС, яким право на страйк вилучається зі сфери підтримки Європейським Союзом діяльності держав-членів, яку він може надавати шляхом видання директив про мінімальні вимоги щодо реалізації прав у галузі представництва й колективного захисту інтересів працівників.

На цьому тлі активна й пряма підтримка керівниками та інститутами Євросоюзу страйків політичної опозиції проти офіційної влади, які виливаються в озброєний спротив у державах, які не є членами ЄС, зокрема Венесуелі, Лівії, Сирії, Туреччині, Україні та інших, виглядають більш ніж цинічними.

Література

1. Кливер Е.П. Понятие права на забастовку в российском и зарубежном законодательстве / Е.П. Кливер // Вестник Омского университета. – 1999. – Вып. 4. – С. 144–147.
2. The Treaty of Rome. The Treaty establishing the European Economic Community (EEC). – Rome, 1957. – 80 s. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.eurotreaties.com/rometreaty.pdf.
3. The Single European Act. – Luxembourg, 1986. – 23 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.eurotreaties.com/singleuropeanact.pdf.
4. Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. – Strasbourg, 1989. – 6 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions% 20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf.
5. The Maastricht Treaty. Treaty on European Union. – Maastricht, 1992. – 16 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.eurotreaties.com/maastrichteu.pdf.
6. The Maastricht Treaty. Treaty on European Union and the Treaties establishing the European Communities. Protocols. – Maastricht, 1992. – 42 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.eurotreaties.com/maastrichtprotocols.pdf.
7. The Treaty of Amsterdam. Amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts. – Amsterdam, 1997. – 81 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.eurotreaties.com/amsterdamtreaty.pdf.
8. Charter of Fundamental Rights of the European Union. – Nice, 2000. – 22 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.
9. The Treaty of Nice. Amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts. – Nice, 2001. – 42 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.eurotreaties.com/nicetreaty.pdf.
10. The Treaty establishing a Constitution for Europe. – Brussels, 2004. – 341 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ue.eu.int/igcpdf/en/04/cg00/cg00087-re02.en04.pdf.
11. Treaty of Lisbon. Amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community. – Lisbon, 2007. – 271 s. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:EN:HTML.

Анотація

Мигаль С. М. **Право на страйк у засновницьких договорах Європейського Союзу.** – Стаття.

У статті розглядається питання права на страйк в засновницьких документах ЄС – Договорі про Європейський Союз, Договорі про функціонування Європейського Союзу та договорах, що їх доповнюють і змінюють.

Ключові слова: право на страйк, засновницькі договори, європейські хартії, основні права, основні свободи, соціальні права, економічні свободи.

Аннотация

Мигаль С. М. **Право на забастовку в учредительных договорах Европейского Союза.** – Статья.

В статье рассматривается вопрос о праве на забастовку в учредительных документах ЕС – Договоре о Европейском Союзе, Договоре о функционировании Европейского Союза и договорах, которые их дополняют и изменяют.

Ключевые слова: право на забастовку, учредительные договоры, европейские хартии, основные права, основные свободы, социальные права, экономические свободы.

Summary

Mygal S. M. **The right to strike in the founding treaties of the European Union.** – Article.

The article deals with the question of the right to strike in the founding documents of the EU – the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union and the treaty, which supplements and modifies them.

Key words: right to strike, founding treaty, european charter, fundamental rights, fundamental freedoms, social rights, economic freedom.

Розділ 2

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ

УДК 346.5: 346.9

Н. М. Корчак

ПРИМУСОВИЙ ПОДІЛ В ОХОРОНЮВАЛЬНО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ВІДНОСИН У СФЕРІ КОНКУРЕНЦІЇ

Право бути учасником ринкового процесу змагання (учасником добросовісної конкуренції) є одним з елементів правового статусу суб'єкта господарювання. За справедливим зауваженням І.А. Шкареденка, зворотною стороною права на конкуренцію виступають відповідальність підприємця за законність і безпеку своєї діяльності та повага аналогічного права іншого підприємця на вільне ведення промислу, недопустимість недобросовісної конкуренції та монопольних зловживань [18, с. 14].

Серед охоронних засобів захисту за правопорушення у сфері конкуренції виокремлюються заходи юридичної відповідальності та заходи захисту. Однак як на законодавчому, так і на теоретичному рівнях мають місце окремі випадки їх ототожнення. Звідси – розуміння всіх санкцій за правопорушення у сфері конкуренції, у тому числі примусового поділу, в якості заходів господарсько-правової відповідальності.

Серед науковців, які у своїх дослідженнях торкалися питань, пов'язаних із застосуванням примусового поділу за зловживання суб'єктом господарювання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, відсутня одностайність у поглядах щодо правової природи цієї санкції – її належності до заходів відповідальності або заходів захисту. Ідеться, зокрема, про роботи вітчизняних (О.О. Бакалінської, О.В. Безуха, С.С. Валітова, О.Т. Зими, Д.М. Лук'янець, С.Б. Мельник, Н.О. Саніахметової, І.І. Туйськ, І.А. Шуміло) та російських (Є.Ю. Борзіло, П.М. Владимирової, Т.Ю. Заріпової, П.В. Каменєвої, Н.Ю. Четвергової, І.А. Шкареденка) представників юридичної науки.

Мета статті обумовлена необхідністю дослідження правової природи примусового поділу як різновиду адміністративно-господарських санкцій та визначення його місця у внутрішній організації правоохоронного механізму регулювання відносин у сфері конкуренції.

Виклад основного матеріалу. Для досягнення поставленої мети наведемо основні наукові позиції щодо визначення місця примусового поділу у внутрішній організації правовоохоронного механізму.

Наразі поширеним є розуміння примусового поділу як санкції та як самостійного засобу (заходу) господарсько-правової відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Зокрема, за результатами детального дослідження системи антимонопольних правоохоронних засобів до заходів відповідальності І.І. Туйськ відносить накладення штрафу та примусовий поділ монопольних утворень [16, с. 7–9]. Аналогічні погляди щодо окресленої проблеми висловили Н.О. Саніахметова [15, с. 114], С.Б. Мельник [13 , с. 150], С.С. Валітов [4, с. 199–200], О.В. Безух [2, с. 252–253].

© Н. М. Корчак, 2014

Наприклад, на думку окремих російських науковців, примусовий поділ/виділення слід розглядати як захід цивільно-правової відповідальності (П.М. Владимирова) [6, с. 146–147] або як новий вид відповідальності (Т.Ю. Заріпова) [7, с. 145].

В якості лише додаткового заходу відповідальності у сфері економічної конкуренції (додаткового заходу примусу) розглядає примусовий поділ О.О. Бакалінська [1 , с. 270–271]. Д. М. Лук'янець вважає, що примусовий поділ як додатковий захід відповідальності може застосовуватися виключно разом із накладенням штрафу [12, с. 80]. Не вдаючись до постійної наукової дискусії навколо питання співвідносності понять «відповідальність» та санкція», з останнім твердженням важко погодитися з огляду на відсутність прямих приписів щодо одночасного застосування штрафу й примусового поділу за зловживання суб'єктом господарювання своїм монопольним (домінуючим) становищем на ринку. Більше того, якщо взяти до уваги зміст ч. 1 ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та її структурні елементи («органи Антимонопольного комітету України мають право прийняти рішення» (диспозиція), «якщо суб'єкт господарювання зловживає монопольним (домінуючим) становищем на ринку» (гіпотеза), «про примусовий поділ суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище» (санкція)), доходимо висновку, що примусовий поділ може бути предметом окремого рішення антимонопольного органу.

Натомість О.Т. Зима взагалі пропонує розглядати примусовий поділ монопольного утворення, штраф, вилучення незаконно отриманої виручки, безоплатне вилучення товарів із неправомірно використаним позначенням або копій виробів іншого суб'єкта господарювання, офіційне спростування за рахунок порушника поширених ним неправдивих, неточних або неповних відомостей як різновид адміністративних стягнень, що застосовуються до юридичної особи завжди спираються спитаються на санкції [8, с. 113, 120, 142].

І навпаки, намагаючись провести розмежування між заходами захисту та заходами відповідальності, І.А. Шуміло серед останніх, як і серед заходів захисту, примусовий поділ не згадує [19, с. 43–45, 167–168]. Вочевидь, можна припустити, що з мотивів обережності примусовий поділ імовірно відноситься нею до заходів захисту, на що вказує слово «наприклад». Проте це лише наші припущення. На жаль, правова природа примусового поділу цим автором не визначена.

Вважаємо, що існуючі наразі розбіжності наукових позицій у питаннях віднесення примусового поділу до заходів відповідальності за порушення конкурентного законодавства обумовлені змістом ст. 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції», в якій серед видів рішень, які можуть прийматися антимонопольними органами за результатами розгляду справ, зокрема, поряд із визнанням суб'єкта господарювання таким, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, накладенням штрафу, вказується й на примусовий поділ суб'єкта господарювання, що займає монопольне становище на ринку. Окрім цього, віднесення примусового поділу монопольного утворення до заходу господарсько-правової відповідальності продиктоване також, як ми вважаємо, розміщенням ст. 53 «Примусовий поділ» у розділі VIII Закону України «Про захист економічної конкуренції», який має

назву «Відповідальність за порушення законодавства про захист економічної конкуренції».

Наслідуючи законодавця та схиляючись до існуючої в науці тенденції щодо розуміння відповідальності крізь призму застосування санкцій, судові органи також «сповідують ідею» розуміння примусового поділу як заходу відповідальності. Так, у порядку інформації та для врахування в розгляді справ в одному з оглядових листів Вищий господарський суд звернув увагу, що одним із видів відповідальності за зловживання монопольним (домінуючим) становищем відповідно до ст. 53 закону (мається на увазі Закон України «Про захист економічної конкуренції») є примусовий поділ суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище [14, п. 1]. При цьому Вищий спеціалізований господарський суд наголошує, що таке зловживання згідно з п. 2 ч. 1 ст. 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визнається тим порушенням, яке спричиняє передусім відповідальність, установлену законом. Зокрема, згідно з абз. 2 ч. 2 ст. 52 вказаного закону до суб'єкта, який зловживає монопольним (домінуючим) становищем на ринку, застосовуються штрафи, які за своєю природою є адміністративно-господарськими.

Якщо ж слідувати логіці законодавця та господарського суду в частині визнання примусового поділу (поряд із можливістю застосування адміністративно-господарського штрафу) в якості заходу господарсько-правової відповідальності, можна припустити, що за одне й те ж порушення, вчинене у формі зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, суб'єкт господарювання може бути двічі притягнутий до відповідальності одного виду. На нашу думку, виникають великі сумніви щодо відповідності такої правової ситуації приписам ст. 61 Конституції України. Окрім цього, відкритим залишається питання про критерій, за яким антимонопольний орган вирішує питання про застосування відповідальності за зловживання монопольним (домінуючим) становищем у формі штрафу та/або у формі примусового поділу.

Віднесення ж відповідальності до правоохоронної сфери ні в кого на сьогодні не викликає сумніву. Однак виникає питання про співвідносність понять «санкція» та «відповідальність», і як результат – між заходами відповідальності та заходами захисту.

Наразі беззаперечним залишається розуміння санкції як структурного елемента правоохоронної норми. Заходи (межі) юридичної відповідальності вказуються в санкції правової норми. Ця теза постає зі змісту ст. ст. 217, 219 Господарського кодексу (далі – ГК) України. Однак не можна відповідальність зводити до санкції, на наше переконання. Тому солідаризуємося з позицією тих науковців, які вважають, що підчас ототожнення санкції та відповідальності остання визначається як санкція за правопорушення, наслідок, передбачений нормою права на випадок її недотримання [9, с. 314; 5, с. 9].

На жаль, на законодавчому рівні всі санкції розглядаються в якості заходів відповідальності. В якості прикладу наведемо положення ст. 216 ГК України: господарсько-правова відповідальність за правопорушення у сфері господарювання визначається через застосування до правопорушників господарських санк-

цій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. З огляду на те, що санкція як елемент правової норми може містити в собі як заходи відповідальності, так і інші заходи захисту, таке розуміння господарсько-правової відповідальності не є виправданим.

У контексті дослідження слушними є міркування О.Р. Корнілова про те, що в реальному житті юридична відповідальність виступає в якості певного виду відповідальності, а види відповідальності (мається на увазі правовідновлювальна (майнова) та штрафна (каральна)) різняться за підставами виникнення, порядком здійснення та функціями [11, с. 18–19].

З урахуванням вищевикладеного вважаємо, що примусовий поділ слід розглядати як таку санкцію, в якій міститься не захід господарсько-правової відповідальності публічно-правового характеру, а лише захід захисту тих інтересів, механізм реалізації яких відбувається в межах дії презумпції «ефективної (правомірної) конкуренції». І як зазначено в преамбулі до Закону України «Про захист економічної конкуренції», він спрямований на забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин. Щодо форми вираження примусовий поділ є такою немайновою санкцією, котра обумовлює виникнення для монополіста організаційних ускладнень, пов'язаних з процесом його реорганізації у формі поділу за рішенням органів Антимонопольного комітету України.

Винятковий характер цього заходу захисту підкреслюється тим, що примусовий поділ насамперед застосовується для повного усунення причин порушень, вчинених суб'єктом господарювання у формі зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, свідченням чого є положення ч. 4 ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції»: «Реорганізація здійснюється за умови усунення монопольного (домінуючого) становища цього суб'єкта господарювання на ринку».

На підтвердження нашої думки наведемо кілька фактів.

По-перше, у межах виконання покладених на органи Антимонопольного комітету України завдань вони мають право, відповідно до ст. 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції», приймати обов'язкові до виконання рішення, зокрема про визнання вчинення порушення, про припинення та про усунення його наслідків. Однак прийняття таких рішень не завжди призводить до повного усунення причин зловживання суб'єктом господарювання своїм виключним становищем на ринку.

По-друге, в Україні застосування примусового поділу пов'язується лише з 1995 роком, коли Донецьке територіальне відділення Антимонопольного комітету України зобов'язало ЗАТ «Донмолпром» припинити правопорушення, вчинене у формі зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, а саме: нав'язування умов договору, які ставлять контрагентів у нерівне становище, нав'язування додаткових умов договору, що не відносяться до предмета договору, зокрема включення в односторонньому порядку до договорів поставки готової молочної продукції в роздрібну торгову мережу умов додаткової сплати за використання комп'ютерної техніки, придбання товарів, миття автомобілів,

амортизацію тари тощо. Під час перевірки виконання розпорядження відділенням виявилося, що умови договорів так і не були приведені у відповідність до антимонопольного законодавства. У зв'язку з цим на підставі ст. 16 Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» (наразі це ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції») державним уповноваженим комітету було прийнято постанову про примусовий поділ ЗАТ «Донмолпром».

Наведений приклад яскраво засвідчує, що примусовий поділ як санкція потрібно застосовувати лише за умови його ефективності та доцільності.

По-третє, примусовий поділ завжди пов'язаний із певними витратами для суб'єкта господарювання, зачіпає інтереси його працівників та/або засновників/акціонерів. Отже, з 1995 року Антимонопольний комітет України разом із Фондом державного майна, Міністерством економіки, галузевими міністерствами та відомствами почав застосовувати інші заходи непримусового характеру, пов'язані з реалізацією принципу проведення демонополізації як передумови реструктуризації чи приватизації господарюючих суб'єктів у цілому.

По-четверте, наше розуміння примусового поділу як санкції, в якій закладено саме заходи захисту конкуренції, підтверджується позицією російського законодавства. Зокрема, відповідно до ст. 38 Федерального закону № 135-ФЗ «Про захист конкуренції» в редакції від 02.07.2013 року лише суд із метою розвитку конкуренції за позовом антимонопольного органу (щодо до кредитної організації за позовом антимонопольного органу за погодженням із Центральним банком Російської Федерації) має право прийняти рішення про примусовий поділ чи виділення комерційної організації або некомерційної організації, яка здійснює діяльність, що приносить їй дохід, у разі систематичного здійснення ними монополістичної діяльності, якщо виконується сукупність умов, перерахованих у ч. 2 вказаної норми. Тому невипадково, що окремі представники російської юридичної думки примусовий поділ/виділення оцінюють не як захід відповідальності, а як правову форму демонополізації економіки та розвитку конкуренції (П.В. Каменєва) [10, с. 138], як наслідок зловживання домінуючим становищем на ринку (Н.Ю. Четвергова) [17, с. 34, 46], як особливий захід впливу на структуру ринку, яка може бути використана у випадку, коли інші засоби вже неефективні (Є.Ю. Борзило) [3, с. 190].

Висновки. За результатами проведеного дослідження в обсягах підготовленої нами статті є підстави стверджувати, що за правовою природою примусовий заходи суб'єкта господарювання, який зловживає монопольним (домінуючим) становищем на ринку, є публічно-правовою санкцією, за допомогою якої реалізують міри захисту сукупності інтересів у сфері конкуренції: 1) публічного інтересу, що обумовлений дією сформульованої в преамбулі до Закону України «Про захист економічної конкуренції» презумпції ефективної (правомірної) конкуренції; 2) суспільного інтересу, що обумовлений необхідністю забезпечення нормами конкурентного законодавства права споживачів на вільний вибір товарів, послуг на ринку, продавців; 3) інтересів учасників відносин у конкуренції.

Література

1. Бакалінська О.О. Конкурентне право [навч. посібник] : / О.О. Бакалінська. – К. : Київ.нац.торг.-екон.ун-т, 2010. – 388 с.
2. Безух О.В. Теоретичні проблеми правового регулювання відносин економічної конкуренції в Україні / О.В. Безух. – К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – 270 с.
3. Борзило Е.Ю. Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение: понятие, виды и последствия нарушения (сравнительный анализ права России, США и Франции) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право»/ Е.Ю. Борзило. – М., 2005. – 220 с.
4. Валітов С.С. Конкурентне право України [навч. посібник] : / С. С. Валітов. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 432 с.
5. Васькин В.В. Гражданско-правовая ответственность / В.В. Васькин, Н.И. Овчинников, Л.Н. Рогович. – Владивосток : Издат-во Дальневосточного ун-та, 1988. – 184 с.
6. Владимирова П.М. Правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право»/ П.М. Владимирова. – М., 2007. – 188 с.
7. Зарипова Т.Ю. Антимонопольное регулирование на рынке финансовых услуг: публичный и гражданско-правовой аспекты : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» Т.Ю. Зарипова. – Казань, 2007. – 179 с.
8. Зима О.Т. Адміністративна відповідальність юридичних осіб : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.Т. Зима. – Х., 2001. – 164 с.
9. Иоффе О.С. Вопросы теории права / О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский. – М. : Госюриздат, 1961. – 380 с.
10. Каменева П.В. Правовое регулирование ограничения монополистической деятельности на рынке товаров, работ и услуг : дис. ... кан. юрид. наук : спец. 12.00.03 « «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / П.В. Каменева. – Ростов-на-Дону, 2008. – 184 с.
11. Корнилов А.Р. Правовые процедуры института юридической ответственности : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 Теория и история права и государства; история правовых учений»/ А.Р. Корнилов. – Нижний Новгород, 2000. – 196 с.
12. Лук'янець Д. Правова природа і особливості відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції / Д. Лук'янець // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 8. – С. 78–80.
13. Мельник С.Б. Монопольне (домінуюче) становище суб'єкта господарювання на ринку : дис. ... кандид. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / С.Б. Мельник. – Донецьк, 2001. – 189 с.
14. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про захист економічної конкуренції : оглядовий лист Вищого господарського суду України від 25.11.2009 р. № 01-08/627 // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1. – С. 3–4.
15. Саниахметова Н.А. Правовая защита конкуренции в предпринимательстве Украины / Н.А. Саниахметова. – Одесса : АО БАХВА, 1998. – 244 с.
16. Туйськ І.І. Антимонопольні правоохоронні засоби : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / І.І. Туйськ ; Ін-т екон.-прав. дослідж. НАН України. – Донецьк, 2003. – 19 с.
17. Четвергова Н.Ю. Правовая охрана конкурентной среды в Российской Федерации и Европейском Союзе : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Н.Ю. Четвергова ; Рос. ун-т дружбы народов. – М., 2004. – 136 с.
18. Шкареденок И.А. Правовое регулирование конкуренции и ограничение монополистической деятельности на товарных рынках по законодательству России : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право»/ И.А. Шкареденок ; С.-Петербургский ун-т МВД. – СПб., 2001.– 198 с.
19. Шуміло І.А. Відповідальність за порушення законодавства про захист конкуренції : дис. ...канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / І.А. Шуміло ; Нац. юрид. академія України ім. Я. Мудрого. – Х., 2001.– 207 с.

Анотація

Корчак Н. М. **Примусовий поділ в охоронювально-правовому регулюванні відносин у сфері конкуренції.** – Стаття.

У статті обґрунтовується правова природа примусового поділу як санкції, в якій закладено заходи захисту інтересів у сфері конкуренції.

Ключові слова: санкція, відповідальність, примусовий поділ, заходи захисту, зловживання монопольним (домінуючим) становищем.

Аннотация

Корчак Н. Н. **Принудительное разделение в охранительно-правовом механизме регулирования отношений в сфере конкуренции.** – Статья.

В статье обосновывается правовая природа принудительного разделения как санкции, в которой заложены меры защиты интересов в сфере конкуренции.

Ключевые слова: санкция, ответственность, принудительное разделение, меры защиты, злоупотребление монопольным (доминирующим) положением.

Summary

Korchak N. N. Force division in the legal mechanism of adjusting relations in the field of competition. – Article.

In the article legal nature of the forced division is grounded as to approval in which the measures of defence of interests are stopped up in the field of competition.

Key words: approval, responsibility, forced division, measures of defence, monopolistic (dominant) abuse position.

УДК 347.772

О. В. Басай

ПІДСТАВИ НАБУТТЯ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ

В умовах сьогодення діяльність із надання послуг, реалізації продукції неможливо уявити без використання торгових марок, які надають змогу відокремити продукцію одних суб'єктів господарювання від інших. Торговельна марка є одним із найпоширеніших об'єктів права інтелектуальної власності, які використовуються у сфері господарської діяльності. Основною метою використання торговельних марок є індивідуалізація товарів та послуг суб'єктів господарювання. Однак в умовах сьогодення можна побачити чимало торговельних марок, які є дуже схожими зовні та використовуються для позначення тотожних категорій товарів, хоча при цьому належать різним суб'єктам господарювання. Такі співпадіння можуть бути як випадковими, так і навмисними, коли недобросовісні правовласники намагаються, використовуючи подібні до вже відомих торговельні марки, збільшити попит на власну продукцію чи послуги. У зв'язку з цим важливе значення має своєчасне та належне засвідчення добросовісним власником торговельної марки прав на неї.

Слід відзначити, що сфера використання торговельної марки впливає й на умови набуття прав на неї. При цьому важливе значення має, з одного боку, ефективний захист прав та інтересів правовласника від незаконних посягань на торговельну марку третіх осіб, а з іншого – унеможливлення зловживання правовласником належними йому правами інтелектуальної власності, що може призводити до неправомірних обмежень прав інших суб'єктів господарювання.

© О. В. Басай, 2014

У зв'язку з цим у законодавстві передбачено різні підстави набуття прав на торговельні марки, що дозволяє врахувати інтереси всіх учасників відносин, які виникають у сфері використання торговельних марок.

Слід відзначити, що в наукових дослідженнях з права інтелектуальної власності приділяється чимало уваги визначенню особливостей торговельної марки, співвідношенню її з іншими об'єктами права інтелектуальної власності, визначаються ефективні способи захисту прав на торговельні марки. Серед наукових праць, присвячених проблемам охорони й захисту торгових марок, слід відзначити роботи Г.А. Андрощука, Р.В. Гуменного, І.Ю. Кожарської, П.Ф. Немеш, Л.Д. Романадзе та інших.

Звернення до дослідження окремих підстав виникнення прав на торговельні марки має важливе як теоретичне, так і практичне значення, адже дозволить з'ясувати переваги й недоліки кожної з підстав, виявити проблеми, які існують у сфері набуття прав на торговельні марки, та сформулювати пропозиції щодо їх розв'язання.

Метою дослідження є розкриття різних підстав набуття права на торговельну марку, передбачених чинним законодавством України.

Правова охорона надається знаку, який не суперечить публічному порядку, принципам гуманності й моралі, та на який не поширюються підстави для відмови в наданні правової охорони, встановлені законом.

Традиційно виділяють два основні способи набуття права на торговельну марку:

1. Первинний спосіб – юридичний факт реєстрації торговельної марки чи використання в експонаті, показаного на офіційних або неофіційних визнаних міжнародних виставках, проведених на території країн-учасниць Паризької конвенції про охорону права промислової власності.

2. Похідний спосіб – спадкування торговельної марки на підставі ст. 524 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), набуття прав на підставі договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Разом з тим наведений перелік підстав набуття прав на торговельні марки не є вичерпним, тому що до нього не включено визнання торговельної марки добре відомою, набуття права на використання торговельної марки за правом попереднього користувача.

Враховуючи, що право на торговельну марку може виникати з різних підстав, для того щоб визначитися з їх класифікацією, слід охарактеризувати кожну з них.

Відповідно до ст. 494 Цивільного кодексу України набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку засвідчується свідоцтвом. Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку, яка має міжнародну реєстрацію або визнана в установленому законом порядку добре відомою, не вимагає засвідчення свідоцтвом.

Отже, виходячи з положень ЦК України, підстави набуття права на торговельну марку можуть бути поділені на дві категорії: ті, що вимагають засвідчення свідоцтвом, та набуття прав без отримання свідоцтва. Крім того, наведені підстави можуть бути поділені на дві категорії, проте за дещо іншою підставою, а саме: пов'язані з реєстрацією (національна й міжнародна реєстрація прав) та не пов'язані з реєстрацією прав (визнання торговельної марки добре відомою).

Набуття прав на торговельну марку на підставі реєстрації та визнання добре відомою надає її власнику найбільш широкий обсяг прав і можливостей захисту. Щодо кожної з підстав набуття прав на торговельну марку слід відзначити таке.

Під час реєстрації торговельної марки в Україні відповідно до Закону України «Про охорону прав на знак для товарів і послуг» право на товарний знак виникає з моменту подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг. Обсяг правової охорони, що надається, визначається зображенням знака та переліком товарів і послуг, внесених до реєстру, і засвідчується свідоцтвом з наведеними в ньому копією внесеного до реєстру зображення знака та переліком товарів і послуг. Свідоцтво на торговельну марку діє протягом 10 років і продовжується установою за клопотанням власника свідоцтва щоразу на 10 років, за умови сплати збору за продовження строку його дії.

Щодо можливостей захисту прав на зареєстрований знак слід відзначити, що відповідно до п. 5 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знак для товарів і послуг» власник свідоцтва може забороняти іншим особам використовувати зареєстрований знак щодо товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги; а також позначення, схоже із зареєстрованим знаком, щодо наведених у свідоцтві товарів і послуг або споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або ці позначення й знак можна сплутати. Отже, захист прав на зареєстровану торговельну марку обмежується колом товарів, які визначені у свідоцтві або споріднені з ними.

Таким чином, основні засади захисту прав на зареєстровану торговельну марку полягають у такому: по-перше, зміст прав на обсяг правової охорони, що надається, визначається зображенням знака та переліком товарів і послуг, внесених до реєстру, і засвідчується свідоцтвом. Право на торговельну марку виникає з дати подання заявки на отримання свідоцтва; по-друге, строк дії свідоцтва обмежений, кожне наступне продовження передбачає внесення плати за підтримання чинності свідоцтва; по-третє, власник свідоцтва наділяється правом на використання торговельної марки, виключним правом надавати дозвіл третім особам на використання марки та забороняти неправомірне використання; по-четверте, захист надається від неправомірного використання зареєстрованого знака або позначень, схожих із знаком, щодо товарів, визначених у свідоцтві або споріднених з ними.

Ще однією підставою набуття прав на торговельну марку є міжнародна реєстрація.

Враховуючи, що охоронний документ на торговельну марку діє лише в межах країни, яка його видала, та не забезпечує захист прав на торговельну марку в інших країнах, важливого значення набуває реєстрація прав на марку в країнах, відмінних від країни її походження. Міжнародна система реєстрації була запроваджена з метою спрощення порядку отримання зацікавленими особами охоронних документів на торговельну марку в іноземних країнах. Основними актами, які регулюють відносини у сфері міжнародної реєстрації торговельних марок, є Мадридська угода та протокол до Мадридської угоди. Мадридська угода й Мадридський прото-

кол є незалежними договорами, що діють паралельно, членство країн в яких є окремим, проте може частково співпадати.

Правову охорону торговельних марок на підставі міжнародної реєстрації в Україні можуть отримати фізичні та юридичні особи іноземних країн, які мають рівні з громадянами України права та обов'язки, відповідно до міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Будь-які зацікавлені особи, які отримали свідоцтво на торговельну марку в Україні, можуть скористатися також міжнародною системою реєстрації торговельних марок з метою отримання охорони в інших країнах.

Права на торговельну марку, набуті на підставі міжнародної реєстрації, є чинними протягом строків, установлених Мадридською угодою та/або протоколом до Мадридської угоди. Реєстрація знаків (торгових марок) у Міжнародному бюро проводиться строком на 20 років (за Мадридською угодою) або на 10 років (за протоколом до Мадридської угоди) з можливістю продовження шляхом сплати необхідних зборів. Як уже відзначалось, отримання свідоцтва в цьому випадку не вимагається.

Ще однією підставою набуття прав на торговельні марки є визнання її добре відомою. Порядок визнання знака добре відомим встановлено ст. 6 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності, ст. 25 «Про охорону прав на знак для товарів і послуг», а також Порядком визнання знака добре відомим в Україні Апеляційною палатою Державної служби інтелектуальної власності України.

Основні особливості набуття прав на торговельну марку на підставі визнання її добре відомою полягають у такому.

По-перше, добре відомою торгова марка може бути визнана за рішенням суду або Апеляційної палати Державної служби інтелектуальної власності.

По-друге, день, на який торгова марка визнається добре відомою, встановлюється в кожному конкретному випадку органом, який приймає відповідне рішення. Слід відзначити, що день визнання марки добре відомою може набагато передувати дню звернення зацікавленою особою до органів державної влади. Як приклад можна навести рішення Солом'янського районного суд м. Києва від 29 березня 2011 р., яким визнано добре відомим в Україні знак позивача станом на 1 вересня 2008 р. щодо послуги 41 класу Міжнародної класифікації товарів і послуг «готування телевізійних програм» [1].

По-третє, на відміну від зареєстрованої торговельної марки, правова охорона добре відомої торговельної марки поширюється також на товари й послуги, що не споріднені з тими, для яких знак визнано добре відомим в Україні, якщо використання цього знака іншою особою щодо таких товарів і послуг вказуватиме на зв'язок між ними та власником добре відомого знака, а його інтересам, імовірно, буде завдано шкоди таким використанням. Отже, власник добре відомої торговельної марки набуває права, як і власник свідоцтва на торговельну марку, а також додаткові можливості захисту прав.

По-четверте, знак визнається добре відомим безстроково. Фактично до тих пір, доки він використовується суб'єктом господарювання, користується попитом та є відомим серед кола споживачів.

По-п'яте, під час при визнання знака добре відомим використовуються дещо інші критерії, ніж під час реєстрації. Зокрема, під час визначення того, чи є знак добре відомим в Україні, можуть розглядатися такі фактори, якщо вони є доречними: ступінь відомості чи визнання знака у відповідному секторі суспільства; тривалість, обсяг та географічний район будь-якого використання знака; тривалість, обсяг та географічний район будь-якого просування знака, включаючи рекламування чи оприлюднення та представлення на ярмарках чи виставках товарів та/або послуг, щодо яких знак застосовується; тривалість та географічний район будь-яких реєстрацій та/або заявок на реєстрацію знака за умови, що знак використовується чи є визнаним; свідчення успішного відстоювання прав на знак, зокрема територія, на якій знак визнано добре відомим компетентними органами; цінність, що асоціюється зі знаком.

По-шосте, враховуючи, що торговельна марка визнається добре відомою на невизначений строк, збір сплачується за подання заяви до апеляційної палати чи за подання позовної заяви. При цьому не передбачено будь-яких процедур, пов'язаних з підтриманням статусу торговельної марки, як добре відомої.

Крім зазначених підстав набуття прав на торговельну марку, у законодавстві передбачено спеціальні підстави, які надають право на використання торговельної марки, зокрема право попереднього користувача.

Відповідно до ст. 500 ЦК України будь-яка особа, яка до дня подання заявки на торговельну марку або, якщо було заявлено пріоритет, до дня пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності добросовісно використала торговельну марку в Україні або здійснила значну й серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою (право попереднього користувача).

Основна відмінність використання права попереднього користувача від попередніх підстав набуття права на торговельну марку полягає у такому:

– по-перше, обмежені можливості використання торговельної марки (лише в межах того використання чи підготовки до використання, які були зроблені до дня подання заявки іншої особи чи дня її пріоритету);

– по-друге, обмежених можливостях розпорядження (право попереднього користувача може передаватися або переходити до іншої особи лише разом із підприємством чи діловою практикою або з тією частиною підприємства чи ділової практики, в яких було використано торговельну марку або здійснено значну й серйозну підготовку для такого використання);

– по-третє, у ЦК України не визначено можливості попереднього користувача щодо захисту торговельної марки від неправомірного використання третіми особами.

Крім того, у законодавстві встановлено лише загальні засади набуття права попереднього користувача, при цьому невизначеними є чимало оціночних критеріїв (зокрема – добросовісне використання, значна й серйозна підготовка до використання), не визначено умови набуття права попереднього користувача у випадку визнання торгової марки добре відомою.

Важливою підставою набуття прав на торговельні марки є цивільно-правові договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

У сфері розпорядження правами на торговельні марки, як правило, укладаються два основні договори: про передання (відчуження) прав на торговельну марку та ліцензійні договори, на підставі яких особа отримує право на використання торговельної марки на тимчасових засадах.

Власник свідоцтва може передавати будь-якій особі право власності на знак повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг на підставі договору. Передача права власності на знак не допускається, якщо вона може стати причиною введення в оману споживача щодо товару й послуги або щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послугу.

Відповідно до Цивільного кодексу України зміст прав, які отримає ліцензіат за договором, залежить від виду ліцензії. Якщо право на використання торговельної марки буде надано на умовах виключної ліцензії, використовувати її зможе виключно ліцензіат. На умовах одиничної ліцензії торговельну марку зможе використовувати як ліцензіат, так і ліцензіар. Якщо ж буде надано невиключну ліцензію, ліцензіар зможе використовувати торговельну марку, а також укласти відповідні договори з іншими суб'єктами, крім ліцензіата.

Ліцензійний договір повинен містити умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва, і що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови.

Завершуючи загальний огляд основних підстав набуття права на використання торговельної марки, вважаємо необхідним зазначити про можливості використання торговельної марки після закінчення строку її правової охорони.

Так, відповідно до ст. 22 Закону України «Про охорону прав на знак для товарів та послуг» ніхто інший, крім колишнього власника свідоцтва, не має права на повторну реєстрацію знака протягом трьох років після припинення дії свідоцтва з таких підстав: по-перше, у зв'язку з відмовою власника свідоцтва від нього до закінчення строку його дії; по-друге, у разі несплати збору за продовження строку дії свідоцтва; по-третє, у випадку припинення дії свідоцтва за рішенням суду у зв'язку з перетворенням знака в позначення, що стало загальновживаним як позначення товарів і послуг певного виду після дня подання заявки.

Встановлюючи заборону на обмеження реєстрації знака, чітко не вказано про заборони та можливість використання такого чи подібного йому знака третіми особами.

Крім того, якщо знак не використовується в Україні повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг протягом трьох років від дня публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншого дня після цієї публікації, будь-яка особа має право звернутися до суду із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва повністю або частково. Припинення чинності свідоцтва із зазначеної підстави не надає її власнику переваги на повторну реєстрацію знака протягом трьох років. Відповідно, з моменту припинення дії свідоцтва зацікавлена особа зможе використовувати знак, не отримуючи згоди попереднього власника.

Таким чином, проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки. Зміст прав власника торговельної марки суттєво залежить від підстав їх набуття.

Найбільш широкий захист та чимало переваг отримують особи, чиї торговельні марки визнані добре відомими, адже строк охорони таких марок необмежений, а захист надається від неправомірного використання позначень щодо товарів, не лише споріднених із товарами чи послугами, для яких така марка використовується, а й для неспоріднених, якщо є загроза введення споживачів в оману. Попри переваги, для доведення доброї репутації торговельної марки необхідно навести чимало доказів.

Крім того, потребують урегулювання питання щодо використання торговельної марки протягом трьох років після закінчення строку її дії, а також можливості виникнення права попереднього користувача у випадку визнання торговельної марки добре відомою.

Література

1. Рішення солом'янського районного суду м. Києва від 29 березня 2011 р. : справа № 2-751/11 р/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15549846.

Анотація

Басай О. В. **Підстави набуття прав на торговельні марки.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню окремих підстав набуття прав на торговельні марки. Визначено первинні та похідні підстави набуття права на торговельні марки.

Ключові слова: торговельна марка, виникнення прав, добре відома торговельна марка, право попереднього користувача, договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Аннотация

Басай А. В. **Основания приобретения прав на торговые марки.** – Статья.

Статья посвящена исследованию отдельных оснований приобретения прав на торговые марки. Раскрыты первичные и производные основания приобретения права на торговые марки.

Ключевые слова: торговая марка, возникновение прав, хорошо известная торговая марка, право преждепользователя, договор о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности.

Sammary

Bassai A. V. **Grounds for acquiring rights on trademarks.** – Article.

The article reveals the primary and derivatives grounds of trademark rights. The primary and derived bases of the acquisition of right to the trademarks are opened.

Key words: trade mark, appearance of rights, well known trade mark, right of prior use, agreement on the disposition of intellectual property rights.

УДК 347.434

О. І. Виговський

ІНСТИТУТ НЕТТІНГУ В ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ

Інститут неттінгу у фінансовому праві з'явився порівняно нещодавно, однак уже став поширеним механізмом урегулювання заборгованості між учасниками фінансових правовідносин, особливо на міжнародних фінансових ринках. На практиці нерідко виникають ситуації, коли учасники комерційного обігу укладають один з одним значну кількість правочинів із зустрічними зобов'язаннями, коли в одному зобов'язанні одна сторона є кредитором, а інша – боржником, а в другому – навпаки. Для оптимізації розрахунків та з метою зниження ризиків під час виконання таких правочинів сторони й послуговуються процедурами проведення неттінгу.

Найчастіше неттінг застосовується під час проведення розрахунків за правочинами щодо цінних паперів. В Україні цей інститут уперше був закріплений на законодавчому рівні саме в Законі України «Про депозитарну систему України» від 06.07.2012 р. № 5178-VI, який набрав чинності 12.10.2013 р. Як постає з п. 17 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про депозитарну систему України», урегулювання взаємних зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів може здійснюватися, зокрема, шляхом припинення зобов'язань за результатами неттінгу. Цим же законом передбачається внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р., зокрема доповнення ст. 1 визначенням поняття неттінгу, під яким розуміється повне або часткове припинення зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів шляхом заліку зобов'язань або іншим способом. При цьому зазначається, що на момент здійснення неттінгу строк виконання зобов'язань, за якими здійснюється неттінг, вважається таким, що настав (п. 16 ч. 4 розділу VI Закону України «Про депозитарну систему України»).

На жаль, окрім включення зазначених положень до законодавства, інститут неттінгу не отримав належного розвитку на нормативному рівні. Ефективність його практичного застосування багато в чому залежить від подолання існуючої прогалини в законодавстві, і в цьому контексті важливе значення має аналіз неттінгу на доктринальному рівні з метою вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення відповідної нормативної бази. Актуальність дослідження цієї проблематики пов'язана також із нещодавнім завершенням проекту УНІДРУА з уніфікації норм щодо ліквідаційного неттінгу, результатом якого стало прийняття на 92 сесії Керівної ради УНІДРУА, що проходила 8–10 травня 2013 р., Принципів застосування положень про ліквідаційний неттінг [1] (далі – Принципи УНІДРУА про неттінг).

Метою статті є розкриття суті та специфіки інституту неттінгу шляхом його порівняння із суміжним інститутом зарахування зустрічних однорідних вимог, висвітлення питань, пов'язаних з регулюванням ліквідаційного неттінгу та уніфікацією відповідних норм на міжнародному рівні. Усе це має важливе значення

© О. І. Виговський, 2014

для реалізації завдання з аналізу новітніх способів припинення зобов'язань, що стоїть перед сучасною наукою приватного права.

На сьогоднішній день питання правової природи неттінгу та особливості його застосування у фінансових правочинах, на жаль, залишаються практично недослідженими у вітчизняній доктрині приватного права та взагалі на пострадянському просторі. Винятками в цьому відношенні є поодинокі статті, які час від часу з'являються у науковій періодиці юридичного та економічного напрямку, зокрема А. Буркової, С. Овсейко, А. Селівановського, В. Диби та В. Котковського, М. Ясус. У зарубіжній доктрині питання неттінгу висвітлювалися, зокрема, у працях О. Бьогера, П. Вернера, Ф. Вуда та інших. Ця стаття, безумовно, не може претендувати на заповнення зазначеної прогалини та вирішення всіх проблемних аспектів, що виникають у цій сфері; необхідне системне наукове опрацювання широкого кола питань, пов'язаних із цим специфічним інститутом фінансового права з метою розробки адекватної моделі правового регулювання неттінгу.

Аналіз правової природи неттінгу та формулювання його поняття неможливі без розмежування неттінгу та врахування зустрічних однорідних вимог. Доволі часто ці поняття повністю ототожнюються або неттінг розглядається як одна з форм зарахування зустрічних однорідних вимог. Як зазначається в передмові до Принципів УНІДРУА про неттінг, ліквідаційний неттінг часто розуміється як щось подібне до класичної концепції зарахування, що застосовується після дефолту чи неспроможності однієї зі сторін. Дійсно, з економічної точки зору й неттінг, і зарахування дозволяють сторонам під час виконання зустрічних фінансових правочинів «вийти» на певний залишок, «чисту суму боргу» (англ. net amount of debt), що зменшує обсяги фактичних платежів, знижує рівень кредитного ризику та захищає інтереси кредитора. Проте з юридичної точки зору ці два інститути є абсолютно різними.

Відповідно до ст. 601 Цивільного кодексу України зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав, а також вимог, строк виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги. При цьому зарахування зустрічних вимог може здійснюватися за заявою однієї зі сторін.

Концептуальні відмінності між неттінгом та зарахуванням зустрічних однорідних вимог проявляються в таких аспектах:

1) за своєю правовою природою зарахуванням є спосіб припинення зобов'язань, який існує за законом. Для зарахування вимог сторони можуть не включати жодні спеціальні положення до договору. Право на зарахування ґрунтується на положеннях закону. На відміну від зарахування, неттінг є виключно договірним інститутом, який застосовується виключно на підставі договору. Для його використання сторонам потрібно укласти угоду про неттінг або включити відповідні положення до основного договору, інакше проведення неттінгу буде неможливим;

2) зарахуванням можуть припинятися виключно однорідні вимоги (їх предметом мають виступати речі одного роду, зокрема гроші), тоді як неттінг може застосовуватися для припинення й неоднорідних вимог (наприклад, зобов'язання про передачу акцій та грошових зобов'язань, що постають з договору купівлі-продажу акцій);

3) зарахування може застосовуватися лише щодо «зрілих» вимог (строк виконання таких вимог має настати або не бути встановленим чи визначатися моментом пред'явлення вимоги). У результаті неттінгу й вимоги, строк виконання яких настав, і майбутні вимоги утворюють єдине нове грошове зобов'язання;

4) для припинення шляхом зарахування вимоги завжди мають бути зустрічними, коли кредитор за одним зобов'язанням виступає боржником за іншим, а боржник за першим зобов'язанням є кредитором за другим. Однак за так званого багатостороннього неттінгу можуть припинятися зобов'язання лише з одним з учасників багатосторонньої угоди;

5) заяви однієї сторони буде достатньо, щоб припинити зобов'язання зарахуванням вимог. Будь-яка сторона може направити іншій стороні таку заяву за настання необхідних умов. Це пояснюється тим, що зарахування є одностороннім правочином, для нього достатньо заяви однієї сторони [2, с. 99]. Водночас момент виникнення можливості та механізм здійснення неттінгу, як правило, чітко визначаються у відповідній угоді. Угода про неттінг може передбачати припинення зобов'язання за настання заздалегідь визначеної події (наприклад, дефолту іншої сторони, зниження кредитного рейтингу чи відкликання ліцензії) за заявою однієї зі сторін чи автоматично, без будь-яких додаткових заяв чи повідомлень.

Крім того, як зазначають українські дослідники, якщо у звичайній ситуації залік слугує спрощенню розрахунків і скороченню трансакційних витрат, неттінг надає події яскраво вираженої забезпечувальної функції (дозволяє зменшити кредитні, розрахункові, системні та інші види ризиків, уникнути «ефекту доміно», коли одна зі сторін є неплатоспроможною) [3, с. 471].

Класифікація неттінгу зазвичай представлена його дихотомією на розрахунковий неттінг (англ. *settlement netting*), новаційний неттінг (англ. *netting by novation*) та ліквідаційний неттінг (англ. *close-out netting*).

Розрахунковий неттінг застосовується для зменшення розрахункових ризиків за правочинами, що встановлюють взаємні зобов'язання. У результаті неттінгу взаємні зобов'язання обох сторін правочину замінюються одним зобов'язанням однієї сторони щодо сплати різниці боргу іншій стороні. Як зазначає Ф. Вуд, розрахунковий неттінг є зарахуванням взаємних зобов'язань з поставки рухомих речей, цінних паперів чи валютних цінностей, здійснення платежів за деривативами, якщо зобов'язання підлягають виконанню в один і той самой день [4, с. 47]. За допомогою механізму неттінгу можуть одночасно припинятися декілька (навіть сотні) фінансових правочинів, які укладалися в межах певної генеральної угоди (англ. *master agreement*). У таких угодах про неттінг, як правило, обумовлюється, що всі контракти між сторонами для цілей цього договору розглядаються як єдиний договір (новація), що полегшує процедуру зарахування [5, с. 63]. Саме в генеральній угоді передбачається подія, з настанням якої пов'язується припинення всіх зобов'язань, які охоплюються генеральною угодою, та розрахунок єдиної компенсаційної виплати.

Новаційний неттінг передбачає трансформацію кількох, як правило, однорідних зобов'язань в одне нове зобов'язання, яке повинно бути виконане в майбутньому. На практиці він застосовується доволі рідко.

Натомість ліквідаційний неттінг являє собою припинення ряду зобов'язань у випадку неспроможності контрагента шляхом зарахування таких зобов'язань. Він включає три етапи: припинення договорів, підрахунок сукупних розмірів зобов'язань сторін та їх зарахування, що мають здійснюватися послідовно.

Саме з ліквідаційним неттінгом пов'язаний ряд правових ризиків, що ставлять під загрозу можливість реалізації договірних положень про неттінг.

По-перше, законодавства про банкрутство ряду юрисдикцій не визнають договірних положень, які дозволяють платоспроможному контрагенту припинити договір через порушення процедури неспроможності та провести зарахування зустрічних вимог. Такі положення можуть кваліфікуватися як привілей, що надається одному кредитору переважно перед іншим у випадку неспроможності (англ. *insolvency preference*). Визнання недійсними таких положень зумовлює неможливість проведення неттінгу, який, як зазначалося вище, існує виключно на підставі договору.

Законодавства про банкрутство багатьох країн світу передбачають можливість арбітражного керуючого відмовитися від виконання чи припинити ті договори, які є вочевидь невигідними для боржника, і залишити чинними ті договори, за якими очікується певний прибуток. У конкурсному праві такі повноваження іменуються «правами на зняття вершків» (англ. *cherry-picking rights*). Користуючись ними, арбітражний керуючий може вимагати виконання договірних відносин, які припиняються шляхом неттінгу.

По-друге, загальновизнаним положенням у законодавствах про банкрутство є норма про можливість задоволення вимог кредиторів після порушення процедури про банкрутство лише в межах такої процедури. Як постає зі ст. 19 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», одночасно з порушенням провадження в справі про банкрутство вводиться мораторій на задоволення вимог кредиторів, що передбачає зупинення виконання боржником грошових зобов'язань і зобов'язань щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), термін виконання яких настав до дня введення мораторію. Відповідно, суд може розглядати неттінг як спосіб задоволення вимог кредиторів, що здійснюється поза межами процедури банкрутства, і не визнати результати неттінгу.

По-третє, ряд законодавств передбачає пряму заборону на проведення зарахування чи неттінгу після відкриття процедури банкрутства. Так, відповідно до п. 1 ст. 63 Федерального закону РФ «Про неспроможність» від 26.10.2002 р. № 127-ФЗ не допускається припинення грошових зобов'язань боржника шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог, якщо при цьому порушується черговість задоволення вимог кредиторів, установлена законом. Український законодавець прямо не забороняє проведення неттінгу чи зарахування під час банкрутства, проте ч. 8 ст. 45 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» передбачає, що погашення вимог кредиторів шляхом заліку зустрічних однорідних вимог проводиться за згодою кредитора (кредиторів) у випадках, якщо це не порушує майнові права інших кредиторів. Це означає, що суд може визнати неттінг недійсним на тій підставі, що він порушує інтереси інших кредиторів.

Незважаючи на те, що в наведеному вище положенні закону мова йде про зарахування, а не про неттінг, на практиці ці два інститути часто змішуються, оскільки не існує чітких критеріїв їх розмежування ні в законодавстві, ні в судовій практиці. Відповідно, виникає ризик перекваліфікації неттінгу як зарахування із застосуванням усіх обмежень, які для нього передбачені. Як зазначають вітчизняні фахівці, у зв'язку з відсутністю засад регулювання неттінгу у вітчизняному законодавстві існує ризик, що у випадку банкрутства одного з контрагентів неттінг не буде захищатися українським судом, оскільки суди можуть розглядати такий неттінг як звичайний залік, тобто договірний залік [3, с. 481]. Вибір іноземного правопорядку в цьому випадку не буде панацеєю: норми законодавства про банкрутство будуть визначені судом як імперативні, що підлягають застосуванню не залежно від вибору сторін. Якщо ж угода про неттінг буде визнана судом недійсною, інша сторона може зіткнутися з серйозними фінансовими труднощами і сама стати банкрутом.

Саме з метою подолання цих та інших перешкод на шляху застосування ліквідаційного неттінгу, які можуть існувати в національних законодавствах, і були прийняті вищезгадані Принципи УНІДРУА про неттінг. У ст. 2 цього документа представлене визначення поняття положення про ліквідаційний неттінг, під яким розуміється договірне положення, на підставі якого після настання визначеної події зобов'язання сторін, що охоплюються таким положенням, незалежно від настання на той момент строку їх виконання, автоматично чи за заявою однієї зі сторін підлягають зменшенню чи заміні єдиним чистим зобов'язанням шляхом новації, припинення чи іншим чином, яке й підлягатиме виконанню однією стороною на користь іншої.

У Принципах УНІДРУА про неттінг встановлені чіткі обмеження щодо перешкод, які держави можуть запроваджувати щодо ліквідаційного неттінгу. Як постає зі ст. 5, законодавство держави, яка імплементувала ці принципи, не повинно зумовлювати можливість реалізації положень про ліквідаційний неттінг здійсненням будь-якої формальної дії, окрім вимоги щодо письмової чи іншої подібної форми такого положення, а також застосуванням стандартних умов, розроблених спеціалізованими об'єднаннями. Основний принцип установлений у ст. 6, де зазначається, що законодавство держави, яка імплементувала ці принципи, має забезпечити можливість реалізації положення про ліквідаційний неттінг відповідно до його умов. При цьому не повинні встановлюватися додаткові вимоги щодо реалізації цих положень, а визнання недійсними одного чи більше зобов'язань, які охоплюються положенням про ліквідаційний неттінг, не впливатиме на дійсність такого положення відносно інших зобов'язань.

З огляду на необхідність усунення тих правових ризиків, що виникають у зв'язку з порушенням процедури банкрутства, про які йшла мова вище, автори Принципів УНІДРУА про неттінг включили ряд істотних положень у ст. 7 такого змісту:

– застосування положення про ліквідаційний неттінг не повинно зупинятися у зв'язку з порушенням процедури неспроможності;

– арбітражний керуючий чи суд не повинні вимагати виконання будь-яких зобов'язань, що охоплюються положенням про ліквідаційний неттінг, одночасно з відмовою від виконання інших відповідних зобов'язань;

– застосування положення про ліквідаційний неттінг само по собі не повинно розглядатися як порушення принципу рівності кредиторів у процедурі неспроможності;

– застосування положення про ліквідаційний неттінг не повинно обмежуватися виключно на тій підставі, що таке положення було створене в межах певного строку, що передував початку процедури неспроможності.

На завершення цього короткого огляду правових питань, що виникають під час застосування неттінгу, можна зробити висновок про необхідність принципового розмежування неттінгу та зарахування зустрічних однорідних вимог, які є абсолютно різними інститутами зобов'язального права. Практика свідчить, що найбільше проблем виникає під час застосування ліквідаційного неттінгу, який може не визнаватися чи істотно обмежуватися імперативними нормами національних законодавств про банкрутство. Ефективне розв'язання цих проблем можливе лише на рівні міжнародної уніфікації норм щодо ліквідаційного неттінгу, яка була здійснена в межах Принципів УНІДРУА про неттінг. Урахування цих принципів у контексті законотворчої роботи є важливою передумовою створення нормативного масиву у вітчизняному законодавстві, який би повністю відповідав кращим зарубіжним моделям правового регулювання неттінгу.

Література

1. UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions. Published by International Institute for the Unification of Private Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf.
2. Цивільний кодекс України : [постатейний коментар] у 2 ч. / кер. авт. кол. та відп. ред. проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнєцова. – К. : Юстініан, 2006 – . – Ч. 2. – 2006. – 1008 с.
3. Диба В.М. Неттінг – банківська новація у розрахунках / В.М. Диба, В.С. Котковський // Формування ринкової економіки. – 2010. – № 24. – С. 467–482.
4. Wood Ph.R. Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems / Ph.R. Wood. – 2nd edition. – London : Sweet & Maxwell, 2007. – 232 p.
5. Овсейко С. Неттинг: понятие и основные черты / С. Овсейко // Банкаўскі веснік. – 2010. – № 2. – С. 61–68.

Анотація

Виговський О. І. **Інститут неттінгу в приватному праві: правова природа та проблемні аспекти застосування.** – Стаття.

У статті аналізуються питання правової природи неттінгу та його співвідношення із зарахуванням зустрічних однорідних вимог. Представлено класифікацію видів неттінгу, що застосовуються в міжнародних фінансових трансакціях. Визначено основні проблеми, що виникають під час застосування ліквідаційного неттінгу. Подається характеристика Принципів УНІДРУА щодо застосування положень про ліквідаційний неттінг 2013 р.

Ключові слова: неттінг, зарахування зустрічних однорідних вимог, фінансовий правочин, банкрутство, ліквідаційний неттінг.

Аннотация

Выговский А. И. **Институт неттинга в частном праве: правовая природа и проблемные аспекты применения.** – Статья.

В статье анализируются вопросы правовой природы неттинга и его соотношения с учетом встречных однородных требований. Представлена классификация видов неттинга, применяемых в международных финансовых трансакциях. Определены основные проблемы, возникающие при применении ликвидационного неттинга. Дается характеристика Принципов УНИДРУА о применении положений о ликвидационном неттинге 2013 г.

Ключевые слова: неттинг, зачет встречных однородных требований, финансовая сделка, банкротство, ликвидационный неттинг.

Summary

Vygovskyy A. I. **Netting in private law: legal nature and problem aspects of application.** – Article.

The article deals with the issues of legal nature of netting in its comparison with set-off. Classification of types of netting used in international financial transactions is presented in the article. Main problems arising in respect of close-out netting are determined. The article provides a brief outline of the UNIDROIT Principles 2013 on the Operation of Close-Out Netting Provisions.

Key words: netting, set-off, financial transaction, bankruptcy, close-out netting.

УДК 347.788

А. В. Кирилюк

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Постановка проблеми. Сучасний світ переживає фундаментальні й динамічні зміни, пов'язані з бурхливим розвитком новітніх інформаційних технологій. В економіках розвинених держав світу з кожним роком збільшується питома вага галузей виробництва інтелектуальних продуктів, зокрема об'єктів авторського права. В Україні на державному рівні проголошено стратегічний курс на формування інтелектуально орієнтованої економіки, зокрема збільшення обсягів надання високотехнологічних послуг. Це підвищує роль авторського права як галузі, що забезпечує правову охорону результатів творчої діяльності. Разом із тим стрімкий розвиток інформаційних технологій у світі загострив існуючі та виявив нові проблеми в авторському праві – проблеми охорони авторських прав у цифрових мережах, недопущення обходу технічних засобів захисту авторського права, притягнення осіб до відповідальності за порушення авторських прав, які вимагають негайного вирішення.

Стан дослідження проблеми. Ця тематика досліджується в працях вітчизняних та зарубіжних учених-юристів Ю.Л. Бошицького, О.В. Дзери, О.А. Підопригори, З.В. Ромовської, Я.М. Шевченко, Ю.С. Шемшученка, М.І. Штефана та інших. Науково-дослідницька база цієї тематики є досить великою, проте, враховуючи велику швидкість розвитку сучасних технологій, постійно потребує оновлення та розширення.

Виклад основних положень. Цивільно-правова відповідальність є одним із видів юридичної відповідальності, яка наділена низкою ознак, притаманних саме юридичній відповідальності в цілому. Спільним для всіх видів юридичної відповідальності є те, що до порушника чужих прав застосовуються санкції.

Цивільно-правова відповідальність полягає або в позбавленні особи певного суб'єктивного права, або в накладенні на неї додаткових юридичних обов'язків поза еквівалентних обов'язків майнового характеру.

У цивілістичній науці існує досить багато точок зору щодо самого визначення поняття цивільно-правової відповідальності. Досить часто поняття відповідальності ототожнюється з такими поняттями, як примус, обов'язок, негативні наслідки, санкція тощо.

Один із відомих цивілістів В.А. Тарханов розглядає цивільно-правову відповідальність як обов'язок особи давати звіт про свої дії [1, с. 10]. Досить

© А. В. Кирилюк, 2014

важко погодитися з цією позицією, оскільки обов'язок звітувати існує й тоді, коли поведінка людини є правомірною, тому немає місця для її відповідальності, яка настає лише за вчинення відповідних правопорушень.

Однак найбільш повне й правильне відображення сутності поняття відповідальності, запропоноване дослідником В.П. Грибановим, згідно з визначення якого під цивільно-правовою відповідальністю розуміється застосування до правопорушника заходів цивільно-правової відповідальності в разі порушення ним суб'єктивних цивільних прав та обов'язків інших учасників цивільних відносин, у результаті чого порушник понесе додаткові майнові втрати [2, с. 5].

Досить часто цивільно-правову відповідальність визначають як обов'язок правопорушника нести передбачені нормами права негативні наслідки за вчинене правопорушення, які виражаються в позбавленні правопорушника майнових прав (благ) [3, с. 72]. На нашу думку, це звужений погляд на цивільно-правову відповідальність, який не передбачає примусового характеру відповідальності.

З іншого боку, цивільно-правову відповідальність також часто визначають як захід державного примусу або санкцію за правопорушення. У найбільш загальному вигляді цю позицію можна сформулювати так: цивільно-правова відповідальність – це санкції (реалізація санкцій) за порушення цивільного законодавства [4, с. 97].

Цивільно-правовій відповідальності більшою мірою відповідає категорія зобов'язання в охоронному правовому відношенні, яке виникає вже після порушення договору або після заподіяння шкоди. Такий висновок підтверджує ч. 3 ст. 14 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, відповідно до якої виконання цивільних обов'язків забезпечується засобами заохочення та відповідальністю, які встановлені договором або актом цивільного законодавства.

Отже, цивільно-правова відповідальність настає в таких випадках: 1) за наявності правопорушення, яке виникає внаслідок порушення договору або після спричинення шкоди; 2) якщо є санкцією за правопорушення, яка сформульована в цивільному законодавстві; 3) якщо забезпечена державним примусом; 4) якщо представляє собою негативні наслідки у вигляді позбавлення суб'єктивних цивільних прав або покладення нових чи додаткових цивільно-правових обов'язків.

Таким чином, повністю відображає сутність юридичної відповідальності взагалі та цивільно-правової відповідальності зокрема думка про те, що вона є застосуванням до правопорушника передбаченого санкцією правової норми примусового заходу [5, с. 73]. Слід додати, що юридична відповідальність, як і відповідальність в цілому, обов'язково передбачає державний, а отже, і суспільний осуд порушника, який висловлює докір йому за порушення норм, установлених державою, і дозволяє відмежувати відповідальність від інших випадків настання несприятливих наслідків.

Тому слід погодитися з думкою про те, що відповідальність у цивільному праві визначається як правовідношення, яке виникає за порушення обов'язку, встановленого законом або договором, яке виражається у формі невигідних майнових наслідків для порушника у результаті засудження винної поведінки, настання якого забезпечується державним примусом.

Однак слід відрізняти цивільно-правову відповідальність від заходів захисту, які мають різну правову природу. Ми згодні з Е.О. Харитоновим щодо того, що за-

ходи захисту також є примусово реалізованими санкціями, що можуть створити негативні для особи наслідки, проте не пов'язані із засудженням його поведінки. Тому, як вказує Т.С. Ківалова, не кожне відшкодування шкоди є за своїм характером заходом цивільно-правової відповідальності [6, с. 185].

Таким чином, у цивільному праві в разі порушення прав та обов'язків (правопорушення) можуть застосовуватися дві групи санкцій: пов'язані із засудженням із боку держави й суспільства та не пов'язані з ним.

Завданням цивільно-правових засобів є надання компенсації за шкоду, завдану порушенням; розпорядження відповідними контрафактними копіями, які використовувалися з метою протиправної діяльності; видача судового припису про заборону вчинення подальших порушень.

За законодавством України доведення факту порушення авторських прав спирається на сукупність юридичних фактів. Важлива роль у цьому належить саме доказам у справах про порушення авторських прав, особливо якщо мова йде про Інтернет як місце вчинення цього протиправного діяння.

Під предметом доказування розуміють сукупність юридичних фактів, які необхідно встановити для вирішення справи по суті.

За загальним правилом, чинним українським законодавством передбачено основні види позовів на випадок порушення авторських прав:

– про поновлення порушених прав та (або) припинення дій, що порушують авторське право особи чи створюють загрозу такого порушення;

– про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, або виплату таким порушником компенсацій;

– про відшкодування моральної (немайнової) шкоди [7].

Згідно зі ст. 432 Цивільного кодексу України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 цього Кодексу [8].

Згідно з приписами ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» суд має право постановити рішення чи ухвалу про таке:

а) відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням авторського права та (або) суміжних прав, із визначенням розміру відшкодування;

б) відшкодування збитків, завданих порушенням авторського права та (або) суміжних прав;

в) стягнення з порушника авторського права та (або) суміжних прав доходу, отриманого внаслідок порушення;

г) виплату компенсації, що визначається судом, у розмірі від 10 до 50000 мінімальних заробітних плат замість відшкодування збитків або стягнення доходу;

д) заборону опублікування творів, їх виконань чи постановок, випуску примірників фонограм, відеограм, їх сповіщення, припинення їх розповсюдження, вилучення (конфіскацію) контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм чи програм мовлення та обладнання й матеріалів, призначених для їх виготовлення й відтворення, публікацію в пресі інформації про допущене порушення тощо, якщо в ході судового розгляду буде доведено факт порушення авторського

права та (або) суміжних прав або факт наявності дій, що створюють загрозу порушення цих прав;

е) вимагати від осіб, які порушують авторське право та (або) суміжні права позивача, інформацію про третіх осіб, задіяних у виробництві та розповсюдженні контрафактних примірників творів та об'єктів суміжних прав, засобів обходу технічних засобів, а також про канали розповсюдження.

Під час визначення розмірів збитків, які мають бути відшкодовані особі, права якої порушено, а також для відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд зобов'язаний виходити із суті порушення, майнової й моральної шкоди, завданої особі, яка має авторське право та (або) суміжні права, а також із можливого доходу, який могла б одержати ця особа. У розмір збитків, завданих особі, права якої порушено, додатково можуть бути включені судові витрати, понесені цією особою, а також витрати, пов'язані з оплатою допомоги адвоката.

На нашу думку, потребує прискіпливої уваги норма абз. 2 п. «е» ч. 2 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Ця норма встановлює правила визначення розмірів збитків та компенсації за завдання моральної шкоди під час порушення авторських прав. Зокрема, зазначається, що до розміру збитків, завданих особі, права якої порушено, додатково можуть бути включені судові витрати, понесені цією особою, а також витрати, пов'язані з оплатою допомоги адвоката. Деякі вітчизняні дослідники, зокрема О.А. Підопригора, також включають до реальних збитків указані витрати [9, с. 167].

Найбільший науковий інтерес викликає такий вид судового захисту авторських прав у мережі Інтернет, як позов про виплату компенсацій, про що йдеться в п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України. У випадку подання уповноваженою особою позову про виплату компенсації суд має право постановити рішення про виплату компенсації в розмірі від 10 до 50000 мінімальних заробітних плат, замість відшкодування збитків або стягнення доходу. Як постає зі змісту цієї норми та підтверджується судовою практикою, під час вирішення таких справ компенсація підлягає виплаті в разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права, а не розміру заподіяних збитків.

Інститут компенсації за порушення авторських прав є відносно новим у цивілістичній науці. Однак незважаючи на свою новизну, цей спосіб захисту авторських прав уже набув досить значної популярності через те, що позивач не зобов'язаний обґрунтовувати ні наявність будь-яких збитків, ні заявлений розмір компенсації, оскільки це віднесено до компетенції суду [10, с. 165].

Вважаємо, що стягнення компенсації за порушення авторських прав є заходом цивільно-правової відповідальності (аналогічно до обґрунтованого в літературі твердження, за яким неустойка є способом забезпечення зобов'язання, а стягнення неустойки – заходом відповідальності).

Розроблене ще радянською цивілістичною доктриною вчення про цивільний захист прав особливо наголошує на тому, що основною функцією цивільно-правових способів захисту є відновлювальна. Відновлювальний, компенсаційний характер носить і цивільно-правова відповідальність.

Це означає, що як способи цивільного захисту, так і заходи цивільної відповідальності покликані насамперед забезпечити потерпілому від делікту відновлення його

майнового стану, який існував до вчинення правопорушення. Таке відновлення передбачає компенсацію завданої потерпілому шкоди, як майнової, так і немайнової.

Інститут компенсації за порушення авторських прав є запозиченим з англо-американської системи права, де він відомий під назвою статутних збитків (statutory damages). Зокрема, у США стягнення статутних збитків є одним із судових цивільно-правових способів захисту авторських прав, передбаченим § 504 (c) Закону про авторське право США від 19 жовтня 1976 р [11, с. 53]. Проте Верховний суд ФРН, відмовляючи на підставі застереження про публічний порядок у визнанні рішення американського суду, яке стосувалося стягнення штрафних збитків, указав на те, що німецьке приватне право передбачає в якості правового наслідку протиправної дії лише відшкодування шкоди, а не збагачення потерпілого.

Директива ЄС № 2004/48/ЄС передбачає застосування грошової компенсації, якщо правопорушення у сфері інтелектуальної власності вчинено без вини. А якщо має місце вина правопорушника, він зобов'язаний відшкодувати завдані збитки.

Крім того, зважаючи на позицію Європейського суду з прав людини, справи про компенсацію за порушення авторських прав повинні розглядатися як кримінальні з дотриманням усіх правил кримінально-процесуального судочинства (презумпції невинуватості, тлумачення всіх сумнівів на користь обвинуваченого тощо). Недотримання цих правил може стати підставою для оскарження відповідного рішення до Європейського суду з прав людини на підставі порушення Європейської декларації з прав людини [12, с. 28].

Стаття 67 Закону Литовської Республіки «Про авторські права і суміжні права» передбачає право суб'єкта авторських прав вимагати замість відшкодування шкоди виплати компенсації, розмір якої обчислюється від ціни правомірного продажу відповідного твору або об'єкта суміжних прав зі збільшенням її до 200 відсотків, а за наявності умислу порушника – до 300 відсотків [13, с. 545]. Реальне здійснення захисту авторського права в глобальній мережі Інтернет видається проблематичним у зв'язку з міжнародним характером правопорушень. Так, на думку П.А. Калениченка, ні Закон України «Про міжнародне приватне право», ні інші нормативно-правові акти, що стосуються цієї проблеми, не дають однозначної відповіді на питання про можливість розгляду українськими судами спорів щодо захисту прав українських суб'єктів авторського права чи суміжних прав, порушених унаслідок протиправного розміщення в мережі Інтернет творів або об'єктів суміжних прав іноземними громадянами чи юридичними особами. Автор відзначає: «Можливість подальшого розгляду таких справ є сумнівною з огляду на те, що процесуальні норми вимагають наявності доказів повідомлення відповідача про відкриття провадження в справі, про час і місце судових засідань тощо, а подати такі докази на практиці не завжди видається можливим, оскільки суд потребує чітких доказів місцезнаходження відповідача, реєстрації його в торговельних реєстрах тощо» [14, с. 195].

На підтвердження факту порушення авторського права з огляду на приписи ст. 33 Господарського кодексу України, сторони зобов'язанні надати суду докази. Позивач повинен довести належність йому авторського права, а також використання об'єктів цих прав відповідачем, а в разі заявлення вимог про відшкодування шкоди –

розмір шкоди й причинно-наслідковий зв'язок між завданою шкодою та діями відповідача. Відповідач має довести дотримання ним вимог Цивільного кодексу України й Закону України «Про авторське право і суміжні права» під час використання ним твору, спростувати визначену цивільним законодавством презумпцію винного заподіяння шкоди (ст. ст. 614, 1166 ЦК України).

Згідно з положеннями постанови пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» в такій категорії справ дані щодо власника веб-сайту можуть бути витребувані відповідно до положень п. 4 ст. 65, ст. 38 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України в адміністратора системи реєстрації та обліку доменних імен та адрес українського сегменту мережі. Веб-сторінки є електронними документами [15], які не можуть бути доставлені в суд, проте з урахуванням ч. 1 ст. 32, ч. 1 ст. 36 ГПК України можливе проведення огляду й дослідження цих доказів у місці їх знаходження з фіксацією відповідних процесуальних дій у протоколі, що повинен відповідати вимогам ст. 811 ГПК України.

Також чинним законодавством передбачається використання відео-, аудіо-запису процесу дослідження будь-якою заінтересованою особою сайту, щодо якого є відомості про його використання з порушенням авторських прав. Письмовими доказами можуть бути також довідки, отримані від провайдерів і мережевих пошукових служб. Роздруківки інтернет-сторінок самі по собі не можуть бути доказом у справі. Однак якщо відповідні документи видані або засвідчені закладом чи спеціально уповноваженою особою в межах її компетенції за встановленою формою та скріплені офіційною печаткою на території однієї з держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав, то згідно зі ст. 6 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, від 20.03.1992 р. вони мають на території України доказову силу. Наприклад, у Російській Федерації практика щодо засвідчення інтернет-сторінки нотаріусом успішно використовується досить тривалий час.

Не менш дискусійним питанням для сучасної цивілістики є питання визначення суб'єкта відповідальності за контрафакцію в глобальній мережі Інтернет. Відповідачами в цій категорії справ можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Особи, які вчинили дії, що порушують авторські права, визнаються порушниками авторських прав.

Досить дискусійним є питання відповідальності інтернет-провайдерів. Відповідно до п. 4 ст. 40 Закону України «Про телекомунікації» оператори та провайдери телекомунікацій не несуть відповідальності за зміст інформації, що передається їх мережами. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження правил надання та отримання телекомунікаційних послуг» оператор, провайдер не відповідає за зміст інформації, що передається (розміщується) споживачем.

Досить вдалою, на нашу думку, є позиція Н.В. Філик, що в багатьох справах щодо контрафакції в мережі Інтернет судом в якості третьої особи для встановлення обставин справи може бути залучено хостера, провайдера, оператора інтернет-ресурсів.

Оскільки законодавство України звільняє провайдерів від відповідальності за зміст інформації, яку використовують у комунікаційних системах їх клієнти, регулювання відносин «провайдер – клієнт» і «провайдер – правовласник» відбувається на договірному й претензійному рівні.

Література

1. Тарханов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В.А. Тарахнов. – Саратов : Сарат. ун-т, 1973. – С. 168.
2. Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей / В.П. Грибанов. – М. : Знание, 1973. – С. 96.
3. Крашенинников Е.А. Понятие гражданско-правовой ответственности // Юридическая ответственность: проблемы и перспективы : тр. по правоведению / [И.А. Ребане, Н.С. Малеин, Я.Н. Шевченко и др.] ; отв. ред. П.А. Варул, И.А. Ребане. – Тарту : Изд-во Тартуского гос. ун-та, 1989. – 224 с.
4. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленинг. ун-та, 1955. – 310 с.
5. Харитонов Е.О., Некоторые вопросы правового обеспечения надлежащего осуществления права на жилище / Е.О. Харитонов, Н.А. Саниахметова // Проблемы правоведения. – 1986. – Вып. 47. – С. 72–73.
6. Ківалова Т.С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) : [монографія] / Т.С. Ківалова. – Одеса : Юридична література, 2008. – 357 с.
7. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 11.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 43. – Ст. 214.
8. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356 – (зі змінами).
9. Макагонова Н.В. Авторское право / Н.В. Макагонова. – М. : Юридическая литература, 2008. – 288 с.
10. Кохановська О.В. Правове регулювання у сфері інформаційних відносин / О.В. Кохановська. – К. : Національна академія внутрішніх справ України, 2001. – 212 с.
11. Мирзоян С. Гражданско-правовые способы защиты авторских прав: законодательство, доктрина и судебная практика / С. Мирзоян // Авторское право и смежные права. – 2003. – № 7. – С. 42–67.
12. Староженецкий В.О. О природе компенсаций за нарушение исключительных прав / В.О. Староженецкий // Авторское право и смежные права. – 2003. – № 8. – С. 21–33.
13. Право інтелектуальної власності : [підручник для студентів вищих навч. закладів] / О.А. Підопригора, О.Д. Святоцький, О.М. Мельник та ін.– К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2002. – 624 с.
14. Калениченко П.А. Проблеми охорони авторського і суміжних прав в мережі Інтернет / П.А. Калениченко // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 2. – С. 192–199.
15. Про електронні документи та електронний документообіг : закон України від 22.05.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 275.

Анотація

Кирилюк А. В. **Цивільно-правова відповідальність за порушення авторських прав у мережі Інтернет.** – Стаття.

Статтю присвячено розгляду питань щодо встановлення сутності юридичної відповідальності та цивільно-правової відповідальності як правової категорії, визначенню цивільно-правової відповідальності за порушення авторських прав, використовуючи досвід законотворчості іноземних держав, визначенню шляхів удосконалення українського законодавства та гармонізації його у сфері відповідальності за порушення авторських прав.

Ключові слова: відповідальність, цивільно-правова відповідальність, Інтернет, авторські права, інформаційні технології, охорона, правопорушення, інтелектуальна власність, суб'єктивні цивільні права, захист, результат інтелектуальної діяльності, інформація, технології.

Аннотация

Кирилюк А. В. **Гражданско-правовая ответственность за нарушение авторских прав в сети Интернет.** – Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопросов относительно установления сущности юридической ответственности и гражданско-правовой ответственности как правовой категории, определению

гражданско-правовой ответственности за нарушение авторских прав, используя опыт законотворчества иностранных государств, определению путей совершенствования украинского законодательства и гармонизации его в сфере ответственности за нарушение авторских прав.

Ключевые слова: ответственность, гражданско-правовая ответственность, Интернет, авторские права, информационные технологии, охрана, правонарушение, интеллектуальная собственность, субъективные гражданские права, защита, результат интеллектуальной деятельности, информация, технологии.

Summary

Kirilyuk A. V. **Civil liability for copyright infringement in the Internet.** – Article.

The article is devoted to the issues of establishing the nature of legal liability and general civil liability as a legal category, the determination of civil liability for copyright infringement by using experiences with foreign states and identify ways of improving and harmonizing Ukrainian legislation in the area of its responsibility for copyright infringement.

Key words: liability, civil liability, Internet, copyright, information technology, security, offenses, intellectual property, subjective civil rights defense, result of intellectual activity, information technology.

УДК 341.9.019

Л. О. Антонюк

МІСЦЕ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА В ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З МІЖНАРОДНИМ ПУБЛІЧНИМ ПРАВОМ

Постановка проблеми. Дослідження такого правового явища, як «міжнародне приватне право», здійснювалися ще за часів Ульпіана, а то й раніше. Однак при цьому досить мало уваги приділялося визначенню місця міжнародного приватного права в правовій системі, що є досить актуальним у зв'язку з тими перебудовами, які відбуваються в XXI ст. Логічним продовженням цієї теми є проблема співвідношення міжнародного приватного та публічного права в контексті знаходження відповіді на таке запитання: «Чи є між ними так звана «китайська стіна?»

Оцінка стану літератури. Хоча загальнотеоретичні питання міжнародного приватного права досліджувалися багатьма вітчизняними та зарубіжними вченими, такими як: С.О. Борисевич, Т.А. Гречка, І.І. Дахно, А.С. Довгерт, В.І. Кисіль, О.О. Мережко, Н.В. Пронюк, Г.С. Фединяк, О.Х. Юлдашев та інші, однак визначенню окреслених вище питань завжди приділялося мало уваги.

Мета та завдання. Таким чином, метою та основним завданням статті є висвітлення проблеми місця міжнародного приватного права в правовій системі як загалом, так і кожної держави зокрема, залежно від наукового підходу, який обрано для вирішення цього питання, а також дослідження співвідношення міжнародного приватного та міжнародного публічного права в контексті компаративізму.

І. Місце міжнародного приватного права в правовій системі.

Універсального визначення поняття міжнародного приватного права немає, оскільки у світі існує близько 214 правових систем. У цьому контексті постає запитання, що собою являє міжнародне приватне право та яке його місце в правовій системі загалом.

Перш за все варто зазначити, що міжнародне приватне право (далі – МПрП) – це система юридичних норм, спрямованих на регулювання міжнародних невладних

© Л. О. Антонюк, 2014

(приватноправових) відносин з «іноземним елементом». Предметом МПрП є міжнародні приватні відносини, а також відносини міжнародного цивільного процесу, а основними методами – колізійно-правовий та матеріально-правовий.

Значення МПрП найбільш повно розкривається через його мету та функції. Як вважав провідний юрист-міжнародник Х. Лаутерпахт, мета МПрП полягає в тому, щоб зробити можливим застосування права іноземної держави на території національної держави. Причому ця мета диктується міркуваннями справедливості, зручності, необхідністю міжнародних стосунків між індивідами, а також самою концепцією публічного порядку. На думку шведського колізіоніста Е. Хілдінга, функція МПрП полягає в забезпеченні раціональних та справедливих рішень у справах, у яких містяться іноземні елементи або які пов'язані з іноземними країнами. Важливим є й те, що різні системи МПрП, незважаючи на всю їх різнорідність, сприяють нормалізації міжнародних відносин і полегшують завдання розв'язання конфліктів на рівні законів та юрисдикцій [3, с. 19].

Завданням міжнародного приватного права є регламентація визначених його предметом відносин для всебічного захисту прав та інтересів суб'єктів права, створення єдиного правового простору щодо здійснення ними своїх прав та обов'язків, укріплення співпраці держав, які належать до різних економічних, правових, соціальних, культурних систем [8, с. 32].

На основі наведеного визначимося з місцем МПрП в системі права взагалі. Взагалі це питання у доктрині міжнародного права завжди було й залишається дискусійним. Так, міжнародна складова МПрП спрямовує його розгляд як частини міжнародного права, а національна складова – як частини внутрішнього права держави. Між цими «полюсами» і точиться наукова дискусія впродовж майже двох століть. У межах як міжнародно-правової концепції МПрП (її прибічників називають «універсалістами», «інтернаціоналістами», «міжнародниками»), так і національно-правової концепції (її прихильники звуться «цивілістами») існує багатоваріантність. За існування двох полярних підходів до питання про юридичну природу МПрП неважко прогнозувати виникнення третього підходу, або свого роду «компромісної» концепції, відповідно до якої МПрП є полісистемним комплексом, що складається з норм внутрішнього права та норм міжнародного публічного права. Перед тим, як коротко розглянути згадані концепції, варто зробити застереження про те, що їх автори мали різне бачення змісту МПрП. Так, одні намагалися віднайти місце в правовій системі лише для колізійного права, а інші – для МПрП в ширшому розумінні.

Міжнародно-правова концепція МПрП переважала в XIX ст. Свою позицію «міжнародники» обґрунтовують переважно зв'язком правовідносин МПрП з відносинами міждержавного характеру. Маються на увазі насамперед «прикордонні» ситуації, коли пошук рішення в приватноправовій сфері здійснюється на рівні держав. Іншим їх аргументом є вказівка на наявність спільних для МПрП і міжнародного публічного права (далі – МПП) джерел (міжнародних договорів та міжнародних звичаїв) і спільних для них основних правових принципів (принцип суверенітету, принцип національного режиму для іноземців, принцип недопущення дискримінації тощо) [5, с. 39].

Французький юрист-міжнародник Ж. Тускоз, критикуючи класичне розмежування МПрП і МПП, зазначає: «Всім добре відомо, що ці дві гілки права невіддільні одна від одної. У внутрішньому праві саме в зоні конфліктів – там, де перетинаються сфери дії так званих публічного та приватного права, – виникає найбільше юридичних проблем, найбільш важливих і делікатних». Деякі прихильники теорії транснаціонального права (наприклад, американський учений Ф. Джессеп) висувають тезу про те, які транснаціональне право включає в себе як публічне, так і приватне міжнародне право. З-поміж аргументів, що висуваються на підтримку цього підходу, є, зокрема, таке: колізійні норми мають міжнародно-правовий характер, «оскільки з приводу тієї чи іншої норми встановилася згода держав та оскільки в основі колізійної норми нерідко лежить міжнародний звичай, що складався століттями» [9, с. 120].

Національно-правова концепція МПрП дістала визнання в загальносвітовій науці та законодавстві держав у середині XX ст. Існує декілька варіантів цієї концепції. Окремі автори (М.І. Брагінський, О.Л. Маковський) визнають МПрП лише частиною національного цивільного права. Однак більшість учених (Л.А. Лунц, М.М. Богуславський, Г.К Матвєєв, Г.К. Дмитрієва) вбачають у МПрП самостійну галузь внутрішнього права цивілістичного характеру. Останнім часом низка авторів (наприклад А.А. Степанюк) характеризують МПрП як підсистему в межах внутрішнього права, що, на їх думку, дає змогу пояснити залучення до регулювання норм різної галузевої та рівневої належності.

Відповідно до цивілістичної концепції єдиного МПрП для всіх чи окремих груп держав не існує. Кожна держава має своє МПрП. У всіх варіантах національно-правової концепції МПрП закладено певні спільні аргументи. На перший план поставлено тезу про те, що МПрП регулює особливу групу цивільно-правових відносин між фізичними та юридичними особами, які перебувають під верховенством держави та, відповідно, під дією її внутрішнього права. Крім того, багато з «цивілістів» вважають, що правовідносини МПрП регулюються виключно нормами внутрішнього права, серед яких окрему групу становлять трансформовані у внутрішнє право норми міжнародних договорів та звичаїв або санкціоновані державою «преднорми» міжнародних договорів [5, с. 41].

Як зазначається в рішенні Постійної палати міжнародного правосуддя, норми міжнародного приватного права є складовою внутрішньодержавного права», за винятком випадків, коли вони «введені міжнародними угодами або звичаями й носять, відповідно, справжній характер міжнародного права, що регулює відносини між державами». Автори, які дотримуються цього підходу, наводять такі аргументи: 1) джерела МПрП мають переважно в основному внутрішньодержавний характер; 2) виходячи із суверенітету держави, суддя національного суду завжди застосовує національну колізійну норму, не звертаючи при цьому уваги на те, як вирішується дане питання в інших правових системах; 3) закони про громадянство та про правове положення іноземців, що є частиною МПрП, є національними нормами права, які були прийняті державою в односторонньому порядку; 4) метод МПрП має внутрішньодержавний характер, і в ньому використовуються категорії національного цивільного права. Таким чином, на думку цих авторів, МПрП є про-

екцією національного приватного права з необхідними змінами на міжнародну площину.

Водночас деякі з прихильників підходу щодо внутрішньодержавної природи МПрП виходять із його самостійності як галузі права. Професор Г.К. Дмитрієва так узагальнює основні постулати цього підходу, який домінує в пострадянській доктрині МПрП: «1) міжнародне приватне право, безумовно, пов'язане як із міжнародним (публічним) правом, так і з приватним правом, яке є частиною національного права держави; 2) незважаючи на тісний зв'язок із міжнародним (публічним) правом, міжнародне приватне право входить до системи внутрішнього (національного) права держави. Це жорстко визначається предметом правового регулювання – приватноправовими відносинами. Воно регулює відносини між такими суб'єктами (фізичні та юридичні особи), які знаходяться під верховенством держави та, відповідно, під дією його внутрішнього права. Механізм міжнародно-правового регулювання не придатний для регулювання відносин між фізичними та юридичними особами; 3) у системі внутрішнього права міжнародне приватне право не є частиною цивільного права (сімейного, трудового). Воно посідає самостійне місце в цій системі – є самостійною галуззю зі своїми специфічними предметом і методом регулювання; 4) усупереч своїй назві міжнародне приватне право має національно-правову природу. На відміну від міжнародного (публічного) права, єдиного для всіх держав, міжнародне приватне право існує в межах внутрішнього (національного) права кожної держави («російське міжнародне приватне право», «українське міжнародне приватне право», «англійське міжнародне приватне право» тощо)» [3, с. 20].

Концепція, що розглядає МПрП як полісистемний комплекс, була запропонована, розвинена і підтримана в працях російських учених, зокрема О.М. Макарова, Р.А. Мюллерсона, Т.М. Нешатаєвої, М.М. Кузнєцова, В.О. Канашевського та інших. Відповідно до цієї концепції МПрП є об'єктивно існуючим полісистемним комплексом, який складається з відносно самостійних блоків норм, які, не утворюючи цілісної системи та зберігаючи своє місце в «базисних» системах права (в національній або міжнародній), взаємодіють один з одним під час регулювання відносин невласного характеру. Для обґрунтування своєї позиції прихильники цієї теорії спираються на дуалізм джерел МПрП, який зумовлений складністю самого його предмета: з одного боку, це цивілістичні відносини, які начебто вимагають регулювання нормами національного права, а з іншого – іноземний елемент відносин потребує введення міжнародного джерела права.

Домінування в різні історичні періоди міжнародно-правової чи національно-правової концепції МПрП не в останню чергу пов'язане із загальносвітовими економічними, політичними та правовими процесами. Так, поширення наприкінці XIX ст. міжнародно-правової концепції відбувається на тлі індустріальної революції, нового поділу праці у світовому масштабі, перших успіхів міжнародних організацій в уніфікації норм приватного права тощо. Національно-правова концепція отримала підтримку в часи панування юридичного позитивізму та появи тенденції до національної замкнутості як наслідок війн та революцій, що спричинили розкол світу на соціалістичний і капіталістичний табори. Сьогодні світова наукова спільнота знову більше тяжіє до міжнародно-правового трактування МПрП, що є реак-

цією на розпад соціалістичної системи, на потужні інтеграційні процеси, на перехід до постіндустріального суспільства та на значні досягнення в уніфікації норм МПрП. Справді, у сучасних умовах багато соціально-економічних та правових чинників створює підґрунтя для відходу від суто національно-правового трактування МПрП. Виникнення глобальної економіки та глобального ринку виступає об'єктивною передумовою формування справді інтернаціонального МПрП. На думку окремих науковців (наприклад, О.О. Мережко), національне МПрП має певне виправдання до тієї межі, до якої міжнародні зв'язки через слабку базу засобів комунікації залишаються здебільшого винятком. В умовах, коли міжнародне переміщення людей, товарів, послуг, капіталу стає звичайним явищем, жорстко національне МПрП втрачає сенс. Натепер уніфіковані колізійні норми в кількісному вимірі значно перевищують національні, а останні значною мірою гармонізовані. Уніфікація колізійних норм має вражаючі результати на регіональному рівні. Так, наприклад, у ЄС рядом регламентів (Рим I, Рим II, Рим III, Брюссель I тощо) фактично створена європейська кодифікація колізійного права. МПрП на сучасному етапі виправдовує свою назву й завдяки величезному масиву документів (конвенцій, рекомендацій, типових законів, типових контрактів тощо), які уніфікують та гармонізують матеріальні норми приватного права для міжнародних приватноправових відносин, особливо у сфері міжнародної торгівлі.

Таким чином, сучасне МПрП великим своїм масивом постає як міжнародно-уніфіковані (гармонізовані) колізійні та матеріальні норми приватного права для задоволення потреб приватних осіб у міжнародному спілкуванні. Однак ця частина МПрП ще не повністю розвинена, що й зумовлює існування національних відгалужень норм, які виконують таку ж функцію [5, с. 42].

Варто також зазначити, що щодо природи норм міжнародного приватного права та його місця в системі права існують такі погляди: 1) міжнародне приватне право є частиною міжнародного публічного права; 2) міжнародного приватного права немає, а є внутрішнє законодавство, що стосується іноземців; 3) міжнародне приватне право – це поєднання внутрішнього законодавства й міжнародного публічного права; 4) міжнародне приватне право є окремою галуззю права, оскільки має окремий предмет і притаманні лише йому правові способи регулювання (колізійні та матеріально-правові норми).

На особливу увагу заслуговує теорія О.Л. Маковського, який робить висновок про те, що МПрП є свого роду надбудовою над іншими нормами національного цивільного права, спеціально створеною для регулювання відносин, ускладнених іноземним елементом. Тобто воно не є частиною МПП, однак при цьому й безпосередньою складовою національної системи права також МПрП важко назвати в такому контексті.

Більше того, у доктрині МПрП існують думки про кваліфікацію МПрП в якості комплексної системи права або комплексної галузі права. Н.Ю. Єрпильова, зокрема, зазначає, що абсолютно очевидний комплексний характер МПрП та неможливість «втиснути» його ні в межі внутрішньодержавного (національного), ні в межі МПП. МПрП – абсолютно самостійна правова система, що має власний предмет регулювання, відмінний від будь-яких інших правових систем. Комплексність МПрП науковець пов'язує з тим, що МПрП об'єднує норми внутрішньо державного

законодавства, міжнародних договорів і звичаїв, які регулюють майнові та особисті немайнові відносини, ускладнені іноземним елементом, тобто відносини міжнародного характеру за допомогою колізійно-правового та матеріально-правового методів [2, с. 305].

Наостанок зауважимо, що визначення місця МПрП залежить від того, якої філософської концепції права дотримується той чи інший автор. Так, наприклад, прихильники соціологічного напрямку в юриспруденції схильні вважати МПрП частиною міжнародного права в широкому смислі, а позитивісти розглядають його як окрему галузь внутрішнього права.

ІІ. Співвідношення міжнародного приватного права з міжнародним публічним правом.

Перш ніж розглянути співвідношення міжнародного приватного та публічного права, необхідно з'ясувати відмінності публічного та приватного права взагалі, адже на сьогоднішній день правові системи багатьох цивілізованих країн ґрунтуються на принципі поділу права на приватне й публічне. Світова юридична наука визнає цей поділ певною мірою умовним, проте необхідним. За відомою формулою римського юриста Ульпіана, публічне право стосується становища держави, приватне – користі окремих осіб.

На основі цього перейдемо до з'ясування співвідношення та взаємозв'язку міжнародного приватного та міжнародного публічного права. Як відомо, МПрП, так само як і МПП, регулюючи міжнародні відносини, торкається права кількох держав. Тому на початку розвитку сучасної науки права робилися спроби розглядати МПП (переважно міжнародне звичаєве право) як фундамент МПрП. Точка зору, відповідно до якої МПрП стосується правових систем суверенних держав, уперше з'явилася у межах теорії міжнародної ввічливості (comitas gentium), згідно з якою застосування іноземного права визначається міжнародною ввічливістю. Теорія, згідно з якою МПрП ґрунтується на МПП, знайшла прихильників з-поміж таких учених, як К. Цітльман (1852–1923 рр.) та Г. Франкенштайн. Причому К. Цітльман вважав, що МПП допомагає заповнювати прогалини в національному МПрП, а Г. Франкенштайн спирався у своїй концепції на мовні та психологічні аспекти народів. У сучасній доктрині МПрП щодо місця МПрП в юридичній системі склалося три основні підходи [3, с. 22].

Міжнародне публічне право – це галузь права, яка регулює відносини між державами, міждержавними організаціями, державоподібними утвореннями, націями, що борються за незалежність. Міжнародне публічне право є сферою політики. Суб'єктами цієї галузі права є носії влади. Вони, зокрема, оголошують війну і мир, змінюють державні кордони, приймають до громадянства іноземців, подають один одному допомогу або, навпаки, «перекривають кисень». Останнє в 1999 р. наочно було продемонстровано щодо Югославії. Свого часу Мао Цзедун говорив: «Гвинтівка породжує владу!» Там, де гвинтівка і влада, – царина публічного права, у тому числі міжнародного.

Міжнародне приватне право стосується цивільно-правових відносин, насамперед, між організаціями та громадянами різних країн. Предметом регулювання у міжнародному приватному праві є відносини цивільно-правового характеру, які виникають у міжнародному житті за участі осіб різної державної належності.

Такі відносини невладні, неполітичні та не потребують застосування зброї. Цивільні правові відносини – це насамперед майнові відносини між фізичними та юридичними особами різних держав. Суб'єктом у майнових відносинах є іноземна сторона. Суб'єкти майнових відносин можуть належати до однієї держави, проте об'єкт, у зв'язку з яким виникли відповідні відносини, перебуває за кордоном. Виникнення, зміна та припинення майнових відносин можуть бути пов'язані з юридичним фактом за кордоном (спричинення шкоди) [7, с. 33].

Таким чином, міжнародні відносини не обмежуються лише міждержавними, міжвладними контактами основних суб'єктів міжнародного права. Відбуваються постійні контакти між фізичними та юридичними особами різноманітних держав, на рівні міжнародних неурядових організацій, які регулюються або національним правом відповідної держави, або нормами міжнародного приватного права.

Як зазначалося вище, міжнародне публічне право – це сукупність юридичних принципів і норм, що регулюють відносини між державами та іншими суб'єктами міжнародного права. У свою чергу, міжнародне приватне право – це система юридичних норм, спрямованих на регулювання міжнародних невладних відносин з «іноземним елементом». Міжнародне приватне право остаточно сформувалося як незалежна галузь права в XIX ст. Раніше воно розглядалось як частина інших галузей права. Поняття «міжнародне приватне право» має різний зміст у різних національно-правових системах. Водночас основа МПрП залишається незмінною – колізійні норми, за допомогою яких визначають ситуації, коли застосовується національне приватне право, а коли іноземне приватне право. Підручники з МПрП дедалі частіше включають ще й такі питання, як міжнародний цивільний процес і навіть колізійні питання публічного права (міжнародне кримінальне право, міжнародне адміністративне та міжнародне валютне право).

Загалом спостерігається тісний взаємозв'язок міжнародного публічного та міжнародного приватного права з таких причин:

– вони в широкому розумінні регулюють міжнародні відносини;

– їх загальні засади стосуються основних принципів міжнародного публічного права;

– і в міжнародному публічному праві, і в міжнародному приватному праві завжди є визнання правосуб'єктності іншої держави;

– міжнародні договори з питань міжнародного приватного права не можуть суперечити принципам міжнародного публічного права, встановлюючи в такий спосіб загальні правові умови міжнародного співробітництва в різних галузях.

У зв'язку з цим деякі науковці вважають недоцільним виділяти міжнародне приватне та публічне право як окремі галузі права. Однак окрім їх спільних рис існують і відмінні.

Розмежування між МПрП та МПП можна здійснювати на таких підставах:

– за суб'єктами: у міжнародному публічному праві суб'єктами є держави й нації, що борються за незалежність, міжнародні організації, а в міжнародному приватному праві – фізичні та юридичні особи. МПП лише делегує свою юрисдикцію окремим іншим суб'єктам;

– за предметом правового регулювання: у міжнародному публічному праві – це міждержавні міжвладні відносини, а в міжнародному приватному праві – міжнародні приватноправові відносини (цивільні, сімейні, трудові тощо);

– за джерелами: міжнародний договір, міжнародний звичай тощо в міжнародному публічному праві, а також національне законодавство, міжнародні договори тощо в міжнародному приватному праві;

– за методом правового регулювання: у міжнародному публічному праві – це узгодження волі держав; у міжнародному приватному праві – подолання колізій;

– за видами відповідальності: у міжнародному публічному праві передбачається міжнародно-правова відповідальність, у міжнародному приватному праві – цивільно-правова;

– за сферою дії: у міжнародному публічному праві її можна визначити як глобальну (охоплює всі держави й інших суб'єктів міжнародного права), а в міжнародному приватному праві вона має національні межі (у кожній державі є своє міжнародне приватне право) [10, с. 85].

Відповідно до цього в міжнародному публічному праві роль основного джерела регулювання відіграє міжнародний договір. У міжнародному приватному праві міжнародний договір до юридичних і фізичних осіб застосовують не безпосередньо, а за допомогою його санкціонування відповідною державою в тій або іншій формі. Міжнародне приватне право можна уявити без міжнародного договору. У такому разі певна держава автоматично створювала б як колізійні, так і матеріально-правові норми для регулювання правовідносин з іноземним елементом.

Міжнародне приватне право стоїть на двох опорах – колізійних і матеріально-правових нормах. Міжнародне приватне право започаткувало колізійні норми. Ці норми не містять прямої вказівки, як потрібно вирішувати те чи інше питання. Вони зазначають лише, яке саме законодавство потрібно застосовувати. Засновниками міжнародного колізійного права вважають італійських постглосаторів XIV ст. Бартола і Бальда.

Між міжнародним публічним правом і міжнародним приватним правом немає «китайської стіни» хоча б з огляду на те, що норми міжнародного договору переносяться в цивільне законодавство країн, які беруть участь у договорі [7, с. 35]. Проте в публічно-правовій сфері переважають владні організаційні, примусові засади, пов'язані зі здійсненням державних і суспільних (публічних) інтересів. Приватноправовий підхід зумовлений ініціативою та самостійністю учасників господарської діяльності, які реалізують власні (приватні) інтереси. Звичайно, у регулюванні економіки, майнових відносин кожна з цих сфер має свої переваги й недоліки, тому майже ніколи не існує в «чистому» вигляді, хіба що за надзвичайних ситуацій. Так, наприклад, у період війни не обійтися без різкого посилення публічно-правових засад. Проте в найліберальніших ринкових умовах приватноправові засади неминуче доводиться обмежувати з метою запобігання монополізму й недобросовісній конкуренції, захисту прав споживачів тощо. Отже, проблема полягає не в дозволі або усуненні втручання держави в майновий оборот, а в обмеженні цього втручання, у встановленні законом його чітких меж і форм [4, с. 51].

Загалом можна зазначити, що МПрП та міжнародне публічне право різняться між собою насамперед своїм суб'єктним складом і предметом регулювання. Суб'єктами МПрП є переважно фізичні та юридичні особи, тоді як учасниками правовідносин міжнародного публічного права виступають суверенні держави, міжнародні урядові організації тощо. Предмет МПрП становлять приватноправові відносини з іноземним елементом, а предметом міжнародного публічного права є міждержавні публічно-правові відносини. Незважаючи на відмінність згаданих систем права, останні взаємодіють між собою, впливають одна на одну та мають «прикордонні» сфери. Наприклад, МПрП та міжнародне публічне право базуються на спільних правових началах міжнародного спілкування, мають однакові види правових джерел (міжнародні договори та міжнародні звичаї) [5, с. 44]. При цьому все більше питань правового регулювання транснаціональних відносин суб'єктів МПрП знаходять своє вирішення завдяки укладенню відповідних міжнародних договорів, що є характерним для МПП. Більше того, МПрП не може порушувати головні принципи МПП (суверенітету держав, невтручання у внутрішні справи), використовуючи їх інколи в досить своєрідній формі, як це має місце, наприклад, під час застосування принципу взаємності або визначення статусу (правового режиму) іноземців у міжнародному цивільному процесі [6].

Висновки. На основі проведеного дослідження можна зазначити таке:

1) у будь-якій державі питання міжнародного приватного права посідає важливе місце, а суть його зводиться до того, що це є системою юридичних норм, спрямованих на регулювання міжнародних невладних (приватноправових) відносин з «іноземним елементом»; відповідно, предметом міжнародного приватного права є приватноправові відносини з іноземним елементом або міжнародні приватноправові відносини (приватноправові відносини міжнародного характеру), а також питання міжнародного цивільного процесу;

2) питання визначення місця міжнародного приватного права в юридичній системі досі залишається дискусійним та актуальним, проте можна з упевненістю стверджувати, що на сьогоднішній день сформувалось три основні концепції щодо цього: міжнародно-правова, національно-правова та концепція, яка розглядає міжнародне приватне право як полісистемний комплекс;

3) міжнародне приватне право потрібно відрізняти від міжнародного публічного права на основі аналізу багатьох критеріїв, серед яких основну увагу потрібно приділити предмету, джерелам, суб'єктному складу, методу та сфері регулювання, проте заперечувати їх взаємозв'язок є недоцільним та таким, що порушує засадничі принципи та ідеї, які лягли в основу виникнення й розвитку міжнародного права взагалі.

Література

1. Борисевич С.О. Критерії розмежування публічного і привтного права / С.О. Борисевич [Електронний ресур]. – Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Nrzd/2011_2/1.pdf.
2. Гречка Т.А. Правова природа міжнародного приватного права і його місце в правовій системі України / Т.А. Гречка // Держава і право: збірник науко. праць. Серія «Юридичні і політичні науки» / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К., 2011. – Вип. 52. – С. 303–309.
3. Мережко О.О. Співвідношення міжнародного приватного з міжнародним публічним правом // Юридична газета. – 2004. – № 17 (29). – С. 18–22.

4. Юлдашев О.Х. Міжнародне приватне право. Академічний курс : [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / О.Х. Юлдашев. – К. : ІнЮре, 2004. – 352 с.
5. Довгерт А.С. Міжнародне приватне право. Загальна частина : [підручник] / А.С. Довгерт, В.І. Кисіль. – К. : Правова єдність, 2012. – 374 с.
6. Чубарєв В.П. Міжнародне приватне право : [навч. посіб.] / В.П. Чубарєв. – К. : Атіка, 2008. – 608 с.
7. Дахно І.І. Міжнародне приватне право: [навч. посіб. для студ. вищ. навч. закладів] / І.І. Дахно. – К. : Центр учбової літератури, 2008. – 316 с.
8. Фединяк Г.С. Міжнародне приватне право: [підручник] / Г.С. Фединяк, Л.С. Фединяк. – К. : Атіка, 2012. – 530 с.
9. Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права / О.О. Мережко. – К. : Юстініан, 2010. – 320 с.
10. Пронюк Н.В. Сучасне міжнародне право : [навч. посібник] / Н.В. Пронюк. – К. : КНТ, 2008. – 344 с.

Анотація

Антонюк Л. О. **Місце міжнародного приватного права в правовій системі та його співвідношення з міжнародним публічним правом.** – Стаття.

Статтю присвячено висвітленню проблеми місця міжнародного приватного права в правовій системі як загалом, так і кожної держави зокрема, і залежно від наукового підходу, який обрано для вирішення цього питання, а також дослідженню співвідношення міжнародного приватного та міжнародного публічного права в контексті компаративізму.

Ключові слова: міжнародне приватне право, природа міжнародного приватного права, місце міжнародного приватного права, співвідношення міжнародного приватного та публічного права, компаративістика в контексті приватного та публічного права.

Аннотация

Антонюк Л. А. **Место международного частного права в правовой системе и его соотношение с международным публичным правом.** – Статья.

Статья освещает проблемы места международного частного права в правовой системе как в целом, так и каждого государства в частности, в зависимости от научного подхода, который выбран для решения этого вопроса, а также расскрывает соотношение международного частного и международного публичного права в контексте компаративизма.

Ключевые слова: международное частное право, природа международного частного права, место международного частного права, соотношение международного частного и публичного права, компаративистика в контексте частного и публичного права.

Summary

Antonjuk L. O. **The place of private international law in the legal system and its relationship with public international law.** – Article.

The article highlights the problem of the place of private international law in the legal system according to a scientific approach chosen to address this issue, as well as the investigation of the relationship between international private and public law in the context of comparativity.

Key words: international private law, nature of international private law, place of private international law, relationship between international private and public law, comparative studies in context of private and public law.

УДК 346.3

М. М. Єфименко

ПЕРСПЕКТИВНІ НАПРЯМКИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ В УКРАЇНІ

Стрімкий розвиток аутсорсингових відносин зумовлений посиленням конкуренції на світовому й національному економічному ринку, де його учасники постійно перебувають у пошуку нових способів організації бізнесу. Ця обставина поряд з іншими факторами впливає на формування й розвиток аутсорсингових відносин у світі в цілому та Україні зокрема. Зважаючи на те, що господарська модель аутсорсингу дозволяє досягти значної конкурентної переваги на ринку послуг, усе більше суб'єктів господарювання застосовують у своїй діяльності аутсорсинг.

Розглядаючи загальне господарсько-правове й цивільно-правове регулювання договору аутсорсингу в Україні, вбачаємо значні недоліки регламентації цього договору у зв'язку з тим, що в нормах Господарського кодексу (далі – ГК) України та Цивільного кодексу (далі – ЦК) України відсутні положення про регулювання всіх видів договорів про надання послуг. Мається на увазі, що в цьому випадку загальні норми про регулювання договорів із послуг застосовуються лише до тих договорів, які не зайшли свого відображення в інших розділах названих кодексів або в інших спеціальних нормативних актах. Крім того, практика застосування вказала на свою неефективність через явну недостатність правових норм, які містяться в названих актах.

Зважаючи на те, що договір аутсорсингу прямо не передбачений нормами українського законодавства, пропонуються такі правові шляхи розвитку аутсорсингових договірних відносин.

Насамперед важливим вбачається реформування й підсилення нормативного змісту глави 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення», оскільки вона містить основні положення правового регулювання договорів, які не мають спеціального нормативного регулювання, та договорів, які взагалі прямо не визначені законодавством, проте законодавчо мають право на існування, серед яких і договір аутсорсингу.

Не звертаючись до повного аналізу ефективності правового регулювання послуг нормами згаданої глави ЦК України, треба наголосити на деяких концептуальних положеннях, які пов'язані з розвитком вказаного правового інституту аутсорсингу з урахуванням тенденції розвитку сфери послуг в умовах сучасного правового й економічного ринку. У правовій літературі постійно звертається увага на те, що ЦК України та ГК України повинні враховувати динаміку відносин і мати певний правовий «резерв» регулювання. Розкриваючи поняття правового резерву регулювання, мається на увазі, що норми вказаних нормативних актів мають бути настільки універсальними й ефективними, що повинні допускати можливість існування правового регулювання інших договорів, які на цьому етапі розвитку договірних відносин із послуг ще не існують, проте можуть виникнути в майбутньому. Зважаючи на таке зауваження, вбачається очевидним, що постійний розвиток

© М. М. Єфименко, 2014

сфери послуг зобов'язує законодавця формувати вказаний вище правовий резерв для договорів, які ще не знайшли свого відображення в економічному та правовому обороті. Вдалою вважається думка І.А. Покровського щодо політики правових інститутів, які повинні вивчати вплив правових норм на розвиток явищ суспільного життя [1, с. 10].

Наведене вище наголошує на необхідності вдосконалення нормативного змісту глави 63 ЦК України як загального джерела правового регулювання послуг. Так, найближчими діями щодо перспективних напрямків у розвитку законодавства про договори з послуг має стати формування нових і перегляд діючих норм, які складають загальні положення правого регулювання договорів послуг в Україні.

Водночас стрімкий розвиток сфери послуг об'єктивно потребує посилення гармонізації договірних відносин із послуг, які регулюються національним законодавством, із нормами міжнародного права.

Так, сектор послуг посідає вагоме місце на ринку світової торгівлі. Водночас дані світової статистики вказують на те, що торгівля послугами розвивається швидкими темпами та вимагає від суб'єктів міжнародних торгових відносин створення нових способів співробітництва, а від компетентних органів – формування ефективного правового регулювання таких нових способів. Варто нагадати, що регулювання відносин ринку послуг на міжнародному рівні здійснюється спеціалізованими міжурядовими організаціями, наприклад, Всесвітньою туристичною організацією (ВТО), одним із напрямків діяльності якої є формування стандартів і нормативів туристичних послуг. Оскільки США є одним із найбільших постачальників туристичних послуг у світі, ця держава пропонує керуватися принципами недискримінації, національного режиму, гласності та єдності законодавства, узгодження національного й міжнародного права.

Принципи, запропоновані США у сфері туристичних послуг, по суті, можна застосувати до будь-якої іншої сфери послуг. Серед джерел міжнародного правового регулювання найбільш важливим є Генеральна угода з торгівлі послугами (ГАТС). Так, ГАТС визначає такі головні принципи, якими мають керуватися суб'єкти під час міжнародної торгівлі послугами: забезпечення режиму найбільшого сприяння, прозорість регулювання, взаємне визначення кваліфікаційних вимог до надавачів послуг, правила щодо врегулювання монополій, виключних надавачів послуг та іншої підприємницької діяльності, що обмежує конкуренцію, заходів лібералізації торгівлі, зокрема таких, які передбачають зростання ролі країн, що розвиваються.

Безперечно, указані принципи є універсальними та мають знайти своє відображення як в інших міжнародних актах у сфері послуг, так і в нормах національних законодавств, оскільки вони забезпечують єдину загальну політику міжнародних суб'єктів у діяльності, пов'язаній із торгівлею послугами.

Такі тенденції у сфері послуг на світовому ринку ще раз підкреслюють необхідність інтернаціоналізації договірного права та регулювання послуг. Хоча проблема інтернаціоналізації приватного права сама по собі не є новою. Неодноразово вказувалося на те, що норми національного приватного права були б ефективною основою для обігу товарів і послуг, в якому брали б участь не лише національні, а й суб'єкти інших країн і світових організацій; зміст таких норм має уникати

будь-яких специфічних особливостей та повинен стати універсальним. Вдалим прикладом такого перетворення може стати римське приватне право, яке зосередило в собі початок міжнародних відносин та перейшло від власне римського права до права античного світу [1, с. 51].

Процес інтернаціоналізації й набуття нормами національного господарського права міжнародного змісту вимагає від законодавця таких напрямків реформування національного законодавства: уніфікації норм національного й міжнародного права, збільшення впливу норм міжнародного права на норми національного приватного права, розвитку національних відносин із міжнародним елементом.

Вдалим прикладом такої інтернаціоналізації норм є право Європейського союзу не лише щодо торгівлі послугами, а й на загальному рівні правового регулювання відносин між країнами-членам ЄС. Тут норми міжнародного правового регулювання відносин із торгівлі послугами між країнами-членами ЄС імплементуються майже до всіх норм національного права цих країн з урахуванням особливостей сфери послуг країн та з дотриманням головних принципів європейського права з торгівлі послугами.

Ще одним напрямком розвитку правового регулювання договору аутсорсингу є відмежування договору аутсорсингу в самостійний правовий інститут із метою нормативного оформлення особливостей і специфічних характеристик цього договору. Усе це вказує на необхідність правового регулювання відносин за договором аутсорсингу на рівні спеціального нормативно-правового акта.

Перш за все такий нормативний акт повинен поєднати в собі норми приватного й публічного права, оскільки це дозволить сформувати єдину правову концепцію нормативного регулювання договору аутсорсингу. Основні норми правового регулювання договору аутсорсингу, які викладатимуться в такому нормативному акті, повинні відповідати насамперед основним засадам цивільного й господарського права України, загальним нормам договірного права, зобов'язальним відносинам із надання послуг тощо. Водночас не менш важливим є врахування в такому нормативному акті особливостей договору аутсорсингу, які будуть виникати під час укладення учасниками господарського права такого договору, та відображення різниці між договором аутсорсингу й іншими договорами про надання послуг. Без урахування особливостей договору аутсорсингу й різниці між ним та іншими договорами нормативний акт, який пропонується, втратить своє змістовне значення й не буде виконувати мету, для якої він приймається.

Проектований нормативно-правовий акт повинен регулювати такі питання. По-перше, визначити поняття договору аутсорсингу, оскільки однією з проблем правового регулювання є абсолютна відсутність такого поняття в нормах національного законодавства. З огляду на результати попередніх наших досліджень пропонується такий варіант визначення договору аутсорсингу: «Договором аутсорсингу вважається угода, у результаті якої одна сторона (замовник) делегує свої функції чи види діяльності (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні тощо) або бізнес-процеси (організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо) іншій стороні (аутсорсеру) за визначену плату, за умови, що аутсорсер має необхідний кваліфікований персонал (ресурси) для виконання функцій, що були передані йому замовником, участі у ви-

робничому процесі, реалізації товарів замовника та виконання інших делегований функцій, передбачених умовами договору» [2, с. 118].

По-друге, необхідно визначити особливості суб'єктного складу договору аутсорсингу, оскільки сторонами договору можуть бути лише суб'єкти господарювання, а також вказати на тристоронній зв'язок відносин між сторонами й учасниками договору аутсорсингу. Так, нагадаємо, що в договорі аутсорсингу юридичний зв'язок виникає між замовником та організацією-аутсорсером, а також між аутсорсером і кваліфікованим персоналом (безпосередньо виконавцями, працівниками), який надається замовнику для виконання делегованих функцій чи бізнес-процесів. Такі правовідносини за своєю суттю є трудовими та здійснюються на основі укладеного між аутсорсером і працівниками трудового договору, який має бути оформлений у письмовій формі згідно з вимогами чинного законодавства. У зв'язку з цим поряд із виділенням особливостей юридичного зв'язку між сторонами договору необхідно передбачити текстуально в самому нормативному акті або зробити нормативне відсилання до відповідних положень трудового законодавства з метою усунення невідповідностей та уникнення порушень трудового законодавства сторонами договору [3, с. 23].

Далі пропонований нормативний акт повинен розкривати правову природу договору аутсорсингу та визначати його основні умови, які відповідатимуть не лише загальним нормам про істотні умови договорів у господарському праві, а й відображатимуть особливості договору аутсорсингу.

По-перше, необхідно визначити предмет договору аутсорсингу. Предметом договору аутсорсингу слід вважати послугу у вигляді надання в розпорядження компанії-замовника кваліфікованого персоналу, який має необхідні спеціальні навички й відповідає вимогам замовника, для виконання конкретних функцій і завдань (участі у виробничому процесі, реалізації товарів і послуг замовника, управління виробництвом, виконання інших вторинних функцій тощо), які делегуються замовником [4, с. 21].

По-друге, треба передбачити умови про ціну договору аутсорсингу. Договір аутсорсингу є змішаним договором та містить елементи договору про надання послуг. Тому ціна договору складається з плати за безпосереднє виконання договору, у випадку неможливості виконати договір із причин, що не залежать від виконавця, замовник має виплатити виконавцеві розумну плату. У випадку неможливості виконання договору, що виникла з вини замовника, він зобов'язаний виплатити виконавцеві винагороду в повному обсязі, якщо інше не встановлено договором або законом. У випадку невстановлення ціни в договорі вона визначається за рішенням суду на основі цін, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи з урахуванням необхідних витрат, визначених сторонами. Ціна роботи в договорі підряду включає відшкодування витрат підрядника та плату за виконану ним роботу, може бути виражена як у вигляді сталої суми, так і визначатися розрахунками.

По-третє, необхідно вказати строк договору аутсорсингу. Договір аутсорсингу може визначити початковий та кінцевий строк надання послуг або вказувати на подію, після настання якої договір вважається виконаним, наприклад, досягнення конкретних результатів, пов'язаних з управлінням процесами замовника, випуском товарів тощо.

По-четверте, зважаючи на те, що специфічною рисою договору аутсорсингу є наявність великого ризику виникнення значних збитків у замовника під час виконання делегованих ним функцій персоналу компанії-аутсорсера та пов'язаних із неналежним виконанням останнім своїх обов'язків за договором, необхідно вказати в положеннях договору аутсорсингу умови про страхові ризики, відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору, відшкодування збитків, які понесла одна сторона в результаті невиконання або неналежного виконання іншою стороною своїх зобов'язань.

По-п'яте, у межах питання формування змісту договору аутсорсингу розглядалося питання якості послуги, що надається виконавцем. Якість послуги за договором аутсорсингу визначається через ступінь професійної компетенції аутсорсера. У договорі аутсорсингу якість послуг, що будуть надаватися, може бути визначена через відсилання до окремого нормативного акта або шляхом передбачення в договорі всіх необхідних вимог щодо якості й передбачуваного результату послуги.

Також пропонований нормативно-правовий акт, який буде регулювати відносини за договором аутсорсингу, окрім запропонованих положень може містити порядок вирішення господарських спорів у випадку порушення сторонами своїх господарських зобов'язань за договором, зазначати господарсько-майнові та інші санкції у випадку порушення сторонами договору законодавства, посилання на необхідні для регулювання аутсорсингових відносин інші нормативні акти, які більш детально регулюють окремі аспекти вказаних відносин або ж зможуть усунути прогалини й суперечності серед норм пропонованого нормативного акта. Це буде можливим за умови усунення недоліків і приведення інших спеціальних нормативних актів, які можуть стосуватись аутсорсингових відносин, до текстуальної, структурної та категорійної єдності.

Література

1. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – М. : Статут, 2003. – 351 с.
2. Єфименко М.М. Визначення договору аутсорсингу як однієї з форм взаємодії суб'єктів господарських правовідносин / М.М. Єфименко // «Підприємництво, господарство і право». – 2013. – № 2 (206). – С. 117.
3. Єфименко М.М. Формування суб'єктного складу договору аутсорсингу / М.М. Єфименко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2013. – № 23. – ч. 1. – Т. 2. – С. 21.
4. Єфименко М.М. Аналіз змісту договору аутсорсингу / М.М. Єфименко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2012. – Вип. 20. – ч. 2. – Т. 2. – С. 19.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
6. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.

Анотація

Єфименко М. М. **Перспективні напрямки розвитку законодавства у сфері правового регулювання договору аутсорсингу в Україні.** – Стаття.

У статті вказуються основні недоліки правового регулювання договору аутсорсингу в Україні, визначаються шляхи подальшого реформування діючого законодавства України у сфері договору аутсорсингу, аналізуються та пропонуються можливі перспективні напрямки розвитку правового регулювання договірних відносин з аутсорсингу з точки зору прийняття спеціальних нормативних актів, які б визначали основні напрямки регулювання договору аутсорсингу та його правову природу.

Ключові слова: аутсорсинг, договір аутсорсингу, правове регулювання послуг, договір про надання послуг.

Аннотация

Ефименко М. М. **Перспективные направления развития законодательства в сфере правового регулирования договора аутсорсинга в Украине.** – Статья.

В статье указываются основные недостатки правового регулирования договора аутсорсинга в Украине, определяются пути дальнейшего реформирования действующего законодательства Украины в сфере договора аутсорсинга, анализируются и предлагаются возможные перспективные направления развития правового регулирования договорных отношений по аутсорсингу с точки зрения принятия специальных нормативных актов, определяющих основные направления регулирования договора аутсорсинга и его правовую природу.

Ключевые слова: аутсорсинг, договор аутсорсинга, правовое регулирование услуг, договор о предоставлении услуг.

Summary

Yefymenko M. M. **Future direction of the legislation in the sphere of legal regulation of outsourcing agreement in Ukraine.** – Article.

The article indicates main disadvantages of legal regulation of outsourcing agreement in Ukraine, ways to further reform of current legislation of Ukraine in the outsourcing agreement are determined in the article, author analyzes and proposes possible promising areas of legal regulation of contractual relationships in outsourcing through the adoption of special legal acts, that would determine the main ways in outsourcing contract and regulate its legal nature.

Key words: outsourcing, outsourcing agreement, legal regulation of outsourcing agreement, service agreement.

УДК 349.22:331.9

О. С. Жданова

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ОРГАНІЗАЦІЇ СИСТЕМИ СОЦІАЛЬНО-ТРУДОВИХ ВІДНОСИН ТА СПЕЦИФІКА ФУНКЦІОНУВАННЯ ТРУДОВИХ СУДІВ НА ПРИКЛАДІ ФРАНЦІЇ

Постановка проблеми. У даний час вивчення позитивного зарубіжного досвіду у сфері регулювання трудових та інших, безпосередньо пов'язаних із ними, відносин є вкрай актуальним для вдосконалення функціонування системи соціально-трудових відносин, законодавства, практики його застосування в Україні.

Франція як одна з найрозвиненіших країн із віковими традиціями демократичного розвитку, значними досягненнями в розвитку соціальної держави й громадянського суспільства має одну з найбільш досконалих національних моделей соціально-трудових відносин. Як результат її функціонування, згідно з індексом людського розвитку, визначеним за методологією ООН, Франція регулярно посідає провідні місця серед країн світу [1]. Крім того, Франція є однією з найбільш впливових держав Європейського Союзу, де розвиток трудового законодавства має свою характерну особливість. Трудове право Франції будується на різних джерелах: державних стандартах, міжнародних конвенціях, національному законодавстві, колективних договорах, локальних нормативних актах і прецеденті.

Стан дослідження. Вітчизняна наукова думка з питань правового регулювання трудових процесуальних відносин в умовах ринкової економіки не сформувалася в струнку систему поглядів. При цьому процесуальні трудові відносини викликають активну увагу в сучасній правовій науці. Основні питання знаходять своє

© О. С. Жданова, 2014

відображення в роботах М.І. Іншина, К.І. Лазора, В.Р. Ротаня, Н.П. Стадника, І.І. Шамшиної та інших. Серед зарубіжних учених варто відзначити роботи П. Кутаз, О. Скеллерхольма, А.В. Шебанова, Е.Б. Хохлова, І.Я. Кисельова.

Метою дослідження є вивчення французького досвіду організації системи соціально-трудових відносин, а також дослідження специфіки функціонування трудових відносин.

Виклад основного матеріалу дослідження. Основним законодавчим актом, що регулює соціально-трудові відносини у Франції, є Трудовий кодекс [2], який за своєю структурою й змістом є зведенням усіх законодавчих і нормативних актів щодо регулювання соціально-трудових відносин у сфері праці. Він представлений такими дев'ятьма книгами:

– книга перша – оголошення про працю (учнівський контракт, трудовий договір, колективні угоди, заробітна плата);

– книга друга – регламентація праці (умови праці, відпочинок і відпустка, гігієна праці та техніка безпеки, трудова медицина, соціальне обслуговування);

– книга третя – працевлаштування й зайнятість (працевлаштування, зайнятість, іноземна робоча сила, безробітні тощо);

– книга четверта – професійні об'єднання, представництво, участь і трудова мотивація найманих працівників профспілки, делегати персоналу, комітет підприємства, мотивація й участь, економічна, соціальна й профспілкова підготовка, право працівників на вільне вираження думок, фонди заробітної плати;

– книга п'ята – трудові конфлікти (індивідуальні спори й прюдомальні поради, конфлікти колективного характеру);

– книга шоста – контроль за дотриманням трудового законодавства й регламентації праці (служби контролю, обов'язки роботодавців);

– книга сьома – особливі положення за деякими професіями з таких галузей, як енергетика, видобувна, обробна промисловість, будівництво й громадські роботи, транспорт і засоби зв'язку, особливості, що стосуються окремих спеціальностей;

– книга восьма присвячена «заморським департаментам» Франції;

– книга дев'ята – питання щодо неперервної професійної підготовки.

Найбільш характерними рисами французької моделі соціально-трудових відносин є такі: широке застосування державними органами важелів прямого й непрямого впливу, наявність розгалуженої законодавчої бази, застосування програмно-цільових підходів до вирішення соціально-трудових проблем, визнання соціального діалогу як основної форми узгодження інтересів роботодавців і найманих працівників; мобілізація суспільних сил на виконання в кризові періоди пріоритетних загальнонаціональних завдань; активність найманих працівників та їхніх представницьких органів у відстоюванні своїх прав, поєднання під час вирішення конфліктів як примирних процедур, так і методів силового тиску [3, с. 73].

У Франції прийнято пакет законів, спрямованих на розвиток виробничої демократії (industrial democracy) [4]. Складовою цих законодавчих актів є норми, які надають найманим працівникам право на безпосередню участь в управлінні підприємствами, і насамперед – на рівні структурних підрозділів.

Заслуговує на увагу досвід Франції щодо відповідальності роботодавців за порушення трудового законодавства [5]. Так, підлягають штрафу роботодавці, які виплачують заробітну плату нижче мінімального розміру. При цьому штраф накладається стільки разів, скільки працівників, оплата праці яких здійснюється з порушенням закону. Якщо протягом року відбулося повторення ситуації, щодо роботодавця застосовуються штрафні санкції та навіть тюремне ув'язнення терміном на 1–2 місяці.

Складовою організаційних форм урівноваження інтересів роботодавців і найманих працівників, використовуваних у Франції, є формування на підприємствах так званих соціальних планів. Типова структура соціальних планів включає чотири розділи [6]: зміна соціально-демографічної структури колективу; підвищення кваліфікації й освіти працюючих; заходи з поліпшення умов та охорони праці, зміцнення здоров'я працівників; поліпшення соціально-культурних і житлово-побутових умов працівників і членів їх сімей.

Складовою форм і методів регулювання соціально-трудових відносин у Франції є підготовка підприємцями відповідно до норм чинного трудового законодавства щорічного звіту, який називається «Соціальний баланс» [7]. Соціальний баланс враховує специфіку роботи підприємств, а також в обов'язковому порядку містить узагальнені дані за такими розділами: зайнятість, заробітна плата, умови праці й техніка безпеки; професійне навчання; трудові відносини, інші умови життя. Соціальний баланс повинен містити кількісні та якісні характеристики (показники), які дозволяють оцінити стан соціально-трудової сфери на підприємстві, відстежити досягнуті результати, тенденції розвитку за звітний рік і за два попередні роки. Норми чинного законодавства вимагають, щоб проект соціального балансу був поданий до комітету підприємства протягом чотирьох місяців після закінчення звітного року. Для комплексної обробки й оцінки проекту соціального балансу комітет підприємства може залучати експертів.

Заслуговує на увагу досвід Франції у сфері подолання негативних наслідків, пов'язаних із так званим мобінгом на виробництві [8, с. 98], який являє собою колективний психологічний терор, цькування щодо кого-небудь із працівників із боку його колег, підлеглих або начальства, здійснюваний із метою змусити людину піти з місця роботи. На багатьох французьких підприємствах та організаціях мобінг зазначається в трудових договорах, проте у випадках, коли він мав місце, роботодавець має заплатити об'єкту психологічного терору досить велику суму грошового відшкодування.

На особливу увагу заслуговує специфіка організації трудових судів Франції – прюдомальні суди, які розглядають індивідуальні трудові спори (розбіжності інтересів) та індивідуальні трудові спори (розбіжності в порушеному праві) [10, с. 423]. До підвідомчості прюдомальних судів у Франції віднесено розбіжності між роботодавцями й працівниками, що постають із трудового договору й договору учнівства, а також позови про відшкодування шкоди, заподіяної в результаті нещасних випадків на виробництві. Розбіжності, пов'язані з необґрунтованою відмовою в прийомі на роботу, не підсудні трудовим судам і розглядаються судами загальної юрисдикції [4]. Сторонами в прюдомальному суді можуть бути як приватні, так і державні організації.

Для того щоб трудова розбіжність була розглянута прюдомальним судом, необхідна одночасна наявність таких умов: існування трудового договору; наявність розбіжностей щодо виконання, зміни чи припинення трудового договору або ж розбіжностей щодо відшкодування шкоди, заподіяної на виробництві; індивідуальний характер трудової розбіжності; дотримання правил підсудності.

За діяльністю прюдомальних судів стежить Верховна прюдомальна рада, яка є представницьким органом прюдомальних судів при Уряді Франції, проте при цьому не є ані апеляційною, ані касаційною інстанцією, а стежить за функціонуванням цих судів і виносить рекомендації щодо їх роботи.

Порядок призначення суддів трудового суду у Франції має також свою специфіку. Кандидати на посаду судді із трудових справ висуваються організаціями роботодавців та профспілками.

Кандидати в судді прюдомального суду повинні відповідати таким вимогам: досягнення віку 21 року; наявність французького громадянства; відсутність судимості; наявність офіційного працевлаштування або статусу безробітного [4]. Наявність юридичної освіти не є обов'язковою для кандидата в судді із трудових справ.

Місцева мерія формує списки виборців. Право голосу мають усі роботодавці та всі наймані працівники, включаючи офіційно зареєстрованих безробітних. У списки виборців потрапляють особи, які відповідають таким критеріям: досягнення шістнадцятирічного віку; відсутність судимості; наявність офіційного працевлаштування або статусу безробітного [11, с. 117]. Кожен виборець голосує у своїй категорії (роботодавець або працівник), у своїй секції (промисловість, торгівля, сільське господарство тощо) та у своєму територіальному окрузі.

Судді прюдомальних судів обираються строком на п'ять років. Після обрання на посаду судді прюдомального суду проходять спеціальну підготовку, яка забезпечується державою. За суддями трудових судів у Франції зберігається їх основне місце роботи й заробітна плата. Після закінчення строку повноважень у суді судді прюдомального суду можуть повернутися на своє основне робоче місце.

Кожен прюдомальний суд очолюється головою. Другою за статусом особою в складі трудового суду є перший заступник голови. Функції голови суду та його першого заступника почергово виконують представники працівників і роботодавців. Якщо головою суду обрано представника працівників, то його першим заступником стає представник роботодавців. Через рік голова суду переобирається вже з переліку представників роботодавців, а перший заступник – із представників працівників.

Прюдомальні суди у Франції поділяються на спеціалізовані відділи. Така спеціалізація формується за галузевою та суб'єктною ознаками. Зокрема, до структури трудового суду входять відділи з розгляду трудових спорів і конфліктів у промисловості, торгівлі, сільському господарстві, а також із вирішення трудових розбіжностей вищих службовців та інших працівників, наприклад, надомників. До складу відділу повинно входити не менше восьми суддів: по чотири представники від працівників і роботодавців [12, с. 69].

Кожен відділ прюдомального суду у Франції складається з двох бюро: бюро примирення та судового бюро. Якщо в бюро примирення не вдається укласти мирову

угоду між сторонами трудової розбіжності, то цей трудовий спір або конфлікт розглядається судовим бюро з дослідженням юридично значущих обставин на предмет їх підтвердження або спростування сукупністю допустимих, достовірних і достатніх доказів.

Процес у трудових справах у Франції проходить за правилами цивільного процесуального провадження, проте зі значними особливостями. До таких особливостей слід віднести безкоштовність та швидкість судового розгляду, активну участь суддів у дослідженні представлених доказів, особливі правила представництва працівників (профспілкою, делегатом персоналу, колегами, родичами) [13, с. 409].

Двосторонній характер прюдомальних судів у Франції нерідко призводить до безвихідних ситуацій, коли за різні рішення віддається рівна кількість голосів суддів [14, с. 111]. За виникнення такого стану проводиться додаткове засідання, в якому поряд із суддями із трудових справ бере участь професійний суддя з вищого суду. Прийняті трудовим судом рішення по суті трудових спорів і конфліктів можуть бути оскаржені у вищі судові інстанції.

У порядку апеляції трудові справи розглядаються у Франції професійними суддями апеляційного суду. Спеціалізовані судові органи з розгляду трудових розбіжностей у Франції існують лише як нижча інстанція з розгляду трудових спорів і конфліктів.

Висновки. Таким чином, сьогодні неможливо розглядати соціально-трудові відносини у відриві від загальносвітових закономірностей і тенденцій, а також без вивчення досвіду конкретних розвинених демократичних країн у сфері правового регулювання праці. На підставі вивчення зарубіжного досвіду й застосування методу компаративізму можна вдосконалювати чинне українське законодавство, практику його застосування, реформувати джерела вітчизняного трудового та трудового процесуального права.

Література

1. Launch of the 2013 Human Development Report [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.webcitation.org/6FHW8e6cr.
2. Code du Travail de la France // Code du Travail 2011 (Partie Legislative) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.lexinter.net/legislation5/JURISOC2/.
3. Социальная политика: принципы и методы реализации в контексте мирового опыта // Материалы международной научно-практической конференции (27 мая 2011 г., г. Судак) / редкол. : В.И. Тарасов, А.Л. Задорожный, В.В. Трофимова. – Симферополь : ВиТроПринт, 2011. – 108 с.
4. Partie réglementaire nouvelle [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.codes-et-lois.fr/code-du-travail/toc-partie-reglementaire-nouvelle.
5. Західна практика регулювання відносин між працею і капіталом [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kazedu.kz/referat/201037.
6. Fiches pratiques du droit du travail reprenant le code du travail / Ministère du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques/fiches-pratiques/91.html.
7. Французский опыт социального аудита [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.csrjournal.com/lib/analiticarticle/1089-francuzskijj-opyt-socialnogo-audita.html.
8. Рекош К.Х. Моббинг и проблема его преодоления во Франции / К.Х. Рекош // Труд за рубежом. – 2002. – № 2. – С. 97–105.
9. Доклад министра социальных дел, труда и солидарности Франции Мишель де Вирвиль от 15 января 2004 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.ladocumcntationfrancaise.fr.

10. Лазор Л.И. Трудовое процессуальное право Украины : [учебник] /Л.И. Лазор. – 1-е изд. – Луганск : Изд-во «Виртуальная реальность», 2013. – 504 с.
11. Bocquillon F. La derogation en droit du travail. – Th. Strasbourg III, 1999.
12. Bonnechere M. Le droit du travail (Paris, La Decouverte, coll. «Reperes», juillet 2008). – 121 p.
13. Новый гражданский процессуальный кодекс Франции / пер. с франц. В. Захватаева; отв. ред. А. Довгерт. – К. : Истина, 2004. – 544 с.
14. Плахотіна Н.А. Проблеми регулювання трудових процесуальних відносин в українській правовій системі : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Н.А. Плахотіна ; Харківський нац. ун-т внутр. справ. – Луганськ, 2009. – 190 с.

Анотація

Жданова О. С. **Зарубіжний досвід організації системи соціально-трудових відносин та специфіка функціонування трудових судів на прикладі Франції.** – Стаття.

Статтю присвячено вивченню французького досвіду організації системи соціально-трудових відносин та специфіці функціонування трудових (прюдомальних) судів. У статті розглянуто структуру й зміст Трудового кодексу Франції, риси французької моделі соціально-трудових відносин, закони з розвитку виробничої демократії, досвід щодо відповідальності роботодавців за порушення трудового законодавства, типову структуру соціальних планів, щорічний звіт «Соціальний баланс», досвід у сфері подолання негативних наслідків, пов'язаних із мобінгом на виробництві, специфіка організації прюдомальних судів.

Ключові слова: трудове законодавство, Франція, виробнича демократія, соціальний план, мобінг, прюдомальний суд.

Аннотация

Жданова О. С. **Зарубежный опыт организации системы социально-трудовых отношений и специфика функционирования трудовых судов на примере Франции.** – Статья.

Статья посвящена изучению французского опыта организации системы социально-трудовых отношений и специфике функционирования трудовых (прюдомальных) судов. В статье рассмотрена структура и содержание Трудового кодекса Франции, черты французской модели социально-трудовых отношений, законы развития производственной демократии, опыт относительно ответственности работодателей за нарушение трудового законодательства, типовая структура социальных планов, ежегодный отчет «Социальный баланс», опыт в сфере преодоления негативных последствий, связанных с моббингом на производстве, специфика организации прюдомальных судов.

Ключевые слова: трудовое законодательство, Франция, производственная демократия, социальный план, моббинг, прюдомальный суд.

Summary

Zhdanova O. S. **Foreign experience of the socio-labor relations legal system organization and specifics of the labour courts functioning in France.** – Article.

The article is devoted to the study of the French experience in organization of the system of socio-labor relations and the specifics of the functioning of labor (prudomal) courts. In article the structure and content of the Labor Code of France, the features of the French model of socio-labor relations, the laws of development of industrial democracy, the experience of employers responsibility for violation of labor legislation, a model structure of social action plans, annual report "Social balance", the experience in the sphere of overcoming the negative consequences of mobbing at work, organization of the prudomal courts are considered.

Key words: labor legislation, France, industrial democracy, social plan, mobbing, prudomal court.

УДК 346.14:346.9

А. О. Згама

ПРО ЗАСТОСУВАННЯ СПРОЩЕНОЇ ПРОЦЕДУРИ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Постановка проблеми. За сучасних умов розвитку права й економіки виникає закономірна потреба в пошуку нових форм і методів захисту прав, свобод та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання. Україна як держава, яка обрала шлях розвитку до вступу в Європейський Союз (далі – ЄС), повинна враховувати вимоги останнього до правосуддя. Загальноєвропейське право рекомендує країнамчленам ЄС передбачати правила, спрямовані на пришвидшення вирішення спору. Зокрема, йдеться про рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи від 28.02.1984 р. № R(84)5 [1], у принципі № 8 якої вказується про доцільність застосування правил, спрямованих на швидке вирішення спорів у випадках, пов'язаних із безспірним правом, заздалегідь оціненою шкодою, а також у випадках, пов'язаних із позовами на невеликі суми.

Наразі постає питання оптимізації процесуальної форми, оперативності та спрощеності господарського судочинства. Адже саме завдяки спрощенню процесу можна досягти скорочення строків розгляду справ та здешевлення судової процедури для суб'єктів господарювання. Проте на сьогодні спостерігається відсутність єдності у виборі моделі спрощеного судочинства. Господарський процесуальний кодекс (далі – ГПК) України не визначає спрощених процедур, а лише в ст. 69 передбачає більш короткий строк для вирішення спорів за опротестованими векселями. Проекти ГПК України, які було внесено до парламенту з метою модернізації господарського судочинства, також не вирішують проблем, що виникають під час реалізації тих видів проваджень, щодо яких є практична потреба в спрощенні. Тому слід провести аналіз спрощених процедур, визнаних світовою й вітчизняною практикою та прийнятних для застосування в українському господарському процесі.

Ступінь наукової розробки проблеми. Різні аспекти щодо запровадження форм спрощеного розгляду справ у судовому процесі висвітлювалися фахівцями в галузі цивільного процесу, такими як В.І. Бобрик, М.В. Вербіцька, Н.А. Громошина, Т.М. Кучер, М.А. Черьомін, у галузі адміністративного процесу, такими як І.В. Завальнюк, К.Ю. Молодико, М.І. Смокович, у галузі власне господарського (арбітражного) процесу, такими як Ю.Ю. Грибанов, Е.П. Кочаненко, О.П. Подцерковний, Н.В. Сівак, Є.А. Таликін, О.С. Фонова та інші. Водночас за межами дослідження залишилися питання співвідношення різних існуючих спрощених процесуальних форм вирішення господарських (торгових, економічних) спорів, які будуть оптимальними для господарського судочинства України.

Метою публікації є дослідження моделей спрощеного розгляду господарських (торгових, економічних) спорів та виявлення можливості їх застосування у вітчизняному господарському судочинстві.

Виклад основного матеріалу дослідження. Вітчизняні науковці наголошують на необхідності впровадження в господарський процес України прискоре-

© А. О. Згама, 2014

ної та спрощеної процедури, оскільки це вирішить ряд проблем, пов'язаних із правозастосуванням у сфері господарювання, та дозволить суттєво розвантажити суди [2, с. 2].

Нещодавно до парламенту було внесено законопроект № 2027а про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження наказної форми судового процесу в господарському судочинстві. У пояснювальній записці до нього зазначається, що наказне провадження являє собою спрощену форму вирішення справ, де вимоги стягувача до боржника не викликають сумнівів, мають безспірний характер та підтверджуються документально, з метою реалізації принципу процесуальної економії.

Дійсно, вдосконалюючи господарське процесуальне законодавство, слід максимально відобразити спрямованість процедур на оперативне вирішення спору, що зумовлене специфікою господарської діяльності, створивши належні умови для функціонування й розвитку економіки.

Водночас потребують уведення в господарський процес лише ті виважені апробовані процесуальні елементи, які забезпечують прийняття правосудних рішень, а не утворюють численні можливості недобросовісних відповідачів (боржників) для ухилення від відповідальності шляхом затягування розгляду господарських справ (процесуальної шикани) [3].

З одного боку, до цивільного процесу успішно адаптувалося наказне провадження (розділ II Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, в адміністративному процесі знайшли втілення норми щодо скороченого провадження (ст. 1832 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України. Крім того, глава 8 ЦПК України передбачає заочний розгляд справи, а ч. 4 ст. 122 КАС України – розгляд справи в порядку письмового провадження. Проведемо аналіз цих процедур для визначення напрямків розвитку господарського процесу на шляху оптимізації процесуальної форми.

Наказне провадження – це особливий спрощений вид цивільного процесу, спрямований на швидкий та ефективний захист безспірних прав осіб шляхом видачі судового наказу, що одночасно є судовим рішенням та виконавчим документом [4]. Наприклад, у науковій літературі наказне провадження розглядається як вид цивільного судочинства, що полягає в спрощеній документарній процедурі захисту майнових прав та інтересів заявника (стягувача), вимоги якого до боржника щодо стягнення грошових коштів або витребування майна ґрунтуються на безспірних документах, що здійснюється за відсутності спору шляхом видачі судового наказу [5, с. 491]. Відповідно до ст. 95 ЦПК України судовий наказ є особливою формою судового рішення про стягнення з боржника грошових коштів або витребування майна за заявою особи, якій належить право такої вимоги. Вимоги, за якими може бути видано такий наказ, закріплено в ст. 96 ЦПК України.

У вітчизняній літературі неодноразово висловлювались пропозиції запровадження інституту наказного провадження в господарському процесі. Так, М.В. Вербіцька наголошує на необхідності застосування спрощеної процедури видачі судового наказу в господарському процесі за вимогами суб'єкта господарської діяльності, що ґрунтуються на господарському договорі, які не можуть бути предметом розгляду в міс-

цевому суді загальної юрисдикції відповідно до загальних правил підвідомчості, адже в таких випадках є всі підстави для застосування спрощеного судочинства для розв'язання конфлікту між кредитором і боржником [6, с. 12–13].

Зазначимо, що європейське законодавство, зокрема регламент ЄС № 1896/2006, а також національне законодавство багатьох країн передбачають можливість здійснення наказного провадження в торгових (економічних, господарських) справах майнового характеру. Наприклад, відповідно до глави 24 ГПК Республіки Білорусь наказне провадження є винесенням господарським судом ухвали про судовий наказ без судового розгляду й виклику сторін за заявами про стягнення грошових коштів або про звернення стягнення на майно боржника. Визначаються вимоги, за якими може бути видано ухвалу про судовий наказ, та порядок наказного провадження [7].

Проекти ГПК України від 15.09.2003 р. № 4157 та від 06.03.2008 р. № 2178 взагалі не містять норм про наказне провадження. Проект від 26.09.2003 р. № 4157-1 та проект від 12.02.2004 р. № 4157-2, що взятий Верховною Радою України за основу, містять главу «Наказне провадження», процедура якого є подібною до існуючого на той час наказного провадження в цивільному процесі. Останнім законопроектом пропонується, що судовий наказ господарського суду може бути видано, якщо вимоги ґрунтуються на наданих заявником документах, які підтверджують майнові зобов'язання боржника, визнаються ним, проте не виконуються; або якщо вимоги ґрунтуються на протесті векселя в платежі або неакцепті, вчинених нотаріусом.

Таким чином, наказне провадження не передбачає судового засідання, воно відбувається без повідомлення боржника та без оцінки доказів. Основним недоліком наказного провадження в Україні слід вважати те, що в разі виявлення в судовому засіданні спору про право суддя відмовляє у видачі судового наказу, після чого кредитор може подати позов із тих же підстав у порядку позовного провадження, що перетворює такий вид цивільного судочинства на невиправданий і нелогічний спосіб захисту громадянами своїх прав та інтересів.

Проте дещо інший підхід законодавця можемо спостерігати на прикладі КАС України. Так, ч. 1 ст. 1832 КАС України передбачає скорочений порядок вирішення адміністративних справ у межах загального позовного провадження, зокрема ч. 1 цієї норми визначає випадки застосування вищезазначеного порядку вирішення справ. Розгляд справи у скороченому провадженні здійснюється суддею одноосібно без проведення судового засідання та виклику осіб, які беруть участь у справі.

Під час підготовчого провадження або після призначення адміністративної справи суддею до розгляду особа, яка бере участь у справі, має право заявити клопотання про розгляд справи за її відсутності. Якщо таке клопотання заявили всі особи, які беруть участь у справі, судовий розгляд справи здійснюється в порядку письмового провадження (ч. 4 ст. 122 КАС України).

Інститут спрощеного провадження успішно функціонує в ряді зарубіжних країн, наприклад, Естонії (глава 43 ЦПК), Російській Федерації (глава 29 Арбітражного процесуального кодексу (далі – АПК)) та інших державах. Наприклад, вимоги комерційного характеру, в яких допускається спрощене провадження за АПК Російської Федерації [8], виглядають так: 1) за позовними вимогами про стягнення грошових сум, якщо ціна позову не перевищує для юридичних осіб

300 тис. рублів, для індивідуальних підприємців – 100 тис. рублів; 2) незалежно від ціни позову за вимогами, які визнаються, проте не виконуються відповідачем, або засновані на документах, що підтверджують заборгованість за договором, а також за вимогами, заснованими на вчиненому нотаріусом протесті векселя у неплатежі, неакцепті та недатуванні акцепту. Крім того, за клопотанням позивача за згодою відповідача або за ініціативою суду за згоди сторін можуть розглядатися й інші справи. Однак не можуть розглядатися в спрощеному провадженні справи за корпоративними спорами та справи про захист прав і законних інтересів групи осіб.

Російський науковець Н.В. Сівак серед видів спрощених судових процедур, необхідних для ефективного функціонування арбітражного процесу, називає такі: а) спрощене провадження, яке ґрунтується на безспірності заявлених вимог (наказне провадження); б) спрощене провадження, яке ґрунтується на малозначимості заявлених вимог; в) спрощене безспірне провадження, прототипом якого є існуюче в англосаксонській правовій системі заочне провадження [9, с. 9]. По-перше, не можемо погодитися з поділом процесуальної форми на види хоча б з огляду на те, що практично в господарському судочинстві крім позовного провадження, мають місце, наприклад, провадження в справах про банкрутство, провадження із застосування запобіжних заходів, провадження на забезпечення примусового виконання рішень господарських судів, які не можуть бути кваліфікованими ні в якості спрощеної, ні в якості спеціальної процесуальної форми. По-друге, критерій малозначимості заявлених вимог не може бути підставою для встановлення факту простоти справи та відсутності необхідності в розгляді справи в загальному порядку. Крім того, цей критерій є характерним для наказового провадження, а тому не зрозуміло, чому Н.В. Сівак виділяє його в окреме спрощене провадження.

По-третє, заочне провадження не може вважатися спрощеною процедурою, оскільки для нього є характерним наявність усіх елементів позовної процесуальної форми, а також надання стороні права послідовного використання двох способів оскарження заочного рішення, у зв'язку з чим нівелюється призначення самої спрощеної процедури.

У цьому плані цікавим прикладом є цивільне судочинство Німеччини, в якому поєднуються такі спрощені процедури, як наказне провадження, документарне провадження та провадження в амтсгерихтах [10]. Зокрема, у Німеччині закріплена норма щодо можливості розгляду справ за письмовими доказами – у формі документарного провадження, яке полягає в попередньому засіданні та обміні документами. У такому провадженні заявляються вимоги про стягнення грошових сум або надання певної кількості речей, визначених родовими ознаками, або цінних паперів за умови, що всі необхідні факти, на яких ґрунтується заявлена вимога, можуть бути доказані документами. Спеціальні правила в німецькому процесуальному законодавстві присвячені вексельному та чековому процесам, які є особливими формами документарного провадження. Існує також примусове провадження, у порядку якого може бути заявлена будь-яка грошова вимога. При цьому гарантією дотримання інтересів відповідача є можливість розгляду справи в судовому порядку. Передбачена також спрощена процедура стягнення безспірної заборгованості.

Вважаємо, що господарське процесуальне законодавство повинно рухатись у напрямку власної моделі застосування спрощених процедур з урахуванням світово-

го досвіду в цьому питанні. Такою процедурою може стати розгляд справ у порядку письмового (документарного) провадження, зважаючи на специфіку господарського судочинства. У такому випадку є недоцільною сама явка сторін на судове засідання, яке в принципі буде відсутнім як форма судового розгляду. При цьому права й законні інтереси учасників господарського процесу не обмежуються з огляду хоча б на те, що фактично доказова база господарського процесу побудована на письмових доказах, навіть пояснення представників сторін та інших осіб, як беруть участь у судовому процесі, на вимогу судді можуть бути викладені письмово. Таким чином, кожна сторона матиме рівні можливості в наданні суду документів у письмовій формі, на підставі яких суддя прийме рішення в справі. Спрощена процедура розгляду справи створить додаткові важелі на дисциплінованість учасників господарського процесу в контексті вчасності надання ними суду доказів та обґрунтування власної чіткої позиції в справі. Зазначене дозволить прискорити отримання кінцевого результату в справі, буде економічно вигідним для держави й самих учасників процесу. За необхідності, викликаної встановленням нових фактів та дослідженням нових доказів, господарський суд повинен мати право призначити розгляд справи в судовому засіданні із викликом учасників процесу.

Висновки. Враховуючи вищенаведене, спрощений процес відправлення господарського судочинства може здійснюватися за вимогами, предметом яких є таке: вексельні або чекові зобов'язання; здійснення безготівкових розрахунків; надання фінансових послуг; вимоги, які були визнані відповіддю на претензію позивача; вимоги за майновим позовом до юридичних осіб у розмірі до 6000 гривень, до фізичних осіб – до 1000 гривень; стягнення грошових сум за договорами про реструктуризацію боргу або відстрочення, розстрочення платежу; стягнення боргу та похідних від нього вимог за мировими угодами, що були затверджені господарським судом за результатами розгляду іншої господарської справи; стягнення штрафних санкцій, 3% річних, втрат від інфляції, нарахованих на заборгованість, що була предметом розгляду господарського суду та стягнута за його рішенням.

Водночас доречно запровадити в господарський процес апеляційний перегляд у порядку письмового провадження за наявними в справі матеріалами в таких випадках: якщо надійшли клопотання від усіх осіб, які беруть участь у справі, про розгляд справи без їх участі; неприбуття жодної з осіб, які беруть участь в справі, на судове засідання, хоча вони були належним чином повідомлені про дату, час і місце судового засідання; подання апеляційної скарги на рішення судів першої інстанції, які прийняті в порядку письмового провадження за результатами розгляду справ. Якщо під час письмового провадження за наявними в справі матеріалами суд апеляційної інстанції дійде висновку, що справу необхідно розглядати в судовому засіданні, то він повинен мати право призначати її до апеляційного розгляду в судовому засіданні.

Література

1. Рекомендация Комитета министров государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы от 28.02.1984 г. № R(84)5 R(84)5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_126.
2. Фонова О.С. Спрощені процесуальні форми: адаптація господарського судочинства України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 – «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / О.С. Фонова ; Міжрегіональна академія управління персоналом. – К., 2012. – 20 с.

3. Зауваження та пропозиції кафедри господарського права і процесу ОНЮА до проекту нової редакції ГПК України, розробленого судовою палатою у господарських справах Верховного Суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.часопис-цивілістики.com/archive/08.doc.
4. Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження: Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 14 від 23 грудня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0014740-11.
5. Цивільне процесуальне право України : [підручник] / за заг. ред. С.С. Бичкової. – К. : Атіка, 2009. – 760 с.
6. Вербіцька М.В. Наказне провадження у цивільному процесі України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М.В. Вербіцька ; Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. –К., 2011. – 18 с.
7. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravo.kulichki.com/vip/hoz/00000017.htm#g24.
8. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://www.arbitr.ru/law/docs/12027526/12027526-001.htm.
9. Сивак Н.В. Упрощенное производство в арбитражном процессе : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 – «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Н.В. Сивак ; Московский гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 2009. – С. 9. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.law.msu.ru/doc/sivak.pdf.
10. Грибанов Ю.Ю. Рассмотрение дел в порядке упрощенного производства в гражданском и арбитражном процессе: сравнительное исследование правовых систем России и Германии : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Ю.Ю. Грибанов ; Кемеровский гос. ун-т. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1291788.

Анотація

Згама А. О. **Про застосування спрощеної процедури в господарському судочинстві.** – Стаття.

Досліджено моделі спрощеного розгляду спорів та можливості реалізації зарубіжного досвіду розгляду справ у спрощеному порядку. Проводиться характеристика категорій господарських спорів, які можуть розглядатися в спрощеному порядку (в порядку письмового провадження).

Ключові слова: господарський процес, господарське процесуальне законодавство, спрощена процедура, письмове провадження, наказне провадження.

Аннотация

Згама А. А. **О применении упрощенной процедуры в хозяйственном судопроизводстве.** – Статья.

Исследуются модели упрощенного рассмотрения споров и возможности реализации зарубежного опыта рассмотрения дел в упрощенном порядке. Проводится характеристика категорий хозяйственных споров, которые могут рассматриваться в упрощенном порядке (в порядке письменного производства).

Ключевые слова: хозяйственный процесс, хозяйственное процессуальное законодательство, упрощенная процедура, письменное производство, приказное производство.

Summary

Zgama A. A. **About application of the simplified procedure in commercial proceeding.** – Article.

The models of the simplified consideration of disputes and marketability foreign experience of consideration of businesses are investigational in the simplified order. Description of categories of economic disputes, which can examine in the simplified order, is conducted (in the order of writ proceeding).

Key words: commercial proceeding, economic procedure legislation, simplified procedure, writ proceeding, order of writ proceeding.

УДК 347.9

М. М. Мальський

ПРИНЦИПИ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ

Система права України є такою, що розвивається, а отже, перебуває в постійній динаміці, зокрема, одні її норми змінюють інші, а її структурні елементи, взаємопов'язуючись, об'єднуючись чи виділяючись, перетворюються на нові інститути, підгалузі та галузі права.

Так, коли певні правові інститути набувають власних специфічних принципів та характерних рис, перетворюючись на систему однорідних предметно пов'язаних груп правових норм, то вбачаємо за доцільне виокремлення цих інститутів в окремі галузі чи підгалузі права. Вважаємо за можливе відобразити місце таких новоутворених структурних елементів у системі права, шляхом дослідження їх принципів. Значення дослідження таких принципів полягає в тому, що в них відображено найхарактерніші риси галузі чи підгалузі, що дозволяє краще пізнати суть та сприятиме вдосконаленню нормативного регулювання правовідносин, що охоплюються відповідними нормами.

Метою статті є розкриття певних особливостей правовідносин та методів регулювання підгалузі транснаціонального виконавчого процесу за допомогою визначення його принципів та їх класифікації.

Так, російські науковці О.В. Ісаєнкова, А.Н. Балашов, І.Н. Балашова у своїх працях висловилися з цього приводу, зазначаючи, що будь-яка галузь права має власні принципи, у яких виражається її специфіка й на основі яких можна побудувати загальне уявлення про цю галузь права. Автори провели класифікацію принципів виконавчого процесу зокрема, у залежності від джерела закріплення, поділивши їх на загально-правові (конституційні), міжгалузеві та галузеві принципи [1, с. 10]. Аналогічну класифікацію пропонує інший російський науковець В.В. Піляєва [2, с. 21].

Ми погоджуємося з доцільністю класифікації принципів галузей та підгалузей права, у свою чергу пропонуємо таку *класифікацію принципів транснаціонального виконавчого процесу:*

– *Загально-правові (конституційні) принципи* – ті принципи транснаціонального виконавчого процесу, що характерні як для транснаціонального виконавчого процесу, так і для всіх галузей права й нормативного регулювання правової держави загалом.

– *Спеціально-правові (галузеві) принципи* – ті принципи транснаціонального виконавчого процесу, що характерні конкретно для галузі (виконавчого процесу) і підгалузі (транснаціонального виконавчого процесу) та які дозволяють виділити характерні особливості правового регулювання відповідних структурних складових системи права.

Спеціально-правові принципи у свою чергу можна розділити на:

– *галузеві принципи* – ті, що характерні для всього виконавчого процесу;

– *підгалузеві принципи* – власні принципи транснаціонального процесу, які характерні лише виконавчому провадженню, ускладненому іноземним елементом.

© М. М. Мальський, 2014

Загально-правові, або ж конституційні, принципи транснаціонального виконавчого процесу є засадничими принципами, що постають із Конституції України або міжнародних угод щодо захисту прав людини, зокрема з Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод людини й громадянина (далі – Європейська конвенція), та є характерними для переважної більшості галузей права.

Ми вважаємо за доцільне виділити такі основні загально-правові принципи транснаціонального виконавчого процесу:

– принцип верховенства права;

– принцип законності;

– принцип забезпечення права на захист;

– принцип гуманізму.

Спеціально-правові принципи транснаціонального виконавчого процесу

Оскільки транснаціональний виконавчий процес є підгалуззю виконавчого процесу, неможливо розглядати його принципи окремо від *принципів виконавчого процесу,* які багато в чому перетинаються та є також притаманними і транснаціональному виконавчому процесу. Аналізуючи наведені досліджувані в науковій думці принципи виконавчого процесу, очевидним є те, що відсутність їх нормативного закріплення має наслідком визначення переліку таких принципів та їх суті.

Пропонуємо виділити такі *галузеві принципи* виконавчого процесу, які найбільш характерні для транснаціонального виконавчого процесу:

– принцип обов'язковості вимог державного виконавця;

– принцип правової певності;

– принцип своєчасності виконання виконавчих документів;

– принцип чіткого визначення дискреційних повноважень державного виконавця;

– принцип оскаржуваності дій виконавця;

– принцип неприпустимості ув'язнення на підставі неспроможності виконати своє договірне зобов'язання;

– принцип недоторканності мінімуму майна, необхідного для існування боржника-громадянина й членів його сім'ї.

Здійснивши класифікацію галузевих принципів транснаціонального виконавчого процесу, можна виділити в окрему категорію ті принципи, що носять специфічний характер, властивий та пов'язаний із присутнім у таких правовідносинах іноземним елементом.

Особливою складовою транснаціонального виконавчого процесу, як і міжнародного приватного права, є іноземний елемент, але в той же час йому притаманний імперативний характер регулювання та поєднання публічно-правової та приватноправової складових, а отже, такий процес має власні специфічні підгалузеві принципи. Нижче наводяться найбільш характерні, на нашу думку, *підгалузеві принципи транснаціонального виконавчого процесу.*

1. Принцип однакового поводження

Принцип однакового поводження передбачає встановлення національного правового режиму у виконавчому процесі для іноземних осіб, і він є засадничим принципом транснаціонального виконавчого процесу.

Згідно зі ст. 26 Конституції України [3] іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами й свободами, а також несуть такі ж обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією України, законами чи міжнародними договорами України.

Відповідний принцип закріплено також в ч. 1 ст. 80 Закону України «Про виконавче провадження» [4], яка встановлює загальні засади виконання рішень щодо іноземців, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб. Зокрема, ч. 1 цієї статті передбачає, що під час виконання рішень щодо іноземців, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб, які, відповідно, проживають (перебувають) чи зареєстровані на території України або мають на території України власне майно, яким володіють самостійно або разом з іншими особами, застосовуються положення цього закону.

2. Принцип спонукання дотримання національного правового порядку

Цей принцип розкривається в ч. 2 ст. 80 Закону України «Про виконавче провадження», згідно з якою в разі невиконання іноземцем, особою без громадянства чи іноземною юридичною особою рішень щодо таких осіб, державний виконавець звертається до компетентних органів із поданням про заборону в'їзду в Україну чи видворення за межі України таких осіб відповідно до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства».

Таким чином, видається, що законодавець мав на меті закріпити можливість перебування іноземних осіб чи осіб без громадянства на території України лише за умови поваги та дотримання існуючого в Україні правового порядку, який, зокрема обов'язковість виконання судових рішень та вимог державного виконавця.

Аналогічні норми щодо заборони в'їзду іноземця на територію держави передбачено ст. 13 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» [5], згідно з якою в'їзд в Україну іноземцю або особі без громадянства *не дозволяється*, якщо під час попереднього перебування на території України іноземець або особа без громадянства *не виконали рішення суду або органів державної влади, уповноважених накладати адміністративні стягнення, або мають інші невиконані майнові зобов'язання перед державою, фізичними або юридичними особами, включаючи пов'язані з попереднім видворенням, у тому числі після закінчення терміну заборони подальшого в'їзду в Україну*. Відповідне рішення приймається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, Службою безпеки України або органом охорони державного кордону.

Разом з цим відповідний спеціальний закон (Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства») прямо не передбачає невиконання судового рішення, вимог виконавця чи існування заборгованості як підставу для примусового видворення іноземців та осіб без громадянства згідно зі ст. 30 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», у зв'язку з чим рекомендується узгодити вказані норми обох законів.

Таким чином, відсутній регламентований механізм реалізації цієї норми. Крім того, у ч. 2 ст. 80 Закону України «Про виконавче провадження» чітко не зазна-

чено, яким чином вказаний особливий вид відповідальності може застосовуватись до юридичних осіб і, зокрема, випадку, якщо посадові особи таких компаній – громадяни України, та чи взагалі ця норма розповсюджується на посадових осіб. Вищезазначене вказує на законодавчу прогалину, за якої виникає ситуація неоднакового поводження з різними суб'єктами транснаціонального виконавчого процесу – фізичними та юридичними особами, а також із громадянами та нерезидентами.

Ми вважаємо, що відповідні положення названого нами принципу спонукання дотримання національного правового порядку, незважаючи на те, що вони закріплені в тій же статті, що й принцип однакового поводження, проте ці принципи є взаємовиключними. На нашу думку, положення ч. 2 ст. 80 Закону України «Про виконавче провадження» фактично скасовують національний режим у виконавчому провадженні для іноземців та осіб без громадянства та принцип однакового поводження, оскільки встановлюють для останніх додаткову, порівняно з громадянами України, міру відповідальності за невиконання рішень щодо відповідних суб'єктів.

Більше того, відповідні норми, на нашу думку, суперечать ст. 26 Конституції України, згідно з якою іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами й свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією України, законами чи міжнародними договорами України.

У цьому випадку можна стверджувати, що виключення з наведеної статті Конституції України винятків обмеження прав іноземців «за законом» не може вважатися таким, що здійснене згідно із законом. Так, на нашу думку, відповідний закон (ч. 2 ст. 80 Закону України «Про виконавче провадження») не відповідає умовам «якості закону» в розумінні Європейської конвенції та практики Європейського суду з прав людини. Так, відповідні норми є недостатньо чіткими та не узгоджуються з положеннями спеціальних законів, зокрема Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Відповідне законодавство недостатньо регламентує процедуру притягнення до такого особливого виду відповідальності, як «видворення іноземців та осіб без громадянства», що допускає неоднакове застосування щодо різних суб'єктів, а також не визначає, за невиконання яких саме рішень (судових чи рішень державного виконавця) можливим є притягнення до певної міри відповідальності.

Ми вважаємо, що принцип спонукання дотримання національного правового порядку слід закріпити в окремій главі Закону України «Про виконавче провадження», що стосуватиметься здійснення виконавчого провадження, ускладненого іноземним елементом, як декларативний принцип, без встановлення відповідальності у вигляді видворення чи заборону в'їзду в Україну відповідних осіб. До таких осіб повинні застосовуватися лише загальні положення законодавства, що регламентує відповідальність за невиконання чи несвоєчасне виконання судових рішень.

3. Принцип забезпечення права на переклад.

Відповідний принцип закріплено в ст. 14 Закону України «Про виконавче провадження», згідно з якою в разі необхідності під час провадження виконавчих дій

державний виконавець або сторони (їх представники) можуть запросити перекладача. Перекладачем може бути будь-яка дієздатна особа, яка володіє мовами, знання яких є необхідним для перекладу. Особі, якій потрібні послуги перекладача, державний виконавець надає строк для його запрошення, але не більш як десять днів. Якщо зазначена особа не забезпечить участі перекладача у визначений строк, його може призначити своєю постановою державний виконавець.

Оскільки законом не встановлено протилежного, перекладачем може бути будь-яка дієздатна особа незалежно від того, чи є вона громадянином України. При цьому вказані положення поширюються не лише на перекладачів, що здійснюють мовний переклад, а й на перекладачів, які запрошуються до участі у виконавчому провадженні для пояснення знаків спілкування для німої або глухої особи.

Належний рівень перекладу та його достовірність забезпечується положенням про кримінальну відповідальність перекладача в разі завідомо неправильного перекладу, а також за відмову виконати обов'язки перекладача, про що відповідна особа, що здійснює переклад, має бути попереджена державним виконавцем. Відповідальність перекладача за такі дії встановлена ст. ст. 384 і 385 Кримінального кодексу України.

Вказані положення законодавства спрямовані на забезпечення рівності прав, у тому числі іноземних громадян та осіб без громадянства, з громадянами України у виконавчому провадженні, ускладненому іноземним елементом.

4. Принцип пріоритету норм міжнародних договорів

Згідно зі ст. 81 Закону України «Про виконавче провадження», порядок виконання в Україні рішень іноземних судів і арбітражів встановлюється відповідними міжнародними договорами України, цим законом та іншими законами України.

Загальний порядок визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражних установ в Україні встановлюється Главою 8 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Згідно зі ст. 390 ЦПК України рішення іноземного суду (суду іноземної держави; інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних чи господарських справ; іноземних чи міжнародних арбітражів) визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності [6].

При цьому відповідна глава ЦПК України в ряді статей, що регламентують процедуру звернення та розгляду відповідних клопотань про визнання та виконання судових рішень іноземних судів, підтверджує принцип пріоритет міжнародних договорів. Так, ст. 394 та ст. 396 ЦПК України, встановлюють, що процесуальні положення та вимоги зазначених статей слід використовувати лише у тих випадках, якщо міжнародними договорами не визначено процесуальні вимоги до певних дій чи документів, або за відсутності такого договору.

Чинним для України міжнародним договором у сфері виконання рішень, зокрема арбітражних установ, крім інших актів, є Конвенція про визнання й виконання іноземних арбітражних рішень, укладена в Нью-Йорку в 1958 р.

Хоча вказана вище ст. 81 Закону України «Про виконавче провадження» закріплює цей принцип лише відносно виконання судових рішень в Україні, проте він також є засадничим і щодо інших інститутів транснаціонального виконавчого процесу.

Наприклад, ст. 2 Конвенції про правову допомогу й правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. [7] закріплює поширення пільг стосовно сплати мита на всі процесуальні дії, здійснювані зі справи, включаючи виконання рішення. Стаття 6 вказаної конвенції закріплює надання правової допомоги шляхом виконання процесуальних і інших дій, передбачених законодавством запитуваної договірної сторони, не лише в частині визнання й виконання судових рішень, але й у частині виконавчих написів. Також норми вказаної конвенції передбачають, які винесені установами юстиції кожної з договірних сторін і які вступили в законну силу рішення, що не вимагають за своїм характером виконання, визнаються на територіях інших договірних сторін без спеціального провадження за певних умов [7].

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про державну виконавчу службу» [9] державна виконавча служба входить до системи органів Міністерства юстиції України, отже, є органом юстиції в розумінні зазначених міжнародних угод. Разом з цим, оскільки її рішення вимагають виконання, порядок такого виконання повинен бути передбачений відповідним національним законодавством. Такий порядок поки що передбачено лише щодо виконання судових доручень про надання правової допомоги в судовому процесі.

Можливість співпраці державних органів юстиції в процесі виконанні рішень закріплено в низці двосторонніх міжнародних договорів, учасниками яких є Україна.

Так, наприклад, у договорі між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах 2001 р., як і в більшості договорів про правову допомогу, передбачено, що орган юстиції запитуваної договірної сторони виконує запит у спосіб, передбачений її законодавством [8].

Якщо рішення судового органу можлна визнати й виконати в іноземній державі, то виконавчий документ, виданий на іншій, ніж судове рішення, підставі, виконати, як в Україні, так і за її межами, практично неможливо за відсутності передбаченого національним законодавством механізму.

Так, оскільки відповідні норми щодо порядку взаємодії між органами виконання рішень іноземних держав не закріплено в Законі України «Про державну виконавчу службу», то, зважаючи на імперативний характер виконавчого процесу та можливості державного виконавця здійснювати дії лише відповідно до передбаченої процедури, відсутність закріплення такої процедури, по суті, унеможливлює реалізацію цих положень міжнародних договорів.

Вважаємо, що для імплементації вказаного принципу необхідним є нормативне закріплення процедури звернення з дорученнями про надання правової допомоги у виконавчому провадженні до відповідних органів закордонних юрисдикцій, процедури виконання інших, крім рішень, виконавчих документів та виконання відповідних доручень іноземних органів, юрисдикція яких визнана в Україні, в окремій главі закону, присвяченій транснаціональному виконавчому провадженню.

5. Принцип взаємності

Як зазначено вище, принцип взаємності у виконанні в Україні судових рішень іноземних судів визначено в ст. 390 ЦПК України, яка передбачає застосування

цього принципу у випадку відсутності відповідного міжнародного договору між двома державами.

При цьому згідно із ч. 2 вказаної статті, у разі якщо визнання та виконання рішення іноземного суду залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше.

Зважаючи на імперативний характер відносин, що виникають у транснаціональному виконавчому процесі, застосування принципу взаємності можливе лише в процедурі визнання та виконання судових рішень.

Беручи до уваги наведений вище аналіз принципів транснаціонального виконавчого процесу, можна зробити висновок, що такій підгалузі характерні як загально-правовові принципи та загально-галузеві принципи виконавчого процесу, так і власні специфічні підгалузеві принципи, що зумовлюються суттю досліджуваних правовідносин та пов'язані з присутнім у них іноземним елементом.

При цьому вважаємо за необхідне нормативно закріпити як принципи виконавчого процесу, так і власні принципи транснаціонального виконавчого процесу в Законі України «Про виконавче провадження». Такі зміни сприятимуть відповідності всіх норм у сфері виконавчого процесу таким принципам та утвердженню цілей та методів діяльності органів виконавчої служби відповідно до конституційних основ правового порядку в Україні.

Література

1. Исаенкова О.В. Исполнительное производство в Российской Федерации : [учебное пособие для вузов.] / О.В. Исаенкова, А.Н. Балашов, И.Н. Балашова. М. : ГроссМедиа, 2008. – 192 с.
2. Пиляева В.В. Исполнительное производство-научное пособие/ В.В. Пиляева. – 2-е изд. – М. : КНОРУС, 2006. – 224 с.
3. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. «Про виконавче провадження» : Закон України від 21.04.1999 р. № 606-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207.
5. «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» : Закон України від 04.02.1994 р. № 3929-XII // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19–20. – Ст. 179.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV// Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.
7. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах : Міжнародний документ від 22.01.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_009.
8. Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах : Міжнародний документ від 28.05.2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/203_018.
9. «Про державну виконавчу службу» : Закон України від 24.03.1998 р. № 202/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36–37. – С. 243.

Анотація

Мальський М. М. **Принципи транснаціонального виконавчого процесу.** – Стаття.

У статті проаналізовано основні принципи транснаціонального виконавчого процесу та здійснено їх класифікацію, що дозволило виокремити його підгалузеві принципи й підтвердити доцільність виділення такого процесу в окрему підгалузь.

Ключові слова: транснаціональний виконавчий процес, виконавчий процес, принципи транснаціонального виконавчого процесу.

Аннотация

Мальский М. М. **Принципы транснационального исполнительного процесса.** – Статья.

В статье проанализированы основные принципы транснационального исполнительного процесса и осуществлена их классификация, что позволило выделить его подотраслевые принципы и подтвердить целесообразность выделения такого процесса в отдельную подотрасль права.

Ключевые слова: транснациональный исполнительный процесс, исполнительный процесс, принципы транснационального исполнительного процесса.

Summary

Malskyy M. M. **Principles of transnational enforcement process.** – Article.

This article is devoted to the analysis of main principles of transnational enforcements process and their classification, what allowed to define its sub-branch's principles and to confirm expediency of excretion of such process into separate sub-branch.

Key words: transnational enforcement process, enforcement process, principles of transnational enforcement process.

УДК 347.78

К. О. Зеров

ВІЛЬНІ ПУБЛІЧНІ ЛІЦЕНЗІЇ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Незважаючи на детальне законодавче регулювання передачі прав на використання творів шляхом укладення «класичних» авторських договорів, все більшої популярності у світі набуває новітній спосіб, за допомогою якого відбувається розповсюдження об'єктів авторського права та суміжних прав у цифровому середовищі (у тому числі в мережі Інтернет), – вільні публічні ліцензії.

Так, деякі правовласники бажають зберегти за собою не всі права, а лише їх частину або взагалі передати свій твір у суспільне надбання. Для цього й існують вільні публічні ліцензії, вони розширюють права правовласників, надаючи їм механізм для самостійного вибору ступеня захисту власних прав.

Суть інституту вільних публічних ліцензій можна визначити принципом «деякі права застережені» (так званий «copyleft»). Таким чином, ці ліцензії займають проміжне місце між традиційним авторським правом (формула «всі права захищені») та сферою суспільного надбання.

Закріплення відповідних положень щодо правової регламентації вільних публічних ліцензій лише починають формуватися в юридичній доктрині та законодавстві.

Метою дослідження є аналіз законодавства й доктринальних підходів до розуміння поняття та правової природи вільних публічних ліцензій, їх класифікація, виокремлення істотних ознак і місця в системі цивільно-правового регулювання авторських правовідносин в Україні.

Стан дослідження. Вивченню питання щодо розуміння вільних публічних ліцензій та їх використання присвячували окремі свої дослідження В. Троцька, К. Москаленко, О. Арданов, Т. Жуковський, О. Жилінкова, М. Наумко та А. Бічук, С. Сударіков, В. Калятін, С. Середа, А. Герасимова, О. Войніканіс та інші. Однак комплексного дослідження правового регулювання вільних публічних ліцензій в Україні проведено не було.

© К. О. Зеров, 2014

Виклад основного матеріалу дослідження. У літературі висловлюється думка, що створене для охорони авторських прав законодавство фактично позбавляє автора можливості вільно розпоряджатися результатами своєї творчості, надавши необмеженому колу користувачів доступ до своїх творів. У нагоді таким авторам стають публічні ліцензії [1]. Однак, на жаль, в Україні на даний момент використання об'єктів права інтелектуальної власності, що розповсюджуються на умовах вільних публічних ліцензій, вкрай ускладнене [2]. Нам важко повністю погодитися з цією тезою, про що буде сказано нижче, хоча слід визнати, що певні ускладнення все ж існують.

На нормативному рівні в Україні визначення вільної публічної ліцензії відсутнє, більше того, питання використання вільних публічних ліцензій взагалі не врегульоване нормами діючого законодавства. Існують рекомендації Державної служби інтелектуальної власності України (далі – ДСІВ) щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права й суміжних прав [3] та рекомендації ДСІВ щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування [4], однак вони мають рекомендаційний, а не нормативний характер.

У Російській Федерації (далі – РФ) регулювання питання використання вільних публічних ліцензій тривалий час також було відсутнє. Лише 12 березня 2014 р. було прийнято Федеральний закон Російської Федерації № 35-ФЗ «Про внесення змін до частини першої, другої і четвертої Цивільного кодексу Російської Федерації та окремі законодавчі акти Російської Федерації» [5] (зміни набирають чинності з 1 жовтня 2014 р.). Так, Цивільний кодекс (далі – ЦК) РФ було доповненою ст. 1286-1 «Відкрита ліцензія на використання твору науки, літератури або мистецтва». У ч. 1 вказаної норми зазначається, що відкрита ліцензія є договором приєднання. Усі її умови мають бути доступними невизначеному колу осіб і розміщені таким чином, щоб ліцензіат ознайомився з ними перед початком використання відповідного твору. У відкритій ліцензії може міститися вказівка на дії, вчинення яких буде вважатися акцептом її умов. У цьому випадку письмова форма договору вважається дотриманою.

У найбільш загальному вигляді вільну публічну ліцензію можна визначити як особливий вид ліцензійного договору, який надає право на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав певними способами, які визначені умовами ліцензії, невизначеному колу осіб без обов'язкової виплати грошової винагороди суб'єкту авторського права та (або) суміжних прав.

Слід зазначити, що хоча правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних із використанням вільних публічних ліцензій, відсутнє не лише в Україні, судова практика зарубіжних країн, таких як Бельгія, Німеччина, Нідерланди, Ізраїль, Іспанія, США (штати Каліфорнія та Техас), поступово визнає їх джерелами права [6].

Відповідно до рекомендацій ДСІВ щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права й суміжних прав вільна публічна ліцензія це загальнодоступний договір приєднання, що надає особі, яка приєдналася до такого договору, безоплатний дозвіл на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав певними способами на умовах, визначених ліцензією.

Вільні публічні ліцензії поділяються на види за такими показниками:

а) *за призначенням*: ліцензії вільного програмного забезпечення, ліцензії вільного контенту, ліцензії на бази даних, ліцензії відкритого апаратного забезпечення, ліцензії відкритого патенту;

б) *за ступенем обмеженості:* договори, які пов'язані із суспільним надбанням; дозвільні (англ. permissive free software licence, потребують лише зазначення імені автора); копілефтні (англ. copyleft, розповсюдження похідних творів обов'язково повинно бути на умовах цієї ж ліцензії);

в) *за видавником:* Apache Software License (ліцензія на вільне програмне забезпечення від Apache Software Foundation); ліцензія BSD (Програмна ліцензія університету Берклі); GNU General Public License (універсальна громадська ліцензія GNU Фонду вільного програмного забезпечення); Microsoft Public License (Ms-PL) та Microsoft Reciprocal License (Ms-RL) корпорації Microsoft; Ліцензія MIT (англ. MIT License, група ліцензій, розроблених у Массачусетському технологічному інституті для поширення вільного програмного забезпечення); Mozilla Public License (MPL, вільна ліцензія корпорації Mozilla), групи ліцензій Creative Commons.

Окремо пропонуємо розглянути групи ліцензій Creative Commons як найбільш універсальних щодо об'єктного складу.

Creative Commons (далі – CC) – некомерційна організація, що виникла в США в 2001 р., створила безкоштовні для використання типові договори – публічні ліцензії, за допомогою яких правовласники можуть виразити свою волю й поширювати свої твори більш широко й вільно, а споживачі контенту – легально й більш просто користуватися цими творами.

Ліцензії CC – група типових ліцензійних угод, за допомогою яких дозволяється використання твору зазначеними в тексті ліцензії способами невизначеному колу осіб без обов'язкової виплати винагороди правовласнику, а також без будь-яких обмежень за територією. 25 листопада 2013 р. CC ввела в дію нові міжнародні ліцензії версії 4.0 [7]. Ліцензування тепер може поширюватися не лише на об'єкти авторського права, а й на *sui generis* права. Крім того, серед змін – краща підтримка анонімності, 30-денний строк для виправлення порушень ліцензій, спрощені формулювання [8].

Загальні ознаки ліцензій групи CC такі:

– не вимагають підписання письмового договору між правовласником і користувачем твору, а також будь-якої реєстрації. Початок використання твору за ліцензією Creative Commons розглядається як конклюдентна дія;

– ліцензії Creative Commons є незмінними типовими договорами, тексти яких розміщені на сайті creativecommons.org;

– ліцензії CC спрямовані на виникнення правовідносин щодо об'єктів авторського й суміжних прав між правовласником та широким колом осіб. Таким чином, можна віднести їх до невиключних ліцензій, які не виключають можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у визначеній сфері [9];

– ліцензії CC складаються з трьох рівнів: перший – юридичний текст ліцензії; другий – короткий виклад, зручний довідник для ліцензіарів і ліцензіатів, який

узагальнює й виражає деякі найважливіші умови; третій рівень ліцензії створено для розпізнавання комп'ютерними програмами (від пошукових систем до офісних програм і засобів для редагування музики, що відіграють велику роль у створенні, копіюванні, вивченні й розповсюдженні творів). Для досягнення цієї мети було розроблено стандартизований спосіб опису ліцензій, який може розуміти програмне забезпечення, – CC Rights Expression Language (CC REL) [10].

Зазначається, що ліцензії CC розділили на «необмежені» та «обмежені» [11]. Проте ми не можемо з цим погодитись, адже сама CC класифікувала свої ліцензії на шість груп і два протоколи.

Attribution CC BY (ліцензія «Із зазначенням авторства») [12]. Ця ліцензія дозволяє іншим розповсюджувати, редагувати, вносити зміни й брати за основу для своїх творів первинний твір, навіть для використання з комерційною метою, проте за умови зазначення авторства.

Attribution Share Alike CC BY-SA (ліцензія «Із зазначенням автора – Розповсюдження на тих самих умовах») [13]. Ця ліцензія дозволяє ліцензіатам редагувати, вносити зміни, брати за основу для своїх творів первинний твір, навіть для використання з комерційною метою, проте за умови зазначення авторства й розповсюдження похідних творів на тих же умовах. Усі нові твори, засновані на оригінальному творі, будуть розповсюджуватись за тією ж ліцензією, а отже – будь-які похідні твори будуть також доступні для комерційного використання. Цей вид ліцензії використовується Вікіпедією [14] та іншими подібними онлайн-енциклопедіями.

Attribution No Derivatives CC BY-ND ліцензія «Із зазначенням авторства – Без похідних творів» [15]. Ця ліцензія дозволяє комерційне й некомерційне розповсюдження твору, доки останній передається цілим і в незмінному вигляді та із зазначенням авторства.

Attribution Non-Commercial CC BY-NC (ліцензія «Із зазначенням авторства – Некомерційна») [16]. Ця ліцензія дозволяє ліцензіатам редагувати, вносити зміни, брати за основу для своїх творів оригінальний твір некомерційним чином. Хоча в похідних творах повинна бути згадка про автора оригінального твору й вони повинні бути некомерційними, автори похідних творів не зобов'язані ліцензувати свої твори на тих самих умовах, що й оригінальний твір.

Attribution Non-Commercial Share Alike CC BY-NC-SA (ліцензія «Із зазначенням авторства – Некомерційна – Розповсюдження на тих самих умовах») [17]. Ця ліцензія дозволяє ліцензіатам редагувати, вносити зміни й брати за основу для своїх творів твір некомерційним чином, доки автори похідних творів вказують автора оригіналу й ліцензують свої твори на тих самих умовах.

Attribution Non-Commercial No Derivatives CC BY-NC-ND (ліцензія «Із зазначенням авторства – Некомерційна – Без похідних творів») [18]. Ця ліцензія надає користувачам найменший обсяг прав, дозволяючи їм лише завантаження оригінальних творів та їх подальше розповсюдження, доки ліцензіати вказують оригінальне авторство, проте оригінальний твір не дозволяється використовувати в комерційних цілях або якимось чином змінювати.

Протокол CC0 (CC Zero) – «No Rights Reserved» [19]. Протокол, що є ліцензією, максимально наближеною до дострокового переходу творів у суспільне надбання,

дає можливість правовласнику відмовитись від усіх авторських та (або) суміжних прав на твір, а також від усіх пов'язаних із ними претензій і позовів щодо твору, наскільки це можливо в межах внутрішнього законодавства.

Протокол CCPlus [20] є комбінацію однієї з ліцензій групи СС і додаткової ліцензії правовласника. Так, у додатковій частині ліцензії може бути передбачено, що автор не надає жодних гарантій на справне функціонування поширюваного твору.

Для кращого розуміння вільних публічних ліцензій необхідно з'ясувати їх правову природу.

На міжнародному семінарі ЮНЕСКО «Відкриті освітні ресурси та права інтелектуальної власності», що відбувся в Москві в червні 2011 р., юридичними експертами одностайно було відзначено, що ліцензії СС та аналогічні їм способи ліцензування об'єктів, які розповсюджуються в мережі Інтернет, є цивільно-правовими договорами й знаходяться в межах існуючого правового поля [21]. Не виникає сумніву щодо цивілістичної природи вільних публічних ліцензій, проте необхідно з'ясувати, до якого саме інституту цивільного права їх слід віднести. Так, існують позиції, що вільні публічні ліцензії є односторонніми правочинами або договорами приєднання.

Відповідно до ч. 1. ст. 32 Закону України «Про авторське право та суміжні права» [22] (далі – Закон) використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених ст. ст. 21, 22, 23, 24, 25 Закону.

Однак відповідно до ст. 1107 ЦК України [23] ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності та ліцензійний договір є видами договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Насамперед до цієї групи віднесено ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Дійсно, видача ліцензії може бути оформлена як самостійний документ чи шляхом укладення ліцензійного договору. Однак сама по собі ліцензія є одностороннім правочином і не може розглядатися як вид договору. Аналогічне розмежування можна провести на прикладі довіреності як одностороннього правочину та договору доручення [24].

Якщо розглядати ліцензію як окремий документ відповідно до ч. 2 ст. 1108 ЦК України, то вона володіє всіма ознаками одностороннього правочину, передбаченими ст. 202 ЦК України, а саме: є дією однієї особи, не створює зобов'язань для інших осіб.

Т. Жуковський, який розглядає питання використання комп'ютерних програм, зазначає, що ліцензія не покладає жодних зобов'язань на користувача – вони виникають у нього через норми цивільного законодавства. Водночас вона дає користувачеві лише права використовувати комп'ютерну програму певним способом [25].

О. Жилінкова вважає доцільним розглядати ліцензію СС саме як окремий дозвіл, тобто односторонній правочин, в якому висловлено волю однієї особи на надання дозволу використовувати об'єкт авторського або суміжного права визначеним способом іншій особі. Отже, суб'єкт, якому надається такий дозвіл, наділяється відповідними правами з використання об'єктів. Обов'язки за цим правочином виникають лише в сторони, яка вчинила правочин. До таких обов'язків можна віднe-

сти переважно невтручання в здійснення використання об'єкта в межах, визначених ліцензією [26].

Однак якщо проаналізувати тексти ліцензій СС, то можна зробити висновок, що ліцензії СС мають двосторонній характер, сторони – ліцензіар та Ви (You), під якою розуміється ліцензіат, – можуть мати граничні межі дозволених дій та заборони щодо вчинення певних дій ліцензіатом.

Отже, ми вважаємо, що вільні публічні ліцензії СС не можна розглядати як односторонній правочин.

Як уже було вказано вище, ДСІВ розглядає вільну публічну ліцензію як загальнодоступний договір приєднання.

Стаття 634 ЦК України передбачає можливість використання договору приєднання в цивільних правовідносинах.

Вільні публічні ліцензії передбачають приєднання до них шляхом учинення певних дій (зокрема, відтворення, модифікації, розповсюдження твору), які виражають волю особи встановити правовідносини, тобто приєднатися до умов вільної публічної ліцензії.

Частина 1 ст. 32 Закону встановлює, що автору та іншій особі, яка має авторське право, належить виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами на підставі авторського договору. Використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених ст. ст. 21, 22, 23, 24, 25 Закону. Згідно з ч. 1 ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

У ст. 33 Закону встановлено вимоги до договорів на право використання творів. Зокрема, ця норма містить вимогу про те, що договори про передачу прав на використання творів укладаються в письмовій формі.

У ч. 2 ст. 1107 ЦК України передбачено, що договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі. У разі недодержання письмової форми договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним.

Відповідно до норм ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони.

Відповідно до ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій формі.

Жодної окремої «електронної» форми вітчизняним законодавством не передбачено. Хоча у ст. 207 ЦК України зазначено, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена, зокрема, за допомогою електронного засобу зв'язку. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами). Відповідно до ст. 3 Закону України «Про електронний цифровий підпис» [27] електронний цифровий підпис за правовим статусом прирівнюється до власноручного підпису (печатки) в таких випадках: якщо електронний цифровий підпис підтверджено з використанням посиленого сертифікату ключа за допомогою надійних засобів цифрового підпису;

під час перевірки використовувався посилений сертифікат ключа, чинний на момент накладення електронного цифрового підпису; особистий ключ підписувача відповідає відкритому ключу, зазначеному в сертифікаті. А відповідно до ст. 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» [28] 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.

Лише в цьому випадку електронний документ може бути визнаний письмовою формою договору.

Погоджуємось із думкою М. Наумко, який вказує на ускладненість одержання й використання приватними особами, котрими є й автори, електронних підписів [1]. Без відповідних електронних підписів такі угоди не можуть бути визнаними електронними документами в розумінні українського законодавства. Вчинення конклюдентних дії у вигляді кліку комп'ютерного пристрою введення в заданому місці не є письмовою формою вчинення правочину, й цю дію не можна вважати підписанням договору.

Таким чином, вільні публічні ліцензії за своєю правовою природою є ліцензійними договорами, проте відповідно до діючого українського законодавства є нікчемними через недодержання обов'язкової письмової форми їх вчинення.

Крім питання невідповідності форми укладення зазначених ліцензій проблемним моментом також є те, що деякі з ліцензій CC (наприклад, CC BY-SA), як нами було зазначено вище, певним чином обмежують права авторів на створення нових похідних творів, а відповідно до ч. 7 ст. 33 Закону України « Про авторське право і суміжні права» умови договору, що обмежують право автора на створення майбутніх творів на зазначену в договорі тему чи в зазначеній галузі, є недійсними.

Відповідно до ч. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» договір про передачу прав на використання творів вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов (строку дії договору, способу використання твору, території, на яку поширюється передаване право, розміру й порядку виплати авторської винагороди, а також інших умов, щодо яких за вимогою однієї зі сторін повинно бути досягнуто згоди). Авторська винагорода визначається в договорі у вигляді відсотків від доходу, отриманого від використання твору, або у вигляді фіксованої суми чи іншим чином. При цьому ставки авторської винагороди не можуть бути нижчими за мінімальні ставки, встановлені Кабінетом Міністрів України (КМУ). Такі ставки встановлені постановою КМУ від 18.01.2003 р. № 72 «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» [29].

Повністю погоджуємось із тезою В. Троцької, яка вказує, що мінімальні ставки винагороди за відтворення (в електронній формі), надання доступу до об'єктів авторського права й суміжних прав відсутні в наведеній постанові. Тому розмір таких ставок може бути визначений сторонами в договірному порядку [30, с. 157].

Однак не можемо не зазначити, що вільна публічна ліцензія може бути безвідплатною, і це необхідно враховувати.

Відповідно до положень ч. 7 ст. 1109 ЦК України за відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України. Однак враховуючи транскордонний характер мережі Інтернет, більш доцільним було б визначити, що якщо в ліцензійному договорі не встановлено іншого, вважається, що територія, на яку надаються права, поширюється на весь світ.

Відповідно до положень ч. 3 ст. 1110 ЦК України у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, проте не більше ніж на п'ять років. Зазначене повною мірою стосується й вільних публічних ліцензій.

Необхідно сказати, що в Україні існував ряд законопроектів, в яких опосередковано пропонувалося регулювати питання використання вільного програмного забезпечення [31; 32; 33]. Однак використання цих об'єктів у вказаних законопроектах обмежувалось органами державної влади, органами місцевого самоврядування, державними установами, державними підприємствами та навчальними закладами державної й комунальної форми власності. У жодному з цих законопроектів не було запропоновано регулювання форми укладення вільної публічної ліцензії.

Висновки. Вільні публічні ліцензії за своєю правовою природою є ліцензійними договорами, проте відповідно до діючого українського законодавства є нікчемними через недотримання обов'язкової письмової форми їх укладення. Необхідно також врахувати особливості вільних публічних ліцензій щодо строку їх дії, території, на яку надаються права, та можливої їх безоплатності.

Враховуючи вищенаведене, пропонуємо доповнити ЦК України ст. 1109-1 такого змісту:

«1. Вільна публічна ліцензія – загальнодоступний договір приєднання, який може укладатися в усній або письмовій формі.

2. Суб'єкт авторського права та (або) суміжних прав може зробити публічну заяву про надання будь-яким особам можливості безоплатно використовувати належний йому результат інтелектуальної діяльності на визначених ним умовах і протягом вказаного ним строку шляхом приєднання зазначених осіб до умов вільної публічної ліцензії. Така заява повинна містити текст чи посилання на текст ліцензії. Усі її умови мають бути доступними невизначеному колу осіб і розміщені таким чином, щоб ліцензіат ознайомився з ними перед початком використання відповідного твору.

3. Протягом цього строку будь-яка особа має право використовувати вказаний результат на зазначених умовах.

4. Вільна публічна ліцензія може бути безвідплатною. Умови щодо відплатного або безоплатного використання об'єктів авторського права та (або) суміжних прав визначаються в ліцензії.

5. За відсутності в тексті вільної публічної ліцензії вказівки на строк вважається, що цей строк дії авторського права на відповідний об'єкт інтелектуальної власності вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права, проте не більше ніж 5 років.

6. За відсутності в тексті вільної публічної ліцензії вказівки на територію вважається, що територія, на яку надаються права, поширюється на весь світ.

7. Суб'єкт авторського права та (або) суміжних прав не має права здійснювати такі дії за наявності діючих ліцензійних договорів, за якими надається виключне право розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності».

Література

1. Бічук А.А. Використання публічних ліцензій відкритого контенту Creative Commons : Проблеми і перспективи в Україні / А.А. Бічук, М.В. Наумко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org.ua/66.
2. Наумко М.В. Чи працюють в Україні вільні публічні ліцензії? / М.В. Наумко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org.ua/236.
3. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторсь-кого права і суміжних прав [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits.html.
4. Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/rozcompprogfree.html.
5. Федеральный закон Российской Федерации от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rg.ru/2014/03/14/izm-gk-dok.html.
6. Category: Case Law – CC Wiki [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://wiki.creativecommons.org/Category:Case_Law.
7. CC's Next Generation Licenses – Welcome Version 4.0! [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://creativecommons.org/weblog/entry/40768.
8. What's New in 4.0 – Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/Version4.
9. Жилінкова О. Реалізація прав інтелектуальної власності в Інтернеті за допомогою ліцензій Creative commons / О. Жилінкова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3634.
10. Про Ліцензії Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/.
11. Какие виды лицензий у Creative Commons? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://bablaw.livejournal.com/103655.html.
12. Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) / Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.
13. Attribution-ShareAlike 4.0 International (CC BY-SA 4.0) / Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.
14. Условия использования – Wikimedia Foundatio [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://wikimediafoundation.org/wiki/Terms_of_Use/ru.
15. Attribution NoDerivatives 4.0 International (CC BY-ND 4.0) / Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode.
16. Attribution NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) / Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.
17. Attribution NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0) / Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.
18. Attribution NonCommercial NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0) / Creative Commons [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/legalcode.
19. About CC0 – «No Rights Reserved» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://creativecommons.org/about/cc0.
20. CCPlus CC Wiki // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://wiki.creativecommons.org/CCPlus.
21. Представители ИРИО приняли участие в международном семинаре ЮНЕСКО [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iis.ru/content/view/546/91/.
22. Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-XII «Про авторське право і суміжні права» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12.

23. Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
24. Цивільне право : [підручник] : у 2 т. / [В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін.] ; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011 – . – Т. 1. 2011. – 621 с.
25. Жуковский Т. Правомерность использования программного обеспечения на основании лицензии в электронной форме / Т. Жуковский [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.km-partners.com/ru/presa/833-pravomirnist-vekrystannya-programnogo-zabezpechennya.
26. Жилінкова О. Реалізація прав інтелектуальної власності в Інтернеті за допомогою ліцензій Creative commons / О. Жилінкова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3634.
27. Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 852-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 276.
28. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. № 851-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 275. Постанова Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 р. № 72 «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/72-2003-%D0%BF.
29. Троцька В.М. Вільні публічні ліцензії та законодавство України у сфері авторського права та суміжних прав / В.М. Троцька // Актуальні проблеми інтелектуальної власності : XVIII міжнар. наук.-практ. конф. (Ялта, 12–16 вересня 2011 р.). – К. : Державна служба інтелектуальної власності України, 2011. – С. 155–160.
30. Проект закону України «Про використання Відкритих і Вільних форм інтелектуальної власності, Відкритих форматів даних та Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних установах і державному секторі економіки» від 01.12.2005 р. № 2065 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=12883.
31. Проект закону України «Про використання відкритого програмного забезпечення в органах державної влади та органах місцевого самоврядування» від 24.06.2009 р. № 4704 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=35599.
32. Проект закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Національну програму інформатизації» щодо використання відкритого програмного забезпечення в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних установах, державних підприємствах та навчальних закладах державної і комунальної форми власності» від 23.01.2012 р. № 9745 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42379.

Анотація

Зеров К. О. **Вільні публічні ліцензії в Україні.** – Стаття.

Статтю присвячено висвітленню питання розуміння поняття та правової природи вільних публічних ліцензій, їх класифікації, виокремленню їх істотних ознак та місця в системі цивільно-правового регулювання авторських правовідносин в Україні.

Ключові слова: вільні публічні ліцензії, ліцензійний договір, creative commons.

Аннотация

Зеров К. А. **Свободные публичные лицензии в Украине.** – Статья.

Статья посвящена вопросу понимания понятия и правовой природы свободных публичных лицензий, их классификации, определению их существенных признаков и места в системе гражданско-правового регулирования авторских правоотношений в Украине.

Ключевые слова: свободные публичные лицензии, лицензионный договор, creative commons.

Summary

Zerov K. A. **Free public licenses in Ukraine.** – Article.

The paper is given by the problem of understanding of free licenses in copyright law, specifying theirs key features and role in the copyright regulation in legal system of Ukraine.

Key words: free license, license agreement, creative commons.

УДК 347.5:347.7

А. А. Кетрарь

ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ МАЙНОВОЇ ТА НЕМАЙНОВОЇ (МОРАЛЬНОЇ) ШКОДИ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ

Динамічно розвиваючись в умовах ринкового господарювання, численних творчих і наукових досягнень, сучасне авторське право забезпечує реалізацію та захист прав авторів творів науки, літератури й мистецтва на основі гармонічного поєднання інтересів особистості та суспільства. Правова система України забезпечує в цілому можливість реалізації, охорони й захисту авторського права, однак, його стрімкий розвиток породжує чималу кількість питань, які потребують як теоретичного обґрунтування, так і практичного втілення.

Так, важливим та актуальним є питання відшкодування шкоди, що є результатом делікту в авторському праві. Це пояснюється тим, що, по-перше, як на законодавчому рівні, так і в наукових дослідженнях відсутнє єдине визначення зобов'язань відшкодування шкоди; по-друге, відшкодування моральної (немайнової) шкоди взагалі є відносно новим правовим інститутом, який потребує постійних теоретичних досліджень та практичних випробувань; по-третє, доведення факту завдання моральної та (або) майнової шкоди, визначення її розміру й способу відшкодування є непростим завданням; по-четверте, наявність позовів про відшкодування шкоди у сфері авторського права постійно збільшується.

Сформульовані в статті теоретичні висновки ґрунтуються на загальних досягненнях юридичної науки, у тому числі на результатах досліджень таких науковців, як О.С. Іоффе, Т.С. Ківалова, Т.Є. Крисань, К.А. Флейшиц, С.І. Шимон, К.Б. Ярошенко та інші. Вивчення праць зазначених учених дозволило оцінити стан досліджуваної проблеми, виявити та проаналізувати питання, що постали на сучасному етапі.

Метою статті є дослідження особливостей відшкодування майнової та немайнової (моральної) шкоди у сфері авторського права.

Відповідно до ст. 431 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) порушення права інтелектуальної власності, у тому числі невизнання цього права чи посягання на нього, спричиняє відповідальність, що встановлюється ЦК України, іншим законом або договором.

Стаття 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі – Закон) визначає, що в разі порушення авторського права особа, права якої порушено, має право подавати позови про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, або виплату компенсацій; а також подавати позови про відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Таким чином, відповідно до поділу за характером благ, що порушуються, завдана шкода може бути як майновою так і немайновою. Майнова шкода має певну економічну цінність та дістає вияв у грошах, тому грошове вираження майнової шкоди іменується збитками. У свою чергу немайнова (моральна) шкода є результатом

© А. А. Кетрарь, 2014

порушення нематеріальних благ. Однак можливі випадки, коли в результаті однієї дії можуть бути порушені як майнові, так і немайнові права суб'єкта авторського права, а отже завдана як майнова, так і моральна шкода; посягання на майнове благо може спричиняти разом із майновою також моральну шкоду й навпаки.

Відповідно до ст. 22 ЦК України збитками є втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також втрати, яких особа зазнала або мусить зазнати для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено (упущена вигода).

Крім того, реальні збитки також можна поділити на дві частини: 1) вартість втраченого або пошкодженого майна; 2) витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Між тим постає питання про те, як тлумачити поняття реальних збитків щодо об'єктів авторського права. Звичайно, зазначене поняття можна розуміти в прямому значенні як знищення або пошкодження речі, в якій втілений об'єкт авторського права. Так, скульптуру, картину тощо можна знищити чи пошкодити. Однак далеко не в кожному випадку «знищення» або «пошкодження» можна розуміти так прямолінійно. Наприклад, літературним творам можна завдати пошкоджень шляхом їх перекручення, отже, як приклад реального збитку можна навести на витрати потерпілого, що були зроблені у зв'язку з усуненням перекручень твору. Крім того, завдання реальних збитків може бути здійснено невиконанням або неналежним виконанням авторського договору тощо.

Таким чином, поняття реальних збитків у сфері авторського права слід тлумачити значно ширше, ніж знищення та пошкодження майна. Так, О.С. Іоффе вважає, що в окремих випадках збиток майну не завдається, проте збитки існують [1, с. 247]. О.В. Фомічева зазначає, що під майном, а тим більше під майновою сферою, можна й потрібно розуміти не лише наявне майно в речовій формі [2, с. 35].

Набагато частіше збитки у сфері авторського права виражаються в тій упущеній вигоді, яку могли б отримати суб'єкти авторських відносин в умовах нормальної реалізації прав та обов'язків.

Упущена вигода відрізняється від реальних збитків тим, що реальні збитки характеризуються наявністю витрат, знищенням або пошкодженням майна, тобто зменшенням наявного майна (майнової сфери) потерпілого, у разі ж упущеної вигоди наявне майно не збільшується, хоча й могло б збільшитися, якби не мало місце порушення права. Іншою характерною ознакою упущеної вигоди є те, що можливість її стягнення залежить від специфіки конкретних правовідносин, зокрема, вона виникає лише в умовах комерційного використання майна [3, с. 143]. Крім того, упущена вигода має компенсаційні властивості. Так, згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 22 ЦК України, якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодовуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право.

Упущену вигоду суб'єкт авторського права може понести через численні порушення зазначених прав. Це може бути піратство у сфері авторського права й суміжних прав; ввезення на митну територію України без дозволу осіб, які ма-

ють авторське право, примірників творів, у тому числі комп'ютерних програм і баз даних; будь-які дії для свідомого обходу технічних засобів захисту авторського права, зокрема виготовлення, розповсюдження, ввезення з метою розповсюдження й застосування засобів для такого обходу; підроблення, зміна чи вилучення інформації, зокрема в електронній формі, про управління без дозволу суб'єктів авторського права; розповсюдження, ввезення на митну територію України з метою розповсюдження, публічне сповіщення об'єктів авторського права, з яких без дозволу цих суб'єктів вилучена чи змінена інформація про управління правами, зокрема в електронній формі тощо.

Представляється, що упущена вигода, не повинна зводитися лише до виплати гонорару, який автор повинен був одержати за звичайних обставин. Цю позицію можна пояснити тим, що авторське законодавство не регулює питання авторської винагороди, визначаючи лише її мінімальні ставки, орієнтація на які була б несправедливим заходом щодо до потерпілої сторони. Тому в якості упущеної вигоди повинен розглядатися щонайменше весь прибуток, який отримав порушник незаконним шляхом.

Згідно з постановою пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» у визначенні розміру збитків у частині упущеної вигоди господарським судам слід виходити з показників, які зазвичай характеризують доходи суб'єкта авторського права. Такими показниками можуть бути роздрібна ринкова ціна оригінального товару/ліцензійного примірника твору, плата за відповідні види використання творів, яка звичайно застосовується, інші подібні показники. При цьому, як правило, не слід зважати на систему знижок чи пільг, яка застосовується суб'єктом авторського права залежно від кількості придбаних примірників творів, ціни договору про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на твір тощо. Документами, що підтверджують роздрібну ціну оригінального товару/ліцензійного твору, можуть бути будь-які належним чином оформлені документи суб'єкта авторського права чи його офіційного представника (лист, довідка, прайс-лист, прейскурант та інші).

Під час визначення розміру упущеної вигоди також повинні враховуватися лише точні дані, які підтверджують реальну можливість отримання грошових сум або іншого майна, якби зобов'язання було виконано боржником належним чином; нічим не підтверджені розрахунки кредитора про передбачувані доходи не повинні братися до уваги [3, с. 141].

Обґрунтувати розмір заподіяних збитків має позивач, ним же доводиться факт порушення належних йому авторських прав, а також причинний зв'язок між порушенням його права й заподіяними збитками. Щодо суб'єктивної умови відповідальності, то порушник авторських прав визнається винним до тих пір, доки ним не буде доведено протилежне.

Відповідно до ст. 52 Закону під час визначення розміру збитків, які мають бути відшкодовані особі, права якої порушено, а також для відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд зобов'язаний виходити із суті правопорушення, майнової й моральної шкоди, завданої особі, яка має авторське право, а також із мож-

ливого доходу, який могла б одержати ця особа. Однак на практиці, застосування зазначених критеріїв іноді стає майже неможливим, тому що, як бачимо, вони мають загальний характер та не дозволяють повною мірою відновлювати порушені права потерпілої сторони.

Тому були сформульовані такі спеціальні критерії, які мають враховуватися під час визначення розміру шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав: строк і спосіб неправомірного використання об'єктів авторського права; вид прав, що порушені (особисті немайнові, виключні майнові); коло осіб, які отримали можливість використовувати твір внаслідок його неправомірного розповсюдження; особа, якій завдано шкоди (автор, правонаступники автора).

Як правило, збитки стягуються в грошовій формі, однак слід зазначити, що ст. 52 Закону допускає передачу власникові авторських прав на його вимогу вилучених за рішенням суду контрафактних примірників творів, у тому числі комп'ютерних програм та баз даних, за рахунок яких можуть повністю або частково покриватися заподіяні збитки. Якщо ж особа, права якої порушено, не вимагає такої передачі, то контрафактні примірники підлягають знищенню, а матеріали й обладнання, що використовувалися для відтворення контрафактних примірників, підлягають відчуженню з перерахуванням виручених коштів до державного бюджету України.

Ще одним із способів цивільно-правового захисту авторського права є відшкодування моральної (немайнової) шкоди, у визначеному судом розмірі.

На відміну від майнової шкоди, моральна (немайнова) шкода не піддається точному грошовому підрахунку й стягується з порушника виключно з метою пом'якшення емоційно-психологічного стану потерпілого. Тому питання відшкодування моральної (немайнової) шкоди є одним із найбільш цікавих із теоретичної точки зору, таким, що складно вирішується на практиці [4, с. 12].

З погляду на сучасне цивільне законодавство існування зобов'язань з відшкодування моральної (немайнової) шкоди не викликає сумнівів, проте так було не завжди. Упродовж тривалого часу в радянській юридичній літературі панувало негативне ставлення до відшкодування моральної шкоди. Так, К.А. Флейшиц зазначала: «Майнове відшкодування немайнової шкоди, яке по суті являє собою переклад на гроші таких благ, як життя, здоров'я, честь, творчі досягнення людини, несумісне з основними поглядами радянського соціалістичного суспільства, яке з високою повагою ставиться до особистості людини» [5, с. 24]. Потерпілий мав право вимагати покарання особи, яка заподіяла йому страждання, душевний біль, переживання, в адміністративному або кримінальному порядку, проте не мав права вимагати грошової компенсації.

Зовсім інший підхід переважав водночас як у зарубіжній літературі, так і в судовій практиці за кордоном. Його сформулювали французькі юристи брати Мазо: «Гроші досить могутні, щоб бути іноді в змозі відшкодувати шкоду й у моральній сфері... Людина дуже часто змушена задовольнятися еквівалентом. Найкращим еквівалентом є гроші, тому, володіючи грошима, потерпілий володіє майже необмеженими можливостями» [6, с. 418].

Точка зору щодо необхідності відшкодування моральної шкоди у вітчизняній юридичній літературі почала переважати починаючи з 60-х рр. XX ст. а нор-

ма про відшкодування моральної шкоди вперше була закріплена в Законі СРСР від 12 червня 1990 року «Про пресу та інші засоби масової інформації».

Істотний крок було зроблено з прийняттям Основ цивільного законодавства Союзу РСР і республік у 1991 р., в яких була сформульована загальна норма щодо відшкодування моральної шкоди. Однак у зв'язку з припиненням існування СРСР зазначений документ на території України так і не набрав чинності, хоча його основні положення щодо права на відшкодування моральної шкоди отримали теоретичне визнання, а пізніше й нормативне закріплення в незалежній Україні.

Так, 6 травня 1993 р., було прийнято закон «Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі, гідності та ділової репутації громадян і організацій», відповідно до якого до ЦК УРСР 1963 р. були внесені зміни, зокрема, відшкодування моральної шкоди було введено в ст. ст. 6, 7, 440-1 як новий спосіб захисту цивільних особистих прав.

31 березня 1995 р. була прийнята постанова Пленуму Верховного Суду України (ВСУ) «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», в якій було роз'яснено, що під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній особі незаконними діями чи бездіяльністю інших осіб.

Крім того, у 2001 р. у зазначеної постанови були внесені зміни, відповідно до яких п. 3 було доповнено таким визначенням: «Під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошення комерційної таємниці, а також вчинення дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності». Таким чином Пленум Верховного Суду України, з'ясував важливе питання щодо можливості завдання моральної (немайнової) шкоди юридичним особам.

Після прийняття у 2003 р. нового Цивільного кодексу України механізм відшкодування моральної шкоди значно покращився. Так, згідно зі ст. 23 ЦК особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Крім того, згадана норма визначає, у чому полягає моральна шкода. Слід підкреслити, що ні новий, ні старий ЦК не містять визначення поняття «моральна шкода». Не сформульовано єдиного погляду щодо визначення цього поняття й у наукових дослідженнях.

Так, на думку Н.С. Малеїна, моральна шкода може виражатись у спричиненні потерпілому етичних або фізичних страждань у фізичних та (або) психічних переживаннях потерпілого і його близьких; у негативних наслідках, викликаних зазначеними стражданнями [7, с. 167].

К.Б. Ярошенко зазначає, що за аналогією з майновою шкодою моральна шкода означає применшення моральних благ. Крім того, вона вважає, що відшкодуванню підлягає шкода, яка викликана фізичними стражданнями та носить стійкий характер [8, с. 126].

Повертаючись до постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», в якій

було роз'яснено, що під моральною шкодою слід розуміти «втрати немайнового характеру», вважаємо доцільним звернути увагу на точку зору С.І. Шимон, яка найбільш повно досліджувала зміст зазначених втрат. Зокрема, вона стверджує, що кожна людина індивідуально сприймає всі події та явища, які відбуваються в її природному та суспільному оточенні, і при цьому завжди отримує негативні або позитивні враження. У випадках порушення прав людина сприймає себе об'єктом нападу, що спричиняє виникнення негативних емоцій, які оцінюються свідомістю й завдають страждань. Предмет страждань заволодіває увагою людини й підпорядковує собі всю її діяльність, завдяки чому продовження звичайного повсякденного способу життя стає неможливим. С.І. Шимон зауважує, що в кожному окремому випадку негативні емоції, які переживає потерпілий, будуть різними за глибиною, тривалістю, силою, зовнішнім проявом і зумовленими ними наслідками. Іноді вони досягають такого кількісного та якісного стану, що спричиняють зміни в різних сферах діяльності, наприклад, для людини творчої професії це може бути втрата творчого натхнення. Тому саме такі зміни та втрати С.І. Шимон вважає моральною шкодою [9, с. 7].

Таким чином, моральна (немайнова) шкода в авторському праві полягає в душевних стражданнях, спричинених втратами немайнового характеру, яких завдано автору твору або іншому суб'єкту авторського права на твір неправомірними діями чи бездіяльністю фізичних, юридичних осіб, які порушують його особисті немайнові права або посягають на виключні майнові права, а також принижують честь, гідність, ділову репутацію автора твору або іншого суб'єкта авторського права.

Моральна (немайнова) шкода, так само як і майнова шкода, може завдаватися, під час порушення авторських прав як у договірних, так і в позадоговірних зобов'язаннях. Специфіка відшкодування шкоди в таких ситуаціях має багато спільного. Так, в обох випадках мова йде про зобов'язальні (тобто відносні) правовідносини, підставою виникнення яких є юридичний факт – завдання шкоди суб'єкту авторського права. Наслідком порушення авторського договору, а також наслідком завдання шкоди суб'єкту авторського права за відсутності договору є виникнення юридичного обов'язку відшкодувати завдану шкоду, цей обов'язок стає додатковим щодо тих обов'язків, які існували в правопорушника раніше. Крім того, в обох випадках, за наявності вини правопорушника, відшкодування шкоди виступає заходом цивільно-правової відповідальності, з різницею лише в тому, що договором ця відповідальність може бути посилена порівняно з деліктною відповідальністю.

Моральна шкода відшкодовується грішми, іншим майном або в інший спосіб. Доволі часто на практиці виникає питання щодо визначення розміру грошового відшкодування моральної шкоди. На відміну від ЦК УРСР 1963 р., відповідно до норм якого мінімальний розмір такого відшкодування становив п'ять мінімальних розмірів заробітної плати, чинний ЦК України залишає це питання на розсуд суду, не надаючи ні мінімальних, ні максимальних меж обчислення моральної (немайнової) шкоди. Крім того, чинне законодавство не містить і способів такого обчислення.

Законодавець перераховує лише критерії оцінки, якими суд може керуватися визначення розміру відшкодування. Так, згідно з ЦК України розмір грошово-

го відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення (ст. 23 ЦК).

Крім того, згідно з п. 9 постанови Пленуму ВСУ від 31.01.1995 р. суд визначає розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди, зокрема залежно від характеру немайнових втрат (їх тривалості, можливості відновлення тощо), також враховуються стан здоров'я потерпілого, тяжкість вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступінь зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану, добровільне – за власною ініціативою чи за зверненням потерпілого – спростування інформації редакцією засобу масової інформації.

У будь-якому разі, під час визначення розміру відшкодування моральної (немайнової) шкоди враховуються вимоги розумності та справедливості. За загальним правилом моральна (немайнова) шкода відшкодовується одноразово, якщо інше не встановлено договором або законом. Крім того, розмір відшкодування моральної шкоди не пов'язується з розміром відшкодування майнової шкоди та відшкодовується незалежно від неї.

Підводячи підсумок, можна сказати, що для визначення розміру грошового відшкодування збитків та моральної (немайнової) шкоди суд повинен уважно дослідити й оцінити всі обставини, які можуть вплинути на суму такого відшкодування. Правовласник повинен мати можливість отримати відшкодування, еквівалентне до прибутку, який він міг би отримати в тому випадку, якщо незаконне використання не відбулося б. На нашу думку, лише таким чином можна уникнути ситуації, за якою вигідніше порушувати авторські права, ніж їх дотримуватися.

Література

1. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Избранные труды : в 4 т. / О.С. Иоффе. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003 – . Т. 1 : Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. – 2003. – 574 с.
2. Фомичева О.В. Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве : дис. ..канд. юрид. наук : 12.00.03. «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О.В. Фомичева ; Самарская гос. эконом. академия. – Самара, 2001. – 212 с.
3. Крисань Т.Є. Збитки як категорія цивільного права України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т.Є. Крисань ; Одеська нац. юрид. академія. – Одеса, 2008. – 216 с.
4. Бондаренко М.О. О тонких материях в юриспруденции. О практике рассмотрения дел о возмещении вреда / М.О. Бондаренко // Юридическая практика. – 2006. – № 36 (454). – С. 12–13.
5. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения / Е.А. Флейшиц. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1951. – 238 с.
6. Гражданское право России. Обязательственное право : [курс лекций] / отв. ред. О.Н. Садиков. – М. : Юристъ, 2004. – 477 с.
7. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР / Н.С. Малеин. – М. : Юридическая литература, 1981. – 203 с.
8. Ярошенко К.Б. Жизнь и здоровье под охраной закона. Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав граждан / К.Б. Ярошенко. – М. : Юридическая литература, 1990. – 174 с.
9. Шимон С.І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процесів; сімейне право; міжнародне приватне право»/ С.І. Шимон ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 1998. – 17 с.

Анотація

Кетрарь А. А. **Особливості відшкодування майнової та немайнової (моральної) шкоди в авторському праві.** – Стаття.

У статті досліджено поняття майнової та немайнової шкоди в авторському праві, визначено особливості її відшкодування. Охарактеризовано поняття реальних збитків, упущеної вигоди у сфері авторського права. Розглянуто питання визначення розміру грошового відшкодування моральної шкоди.

Ключові слова: відшкодування майнової шкоди, реальні збитки, упущена вигода, відшкодування немайнової (моральної) шкоди.

Аннотация

Кетрарь А. А. **Особенности возмещения имущественного и неимущественного (морального) вреда в авторском праве.** – Статья.

В статье исследовано понятие имущественного и неимущественного вреда в авторском праве, определены особенности его возмещения. Охарактеризованы понятия реальных убытков, упущенной выгоды в сфере авторского права. Рассмотрен вопрос определения размера денежного возмещения морального вреда.

Ключевые слова: возмещение имущественного вреда, реальные убытки, упущенная выгода, возмещение неимущественного (морального) вреда.

Summary

Ketrar A. A. **Some features of material and non-pecuniary compensation in copyright law.** – Article.

In the article the concept material damages and moral damages in copyright law, particularly defined compensation. Characterized by the notion of actual damages and loss of profits in copyright. The problem of determining the amount of monetary compensation for moral damage.

Key words: compensation for material damages, special damages, lost profits, compensation for non-pecuniary (moral) damages.

УДК 336.15:346.543

Д. Й. Клапатий

ПОНЯТТЯ ПАЙОВОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ФОНДУ

Розвиток економіки держави, законодавче забезпечення функціонування пайових інвестиційних фондів (далі – ПІФ) актуалізують питання наявності відповідного наукового підґрунтя, сформованого насамперед ученими-цивілістами. Внаслідок того, що спільне інвестування у формі ПІФ є доволі новим інститутом у національній доктрині цивільного права України, законодавство в цій сфері є на крок попереду. Кількість ґрунтовних та комплексних досліджень із правових питань функціонування ПІФ є незначною, що загострює необхідність якісного та оперативного реагування на ті виклики, які ставить перед наукою цивільного права розвиток інституційних інвесторів, зокрема ПІФ. Проблема загострюється ще й з огляду на те, що більшість нормативно-правових актів у цій сфері розробляються власне економістами та фінансистами, що нерідко призводить до ігнорування базових положень науки цивільного права.

Актуальним залишається співвідношення понять «активи» та «майно» в аспекті формулювання законодавчої дефініції ПІФ. Вирішити окреслену проблему покликане це дослідження, яке має на меті з'ясування доцільності вживання терміна«активи» щодо поняття ПІФ за наявності цивільно-правової категорії

© Д. Й. Клапатий, 2014

«майно», яка втілена в базовому законодавчому акті – Цивільному кодексі України (далі – ЦК України).

Теоретичну базу наукового дослідження склали праці вітчизняних та зарубіжних учених-цивілістів, зокрема М.В. Венецької, Е.А. Ігнатьєвої, А.Я. Курбатова, Т.Т. Оксюка, О.А. Слободяна, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.І. Цікала. Слід підкреслити, що комплексних досліджень співвідношення понять «майно» та «активи» з фокусом на функціонування ПІФ майже не проводилось, за винятком дослідження окремих аспектів співвідношення цих понять, яке здійснене О.А. Слободяном [1].

Сьогодні правові й організаційні питання створення, функціонування та припинення ПІФ регламентовані Законом України «Про інститути спільного інвестування» від 5 липня 2012 р. № 5080-VI, який набрав чинності з 1 січня 2014 р. (далі – Закон 2012 р.) та значною кількістю підзаконних нормативно-правових актів, прийнятих Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. У ст. 41 Закону 2012 р. закріплено, що ПІФ є сукупністю активів, які належать учасникам такого фонду на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються нею окремо від результатів її господарської діяльності. Одразу варто наголосити на неправильності вживання законодавцем щодо ПІФ словосполучення «правовий статус» у назві цієї норми, оскільки правовим статусом наділяються, власне, суб'єкти правовідносин, а поняття «правовий статус» охоплює права та обов'язки, якими наділений такий суб'єкт [2, с. 150]. Враховуючи чітку законодавчу позицію, висвітлену в ч. 3 ст. 41 Закону 2012 р., згідно з якою ПІФ не є юридичною особою, доходимо висновку, що ПІФ не може бути наділений правовим статусом, тобто правами та обов'язками, а тому вважаємо, що вказаний недолік повинен бути усунений.

Як бачимо, законодавець не відмовився від визначення ПІФ, яке існувало в Законі України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 р. № 2299-III (далі – Закон 2001 р.), за винятком того, що в новому законі вжито словосполучення «сукупність активів», а не «активи», як це було закріплено в ч. 1 ст. 22 Закону 2001 р. Очевидно, що вживання словосполучення «сукупність активів» є більш точним та правильним щодо активів ПІФ, адже свідчить, що між указаними активами існує зв'язок, а самі активи об'єднані в загальний фонд, яким є ПІФ.

У ЦК України поняття «активи» не визначено, а вживається лише сполучення «чисті активи» щодо регламентації діяльності господарських товариств (наприклад, ч. 3 ст. 155 ЦК України). До об'єктів цивільних прав кодекс відносить речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію, а також інші матеріальні та нематеріальні блага (ст. 177). ЦК України також містить визначення поняття «майно», яке може охоплювати окрему річ, сукупність речей, майнові права та обов'язки (ст. 190). Автори науково-практичного коментаря до ЦК України за редакцією В.М. Коссака вказують на те, що майно як об'єкт цивільних правовідносин є широким родовим поняттям, деталізують передбачений ЦК України склад майна, відносячи до нього таке: 1) окрему річ; 2) сукупність речей, що належать особі на праві власності чи на інших правах; 3) майнові права,

права вимоги; 4) обов'язки, борги, які обтяжують майно [3, с. 354]. Як зазначає М.В. Венецька, до складу майна не включаються нематеріальні об'єкти цивільних прав, за винятком майнових прав вимоги [4, с. 132].

Виникає питання про те, чому щодо ПІФ законодавцем було вжито категорію «активи», зокрема з урахуванням того, що вживання цієї категорії більш притаманне для науки економіки, а саме в аспекті бухгалтерського та податкового обліку [5, с. 119], яке логічне пояснення цього явища? Для того щоб дати відповідь на це питання, вважаємо за необхідне проаналізувати зміст поняття майна, яке вживається в ЦК України, та поняття активів інституту спільного інвестування, визначення якого міститься в п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону 2012 р.

Так, активами інституту спільного інвестування є сформована за рахунок коштів спільного інвестування сукупність майна, корпоративних прав, майнових прав і вимог та інших активів, передбачених законами й нормативно-правовими актами Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (ч. 1 ст. 1 Закону 2012 р.). Варто зауважити, що поняття «активи» в національному законодавстві України вжито неодноразово і важливо, що усталеного визначення цього поняття не існує. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» від 16 липня 1999 р. № 996-XIV (далі – Закон про бухгалтерський облік) активами є ресурси, контрольовані підприємством у результаті минулих подій, використання яких, як очікується, призведе до отримання економічних вигод у майбутньому. Інше визначення поняття активів міститься в Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 28 листопада 2002 р. № 249-VI, за яким активами визнаються кошти, майно, майнові й немайнові права. Як бачимо, поняття «активи» може мати різні значення, залежно від того для, цілей якого нормативно-правового акта його було прийнято.

Повертаючись до поняття активів інституту спільного інвестування (далі – активи ІСІ), яке є загальним щодо корпоративного фонду та ПІФ, варто наголосити, що сьогодні детальний склад активів ІСІ передбачений у Положенні про склад та структуру активів інституту спільного інвестування, затвердженому рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 вересня 2013 р. № 1753 (далі – Положення). Так, відповідно до п. 1 Положення активи ІСІ складаються з таких елементів: 1) грошових коштів, у тому числі в іноземній валюті, на поточних та депозитних рахунках, відкритих у банківських установах; 2) банківських металів; 3) об'єктів нерухомості; 4) цінних паперів, визначених Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок»; 5) цінних паперів іноземних держав та інших іноземних емітентів; 6) корпоративних прав, виражених у відмінних від цінних паперів, формах; 7) майнових прав і вимог; 8) інших активів, дозволених законодавством України, з урахуванням обмежень, встановлених безпосередньо для конкретних типів та видів інвестиційних фондів.

Порівнюючи поняття «майно» та «активи ІСІ» для з'ясування можливості їх ототожнення необхідно порівняти складові елементи цих понять, як вони визначені законодавством України. У цьому контексті доцільно акцентувати увагу на позиції О.А. Слободяна, який, беручи за основу визначення поняття активів, що пе-

редбачене Законом про бухгалтерський облік, зазначає, що щодо ПІФ категорія «активи» не є тотожною категорії «майно» з тієї причини, що до складу активів ПІФ можуть включатись, окрім активів, які контрольовані КУА в результаті минулих подій, використання яких призведе до економічних вигод у майбутньому, ще й інші активи [1, с. 153]. О.А. Слободян доходить висновку, що для позначення ПІФ повинні використовуватись цивілістичні, а не фінансово-бухгалтерські терміни, іншими словами, для позначення ПІФ, на думку О.А. Слободяна, повинен використовуватись термін «майно», а не «активи». Вважаємо, що вказана позиція є спірною. Детальний аналіз змісту поняття «майно», визначеного ЦК України, свідчить про те, що цим терміном в аспекті активів ПІФ охоплюються такі об'єкти цивільних прав, як грошові кошти, банківські метали, об'єкти нерухомості, цінні папери, майнові права та вимоги. Виникає питання про охоплення поняттям «майно» корпоративних прав, які також можуть входити до складу активів ІСІ.

Як уже зазначалося, до складу цивілістичної категорії «майно» за жодних обставин не можуть входити нематеріальні об'єкти цивільних прав, за винятком майнових прав вимоги. Доцільно в цьому контексті акцентувати увагу на правовій природі корпоративних прав, які можуть входити до складу активів ІСІ. Слід наголосити, що питання правової природи корпоративних прав і досі залишається дискусійним. Більшість учених-цивілістів, які досліджують особливості корпоративних прав, вказують на те, що за своєю природою корпоративні права мають складну структуру та включають у себе права особистого немайнового (право на участь в управлінні юридичною особою) та майнового (право на отримання певної частки прибутку (дивідендів) юридичної особи та активів у разі її ліквідації) характеру [7, с. 105; 8, с. 11]. Аналогічний підхід до визначення природи корпоративних прав відображений у Господарському кодексі України та Законі України «Про акціонерні товариства». Розвиваючи думку про подвійну природу корпоративних прав, І.В. Спасибо-Фатєєва наголошує на необхідності доповнення немайнових прав також правом на інформацію, а майнових – правом вимоги проведення розрахунків під час вибуття з господарського товариства або в певних випадках – виплати вартості акцій [9, с. 27]. Водночас заслуговує на увагу висновок І.В. Спасибо-Фатєєвої про те, що корпоративні права у внутрішніх корпоративних правовідносинах мають подвійну природу, а для учасника товариства важливе значення мають особисті немайнові права та майнові права як складові частини корпоративних прав [9, с. 28]. У зовнішніх корпоративних правовідносинах корпоративні права втрачають свою подвійну правову природу та становлять собою об'єкт права. Зовнішні правовідносини перетворюють корпоративні права з такого елемента юридичних правовідносин, як зміст, на такий елемент правовідносин, як об'єкт, що й обумовлює сприйняття корпоративних прав як прав майнових. Як об'єкт правовідносин корпоративні права є майновими правами, а відтак вони можуть вільно відчужуватися [9, с. 30].

Зважаючи на вищенаведене, вважаємо, що у випадку існування в складі активів ПІФ корпоративних прав компанія з управління активами перебуває з відповідним господарським товариством у внутрішніх корпоративних правовідносинах, для неї важливе значення відіграють як майнові права, зокрема право на отримання

прибутку, так і немайнові права як складова частина корпоративних прав, зокрема в аспекті права на участь в управлінні господарським товариством. Наведена теза знайшла своє відображення й у відповідній національній судовій практиці, яка свідчить про те, що компанії з управління активами активно використовують належні їм немайнові права, які є складовою корпоративних прав. Так, у постанові Київського апеляційного господарського суду від 23 січня 2014 р. у справі № 910/12776/13 зазначалося: «Товариство з обмеженою відповідальністю «Компанія з управління активами «ТЕКТ» (м. Київ), що діє в інтересах Закритого пайового недиверсифікованого венчурного інвестиційного фонду «ЕКТ Private Equity Fund I», звернулось до Господарського суду міста Києва з позовом до Відкритого акціонерного товариства «Київоздоббуд» про визнання недійсним п. 22 рішення загальних зборів акціонерів Відкритого акціонерного товариства «Київоздоббуд» 07.11.2008 р., яке оформлене протоколом № 2 від 07.11.2008 р. Крім того, позивач приймав участь у голосуванні під час прийняття спірного рішення загальних зборів, та, як вбачається зі змісту довіреності б/н від 04.11.2008 р., представник позивача з питання 22 порядку денного в межах своїх повноважень голосував «проти», незважаючи на те, що більшістю голосів рішення було прийнято» [10].

Під час з'ясування співвідношення понять «корпоративні права» та «майно» корпоративні права слід розглядати як сукупність майнових та особистих немайнових прав. Враховуючи те, що майно не може містити в собі нематеріальних об'єктів цивільних прав, зокрема немайнових прав, корпоративні права не можуть охоплюватися поняттям «майно». Наведене дає підстави твердити про те, що поняття «активи ІСІ» не може бути замінене на поняття «майно» під час формулювання дефініції ПІФ саме через те, що до складу активів ІСІ можуть входити корпоративні права. У цьому контексті слід також акцентувати увагу на положенні ч. 4 ст. 48 Закону 2012 р., яке допускає ситуацію, за якої активи венчурного ПІФ можуть повністю складатися з корпоративних прав. Як бачимо, питання співвідношення окреслених понять повинно вирішуватись на користь терміна «активи ІСІ» для позначення дефініції ПІФ.

Зважаючи на зазначене нормативне визначення поняття майна, не зовсім коректним видається змістовне наповнення дефініції поняття «активи ІСІ», закріплене в п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону 2012 р., адже не зрозуміло, з яких підстав законодавець виокремлює та фактично виводить зі змісту поняття майна майнові права та вимоги, які, як уже було зазначено вище, охоплюються поняттям «майно». Зважаючи на те, що склад і структура активів пайових та корпоративних інвестиційних фондів сьогодні визначаються на рівні підзаконного нормативного акта Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, вважаємо, що поняття активів ІСІ в Законі 2012 р. повинно бути вичерпним, тому словосполучення «та інших активів...» необхідно з нього виключити. Відтак зазначені недоліки законодавчого формулювання поняття активів ІСІ повинні бути усунені, а поняття «активи ІСІ», передбачене п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону 2012 р., доцільно визначити як сукупність майна та корпоративних прав, сформовану за рахунок коштів спільного інвестування. Це визначення дозволить узагальнено врахувати ті об'єкти цивільних прав, що становлять собою активи ІСІ, конкретний перелік яких вже деталізуватиметься на рівні підзаконного нормативного акта.

Доцільно також проаналізувати окреслену проблему з дещо іншого погляду, змоделювавши ситуацію, за якої поняття «майно» та «активи ІСІ» були б тотожними та могли б використовуватись у тексті нормативного акта як синоніми. Зокрема, це допускає законодавство Російської Федерації (далі – РФ). Так, у Федеральному законі РФ «Про інвестиційні фонди», як і в підзаконних актах цієї держави, термін «склад активів ПІФ» використовується як синонім терміна «склад майна ПІФ» [11, с. 156]. Проте виникає питання можливості ефективно замінити термін «майно» поняттям «активи». Тут варто погодитись зі слушною думкою О.А. Слободяна, який вказує, що з практичної точки зору категорія «активи» є більш «розробленою» та структурованою [1, с. 152]. Так, у тексті Закону 2012 р. термін «активи ІСІ» вживається в поєднанні з такими словами: «склад активів», «структура активів», «залучені активи», «доходи, нараховані за активами», «управління активами», «вартість чистих активів», «інвестувати активи», «клас активів», «обліковувати активи» тощо. Очевидно, що для цілей Закону 2012 р. вживання терміна «майно» буде недостатньо, відтак саме у зв'язку з різновекторністю дій, які становлять зміст управління активами інституту спільного інвестування, вважаємо, і було запроваджено дефініцію «активи ІСІ».

Як правильно зазначає Е.А. Ігнатьєва, особливість активів, яка відрізняє їх від таких категорій, як «майно», «власність», полягає насамперед у тих властивостях, якими наділені активи, а не в правовому зв'язку із суб'єктом господарювання, на балансі якого ці активи перебувають [12, с. 207]. Водночас ключовою ознакою поняття «активи» є здатність активів приносити економічні вигоди в майбутньому [12, с. 207]. Вживання ж поняття «активи ІСІ» щодо ПІФ є доцільним ще й з огляду на необхідність визначення вартості чистих активів ПІФ компанією з управління активами та її подальшого оприлюднення на власному веб-сайті (ст. 76 Закону 2012 р.), здійснення первісної оцінки та відображення активів ІСІ в бухгалтерському обліку за первісною вартістю на день зарахування активу до складу активів ІСІ. Якщо взяти до уваги положення ч. 2 ст. 49 Закону 2012 р., то можемо зауважити, що обчислення вартості чистих активів інституту спільного інвестування відкритого типу проводиться кожен день. Вочевидь, цивільно-правова категорія «майно» не пристосована до вказаного спектра операцій, які можуть бути проведені з активами.

Цікавим у цьому контексті є досвід зарубіжних країн, втілений в їх національному законодавстві та законодавстві Європейського Союзу. Так, у ст. 1 Закону Федеративної Республіки Німеччини «Про інвестиційні фонди» (Investmentgesetz) у дефініції інвестиційних фондів вживається саме термін «активи» (Vermögensgegenstände) [12]. Водночас у законі Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії «Про колективне інвестування в цінні папери, які підлягають обігу (договірна форма)» терміни «активи» та «майно» вживаються як синоніми, про що зроблено відповідне застереження в законі [13]. Якщо проаналізувати положення директиви Європейського парламенту від 20 грудня 2009 р. «Про узгодження законів, підзаконних та адміністративних положень, що стосуються інститутів спільного (колективного) інвестування в цінні папери, що підлягають обігу», то можна дійти висновку, що в цьому документі вживається термін «активи» (assets), а термін «майно» вживається

лише щодо нерухомого майна (immovable property) [14]. Враховуючи національний курс щодо адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, термінологія, яка вживається в законодавстві Європейського Союзу, все ж повинна відігравати визначальну роль під час здійснення нормотворення задля регламентації функціонування інститутів спільного інвестування, у тому числі ПІФ.

Підсумовуючи проведене дослідження, можна акцентувати увагу на таких його результатах: 1) враховуючи законодавчо встановлений перелік видів активів, які можуть входити до складу ПІФ, зокрема такий їх вид, як корпоративні права, можемо стверджувати, що термін «активи ІСІ» не може ототожнюватись із цивілістичною категорією «майно», а відтак вживання законодавцем слово-сполучення «сукупність активів» під час формулювання дефініції ПІФ є виправданим та відповідає положенням нормативно-правових актів Європейського Союзу; 2) незважаючи на те, що термін «активи» є фінансово-бухгалтерським, ключове значення в цьому контексті має те, що цей термін, будучи втіленим у національному законодавстві, зокрема Законі 2012 р., набув значення правової категорії, може вживатись для позначення ПІФ як «сукупність активів»; 3) вживання терміна «активи» щодо ПІФ є також правильним з огляду на різновекторність операцій, які здійснюються з активами ПІФ, зокрема визначення вартості чистих активів цього інституту спільного інвестування, відображення активів ІСІ в бухгалтерському обліку тощо, що не може бути здійснено щодо такої категорії, як «майно»; 4) необхідно враховувати цивільно-правову категорію «майно», зокрема її зміст, під час формулювання положень законодавства, які регламентують функціонування ПІФ, зокрема потребує приведення у відповідність до ст. 190 ЦК України поняття «активи ІСІ», а відтак п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону 2012 р. необхідно викласти в такій редакції: «Активи інституту спільного інвестування – сукупність майна та корпоративних прав, сформована за рахунок коштів спільного інвестування».

Проведене дослідження підтверджує, що законотворчі процеси, які покликані забезпечити функціонування інститутів спільного інвестування на території України, зумовлюють необхідність створення належної науково-теоретичної бази. Відтак потребує подальшого наукового дослідження проблематика законодавчого забезпечення функціонування ПІФ в Україні, з'ясування його правової природи, особливостей правових зв'язків між учасниками ПІФ та компанією з управління активами, особливостей здійснення діяльності щодо управління активами ПІФ, правового статусу учасників ПІФ тощо.

Література

1. Слободян О.А. Пайовий інвестиційний фонд – активи чи майно? / О.А. Слободян // Право і суспільство. – 2012. – № 1. – С. 148–154.
2. Луць Л.А. Загальна теорія держави та права : [навчально-методичний посібник] / Л.А. Луць. – К. : Атіка, 2007. – 412 с.
3. Науково-практичний коментар цивільного кодексу України / за ред. В.М. Коссака. – Вид. 2-ге, змінене і доп. – К. : Істина, 2008. – 992 с.
4. Цивільне право України: академічний курс : [підручник] : У 2 т. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006 – . – Т. 1 : загальна частина. – 2006. – 520 с.
5. Курбатов А.Я. Соотношение понятий «имущество» и «активы» в российском праве / А.Я. Курбатов // Хозяйство и право. – 2005. – № 4. – С. 109–121.

6. Цікало В.І. Корпоративні права: поняття, ознаки та класифікація / В.І. Цікало // Право України. – 2010. – № 11. – С. 102–112.
7. Спасибо-Фатєєва І.В. Поняття майна, майнових та корпоративних прав як об'єктів права власності / І.В. Спасибо-Фатєєва // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – С. 9–18.
8. Спасибо-Фатєєва І.В. Правова природа майнових і корпоративних прав, їх оборотоздатність та деякі аспекти застави / І.В. Спасибо-Фатєєва, Т.В. Дуденко // Юридичний радник. – 2005. – № 2. – С. 26–30.
9. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 23 січня 2014 р. у справі № 910/12776/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37027574.
10. Оксюк Т.Т. Гражданско-правовое регулирование доверительного управления паевыми инвестиционными фондами : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / Т.Т. Оксюк ; – Московский гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 2005. – 212 с.
11. Игнатьева Е.А. О соотношении понятий «актив», «собственность», «имущество» в российском праве / Е.А. Игнатьева // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5 «Юриспруденция». – 2011. – № 2(15). – С. 204–209.
12. Investment gesetz vom 15. Dezember 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads.
13. The Collective Investmentin Transferable Securities (Contractual Scheme) Regulations // Financial Servicesand Markets. 2013. – № 1388. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislation.gov.uk.
14. Про узгодження законів, підзаконних та адміністративних положень, що стосуються інститутів спільного (колективного) інвестування в цінні папери, що підлягають обігу : директива Європейського парламенту від 20 грудня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua.

Анотація

Клапатий Д. Й. **Поняття пайового інвестиційного фонду.** – Стаття.

У статті досліджено поняття пайового інвестиційного фонду. З'ясовано зміст та обсяг понять «активи інституту спільного інвестування» та «майно», висвітлено особливості співвідношення цих категорій в аспекті формулювання законодавчої дефініції пайового інвестиційного фонду.

Ключові слова: пайовий інвестиційний фонд, активи, майно, корпоративні права.

Аннотация

Клапатий Д. И. **Понятие паевого инвестиционного фонда.** – Статья.

В статье исследовано понятие паевого инвестиционного фонда. Выяснено содержание и объем понятий «активы института совместного инвестирования» и «имущество», освещены особенности соотношения этих категорий в аспекте формулировки законодательной дефиниции паевого инвестиционного фонда.

Ключевые слова: паевой инвестиционный фонд, активы, имущество, корпоративные права.

Summary

Klapatyi D. Y. **The Notion of the Share Investment Fund.** – Article.

The notion of the share investment fund is analyzed in the article. The content and scope of the notions «assets of the institute of collective investment» and «property» is elucidated and peculiarities of these categories in the context of legislative formulation of the definition share investment fund are highlighted.

Key words: share investment fund, assets, property, corporate rights.

УДК 347.736

В. В. Князьков

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАДАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ФІНАНСОВОЇ ПІДТРИМКИ ПІДПРИЄМЦЯМ: ПРОБЛЕМИ ТА НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Держава безпосередньо зацікавлена в розвитку підприємницької діяльності, оскільки зростання підприємств забезпечує нарощення економічної потужності України, підвищення добробуту громадян, створення нових робочих місць, заповнює прогалини у сфері споживання, сприяє створенню нових робочих місць, забезпечує розвиток добросовісних конкурентних відносин тощо. Проте головним гальмом у розвитку підприємств є недостатність або відсутність первинного капіталу для здійснення підприємницької діяльності, оскільки низка економічних прорахунків держави (починаючи з краху банківської системи СРСР 1990-х років) не сприяла зростанню рівня життя та доходів населення України. У більшості випадків особи, які мають намір здійснити підприємницьку діяльність, зіткнувшись з проблемою відсутності певної суми коштів, без якої неможливо розпочати вищевказану діяльність, відступають від власного наміру, оскільки отримання банківських кредитів на здійснення підприємницької діяльності є переважно невигідним, а іноді взагалі неможливим (банки надають кредити переважно великим підприємствам, а малим або відмовляють чи встановлюють високі відсотки, що заздалегідь робить його діяльність невигідною, або від початку вимагає від підприємця встановлювати високі ціни на товари (послуги), що робить їх не конкурентоспроможними). Отже, на сьогодні головним завданням держави є створення умов для можливості розпочати підприємницьку діяльність та забезпечення ефективного функціонування існуючих суб'єктів підприємництва, вирішенню якого допомагає застосування такого засобу фінансово-правового регулювання господарської діяльності, як державна фінансова підтримка суб'єктів підприємництва.

Незважаючи на доволі тривале застосування державної фінансової підтримки підприємців, науковому дослідженню проблем та шляхів удосконалення вищевказаного засобу фінансово-правового регулювання підприємницької діяльності приділялося недостатньо уваги. К.І. Апанасенко [1] зупинявся на визначенні конкурсного порядку допомоги суб'єктам господарювання, Т.В. Некорасова [2], Т.С. Нестеренко [3] – на порядку надання державної допомоги суб'єктам господарювання, О.С. Романов [4] – на аналізі окремих норм законодавчих актів, що врегульовують порядок надання державної допомоги підприємцям, у той час як дослідження проблем правового регулювання та визначення напрямків удосконалення надання саме державної фінансової підтримки підприємцям набуває особливої актуальності на сучасному етапі в Україні.

Саме тому метою статті є дослідження проблем правового регулювання надання фінансової державної підтримки (ФДП) підприємцям та визначення напрямків його вдосконалення.

У законодавстві немає єдиного нормативного акта, який закріплював би основні форми ФДП, що надаються суб'єктам підприємницької діяльності. Взагалі нор-

© В. В. Князьков, 2014

мативне врегулювання надання державної підтримки здійснюється великою кількістю нормативно-правових актів, частина з яких закріплює лише загальні форми державної підтримки, а врегулювання надання фінансової державної підтримки обмежується загальними фразами. Наприклад, у Законі України «Про державну підтримку космічної діяльності» від 16 березня 2000 року № 1559-III [5] в ч. 1 ст. 4 визначаться лише, що фінансування космічної діяльності здійснюється за рахунок Державного бюджету України.

Порядок надання фінансової державної допомоги на конкурсних засадах визначається Господарським кодексом України, Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року № 2210-III [6], Законом України «Про стимулювання розвитку регіонів» від 8 вересня 2005 року № 2850-II [7], Порядком використання у 2010 році коштів Стабілізаційного фонду для державної підтримки виробництва продукції рослинництва, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 29 вересня 2010 року № 897 [8], численними концепціями з розвитку промисловості та іншими нормативними актами, аналіз яких дозволяє констатувати, що головною проблемою надання державної фінансової підтримки підприємцям є відсутність ефективного контролю за використанням наданої підтримки, внаслідок чого, як підкреслює К.І. Апанасенко [1], фінансова державна підтримка підприємств перетворилася на механізм «викачування» грошей з бюджетів.

Прийняття Концепції реформування системи державної допомоги суб'єктам господарювання, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 13 січня 2010 року № 81-р [9], метою якої було підвищення прозорості функціонування цієї системи, мінімізація негативного впливу державної допомоги на конкуренцію та міжнародну торгівлю, адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу, ніяк не вплинуло на вирішення проблем, що утворилися на сьогодні в українському суспільстві під час надання фінансової державної підтримки суб'єктам підприємництва.

Аналіз норм вищевказаної концепції свідчить про те, що реформування системи надання державної підтримки законодавець вбачає у проведенні інвентаризації державної допомоги, наданої центральними органами виконавчої влади; складенні та веденні реєстру відомостей про державну допомогу, надану центральними органами виконавчої влади; проведенні інвентаризації державної допомоги, наданої місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, забезпеченні доповнення та ведення реєстру з урахуванням результатів інвентаризації; складанні карти регіонального розподілу й звіту. Досягнення цього планується здійснити шляхом реформування нормативно-правової бази, зокрема таким:

– розробити проект закону про державну допомогу суб'єктам господарювання;

– розробити нормативно-правові акти щодо проведення інвентаризації державної допомоги, наданої центральними органами виконавчої влади;

– привести законодавчі акти у відповідність до закону про державну допомогу суб'єктам господарювання;

– розробити нормативно-правові акти щодо проведення інвентаризації державної допомоги, наданої місцевими органами виконавчої влади й органами місцевого

самоврядування, та підзаконні акти, що забезпечить функціонування системи державної допомоги [9].

Аналіз норм вищевказаної концепції свідчить, що законодавець фактично вперше замислився, куди йдуть бюджетні гроші, оскільки через відсутність системи моніторингу, різноплановість видів і форм державної допомоги, розгалуженість законодавства, що врегульовує порядок надання такої допомоги, та відсутність контролю за витратами на державну допомогу підприємцям законодавець на сьогодні не знає точно, хто надає державну допомогу, хто її отримує, на що використовує, які втрати державного та інших бюджетів від надання державної (в тому числі фінансової) підтримки підприємцям. Як підкреслюють О.О. Бетлій та В.В. Кравчук [10, с. 3], загальні витрати на державну підтримку підприємців можуть складати 6–8% ВВП країни, при цьому більша частина з них припадає на корупційні схеми.

Головною проблемою, яку відмічають у системі надання фінансової державної допомоги підприємцям як українські науковці (Т.В. Некорасова [2], О.С. Романов [4, с. 48]), так і зарубіжні спостерігачі [11], є відсутність контролю за видачею та витрачанням фінансової державної підтримки.

Крім відсутності контролю за фінансовою державною підтримкою не здійснюється аналіз впливу наданої допомоги на розвиток та ефективність функціонування суб'єктів підприємництва, хоча фінансова державна підтримка суб'єктів підприємництва здійснюється саме як засіб фінансово-правового регулювання підприємницької діяльності. Тобто надаючи фінансову державну підтримку підприємцям, уряд не лише не контролює її використання, а навіть не досліджує, допомагає чи шкодить надана підтримка підприємцям, у той час як побутує думка, яка підтримується низкою науковців, щодо того, що надання фінансової державної підтримки є фактором, який спотворює конкуренцію, оскільки суб'єкти підприємництва, яким надають фінансову державну допомогу, отримують перевагу перед іншими підприємцями [12, с. 12]. Отже, розроблення зрозумілого й прозорого механізму контролю за витрачанням підприємцями коштів від отримання фінансової державної підтримки, а також системи аналізу впливу наданої допомоги на розвиток та ефективність функціонування суб'єктів підприємництва є важливим напрямком реформування системи державної підтримки суб'єктів господарювання.

Також ефективним, на нашу думку, буде запровадження механізму опублікування інформації про надану фінансову державну підтримку підприємцям, на застосуванні якого, спираючись на досвід ЄС, наполягають Т.С. Нестеренко Є.О. Заруднєв [3]. Так, відповідно до норм 86–88 Договору про ЄС держави можуть допомагати національним суб'єктам господарювання лише за умов, якщо цього вимагають суспільні інтереси, оскільки фінансова державна допомога надає тому підприємцеві, якому вона надається, привілейованого становища, що вважається порушенням вільної конкуренції. Згідно з Директивою ЄС № 2000/52/ЕС, якщо держава надає допомогу суб'єктам господарювання, які мають особливі права порівняно з іншими через виконання державного замовлення тощо або отримують кошти від держави не на засадах вільного ринку (крім невеликих підприємств, центральних банків, підприємств із невеликим обсягом торгівлі з іншими країнами ЄС),

то інформація про це повинна бути опублікована в офіційних виданнях та на відповідних сайтах мережі Інтернет [13].

Підсумовуючи зазначене, констатуємо, що для ефективності застосування такого засобу фінансово-правового регулювання господарської діяльності, як надання фінансової державної підтримки, необхідне реформування нормативно-правових актів, спрямованих на врегулювання надання такої допомоги підприємцям, перспективними напрямками якого (крім визначених у Концепції реформування системи державної допомоги суб'єктів господарювання) повинні бути такі:

1. Розроблення та прийняття закону про державну допомогу суб'єктам господарювання, в якому необхідно передбачити:

– вичерпний перелік форм фінансової державної допомоги суб'єктам господарювання, єдиний порядок надання такої допомоги;

– відсутність як форми фінансової державної підтримки суб'єктів господарювання податкових важелів, що впливають на зменшення податкового тягаря на підприємців;

– чітке закріплення єдиної конкурсної процедури надання фінансової державної допомоги підприємцям, визначення критеріїв обрання переможців, що зменшить суб'єктивний вплив на рішення конкурсних комісій, що забезпечить прозорість надання такої підтримки;

– механізм контролю за використанням наданої підприємцеві фінансової державної підтримки й системи аналізу впливу наданої допомоги на розвиток та ефективність функціонування суб'єктів підприємництва;

– опублікування інформації щодо надання державної фінансової підтримки суб'єктам підприємництва.

2. Зменшення кількості підзаконних нормативно-правових актів, які врегульовують процедуру отримання фінансової державної допомоги.

Література

1. Апанасенко К.І. Щодо конкурсного порядку допомоги суб'єктам господарювання / К.І. Апанасенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://law-property.in.ua/articles/54-apanasenko-ki-for-providing-competitive-procedure-for-government-assistance-to-enterprises.html.
2. Некорасова Т.В. Щодо вдосконалення порядку надання державної допомоги суб'єктам господарювання / Т.В. Некорасова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=208&ID= 268.
3. Нестеренко Т.С. Щодо порядку надання державної допомоги суб'єктам господарювання / Т.С. Нестеренко, Є.О. Заруднєв [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravoznavec.com.ua/period/article/2805/%D2.
4. Романов О.С. Законопроект «Про державну допомогу» / О.С. Романов // Юридичний журнал. – 2005. – № 3. – С. 45–49.
5. Про державну підтримку космічної діяльності : Закон України від 16 березня 2000 року № 1559-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 22. – Ст. 172.
6. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.
7. Про стимулювання розвитку регіонів: Закон України від 08.09.2005 року № 2850-II // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 51. – Ст. 548.
8. Про затвердження Порядку використання у 2010 році коштів Стабілізаційного фонду для державної підтримки виробництва продукції рослинництва : постанова Кабінету Міністрів України від 29 вересня 2010 року № 897 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 7. – Ст. 2663.

9. Концепція реформування системи державної допомоги суб'єктам господарювання : розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 січня 2010 року № 81-р // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/81-2010-р.
10. Бетлій О.О. Реформа державної допомоги в Україні / О.О. Бетлій, В.В. Кравчук. – К. : Інститут економічних досліджень та політичний консультацій, 2012. – 15 с.
11. Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2000/52/EG der Kommission von 26. Juli 2000 zur Anderung der Richtlinie 80/723/EWG tiber die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den offentlichen Unternehmen / BGBI. I. – St. 2141.
12. Черніков Д.О. Модернізація системи державної підтримки суб'єктів господарювання в Україні / Д.О. Черніков. – К. : НІСД, 2013. – 28 с.
13. Директива Комісії ЄС № 2000/52/EG про внесення змін до Директиви № 80/723/EWG про прозорість фінансових стосунків між країнам-учасницями ЄС та публічними суб'єктами господарювання : нормативний акт Комісії ЄС від 26 липня 2000 р. № 2000/52/EG станом на 2 квітня 2011 р. // Amtsblatt Nr. – L. 193. – Vom 29.07.2000. – P. 75.

Анотація

Князьков В. В. **Правове регулювання надання державної фінансової підтримки підприємцям: проблеми та напрямки вдосконалення.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню правового регулювання надання державної фінансової підтримки підприємцям, визначенню проблем у такому регулюванні та визначенню напрямків його вдосконалення.

Ключові слова: державна фінансова підтримка, суб'єкти підприємницької діяльності.

Аннотация

Князьков В. В. **Правовое регулирование предоставления государственной финансовой поддержки предпринимателям: проблемы и направления совершенствования.** – Статья.

Статья посвящена исследованию правового регулирования предоставления государственной финансовой поддержки предпринимателям, определению проблем в таком регулировании и определению направлений его совершенствования.

Ключевые слова: государственная финансовая поддержка, субъекты предпринимательской деятельности.

Summary

Knyazkov V. V. **Legal regulation of provision of state financial support to entrepreneurs: problems and ways of improvement.** – Article.

The article is devoted to legal regulation of provision of state financial support to entrepreneurs, to identify problems in this regulation and directions of its improvement.

Key words: public financial support, subjects of entrepreneurial activity.

УДК 347.27. (01)

В. В. Рашківська

ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ПЕРЕДАЧІ В ЗАСТАВУ МАЙНОВИХ ПРАВ

Використання майнових прав як предмета застави не є абсолютно новим для вітчизняного цивільного законодавства. У радянський період можливість такої застави була прямо передбачена Цивільним кодексом (далі – ЦК) УРСР 1922 р.

Проте жодних теоретичних розробок, присвячених цьому цивільно-правовому інституту, у той час не було зроблено, за винятком окремих аспектів дослідження М. Агарковим проблематики банківського права. Тому реального застосування цього інституту на підставі вказаної норми на той час не відбулось.

Відповідно до ЦК УРСР 1964 р. предметом застави могло бути майно. Незважаючи на присутність у радянській цивілістичній доктрині тлумачення поняття майна як сукупності речей та майнових прав, тогочасним законодавством таке розширене розуміння терміна «майно» не було сприйнято. Більше того, положення ЦК УРСР про заставу, за влучним висловом професора М. Брагінського, «дали привід зробити висновок, що з трьох зазвичай охоплюваних поняттям «майно» об'єктів – речі, права та обов'язку – у цьому випадку малися на увазі лише речі». Про використання майнових прав як предмета застави не могло бути й мови. У такому ж контексті «неможливості застосування» інституту застави майнових прав згадували такі видатні радянські вчені, як О. Йоффе, І. Новицький, Л. Лунц, коли у своїх працях досліджували проблематику забезпечення виконання зобов'язань.

Норма ч. 1 ст. 4 Закону України «Про заставу» від 02.10.1992 р. вперше після ЦК УРСР 1922 р. повернула майнові права до переліку предметів застави [1, с. 441].

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про заставу» [2] предметом застави можуть бути майно та майнові права; аналогічне положення міститься в ст. 576 Цивільного кодексу України.

Проте в Законі України «Про заставу» визначення майнових прав немає. Цивільний кодекс України в ч. 2 ст. 190 визнає майнові права речовими правами, тобто правом власності (ст. 316 ЦК України) [3].

Більш широке визначення майнових прав надано в Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні». Згідно зі ст. 3 цього закону майновими правами визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (право володіння, користування, розпорядження), а також інші специфічні права (право на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги [4].

У ст. 4 Закону України «Про заставу» визначено, що предметом застави не можуть бути вимоги особистого характеру, а також інші вимоги, застава яких забороняється законом. Відповідно до ч. 1 ст. 49 Закону України «Про заставу» заставодавець може укласти договір застави як належних йому на момент укладення договору прав вимоги щодо зобов'язань, в яких він є кредитором, так і тих, що можуть виникнути в майбутньому [2]. Більше того, ч. 2 ст. 576 ЦК України перед-

© В. В. Рашківська, 2014

бачає, що до предмету застави також може належати майно, яке виникне в майбутньому, зокрема встановлено, що предметом застави може бути майно, яке заставодавець набуде після виникнення застави (майбутній урожай, приплід худоби тощо) [3].

Дослідження положень законодавства дозволяє визначити, що предметом договору можуть бути як майнові права, що належать заставодавцеві на момент укладення договору, в якому він виступає кредитором, так і ті, що можуть виникнути в майбутньому.

Стаття 50 Закону України «Про заставу» визначає, що заставодавець зобов'язаний виконати дії, необхідні для забезпечення дійсності заставленого права; не здійснювати уступки заставленого права; не виконувати дій, що тягнуть за собою припинення заставленого права чи зменшення його вартості; вживати заходів, необхідних для захисту заставленого права від посягань із боку третіх осіб; надавати заставодержателю відомості про зміни, що сталися в заставленому праві, про його порушення з боку третіх осіб та про домагання третіх осіб на це право. Якщо заставодавець не виконує цих вимог, заставодержатель має право вимагати в судовому порядку передання заставленого права собі. Крім того, заставодержатель може вступати в справу як третя особа в судовому спорі, в якому розглядається позов про заставлене право, а також самостійно вжити всіх заходів, необхідних для захисту заставленого права проти порушень із боку третіх осіб.

Стаття 52 Закону України «Про заставу» встановлює, що у випадку, коли боржник заставодавця до виконання заставодавцем зобов'язання, забезпеченого заставою, виконає своє зобов'язання, усе одержане при цьому заставодавцем стає предметом застави, про що заставодавець зобов'язаний негайно повідомити заставодержателя. За одержання від свого боржника в рахунок виконання зобов'язання грошових сум заставодавець зобов'язаний за вимогою заставодержателя перерахувати відповідні суми в рахунок виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, якщо інше не встановлено договором застави [2].

У роз'ясненні Вищого арбітражного суду (нині – Вищого господарського суду України) «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням Закону України «Про заставу» визначено, що предметом застави не можуть бути вимоги, які мають особистий характер, а також якщо через ч. 3 ст. 4 Закону предметом застави є майно, яке стане власністю заставодавця після укладення договору застави, що підлягає нотаріальному посвідченню, то таке посвідчення на момент укладення договору практично не може бути здійснене через відсутність у заставодавця відповідних правовстановлюючих документів на це майно. Проте в подальшому, після набуття заставодавцем права власності на майно, що є предметом застави, нотаріальне посвідчення договору є обов'язковим [5].

Здається, що вказане роз'яснення повинно було надати відповідь, що все ж таки треба розуміти під майновими правами та які саме майнові права можуть бути використані як предмет застави. Проте не вдалося знайти ні поняття майнових прав, ні вичерпного або приблизного їх переліку. Крім того, в українському законодавстві відсутнє визначення поняття майнових прав, яке мало б повною мірою дозволити ідентифікувати предмет застави. Однак, як бачимо, у роз'ясненні підкреслено

таку додаткову законодавчу умову для передання майна в заставу, як набуття права власності на майно.

Така ж вимога міститься в ч. 3 ст. 11 Закону України «Про заставу», зокрема заставодавцем під час застави майна може бути його власник, який має право відчужувати заставлене майно на підставах, передбачених законом, а також особа, якій власник у встановленому порядку передав майно та право застави на це майно [2].

Цікавою є думка Ю. Гладьо, який наголошує, що такий підхід законодавця не зовсім правильний, він автоматично виключає майнові права зобов'язального характеру з переліку предметів застави. Хоча сама норма про предмети застави відносить майнові права до таких. На його думку, у законі закладено дві протилежні тенденції: перша спрямована на включення прав вимоги до предмета застави, друга – скерована на підтримку тези, викладеної в ЦК України, що майнові права – це речові права, що, у свою чергу, «усуває» з відносин застави зобов'язальні права. На думку науковця, навіть у ситуації з виключенням зобов'язальних прав із предмета застави майнові права не належатимуть на праві власності правомочній особі, адже право власності набувається на конкретну річ. У свою чергу права вимоги належать до майнових прав і можуть набуватися особою на праві розпорядження.

Ю. Гладьо пропонує внести зміни до ч. 3 ст. 11 Закону України «Про заставу» та викласти її в такій редакції: «Заставодавцем під час застави майна може бути його власник, який має право відчужувати заставлене майно на підставах, передбачених законом, а також особа, якій власник у встановленому порядку передав майно та право застави на це майно. У випадку застави майнових прав заставодавцем виступає особа, яка наділена такими правами за правом розпорядження» [6, с. 2–3].

З викладеного вище необхідно виділити такі вимоги до майнових прав, за умови наявності яких майнові права можуть бути предметом застави: 1) бути оборотоздатним об'єктом цивільних прав; 2) можливість накладення на нього стягнення; 3) не носити особистого характеру; 4) у законодавстві відсутня пряма заборона щодо внесення такого права в заставу.

Так, Ж. Завальна підкреслює, що майнові права мають особливі ознаки. Першою ознакою майнового права є його пов'язаність з майном. Виходячи з того, що майно є таким, що передається, тобто має риси оборотності, то майнові права також повинні бути оборотоздатними. Інакше не може бути й мова про те, що майнові права були предметом правочину відчуження. Правом, що передається, повинно визнаватися таке, що може переходити від однієї особи до іншої за правочином між ними. Другою ознакою майнового права є його цінність для кожного учасника цивільного обігу [7, с. 132].

Враховуючи той факт, що Закон України «Про заставу» дає описове пояснення щодо майнових прав, а законодавець виділяє лише один вид майнових прав – право вимоги, є доцільним виділити погляди вчених щодо поділу майнових прав на види.

На думку Ж. Завальної, в українському законодавстві майнові права можуть бути декількох видів. Серед них майнові авторські права, майнові корпоративні права та майнові права вимоги. Перші два види майнових прав не зазначені в Законі України «Про заставу», проте визначені в Цивільному кодексі України,

Господарському кодексі України, Законі України «Про авторські та суміжні права» як такі, що можуть відчужуватися будь-яким способом, не забороненим законом. Тому, на думку Ж. Завальної, виключення майнових прав, які не є правами вимоги, з кола можливого предмета застави не є справедливим [7, с. 132].

С. Нижний як предмет застави виділяє такі майнові права:

а) права грошової вимоги;

б) права користування;

в) окремі види корпоративних прав (зокрема, право на частку в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю);

г) окремі речові права на чужі речі (зокрема, право забудови земельної ділянки (суперфіцій)).

Науковець обґрунтовує, що наведений перелік не є вичерпним, однак як у згадані вище, так і інші майнові права можуть бути предметом застави лише в тому випадку, коли вони відповідають критеріям належності заставодавця на законних підставах, товарності та оборотоздатності, визначеним цивільним законодавством України.

Учений спростовує твердження окремих науковців (наприклад, В. Олійника) про виділення застави дебіторської заборгованості в окремий різновид застави майнових прав. Указується, що таке виділення є недоцільним, оскільки за своєю природою дебіторська заборгованість як економічна категорія в цивільно-правовому розумінні є лише сукупністю прав грошових вимог. Також науковець спростовує твердження про можливість застави прав користування надрами, оскільки відповідно до положень діючого законодавства (ст. 16 Кодексу України «Про надра») для отримання таких прав користування обов'язковим є отримання спеціальних дозволів на користування надрами спеціально уповноважених органів виконавчої влади, тобто вказані права не є оборотоздатними [8, с. 9; 14].

Ю. Гладьо визначає, що застава прав вимоги може здійснюватися в таких правових формах: застава майнових прав вимоги; застава цінних паперів, застава частки в статутному капіталі товариства [6, с. 4].

Кожен із науковців визначає, що правова природа застави майнових прав є «змішаною», тобто такою, що має ознаки як речового, так і зобов'язального правовідношення. З таким твердженням слід погодитися, тому що сама природа застави носить змішаний характер.

У зв'язку з різними думками вчених про те, що саме є майновими правами, на увагу заслуговує думка Ю. Гладьо, який, керуючись положеннями ч. 2 ст. 49 Закону України «Про заставу», в якій визначено, що під час застави майнових прав у договорі потрібно вказати боржника по відношенню до заставодавця, відзначає, що таке законодавче положення виключає майбутні вимоги з обороту. На думку науковця, майбутня вимога характеризується тим, що основне зобов'язання не виникло між первісним кредитором та боржником, а отже, право вимоги ще не існує (первісний кредитор лише припускає можливість виникнення такої вимоги). Відповідно, і вказати боржника неможливо. Виняток становить ситуація, коли вказується потенційний боржник, у випадку, якщо між заставодавцем та потенційним боржником укладено попередній договір. Однак навіть у такому разі потенційного боржника не можна вважати «боржником» у розумінні ч. 2 ст. 49 Закону України «Про заставу».

Тому Ю. Гладьо вважає, що ч. ч. 1 та 2 ст. 49 Закону України «Про заставу» містять взаємовиключні положення: ч. 1 дозволяє обіг «майбутніх вимог», а ч. 2 містить положення, яке такий обіг не допускає. Натомість дозволяє обіг лише «недозрілих вимог» – тих вимог, коли право вимоги у первісного кредитора (заставодавця) вже існує, він може ним розпоряджатися, однак строк виконання вимоги ще не настав, тому новий кредитор не може реалізувати своє право вимоги. Вбачається, що ч. 2 ст. 49 Закону України «Про заставу» потрібно привести у відповідність до ч. 1 ст. 49 закону та зазначити, що боржник може бути не тільки дійсним, а й потенційним. Це дозволить уникнути неправильного трактування можливості обігу «майбутніх вимог» на практиці. Зокрема, потрібно ч. 2 ст. 49 Закону України «Про заставу» викласти в такій редакції: «У договорі застави прав повинна бути вказана особа, яка є боржником по відношенню до заставодавця. Під «боржником» розуміється як дійсний боржник, так і потенційний боржник. Заставодавець зобов'язаний повідомити свого боржника про здійснену заставу прав» [6, с. 4–5].

Зважаючи на викладене вище, можна дійти висновку, що сьогодні застава майнових прав знаходиться на шляху значних перетворень, метою подальшої роботи в цій сфері стає поглиблення наукових досліджень для розробки теоретичної бази для застави корпоративних прав, прав цінних паперів тощо. Здебільшого в практичній діяльності виникають складнощі під час вирішення справ по суті судами внаслідок того, що сторони договору нечітко визначили предмет застави (немає можливості ідентифікувати, які саме права передаються в заставу). На законодавчому рівні необхідно виокремити предметом застави майно та майнові права, які вже існують та виникнуть в майбутньому, а також дозволити передачу немайнових прав у заставу.

Література

1. Нижний С.В. Виникнення та розвиток інституту застави майнових прав / С.В. Нижний // Держава і право. – 2005. – Вип. 28. – С.4–10.
2. Закон України «Про заставу» від 2 жовтня 1992 року// Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 47. – Ст. 642.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (зі змінами й доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
4. Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 5 липня 2013 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 47. – Ст. 251.
5. Роз'яснення Вищого арбітражного суду України (нині – Вищого господарського суду України) «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням Закону України «Про заставу» від 24 грудня 1999 р. № 02-5/602 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ligazakon.ua.
6. Гладьо Ю.О. Право вимоги як предмет зобов'язань, які виникають із договору застави // Ю.О. Гладьо Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2011. – № 1 (3). – С. 2–5.
7. Заставне право України : [навч. посібник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [Ж.В. Завальна, М.В. Старинський, В.В. Сухонос, С.В. Щербак] ; за ред. В.В. Сухонос. – Суми : Університетська книга, 2004. – 315 с.
8. Нижний С.В. Застава майнових прав як спосіб забезпечення виконання зобов'язань : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С.В. Нижний ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2007. – 16 с.

Анотація

Рашківська В. В. **Загальні питання передачі в заставу майнових прав.** – Стаття.

У статті досліджено загальнотеоретичне поняття майнових прав у цивільному праві України, визначено зміст та обсяг поняття майнових прав у цивільному праві України як складного правового явища. Це пов'язано з недостатньою теоретичною розробкою поняття застави, її місця й ролі в системі сучасних цивільних правовідносин. Проаналізовано наявні класифікації видів майнових прав із метою їх уніфікації. У статті досліджено загальні питання передачі майнових прав у заставу.

Ключові слова: майнові права, застава, іпотека, корпоративні права, права вимоги.

Аннотация

Рашковская В. В. **Общие вопросы передачи в залог имущественных прав.** – Статья.

В статье исследовано общетеоретическое понятие имущественных прав в гражданском праве Украины, определены содержание и объем понятия имущественных прав в гражданском праве Украины как сложного правового явления. Это связано с недостаточной теоретической разработкой понятия залога, его места и роли в системе современных гражданских правоотношений. Проанализированы существующие классификации видов имущественных прав с целью их унификации. В статье исследованы общие вопросы передачи имущественных прав в залог.

Ключевые слова: имущественные права, залог, ипотека, корпоративные права, права требования.

Summary

Rashkovskaya V. V. **General questions of transmission property rights in the mortgage.** – Article.

In the article the general theoretical concept of property rights in civil law of Ukraine, to determine the content and scope of the concept of property rights in the Civil Law of Ukraine as a complex legal phenomenon. This is due to the lack of theoretical development of collateral, its place and role in the system of modern civil relations. Analyzed the existing classification of property rights. In the article the basic questions of transfer of property rights as pledge.

Key words: civil law, pledge, mortgage, corporate law, law requirements.

УДК 347.5

В. О. Голошивець

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ НЕНАЛЕЖНИМ ЛІКУВАННЯМ

Відповідно до ст. 3 Конституції України від 28 червня 1996 р. людина, її життя й здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1]. Проте реалії українського сьогодення характеризуються глибоким кризовим станом щодо належного виконання медичними працівниками своїх прямих професійних обов'язків, що ставить під загрозу здоров'я населення. Однією з причин такого становища є недосконалість регулювання цивільно-правової відповідальності медичних працівників.

Аналіз судової практики свідчить про те, що кількість позовів про відшкодування шкоди, завданої здоров'ю неналежним лікуванням, дедалі збільшується. Однак постає проблема в тому, що такі позови суди першої інстанції не задовольняють у повному обсязі або в задоволенні позову відмовляють взагалі. Така тенденція розгляду цих справ зумовлюється тим, що дуже важко в судовому порядку довести причинно-наслідковий зв'язок між діяннями та завданою шкодою та вину лікаря (медичного закладу), що й зумовлює актуальність цієї теми.

© В. О. Голошивець, 2014

В умовах становлення правової держави, яка визнає охорону здоров'я пріоритетним напрямком своєї діяльності, доцільно в чинному законодавстві України запровадити дієві механізми захисту конституційного права людини та громадянина на охорону здоров'я від неправомірних діянь медичних працівників і медичних закладів.

Тематиці цивільно-правової відповідальності медичних працівників присвячено вже чимало праць провідних науковців та практикуючих юристів України (С. Антонова, Р. Гревцової, Т. Заварзи, І. Канзафарової, О. Прасова, А. Савіцької, С. Стеценка та інших).

Метою статті є визначення поняття «неналежне лікування» для його закріплення в цивільному законодавстві України, а також виявлення підстав цивільно-правової відповідальності лікаря (медичного закладу) за шкоду, завдану неналежним лікуванням.

Суспільство протягом свого існування мало різні засоби вирішення питання про відповідальність лікарів. Сьогодні на перший план щодо юридичної відповідальності медичних працівників за професійні правопорушення виходить цивільно-правова відповідальність. Під цивільно-правовою відповідальністю слід розуміти застосування до правопорушника у випадку здійснення ним протиправних дій або бездіяльності передбачених договором чи законом заходів державного примусу у вигляді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру (санкцій) [2, с. 364]. У листі Департаменту конституційного, адміністративного та соціального законодавства управління соціального, трудового та гуманітарного законодавства Міністерства юстиції України від 20.06.2011 р. «Про відповідальність медичних працівників» зазначено, що цивільно-правова відповідальність у сфері медичної діяльності – це вид юридичної відповідальності, який виникає внаслідок порушення в галузі майнових або особистих немайнових благ громадян у сфері охорони здоров'я та який полягає переважно в необхідності відшкодування шкоди. До особистих немайнових благ громадян, які безпосередньо пов'язані з медичною діяльністю, належать насамперед життя й здоров'я [3].

Отже, внаслідок притягнення лікаря (медичного закладу) до цивільно-правової відповідальності підлягає відшкодуванню шкода, завдана неналежним лікуванням. Цивільний кодекс України (далі – ЦК) від 16 січня 2003 р. [4] не містить спеціальної норми за відшкодування шкоди, завданої неналежним лікуванням. Стаття 1195 ЦК передбачає відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, проте специфічність відносин у сфері охорони здоров'я та проблема доказування вини лікаря в судовому процесі обумовлює потребу визначення поняття «неналежне лікування». Законодавче закріплення цієї дефініції сприятиме створенню умов для притягнення винних до цивільно-правової відповідальності.

Неналежність лікування – це вид протиправного діяння (дії чи бездіяльності), що являє собою одну з умов, наявність якої необхідна для притягнення лікаря (медичного закладу) до цивільно-правової відповідальності. Серед інших умов слід зазначити наявність шкоди, причинно-наслідковий зв'язок та вину. Сукупність зазначених елементів утворює склад цивільного правопорушення. Водночас слід

зазначити, що згідно з цивільним законодавством діє принцип презумпції вини щодо заподіяної шкоди під час надання медичної допомоги, тому відсутність вини доводиться особою, яка вчинила правопорушення, тобто лікарем (медичним закладом). Вина є суб'єктивною підставою відповідальності та як елемент правопорушення характеризує особу з точки зору внутрішнього, психічного стану винного [5, с. 173]. Таким чином, особа, яка зазнала шкоди внаслідок неналежного лікування, повинна довести три підстави складу правопорушення: а) наявність шкоди; б) причинно-наслідковий зв'язок; в) протиправність діяння (дії або бездіяльності). Доказування складу зазначеного правопорушення є складним процесом і пов'язане з рядом практичних проблем. Як свідчить аналіз судової практики, майже в усіх областях України суди відмовляють у задоволенні позову, посилаючись на недоведеність обставин та відсутність вини лікаря (медичного закладу). У зв'язку з цим доцільно розглянути особливості притягнення до цивільно-правової відповідальності лікаря (медичного закладу).

Важливою умовою притягнення до цивільно-правової відповідальності є наявність шкоди. В аспекті цивільно-правової відповідальності шкодою вважаються негативні наслідки правопорушення. Проте чинне законодавство України чітко не розкриває поняття «шкода здоров'ю». Під шкодою в цивільному праві прийнято розуміти зменшення або втрату (загибель) певного особистого чи майнового блага [6, с. 203].

Розрізняють такі види шкоди, які можуть бути завдані внаслідок неналежного лікування: майнова шкода (до якої включаються такі реальні втрати, як втрата заробітку витрати на лікування, протезування, посилене харчування, спеціальний догляд тощо) та моральна шкода, під якою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб [7].

Відповідно до ст. 23 ЦК моральна шкода полягає у фізичному болю й стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна; у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної особи. У сфері медичної діяльності моральна шкода може полягати в моральних переживаннях у зв'язку із втратою родичів та близьких осіб, неможливістю вести звичний спосіб життя внаслідок неналежного лікування, втратою роботи, розкриттям лікарської таємниці, фізичним болем, пов'язаним зі спричиненою вадою тощо.

Слід зазначити, що без настання шкоди втрачається необхідність відновлення порушеного права, а отже, стає неможливим притягнути лікаря (медичний заклад) до цивільно-правової відповідальності.

Ще одним елементом складу цивільного правопорушення є причинно-наслідковий зв'язок між діянням лікаря (медичного закладу) та завданою шкодою. Складність доведення наявності причинно-наслідкового зв'язку у сфері медичної діяльності пояснюється самою її природою, де в лікуванні хворого бере участь не лише лікар, а й медична сестра, працівники лабораторій, якщо робиться операція,

анестезіолог, хірург, операційна сестра та інші медичні працівники. Виходячи з цього, кожний медичний працівник, який лікує хворого, може бути тією чи іншою мірою причетним до заподіяння шкоди пацієнтові, що й зумовлює труднощі встановлення причинного зв'язку [8, с. 274]. Тому щоб встановити причинно-наслідковий зв'язок, він повинен відповідати певним вимогам. По-перше, причинний зв'язок повинен мати таку часову послідовність, коли протиправна поведінка передує заподіяній шкоді. Тобто спочатку вчиняються дії, а потім з'являються відповідні негативні наслідки. По-друге, причина має породжувати наслідок, інакше кажучи, причинний зв'язок повинен бути прямим, а не навпаки. Наприклад, якщо в результаті операції хворому завдана шкода, то вирішальне значення будуть мати дії лікаря, який безпосередньо проводив операцію, а не осіб, які проводять атестацію медичних працівників. По-третє, причина та наслідок повинні бути юридично значущими, тобто здатними породжувати цивільні права та обов'язки в суб'єктів відповідних правовідносин [9, с. 49].

Останню умову, яку повинна довести особа для притягнення лікаря (медичного закладу) до цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану неналежним лікуванням, є протиправність діяння останніх. Протиправними за цивільним правом України визнаються діяння (дії чи бездіяльність), які порушують права та обов'язки, закріплені чи санкціоновані нормами цивільного права, а також ті, які хоч і не передбачені конкретною нормою права, проте суперечать загальним засадам цивільного законодавства [10]. Протиправність діянь закладів охорони здоров'я або фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, які мають право на надання медичних послуг, полягає в порушенні нормативних актів, суб'єктивного права людини на медичну допомогу, або, іншими словами, у невиконанні своїх юридичних обов'язків персоналом закладів охорони здоров'я чи фізичною особою – суб'єктом підприємницької діяльності, найнятими нею працівниками [11, с. 12].

Протиправність може виражатись як у дії, так і в бездіяльності. Бездіяльність може полягати в халатному ставленні до пацієнтів, до їх хвороби, незверненні уваги на які-небудь дрібниці, які необхідні для точного встановлення діагнозу – звідси невтручання лікаря, ненадання ним тієї допомоги, яка повинна бути надана. Тобто протиправність діяння в медичній сфері виражається в здійсненні лікарем неналежного лікування. Однак сьогодні існуюче визначення поняття «неналежне лікування» є досить неоднозначним та далеко не загальноприйнятим [12, с. 447].

У чинному законодавстві України немає визначення неналежного лікування, а в науковій літературі під визначенням «неналежне лікування» частіше зустрічається поняття «неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником». У правовому аспекті під неналежним виконанням професійних обов'язків медичним працівником слід розуміти діяння медичного працівника, яке характеризується дією або бездіяльністю в процесі надання медичної допомоги хворому чи пацієнту за порушення нормативно регламентованих або таких, що не мають нормативного закріплення, проте загальноприйнятих у медичній практиці правил надання медичної допомоги, які спричинили шкідливі наслідки [13, с. 3]. Також в юридичній літературі під неналежним виконанням професійного обов'язку медичним працівником розуміють вчинення необхідних дій не в повному

обсязі або вчинення не тих дій, які необхідно було вчинити (наприклад, поверхове проведення огляду хворого). З огляду на вищевказане можна дійти висновку, що недбале ставлення до своїх професійних обов'язків є одним з проявів неналежного лікування хворого.

Отже, під неналежним лікуванням слід розуміти неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником, зокрема некомпетентні діяння, які полягають у несвоєчасному чи недостатньому обстеженні хворого, або такі дії, які вчинені з недотриманням методології та (або) технології виконання медичних втручань, порушенням медичними працівниками правил асептики та антисептики, санітарно-протиепідемічних норм, внаслідок чого фізичній особі завдано матеріальної та (або) моральної шкоди у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

Виходячи з викладеного, притягнути лікаря (медичний заклад) до цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану неналежним лікуванням, є дещо проблематичним. Як уже підкреслювалося вище, особі, яка зазнала шкоди внаслідок неналежного лікування, необхідно довести в суді три елементи складу зазначеного цивільного правопорушення: наявність шкоди, протиправність діяння та причинно-наслідковий зв'язок.

На підставі наведеного пропонується доповнити Цивільний кодекс України ст. 1196-1, яку викласти в такій редакції: «Стаття 1196-1. Відшкодування шкоди, завданої фізичній особі неналежним лікуванням.

1. Шкода, завдана каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я внаслідок неналежного лікування, підлягає відшкодуванню медичним закладом у порядку, встановленому законом.

2. Під неналежним лікуванням слід розуміти неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником, зокрема некомпетентні діяння, які полягають у несвоєчасному чи недостатньому обстеженні хворого, або такі дії, які вчинені з недотриманням методології та (або) технології виконання медичних втручань, порушенням медичними працівниками правил асептики та антисептики, санітарно-протиепідемічних норм, внаслідок чого фізичній особі завдано матеріальної та (або) моральної шкоди у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я».

Внесення таких змін до основного акта цивільного законодавства України розширить правові можливості для належного захисту права особи на охорону здоров'я. Проте затвердження загальної норми, що закріплює поняття неналежного лікування та встановлює відповідальність за нього, є недостатнім для належного захисту прав особи. З метою створення умов для відшкодування шкоди, завданої особі внаслідок неналежного лікування, доцільним є прийняття окремого Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої лікарями та працівниками закладів охорони здоров'я внаслідок неналежного лікування», який має охоплювати склад цивільного правопорушення; дії, які вважаються неналежним лікуванням особи; суб'єктів права на відшкодування шкоди (пацієнт, члени його сім'ї тощо); підстави та порядок відшкодування шкоди, завданої приватним лікарем, що самостійно забезпечує

себе роботою; підстави та порядок відшкодування шкоди, завданої лікарем та (або) медичним працівником закладу охорони здоров'я державної або комунальної форми власності; підстави та порядок відшкодування шкоди, завданої лікарем та (або) медичним працівником закладу охорони здоров'я приватної форми власності, у тому числі під час виконання договірних зобов'язань; підстави та порядок відшкодування шкоди, завданої лікарем та (або) медичним працівником під час надання екстреної медичної допомоги, види цивільно-правової відповідальності за неналежне лікування; інші організаційно-правові засади відшкодування шкоди внаслідок неналежного лікування.

Література

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Борисова В. Цивільне право : [підручник] : у 2 т. / [В. Борисова, Л. Баранова, Т. Бєгова та ін.] ; за ред. В. Борисової, І. Спасибо-Фатєєвої, В. Яроцького. – Х. : Право, 2011 . – Т. 1. – 2011. – 656 с.
3. Відповідальність медичних працівників : лист Департаменту конституційного, адміністративного та соціального законодавства управління соціального, трудового та гуманітарного законодавства Міністерства юстиції України від 20 червня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n0040323-11.
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
5. Савицкая А. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием / А. Савицкая. – Львов : Изд-во при ЛГУ Издательским объединением «Вища школа», 1982. – 195 с.
6. Мазур О. Цивільне право України : [підручник] / О.С. Мазур. – К. : Центр навчальної літератури, 2006. – 384 с.
7. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95.
8. Стеценко С. Медичне право України : [підручник] / С. Стеценко, В. Стеценко, І. Сенюта. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 507 с.
9. Табунщиков А. Институт компенсации морального вреда в российском гражданском праве / А. Табунщиков ; под. ред. С. Тычинина. – Белгород : Изд-во БелГУ, 2007. – 124 с.
10. Канзафарова І. Загальні умови цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану порушенням особистих немайнових прав / І. Канзафарова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vuzlib.com/content/view/1049/126/.
11. Прасов О. Право на медичну допомогу та його здійснення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. Прасов ; ХНУВС. –Х., 2007. – 19 с.
12. Марєєв В. Суспільно небезпечні наслідки злочинів, що посягають на права пацієнтів, та інші ознаки об'єктивної сторони цих злочинів / В. Марєєв // Митна справа. – 2011. – № 1(73). – С. 446–451.
13. Парамонова О. Належне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником як гарантія права на охорону здоров'я / О. Парамонова // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2009. – № 21. – С. 1–4.

Анотація

Голошивець В. О. **Деякі особливості цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану неналежним лікуванням.** – Стаття.

Статтю присвячено визначенню поняття «неналежне лікування» для його закріплення в цивільному законодавстві України, а також виявленню підстав цивільно-правової відповідальності лікаря (медичного закладу) за шкоду, завдану неналежним лікуванням.

Ключові слова: неналежне лікування, підстави цивільно-правової відповідальності, неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником, відшкодування шкоди.

Аннотация

Голошивец В. А. **Некоторые особенности гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный ненадлежащим лечением.** – Статья.

Статья посвящена определению понятия «ненадлежащее лечение» для его закрепления в гражданском законодательстве Украины, а также выявлению оснований гражданско-правовой ответственности врача (медицинского учреждения) за вред, причиненный ненадлежащим лечением.

Ключевые слова: ненадлежащее лечение, основания гражданско-правовой ответственности, ненадлежащее выполнение профессиональных обязанностей медицинским работником, возмещение вреда.

Summary

Goloshyvets V. A. **Some features of civil liability for damage caused by improper treatment.** – Article.

The article is devoted to the definition of «improper treatment» for to its consolidation in the civil legislation of Ukraine, as well as identifying the grounds of civil liability of physician (medical institution) for the damage caused by improper treatment.

Key words: improper treatment, grounds of civil liability, inadequate professional capacity of health workers, compensation for damage.

УДК 347.78:343.712.1:004.738.5

Г. І. Грігор'янц

ЗАХИСТ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ ВІД ПІРАТСТВА В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

Актуальність теми статті полягає в тому, що в сучасному світі оборот піратської продукції в мережі Інтернет сягає космічних розмірів, особливо в Україні. Для того щоб вести продуктивну боротьбу з цим явищем і дійсно захистити права правоволоділців у сфері авторського права та суміжних прав, необхідно внести певні зміни до законодавства. Щоб ці зміни носили продуктивний, а не лише декларативний характер, доцільним вважається врахування досвіду інших країн у зазначеній сфері.

Окремі аспекти захисту прав інтелектуальної власності від піратства досліджуються в працях таких учених, як О.І. Харитонова, О.О. Штефан, Н.П. Баадж, Ю.Ю. Симонян та інші.

Водночас достатньо високий рівень піратства у сфері авторського права потребує запровадження ефективних механізмів боротьби з ним, що обумовлює важливість проведення наукових досліджень у зазначеній сфері.

Метою статті є дослідження регулювання піратства в мережі Інтернет у Російській Федерації для подальшого впровадження дійсно дієвих шляхів боротьби з піратством до законодавства України.

У 2013 році Україна була визнана головним «піратом» світу в спеціальному 301 звіті USTR (Торгового представництва США). На даний час Міжнародним альянсом інтелектуальної власності (International Intellectual Property Alliance) також була надана пропозиція знову визнати Україну пріоритетною державою, яка посідає перше місце у світі з правопорушень у сфері авторського права й суміжних прав. Зростання рівня піратства в Україні викликає занепокоєння не лише в національних межах, а й у міжнародних. Тому з метою подальшого вдосконалення необхідно зробити аналіз законодавства України у сфері

© Г. І. Грігор'янц, 2014

захисту авторського права й суміжних прав від піратства, визначити його позитивні й негативні сторони, тенденції розвитку, порівняти із законодавством Російської Федерації (далі – РФ).

Отже, у першу чергу необхідно охарактеризувати основні положення про піратство в авторському праві й суміжних правах у законодавстві України.

Законодавство України закріплює поняття піратства в Законі України «Про авторське право і суміжні права», відповідальність за піратство в Цивільному кодексі України, Кримінальному кодексі України, Кодексі України про адміністративні правопорушення. Важливе значення для правильного застосування законодавства у сфері захисту авторських прав має роз'яснення Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав».

Якщо розглядати законодавчу базу у сфері захисту об'єктів авторського права й суміжних прав від піратства, можна знайти як позитивні, так і негативні аспекти. Позитивними аспектами визнається те, що в Законі України «Про авторське право і суміжні права» закріплено поняття піратства, контрафактної продукції, а також способи захисту від піратства. Згідно із Законом України «Про авторське право і суміжні права» піратство визначається як опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України й розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення. Контрафактний примірник – це примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований та (або) розповсюджуваний із порушенням авторського права та (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права та (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми й відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися [1].

Негативним аспектом, на нашу думку, є те, що в цьому законі не передбачено визначення Інтернет-піратства, не закріплено особливості розміщення, захисту творів у мережі Інтернет, положення про відповідальність осіб за порушення в зазначеній сфері.

Потрібно зауважити, що ці положення роз'яснюються в межах Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав». У ньому надано тлумачення розміщення творів у мережі Інтернет – це подання творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів із будь-якого місця й у будь-який час за їх власним бажанням, таке розміщення є правомірним лише з дозволу автора чи іншої особи, яка має авторське право.

Вказується на те, що виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій),

оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер, якщо у зв'язку з таким розміщенням у мережі Інтернет порушуються майнові права суб'єкта авторського права, дає підстави для судового захисту авторського права. Неправомірне зберігання копії комп'ютерної програми в пам'яті електронного засобу (комп'ютера тощо) є порушенням майнового авторського права. Під час вирішення відповідних спорів судам слід мати на увазі, що компенсація підлягає виплаті в разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права та (або) суміжних прав, а не розміру заподіяних збитків. Таким чином, для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів учинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права та (або) суміжних прав [2]. Тобто в роз'ясненні Пленуму містяться певні положення, що стосуються порушення авторського права та суміжних прав у мережі Інтернет, фактично йдеться про піратство в Інтернеті. І хоча ці положення не визнаються обов'язковими, однак по суті використовуються судами в практиці вирішення спорів.

Державною службою інтелектуальної власності України було розроблено рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права й суміжних прав у мережі Інтернет. У них визначено порушення авторського права та суміжних прав у мережі Інтернет, діяльність провайдерів щодо надання послуг у мережі Інтернет, упровадження заходів, спрямованих на дотримання вимог законодавства під час користування Інтернет-послугами та запобігання онлайн-піратству, перспективи внесення змін до законодавства України щодо відповідальності провайдерів [3]. У цій рекомендації, зокрема, вказується на необхідність введення відповідальності постачальників Інтернет-послуг.

В Україні здійснюються певні спроби внесення змін до законодавства. Наприклад, розроблено законопроект № 6523 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» 2010 року. Оцінюючи проект у цілому, юристи називають його досить «сирим» і незбалансованим. Проект пропонує виключити з поняття «розповсюдження» безоплатне розповсюдження творів на інтернет-ресурсах, оскільки під це поняття підпадатиме лише продаж або інше відчуження оригіналу чи примірника твору, тоді як, по-перше, примірником твору визнається лише матеріальна копія, по-друге, під час копіювання файлу з твором не відбувається ані відчуження, ані його продаж. По суті проект зводить поняття «розповсюдження» лише до обігу матеріальних копій, тоді як Інтернет зазвичай оперує електронними файлами без матеріальних носіїв. Також за даним законопроектом у разі виявлення порушення в мережі Інтернет суб'єкт авторського права та (або) суміжних прав має право звернутися до особи, за допомогою послуг якої порушується авторське право та (або) суміжні права, у тому числі до провайдера (оператора телекомунікацій), який забезпечує доступ до мережі Інтернет або послуги з розміщення сайту абонента на обладнанні провайдера, із вимогою сприяти припиненню порушення авторського права та (або) суміжних прав, яка має бути розглянута протягом двох тижнів, а порушення прав має бути припинене. До умисних порушень авторського права, передбачених статтею 176 Криміналь-

ного кодексу України, додаються порушення в мережі Інтернет. Також запроваджуються норми про можливість стягнення відшкодування в подвійному розмірі збитків, завданих порушенням авторського права (до речі, аналогічна норма вже давно працює в Росії), можливість нотаріально засвідчувати зображення веб-сторінок для їхнього подальшого використання як доказів чи можливість укладати ліцензійні угоди на програмне забезпечення не лише в письмовій формі, а й шляхом вчинення конклюдентних дій [4].

Отже, не вирішені питання, які існують у законодавстві, можна вирішити прийняттям цього законопроекту, однак він також потребує певного доопрацювання з урахуванням думок осіб, інтереси яких зачепить його прийняття.

Також цим законопроектом передбачається обов'язок провайдера (оператора телекомунікацій), який забезпечує доступ до мережі Інтернет або послуги з розміщення сайту абонента на обладнанні провайдера, у разі порушення авторського права та (або) суміжних прав припинити доступ до мережі Інтернет або припинити надання послуг із розміщення сайту абонента на обладнанні провайдера. У разі невиконання зазначеного обов'язку вказана особа, за допомогою послуг якої порушується авторське право та (або) суміжні права, несе з порушником авторського права та (або) суміжних прав солідарну відповідальність за порушення авторського права та (або) суміжних прав.

Пропонується доповнити Кодекс України про адміністративні правопорушення двома статтями, які стосуються невиконання законних вимог державного інспектора з питань інтелектуальної власності та перешкоджання законній діяльності уповноважених організацій колективного управління.

Також пропонується внести зміни до інших нормативно-правових актів – Цивільного кодексу України, законів України «Про нотаріат», «Про телекомунікації», «Про професійних творчих працівників та творчі спілки», «Про телебачення і радіомовлення», «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», «Про гастрольні заходи в Україні» [5].

Щодо згаданого законопроекту ще з 2010 року ведуться дискусії, які не вирішено досі, оскільки більшість статей потребує вдосконалення й уточнення. Однак якщо розглядати його як крок до вдосконалення законодавства у сфері захисту прав інтелектуальної власності від піратства, то його можна використовувати за основу для подальшого розвитку.

Розглянувши основні тенденції реформування законодавства в Україні, звернемося до законодавства Російської Федерації, до якого в 2013 році було внесено зміни.

Росія знаходиться в спеціальному 301 звіті USTR (Торгового представництва США) як держава пріоритетного спостерігання ще з 2000 року. Тому в останні роки до законодавства Російської Федерації було внесено певні зміни. Було прийнято Федеральний закон «Про внесення змін до окремих законодавчих актів Російської Федерації з питань захисту інтелектуальних прав в інформаційно-телекомунікаційних мережах».

Зміни були внесені до Федерального закону «Про інформацію, інформаційні технології та про захист інформації», який передбачає, що правовлас-

ник у випадку виявлення в інформаційно-телекомунікаційних мережах, у тому числі в мережі Інтернет, фільмів, у тому числі кінофільмів, телефільмів, або інформації, необхідної для їх отримання з використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж, які поширюються без його дозволу чи іншої законної підстави, має право звернутися до органу виконавчої влади, який здійснює функції з контролю й нагляду у сфері засобів масової інформації, масових комунікацій, інформаційних технологій і зв'язку, із заявою про прийняття заходів щодо обмеження доступу до інформаційних ресурсів, які поширюють такі фільми або інформацію, на підставі судового акту, який набрав чинності.

Було внесено зміни до Цивільного кодексу Російської Федерації, зокрема, його доповнено статтею, яка передбачає відповідальність інформаційного посередника, а також містить визначення інформаційного посередника як особи, яка здійснює передачу матеріалу в інформаційно-телекомунікаційній мережі, у тому числі в мережі Інтернет, особи, яка надає можливість розміщення матеріалу або інформації, необхідної для її отримання з використанням інформаційно-телекомунікаційної мережі, особи, яка надає можливість доступу до матеріалу в цій мережі, а також інші зміни, що стосуються піратства в мережі Інтернет [6]. Зміни було внесено до Арбітражного процесуального кодексу РФ та Цивільного процесуального кодексу РФ, які стосуються попередніх забезпечувальних заходів і порядку розгляду справ у судах.

Навколо цього Закону ведеться дуже велика кількість дискусій. Негативний погляд на нього навіть був висловлений у суспільній ініціативі, яка була подана ще в 2013 році. У ній цей закон визначається як «антипіратський закон», «закон про довільні блокування» або «російська SOPA». На думку авторів ініціативи, він був прийнятий у стислі строки без урахування думки інтернет-галузі та без громадського обговорення, незважаючи на резонансний характер і багаторазові вказівки експертів на недопрацьованість законопроекту й ризики, які спричинить за собою його прийняття [7]. Проте за узагальненням експертної робочої групи федерального рівня, робити висновки про цей закон ще рано, оскільки потрібно дослідити практику його правозастосування [8].

Зважаючи на сучасний стан піратства та його розповсюдження, РФ все ж на крок попереду в боротьбі з Інтернет-піратством, оскільки прийняла Федеральний закон «Про внесення змін до окремих законодавчих актів Російської Федерації з питань захисту інтелектуальних прав в інформаційно-телекомунікаційних мережах», а в Україні існує лише проект, який не приймається вже четвертий рік.

Таким чином, слід зазначити, що законодавство України про захист від піратства в авторському праві та суміжних правах в переважно відповідає міжнародним стандартам. Певні проблеми виникають у момент, коли необхідна реалізація цих положень. Наприклад, у сфері доказування порушення, пошуку осіб, які винні в порушеннях авторського права та суміжних прав. Тобто необхідні для законодавства України зміни повинні бути спрямовані на вдосконалення процедури доказування факту правопорушення, пошуку осіб, які порушили законодавство. Також доцільно використовувати нотаріальне засвідчення веб-сторінок.

Однак потрібно не забувати, що проблема піратства не лише в тому, що воно приносить певним громадянам фінансову вигоду, а й у тому, що більшість населення світу не може дозволити собі купувати ліцензійні диски та платити за перегляд фільмів у мережі Інтернет. Саме тому вони надають перевагу піратському, а не ліцензійному контенту. Тобто під час внесення змін до законодавства необхідно враховувати не лише позицію правоволодільців, а й позицію користувачів та осіб, які надають можливість використання об'єктів авторського права та суміжних прав у мережі Інтернет.

Література

1. Про авторське право і суміжні права : Закон України № 3792-XII від 23.12.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12/page2.
2. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 04.06.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10/page.
3. Рекомендації для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірного використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет : рекомендації Державної служби інтелектуальної власності України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/ip.html.
4. Підлісний Є. Дискусія: авторський проект / Є. Підлісний // Український юрист. – 2012. – № 5. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://jurist.ua/?article/131.
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав : проект закону України № 6523 від 15.06.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6523&skl=7.
6. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях : Федеральный закон № 187-ФЗ от 02.07.2013 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148497/.
7. Отменить закон о произвольных блокировках Интернет-ресурсов № 187-ФЗ (закон против интернета) : инициатива № 50Ф4494 от 02.07.2013 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.roi.ru/4494/.
8. Отменить закон о произвольных блокировках Интернет-ресурсов от 02.07.2013 г. № 187-ФЗ (закон против интернета) : экспертное заключение экспертной рабочей группы федерального уровня на общественную инициативу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.roi.ru/upload/4494_Zakljuchenie.pdf.

Анотація

Грігор'янц Г. І. **Захист авторських і суміжних прав від піратства в мережі Інтернет за законодавством України та Російської Федерації.** – Стаття.

У статті було розглянуто нормативно-правові акти Російської Федерації та України у сфері захисту авторських і суміжних прав від піратства, зроблено порівняльний аналіз цих актів та вироблено певні пропозиції щодо вдосконалення українського законодавства.

Ключові слова: законодавство, проект закону, піратство, Інтернет.

Аннотация

Григорьянц Г. И. **Защита авторских и смежных прав от пиратства в сети Интернет по законодательству Украины и Российской Федерации.** – Статья.

В статье были рассмотрены нормативно-правовые акты Российской Федерации и Украины в сфере защиты авторских и смежных прав от пиратства в сети Интернет, сделан сравнительный анализ этих актов и выработаны определенные предложения по усовершенствованию украинского законодательства.

Ключевые слова: законодательство, проект закона, пиратство, Интернет.

Summary

Grigoryants G. I. **Protection of copyright and related rights against piracy in the Internet by the legislation of Ukraine and the Russian Federation.** – Article.

In article were considered regulations of Russia and Ukraine in the sphere of protection of copyright and related rights against piracy on the Internet, a comparative analysis of these acts, and worked out some proposals for improving the Ukrainian legislation.

Key words: law, draft law, piracy, Internet.

Розділ 3

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК 349.6

Н. В. Барбашова

ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ПОНЯТЬ «ЕКОЛОГІЧНИЙ РИЗИК» ТА «ЕКОЛОГІЧНА БЕЗПЕКА»

Наслідком науково-технічної революції є створення нових нетрадиційних технологій, створення й використання нових речовин, принципово нових видів енергії, які є якісно іншими джерелами екологічної небезпеки для людини, з важко прогнозованими наслідками їх негативного впливу. Негативний вплив техногенної діяльності людини набув рис планетарного масштабу, що зумовило розробку концепції кількісної оцінки загроз екологічного характеру. Багато в чому завдяки цим факторам до законодавчих актів природоохоронного характеру в ряді промислово розвинених країн стали включати правові норми, у яких стан навколишнього природного середовища та загрози життю й здоров'ю людей оцінювалися не тільки шляхом використання нормативів гранично допустимих концентрацій шкідливих речовин або рівнів фізичного впливу, а й значною мірою враховувалися пов'язані з ними ризики.

Особливе місце в системі відносин екологічної безпеки посідає екологічний ризик. Як вказав В.І. Андрейцев [1], розвиток екологічних правовідносин характеризується значним поглибленням та розширенням правових зв'язків суб'єктів, у процесі яких реалізуються різні види екологічно небезпечної діяльності, що відзначаються підвищеним екологічним ризиком. На думку М.А. Фролова [2], вивчення правових аспектів екологічного ризику дозволяє корелювати систему правових механізмів, яка реально б забезпечувала право громадян на екологічну безпеку та була б запорукою реалізації всіх інших екологічних прав людини та громадянина. Т.П. Шоха відзначала [3], що екологічний ризик виступає системоутворюючим фактором для правовідносин екологічного страхування, є важливим елементом економіко-правового механізму охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки. В.В. Добровольський вважає [4], що поняття «безпека» (чи небезпека) не має конкретної одиниці виміру (розмірності) і тому повинне розглядатися як якісна категорія. Поняття ризик як імовірність шкоди характеризується конкретною одиницею виміру, частіше всього економічною. Тому безпеку (небезпеку) слід розглядати як властивість об'єкта, а ризик – як показник цієї властивості.

Метою роботи є дослідження взаємозв'язку правових категорій «екологічна безпека» та «екологічний ризик» у контексті забезпечення конституційного права громадян України на безпечне (здорове) навколишнє середовище.

Формування системи правовідносин екологічної безпеки відбувалося фактично паралельно з розвитком концепції екологічного ризику. Зупинимося на структурі екологічного ризику і його місці і правовідносинах екологічної безпеки. У тлумачному словнику з охорони природи надається таке визначення поняття «екологічний ризик»: «Екологічний ризик – це ймовірність виникнення негативних змін навколишнього середовища або наслідків цих змін, що виникають у результаті

© Н. В. Барбашова, 2014

негативного антропогенного впливу на навколишнє середовище. Екологічний ризик у цьому разі виступає як міра екологічної небезпеки» [5].

Концепція абсолютної безпеки (концепція нульового ризику), яка домінувала до початку 80-х років минулого століття, теоретично припускала можливість за допомогою використання інженерних засобів захисту виключити будь-яку небезпеку для людини й навколишнього природного середовища. Для запобігання аваріям, які створюють загрозу людині й навколишньому середовищу, потенційні джерела небезпеки оснащувалися спеціальними інженерними системами контролю, обладнанням підвищення безпеки. Певна фетишизація інженерних засобів захисту від загроз екологічного характеру була можлива тільки за порівняно невисокого рівня продуктивних сил. У міру розвитку цивілізації вартість інженерних систем захисту неухильно зростала, але при цьому внаслідок їхнього ускладнення, відповідно, знижувалася їхня надійність і підвищувалася ймовірність масштабних аварій із негативними екологічними наслідками. Більше того, висока вартість будівництва таких нових у технологічному відношенні виробничих об'єктів ставить під сумнів сам факт рішення про їхнє спорудження. Усі ці фактори поставили під сумнів концепцію абсолютної безпеки, яка стала неадекватною внутрішнім законам техносфери й біосфери.

У цих умовах (унаслідок обмеженості матеріальних ресурсів, з одного боку, а з другого – у зв'язку з необхідністю подальшого свого прогресу) суспільство змушене було перейти від концепції абсолютної безпеки до концепції допустимого ризику (концепція ненульового ризику), що, по суті, означає констатацію факту недосяжності абсолютної безпеки. Прийнятність ризику повинна бути обґрунтована, виходячи з економічних і соціальних міркувань. Практичне використання в юридичній практиці основних ідей концепції допустимого ризику передбачає точне кількісне визначення двох граничних значень величини допустимого ризику: мінімального ризику (незначного ризику) і максимально допустимого ризику. Екологічний ризик визнається мінімальним, якщо його рівень настільки низький, що на тлі вже існуючих ризиків не може бути надійно виявлений сучасними методами діагностики. Оскільки мінімальний ризик за своєю сутністю є теоретичною величиною, то його іноді називають ідеальною межею, до якої слід прагнути, але не можна вимагати його досягнення. Фактично це означає реалізацію основної ідеї концепції абсолютної безпеки.

Між величиною ризику й витратами на заходи щодо його усунення існує зворотна залежність: чим менший ризик, тим більше засобів потрібно на його зниження. Як довів А.П. Альгін [6], саме економічні причини зумовлюють неспроможність концепції абсолютної безпеки. Концепція прийнятного ризику припускає не тільки виявлення джерел загроз екологічного характеру, а й передбачає заходи щодо можливого запобігання їм, оцінку можливої шкоди й усунення негативних наслідків техногенних аварій і впливів стихійних сил природного характеру. Для оцінки видів ризику, пов'язаних із небезпечними видами діяльності, у тому числі тих, що завдають шкоди довкіллю, до теперішнього часу в більшості держав різними відомствами розроблений цілий спектр моделей, що використовують вироблені ними критерії небезпеки.

Ризик є категорією, пов'язаною з процесом «реалізації небезпеки» суб'єктом. Ситуація «ризику» виникає лише тоді, коли в контакт із небезпекою вступає людина. У спеціальній літературі наводяться різні градації ризиків. Деякі автори [7] розрізняють соціально-екологічний і техногенний ризики. Перший пов'язаний із недостатньою захищеністю людини від небезпечних впливів, зумовлених природним середовищем проживання (природний ризик), а другий (техногенний ризик) – із потраплянням у навколишнє середовище відходів виробництва, а також з виникненням екстремальних ситуацій. Інші автори розрізняють соціальний і індивідуальний ризики [8].

Соціальний ризик характеризує можливі масштабні аварії на промислових об'єктах, що спричиняють тяжкі наслідки, насамперед загибель людей. Величина цього ризику визначається частотою прогнозованих аварій і кількістю спричинених ними смертельних випадків. У нормах законів ряду країн, якими регулюються відносини екологічної безпеки, встановлені граничні значення соціального ризику. Для оцінки соціального ризику в разі впливу на людей шкідливих речовин вводиться поняття «ризик від дози забруднювача» (за аналогією до оцінки величини радіоактивного опромінення) [9, с. 10]. Ця величина залежить від дози конкретного забруднювача і його активності, яка називається «фактором ризику». Знання цих величин дає змогу кількісно прогнозувати смертність і рівень захворюваності в місцевості, що була забруднена певною речовиною, а це дає змогу, у свою чергу, приймати юридично значущі рішення під час розгляду в судах справ, пов'язаних із порушенням права громадян на безпечне (здорове) довкілля. Таким чином, величина екологічного ризику може слугувати кількісною і якісною характеристикою стану навколишнього природного середовища.

Індивідуальний ризик визначається як імовірність екстремальної шкоди (як правило, смерті окремої людини) від деякої причини, що розраховується для всього її життя або для одного року. У спеціальній літературі терміни «індивідуальний ризик» та «ймовірність» уживаються зазвичай як синоніми.

Техногенний ризик пов'язаний із ризиком експлуатації технологій або елементів, які їх забезпечують. Він може бути зведений до ризику техногенних аварій і катастроф, які розвиваються за участю природного середовища й людини. В останньому випадку небезпечні агенти техногенних аварій і катастроф переносяться в природне середовище, справляють на нього руйнівний вплив і тим самим негативно впливають на здоров'я людини. Концепція ризику виходить із того, що постійна присутність у навколишньому природному середовищі потенційно небезпечних для здоров'я людини речовин і дія технологій створюють ступінь ризику, який ніколи не дорівнює нулю. При цьому передбачається, що заходи, спрямовані на запобігання загрози з боку забруднень навколишнього природного середовища, не усувають ризик, а можуть у найкращому разі зводити його до мінімуму.

Концепція безпеки населення й навколишнього середовища, практична діяльність у сфері управління ризиком (екологічний менеджмент) повинні бути побудовані таким чином, щоб суспільство в цілому одержувало найбільш доступну сукупність природних благ за мінімально можливої загрози своєму існуванню. Обидва фактори – рівень добробуту населення і якість навколишнього середовища –

однаково важливі під час розробки стратегії управління ризиком. Екологічний ризик буде більшим для регіонів із високим рівнем забруднення навколишнього середовища промисловими підприємствами, у сейсмонебезпечних зонах, у місцевостях, що зазнають інтенсивних повеней та ін. Безперечними є факти взаємозв'язку економічних і екологічних факторів та їх вплив на тривалість життя людини, тобто в цьому випадку можна говорити про еколого-економічну безпеку людини.

Останнім часом під час розробки природоохоронних програм дедалі більшого поширення набуває принцип пріоритезації витрат на екологічні проекти. У такому підході встановлювані ознаки повинні враховувати якомога ширший спектр екологічних ризиків, притаманних тій або іншій господарській діяльності, пов'язаній із негативним впливом на навколишнє природне середовище й здоров'я людини, а для кожної ознаки передбачено три ступені пріоритезації – високий, середній й низький. Зокрема, Агентством із захисту навколишнього середовища США рекомендована схема пріоритезації витрат на природоохоронні заходи, що охоплює 11 ознак: відповідність концепції ризику законодавству; здоров'я людей і стан середовища проживання; запобігання забрудненням; залежність від часу; інвестиційна стратегія; думка експертів; сприйняття громадськістю та ін.

Як зазначає П.О. Ваганов [11], недоліками цієї методології є такі: нечіткий підхід до вибору конкретних значень коефіцієнтів, вартість природоохоронного проекту не розглядається як самостійний фактор, не враховується ризик, що залишається після реалізації природоохоронного заходу. У моделі пріоритезації ризиків, яка розроблена департаментом енергетики, кожна з використовуваних категорій оцінок ризику характеризується своєю вагою й частотою подій. Але й тут багато залежить від експертів, оскільки тільки вони визначають масштаби можливих негативних наслідків. Зокрема, для категорії «Безпека й здоров'я людей поза зоною об'єкта» вага може змінюватися в інтервалі 30–3000, а категорії «Захист навколишнього середовища» – 20–2000.

Така велика розбіжність в оцінці екологічних ризиків не тільки перешкоджає широкому використанню методології, заснованої на концепції ризику в природоохоронній діяльності, а й деякою мірою є стримуючим аспектом для практичного застосування в юридичній практиці під час захисту права громадян на безпечне й здорове навколишнє середовище. Використання концепції ризику «торувало» свій шлях у законодавстві США протягом шести років з 1993 року і тільки в 1999 році окремі її аспекти були рекомендовані для практичного застосування. Деякі успіхи цієї концепції й наявні теоретичні розробки свідчать про значний її потенціал.

Як зазначав С.Б. Гавриш [12], в основі екологічної безпеки лежить концепція прийнятного рівня ризику, який визначається з урахуванням можливості й допустимості людських жертв або заподіяння шкоди здоров'ю людей джерелом підвищеної екологічної небезпеки. Рівень ризику є кількісною величиною й характеризує ймовірність настання тієї або іншої негативної з екологічної точки зору події. Такий підхід в оцінці рівня екологічного ризику, незважаючи на уявну антигуманність, що є причиною доволі різкої критики його внаслідок припущення появи жертв серед людей, ушкодження їх здоров'я, видається найбільш правильним, оскільки дає змогу адекватно передбачити можливі негативні наслідки екологічно негативної події.

Саме концепція прийнятного ризику, на думку О.С. Колбасова [13], лежить в основі всієї ідеї ГДК і ГДР: установлені рівні ГДК – ГДР повинні базуватися на оцінці ризику впливу нормованого агента на здоров'я людини, тобто кількісній оцінці тих можливих наслідків впливу цього агента, які можуть бути визнані прийнятними.

В.І. Андрейцев відзначає [1], що носіями можливої небезпеки екологічного характеру можуть бути речовини як природного, так і штучного походження. Внаслідок цього він робить висновок, що «екологічний ризик з урахуванням його структури може бути представлений у вигляді формули його рівності сумі ризиків для людини (на мікрорівні) і суспільства (на макрорівні), і навколишнього середовища, і природи в цілому». У юридичному аспекті він розглядає екологічний ризик як установлену нормами екологічного законодавства обставину, з якою пов'язується виникнення, зміна, припинення правовідносин, пов'язаних зі здійсненням діяльності з екологічно небезпечними об'єктами. Якщо розглядати під обставиною момент настання негативного наслідку (рівень ризику став від цього виду господарської діяльності неприйнятним), виникає правомірне питання про способи його встановлення. Імовірнісні оцінки, як було показано вище, базуються, як правило, на відносній кількості фатальних випадків (смертей) за одиницю часу. Беручи до уваги значну розбіжність (у сотні разів) кількісних оцінок, природними видаються проблеми прийняття юридично значущого рішення для запобігання цій небезпечній діяльності або відшкодування збитків від її здійснення.

Зупинимося детальніше на деяких аспектах аналізованої концепції екологічного ризику, які, на нашу думку, мають дискусійний характер.

Імовірнісні оцінки настання несприятливої події прийшли зі сфери технічних наук і пов'язані, як правило, з надійністю апаратури, машин і механізмів. Оцінки проводяться за кількістю «відмов» за певний період експлуатації (проб) виробів. І якщо для деяких екологічно небезпечних подій можна набрати певну статистику (кількість аварій на нафтопроводах, танкерах та ін.) і обчислити з деякою точністю можливість настання зазначеної несприятливої події, то для таких об'єктів, як атомна електростанція, сама думка про набір деякої «статистики аварій» викличе вкрай негативну реакцію. Тут навіть одинична подія може призвести до катастрофічно негативних наслідків. Згадаємо Чорнобильську АЕС і оцінки фахівців «про нескінченно малу ймовірність значних аварій на АЕС». Зі сфери точних наук відомо, що чим складнішим у функціональному відношенні є виріб, механізм і т. д., тим складніше теоретично розрахувати можливість відмови такого складного механізму. Тільки статистично зважені оцінки дають змогу із достатньою точністю прогнозувати можливість відмови зазначених механізмів. Ті ж згадувані АЕС є найскладнішими високотехнологічними підприємствами з виробництва електричної енергії, і будь-які виконані розрахунки можливості аварій на них із важкими екологічними наслідками будуть неточними.

Як зазначає Г.І. Балюк [14, с. 143–145], «проблема кількісного оцінювання ядерного ризику особливого значення набула у зв'язку з можливістю ядерних інцидентів». До Чорнобиля ймовірність особливо значного ризику оцінювалася величиною 10–7, а після двох реальних аварій на атомних станціях (Чорнобильська АЕС і Трімал-Айленд (США) оцінки ймовірності серйозних аварій були карди-

нально змінені: більші аварії з імовірністю 0,7 можуть виникати кожні 5,4 року, а з імовірністю 0,95 – кожні 20 років. Згідно із загальноприйнятими шкалами рівнів ризику робота атомних станцій є доволі небезпечною.

Сумним підтвердженням справедливості висловлених оцінок великих аварій на АЕС є аварія в Японії на атомній електростанції «Фукусіма-1», що сталася 11 березня 2011 року. Про незадовільний стан теорії екологічного ризику свідчать масштабні аварії й на гідротехнічних спорудах, зокрема на Нурекській ГЕС (1988 р.) та Саяно-Шушенській ГЕС (2009 р.). В останньому випадку під час будівництва ГЕС розрахунки фахівців свідчили, що гребля може витримати пряме влучення атомної бомби середньої потужності. Однак, як виявила робота експертів, технічні помилки, що виникли під час проектування агрегатів станції й греблі, режими експлуатації станції й контроль роботи генераторів, а також підвищення сейсмічної активності й руху скельних порід, на які опирається гребля станції, призвели до масштабної техногенної аварії, що ледве не стала катастрофою з багатомільйонними жертвами.

Таким чином, тут видається доречним ще раз акцентувати, що ризик – це ймовірнісна величина, а її вірогідність визначається переважно статистичними методами. Для принципово нових технологій, нових речовин рівень ризику може бути встановлений тільки теоретично, що, як правило, припускає більшу невизначеність. Для об'єктів глобальної екологічної небезпеки проблему забезпечення екологічної безпеки не можна адекватно зводити тільки до зниження можливості екологічного ризику, оскільки можливі процеси для складних систем (мається на увазі сучасне промислове виробництво) ще не досягли необхідної точності опису. Крім цього, безумовно, потрібно враховувати людський фактор (доказом, крім наведених вище прикладів аварій на атомних і гідроелектростанціях, є аварія на «Фукусімі», дві значні аварії на заводі в Токаймуре (Японія) у 1997 р. і 1999 р.) і високу ймовірність ядерного тероризму (про що в національному законодавстві свідчить акцент у наказі № 34 Державної адміністрації ядерного регулювання). Під час оцінки загроз екологічного характеру доцільно користуватися більш інтегральною класифікацією, а акцент під час розробки нормативно-правових актів робити пропорційно рівневі екологічної небезпеки виробництв, діяльність яких вони повинні регулювати.

Екологічний ризик може в певному розумінні умовно корелювати й виражати відношення екологічної небезпеки, оскільки він припускає настання певної складності події в який-небудь прогнозований проміжок часу. Стан екологічної небезпеки визначений не тільки на своєму рівні, а й конкретизований у часі й просторі. Оцінка екологічного ризику за своєю суттю означає прогноз настання несприятливих наслідків певного ступеня важкості є зрештою рекомендацією для розробки превентивних заходів. Він фактично виконує функції (значно вужчі) екологічної експертизи. Практично більш прийнятним варіантом є оцінка ймовірності перевищення нормативів екологічної безпеки. Але в цьому випадку більш виправданим видається використання концепції нормативів, яку В.І. Андрейцев критикує зате, що вній «практично виявити порушення нормативів екологічної безпеки проблематично через відсутність оптимального технічного обладнання, автоматизованих

систем контролю, ... тому є певні труднощі й у доведенні цих правопорушень» [1, с. 68].

Такий висновок має дискусійний характер. Якщо викласти в стислій формі основне заперечення щодо зробленого вище висновку, то воно матиме такий вигляд: екологічний ризик – це теоретичний, модельний розрахунок імовірності настання негативних подій, а нормативний підхід – це емпіричний підхід, заснований на численних експериментах. Звичайно ж, і в тому, і в іншому випадку важливим є рівень розвитку відповідних точних наук.

Існуючі математичні моделі для кількісної оцінки рівня ризику мають істотні недоліки [15]: вибір моделі впливає на розрахункову дозу, яка відповідає припустимому рівню ризику; дані про незалежність реакції від дози можуть однаково відповідати будь-якій моделі, але при цьому не давати статистичних обґрунтувань реакції при низьких дозах; моделі незастосовні за множинного впливу (від різних хімічних речовин); результати модельних розрахунків більш прийнятні для груп населення, ніж для конкретного індивідуума.

Невизначеність прийнятної дози, незастосовність моделей у разі негативного впливу декількох факторів, проблем оцінки завданої шкоди конкретній особі – усе це, без сумніву, перешкоджає практичному використанню результатів моделей ризику в юридичній практиці.

Висловлені аргументи дають підстави вважати, що дискусійним є таке твердження: «Стара концепція екологічної безпеки, яка бере до уваги тільки показники гранично допустимих концентрацій (ГДК), у тому числі ГДС і ГДВ, повинна поступитися місцем концепції екологічного ризику» [16, с. 46].

У цей час оцінка екологічного ризику для здоров'я людини є досить складним науково-дослідним завданням, далеким від остаточного розв'язання. На думку деяких авторів, «оцінка ризику – це інструмент наукового аналізу, скринінгова гігієнічна діагностика, а не міра контролю й управління» [17].

З такою жорсткою оцінкою екологічного ризику важко погодитися. Незважаючи на наявні проблеми, ця концепція дедалі ширше впроваджується в екологічний менеджмент. Досвід США свідчить, що після шестирічного дослідження окремі компоненти такої методології були включені до законодавчих актів. Є численні приклади ефективного використання концепції ризику в різних сферах людської діяльності. Накопичення наукових знань, великий статистичний матеріал, удосконалення математичних методів його обробки поряд з потребою суспільства в розробці відповідних юридичних норм, що регулюють ризикову діяльність, охороняють право людини на безпечне й здорове навколишнє середовище, з необхідністю привели до того, що ризик (у тому числі й екологічний) перебуває в полі зору природних і суспільних наук. Усі перелічені фактори створюють реальні умови для глибшого дослідження феномена ризику й широкого, науково обґрунтованого його використання на практиці.

Наостанок слід сказати, що, незважаючи на критику, іноді справедливу, нормативний підхід нині є інструментом, що найбільш адекватно оцінює якість навколишнього природного середовища. Більше того, розвиток точних наук дає змогу виявляти дедалі більш глибокі зв'язки між здоров'ям людини й факторами навко-

лишнього природного середовища. Цими питаннями сьогодні займається «клінічна біологія». Завдяки методу «біоіндикації» підвищується надійність у встановленні причинно-наслідкового зв'язку між здоров'ям людини і якістю навколишнього середовища, що дає змогу приймати юридично значущі рішення під час захисту порушеного права громадян на безпечне й здорове навколишнє середовище.

Висновки. Показано, що зміст понять, які характеризують якість навколишнього середовища, носить безсумнівний антропоцентричний характер, оскільки вони спрямовані на захист життя й здоров'я людей від негативних впливів, навколишнього середовища, що з юридичної точки зору видається цілком закономірним. Система нормативного закріплення стандартів якості навколишнього природного середовища, ступінь об'єктивності оцінки забруднення, що залежать від рівня розвитку точних наук, нині основним показником стану навколишнього середовища. Основною відмінністю концепції екологічного ризику й нормативного підходу є те, що екологічний ризик – це теоретичний, модельний розрахунок імовірності настання негативних подій, а нормативний підхід – це емпіричний метод, заснований на численних експериментах.

Робимо висновок, що існуюча в науці широка розбіжність в оцінці екологічних ризиків не тільки перешкоджає широкому використанню методології, заснованої на концепції ризику в природоохоронній діяльності, а й певною мірою, є стримуючим моментом для практичного застосування в юридичній практиці під час захисту права громадян на безпечне й здорове довкілля. Екологічний ризик може в певному розумінні умовно корелювати й висловлювати ставлення екологічної небезпеки, оскільки він припускає настання певної складності події в якій-небудь прогнозований проміжок часу.

Література

1. Андрейцев В.І. Екологічний ризик у системі правовідносин екологічної безпеки: проблеми практичної теорії / В.І. Андрейцев // Право України. – 1999. – № 1. – С. 62–69.
2. Фролов М.О. Правові аспекти екологічного ризику : автореф. дис. … кандр. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / М.О. Фролов ; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2001. – 20 с.
3. Шоха Т.П. Теоретико-правові аспекти екологічного страхування / Т.П. Шоха // Вісник КНУ ім. Т. Шевченка. Серія «Юриличні науки». – 2011. – Вип. 86. – С. 106–110.
4. Добровольский В.В. Екологічна безпека і ризик: деякі понятійно-категоріальні уточнення / В.В. Добровольский // Екологічна безпека. – 2011. – № 1 (11). – С. 17–20.
5. Толковый словарь по охране природы / под ред. В.В. Снакина. – М. : Экология, 1995. – 191 с.
6. Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни / А.П. Альгин. – М. : Мысль, 1989. – 188 с.
7. Азиев Р.Г. Количественный подход к оценке безопасности / Р.Г. Азиев, В.В. Меньшиков, И.И. Кузьмин // Проблемы взаимодействия человека и биосферы / под ред. В. Е. Соколова. – М. : Изд-во МГУ, 1989. – С. 45–48.
8. Ваганов П.А. Риск смерти и цена жизни / П.А. Ваганов // Правоведение. – 1999. – № 3. – С. 67–82.
9. Cohen B.L. Catalog of Risks Extended and Updated / B.L. Cohen // Health Physics. – 1991. – Vol. 61. – P. 317–335.
10. Hallenbeck W.H. Quantitative Risk Assessment for Environmental and Occupational Health / W.H. Hallenbeck. – 2nd edition. – Boca Raton, 1993. – 212 p.
11. Ваганов П. А. Применение концепции экологического риска в природоохранном законодательстве США / П.А. Ваганов // Правоведение. – 2001. – № 5. – С. 84–94.
12. Гавриш С.Б. Уголовно-правовая охрана природной среды Украины. Проблемы теории и развитие законодательства / С.Б. Гавриш. – Х. : Основа, 1994. – 640 с.
13. Колбасов О.С. Нормирование как правовая мера охраны окружающей среды / О.С. Колбасов, М.М. Бринчук // СГП. – 1987. – № 3. – С. 72–80.

14. Екологічне право України. Академічний курс : [підручник] / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К : Юрид. думка, 2005. – 848 с.
15. Качинський А.Б. Розвиток проблеми ризику в Україні: теорія і практика / А.Б. Качинський. – К. : МАУП, 1997. – 164 с.
16. Охрана природы и воспроизводство природных ресурсов : в 20 т. / под ред. Г.И. Сидоренко. – М. : ВИНИТИ, 1986 – . – Т. 16 : Влияние антропогенных изменений окружающей среды на здоровье населения. – 1986. – 190 с.
17. Рахманин Ю.А. Современные научные проблемы совершенствования методологии оценки риска здоровью населения / Ю.А. Рахманин, С.М. Новиков, С.И. Иванов // Гигиена и санитария. – 2005. – № 2.– С. 7–10.

Анотація

Барбашова Н. В. **Взаємозв'язок понять «екологічний ризик» та «екологічна безпека».** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню правовідносин екологічної безпеки та концепції екологічного ризику в контексті практичного застосування цих понять у юридичній практиці під час захисту права громадян на безпечне й здорове довкілля.

Ключові слова: екологічний ризик, екологічна безпека, екологічні нормативи.

Аннотация

Барбашова Н. В. **Взаимосвязь понятий «экологический риск» и «экологическая безопасность».** – Статья.

Статья посвящена исследованию правоотношений экологической безопасности и концепции экологического риска в контексте практического использования этих понятий в юридической практике при защите права граждан на безопасную и здоровую окружающую среду.

Ключевые слова: экологический риск, экологическая безопасность, экологические нормативы.

Summary

Barbashova N. V. **Interrelation of the concepts "environmental risk" and "ecological safety".** – Article.

The article investigates relations of ecological safety and the concept of environmental risk in the context of practical application of these concepts in legal practice in protecting citizens' rights to the safe and healthy environment.

Key words: environmental risk, ecological safety, environmental standards.

УДК 342.77

Л. В. Бицюра

ДО ПИТАННЯ МЕХАНІЗМУ ГАРМОНІЗАЦІЇ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЗАКОНОДАВСТВА ЄС

Для ефективності правового механізму взаємодії ЄС та України важливо сформувати систему правових засобів і заходів, які забезпечували б інтеграційні процеси на кожній зі стадій відповідними способами. Така система заходів має включати порівняльно-правове дослідження правових систем ЄС та України, виявлення їх особливостей; визначення оптимальних форм гармонізації, уніфікації і відповідних засобів їх здійснення; визначення видів та рівнів гармонізації й уніфікації та сфер і меж їх застосування; виявлення умов здійснення цих процедур; створення відповідних колізійних механізмів; узгодження термінології; створення словників термінів і понять [10, с. 54].

Розгляд та дослідження особливостей гармонізації аграрного законодавства України та законодавства Європейського Союзу як складової гармонізації зако-

© Л. В. Бицюра, 2014

нодавства в цілому ґрунтується на загальнодержавних програмах та концепціях правової реформи, які сьогодні здійснюються органами державної влади в Україні. Реалізація цих завдань пов'язана з необхідністю забезпечення відповідності аграрного законодавства України європейським стандартам. Гармонізація аграрного законодавства України та законодавства Європейського Союзу потребує особливої уваги в наукових дослідженнях аграрних відносин в Україні, пов'язаних із реалізацією через законодавство України «Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами», та безпосередньо обумовлена ефективністю функціонування інституційного механізму наближення законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Належне організаційне забезпечення наближення законодавства України до законодавства Європейського Союзу та відповідно до статті 51 «Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими Співтовариствами та Україною» здійснюється шляхом затвердження переліку міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, відповідальних за організацію роботи з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, узгодження координації та взаємодії їх діяльності, створення спеціальної державної установи, відповідальної за сприяння Міністерству юстиції України в реалізації покладених на нього функцій у сфері адаптації законодавства України до законодавства ЄС, вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади та є предметом правового регулювання відповідних нормативно-правових актів[1].

У сучасному міжнародному праві гармонізація не поділяється на внутрішню та зовнішню або міжнародно-правову та національно-правову. У розрізі цього гармонізація розуміється виключно як зовнішній міжнародний процес, учасниками якого є суб'єкти міжнародно-правових відносин. А процес, що деякими науковцями, зокрема, розуміється як національно-правова гармонізація, традиційно інтерпретується як діяльність органів державної влади з усунення колізій та суперечностей у національному праві, що зазвичай не стосується гармонізації.

[1]Програми інтеграції України до Європейського Союзу, схвалені Указом Президента України від 14 вересня 2000 р. № 1072; Указ Президента України від 9 лютого 1999 р. № 145 «Про заходи щодо вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади»; Указ Президента України «Про заходи щодо вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади» від 9 лютого 1999 р. № 145/99; Указ Президента України від 21 серпня 2004 р. № 965 «Питання організації виконання Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»; постанова Кабінету Міністрів України від 12 червня 1998 р. № 852 «Про запровадження механізму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»; постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496 «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»; постанова Кабінету Міністрів України від 15 травня 2003 р. № 716 «Про утворення Центру європейського та порівняльного права»; постанова Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 р. № 950 «Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України» та ін. «План першочергових заходів щодо інтеграції України до ЄС на 2013 рік» затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 13 лютого 2013 р. № 73, містить 71 захід щодо інтеграції України до Європейського Союзу.

Гармонізація права може здійснюватися за допомогою різних способів, найбільш поширеними серед яких є:

– прийняття міжнародно-правових актів із метою подальшої їх імплементації в національному законодавстві двох або більше держав (до таких міжнародно-правових угод належать конвенції, дво- та багатосторонні угоди, протоколи та інші документи);

– одностороння імплементація зарубіжних правових норм (позитивного досвіду) у національному законодавстві держави;

– розробка правових рекомендацій іноземній державі з певних питань;

– удосконалення національного законодавства: усунення прогалин, усунення колізій та протиріч у рамках однієї галузі права. Правову основу зближення та поступового приведення законодавства України у відповідність до законодавства ЄС у контексті спрямування зовнішньополітичної діяльності України на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами й нормами міжнародного права формують: Конституція України, схвалені Верховною Радою України «Основні напрями зовнішньої політики України» та «Концепції (основи державної політики) національної безпеки України», «Угода про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами» від 14 червня 1994 р. (далі – Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими Співтовариствами та Україною) та інших договорах, укладених між Україною та ЄС, у яких визначаються механізми взаємодії між ними, а також «Концепція адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», схвалена постановою Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496 [3]. Водночас основні напрями співробітництва України з Європейським Союзом як такі, що досягли високого рівня політичної інтеграції, уніфікації права, економічного співробітництва, соціального забезпечення та культурного розвитку, визначає «Стратегія інтеграції України до Європейського Союзу», затверджена Указом Президента України від 11 червня 1998 р. № 615/98.

Для підготовки України до впровадження угоди про асоціацію погоджено та виконується «Порядок денний асоціації Україна – ЄС», який передбачає заходи щодо адаптації законодавства [4, с. 7].

Угодою про партнерство та співробітництво не визначено, якого ступеня відповідності належить досягти в результаті адаптації законодавства України до законодавства ЄС та часові рамки зазначеного процесу. Саме тому програмою передбачена підготовка разом з ЄС планів-графіків адаптації законодавства України [8, с. 7].

Відповідно до § 85–87 Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. № 950 (далі – Регламент КМУ), центральні органи виконавчої влади, взаємодіючи з Кабінетом Міністрів України:

– спрямовують свою діяльність на досягнення програмних цілей Кабінету Міністрів України, забезпечують реалізацію державної політики у відповідній

сфері та проводять постійний аналіз її ефективності, виконують покладені на них завдання, забезпечуючи цілісність та органічну єдність дій Кабінету Міністрів України;

– своєчасно інформують Кабінет Міністрів України про результати своєї діяльності з вирішення важливих суспільно-економічних питань, а також з інших питань, що виникають у їх відносинах з Президентом України, Верховною Радою, іншими державними органами й стосуються компетенції Кабінету Міністрів України;

– регулярно інформують громадськість про стан виконання програми діяльності Кабінету Міністрів України, проводять роз'яснювальну роботу щодо змісту, цілей та механізму реалізації державної політики у відповідній сфері;

– приймають у межах наданих повноважень рішення з питань, які мають важливе соціально-економічне значення й стосуються життєвих інтересів громадян, після консультацій з Прем'єр-міністром, Першим віце-прем'єр-міністром;

– забезпечують в установленому Регламентом КМУ порядку опрацювання матеріалів, що надходять від Кабінету Міністрів України, з питань розгляду депутатських запитів, звернень, підготовки висновків до законопроектів, ініційованих народними депутатами України, і законів, що надходять на підпис Президентові України, та з інших питань;

– супроводжують законопроекти під час їх розгляду у Верховній Раді;

– співпрацюють із Секретаріатом Кабінету Міністрів України, у тому числі Апаратом Прем'єр-міністра, з питань, що виникають у їх відносинах з Кабінетом Міністрів України і Прем'єр-міністром, проводять консультації стосовно процедури підготовки проектів актів законодавства та інших документів, які подаються на розгляд Кабінету Міністрів України, організації роботи з контролю виконання рішень Кабінету Міністрів України, а також з інших питань, що регулюються Регламентом КМУ [1].

З урахуванням вищезазначеного механізму взаємодії центральних органів виконавчої влади та з метою забезпечення взаємодії органів державної влади та недержавних інституцій під час виконання «Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» (далі – Програма) в 2004 році створено Координаційну раду з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (далі – Координаційна рада), основними завданнями якої є:

– розроблення пропозицій щодо розвитку співробітництва з Європейським Союзом у сфері адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу;

– формування єдиних підходів до провадження діяльності з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу;

– визначення переліку органів виконавчої влади, відповідальних за організацію роботи з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу;

– підготовка щорічного плану заходів із виконання Програми;

– розгляд стану реалізації плану заходів із виконання Програми;

– підготовка та подання Верховній Раді України щорічної доповіді про стан виконання Програми [2].

Згідно із ч. 1 § 84–85 Регламенту КМУ розроблення законопроектів, що подаються до Верховної Ради України Кабінетом Міністрів України в порядку законодавчої ініціативи, здійснюється відповідно до перспективних і поточних планів законопроектних робіт та завдань, визначених законами України, указами Президента України і постановами Верховної Ради України, актами Кабінету Міністрів України та дорученнями Прем'єр-міністра [4].

Центральні органи виконавчої влади подають Мін'юсту пропозиції до орієнтовного плану законопроектних робіт за встановленою формою не пізніше ніж до 15 жовтня поточного року.

Сформований Мін'юстом України орієнтовний план законопроектних робіт подається для затвердження Кабінету Міністрів України, не пізніше ніж до 1 грудня поточного року [5].

У пропозиціях до перспективного та поточного планів зазначаються: орієнтовна назва законопроекту; проблема, яка потребує законодавчого врегулювання. Якщо проект закону є проектом регуляторного акта, про це зазначається окремо; підстава для розроблення законопроекту; строк внесення законопроекту до Кабінету Міністрів України [1].

Інституційне забезпечення співробітництва України та ЄС визначено також «Стратегією інтеграції України до ЄС», іншими рішеннями Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України.

Угодою про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС передбачено створення спільних органів між Україною та ЄС: Ради та Комітету з питань співробітництва, Комітету з парламентського співробітництва. Верховною Радою України утворено Комітет з питань європейської інтеграції та Комітет у закордонних справах, визначено їх повноваження [1]. Діє українська частина Комітету з парламентського співробітництва між Україною та ЄС, яка формується з народних депутатів, що представляють різні депутатські фракції та групи у Верховній Раді України. Керівництво «Стратегією інтеграції України до ЄС» здійснює Президент України. Крім того, Президент України щорічно бере участь у саміті Україна – ЄС, який є механізмом регулярного політичного діалогу на найвищому рівні.

Забезпечення реалізації «Стратегії інтеграції України до ЄС» належить до компетенції Кабінету Міністрів України, зокрема Прем'єр-міністр України є головою Української частини Ради з питань співробітництва між Україною та ЄС; Координаційної ради з адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

Забезпечення скоординованої реалізації стратегічного курсу України на інтеграцію до Європейського Союзу, створення передумов, необхідних для набуття Україною повноправного членства в Європейському Союзі, здійснюють центральні органи виконавчої влади, відповідальні за здійснення завдань, визначених «Стратегією інтеграції України до Європейського Союзу», перелік яких затверджено розпорядженням Президента України від 27 червня 1999 р. № 151/99-рп.

Інституційний механізм у сфері європейської інтеграції формують:

– Міністерство закордонних справ України, яке бере участь у формуванні та реалізації державної політики, спрямованої на інтеграцію України

в європейський політичний, економічний, правовий простір з метою набуття членства в ЄС;

– Міністерство юстиції України як спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері адаптації законодавства України до законодавства ЄС організовує роботу з підготовки щорічного плану заходів щодо виконання Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства ЄС, проводить моніторинг її виконання; здійснює науково-експертне, аналітичне, інформаційне та методологічне забезпечення виконання «Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства ЄС», переклад актів *acquis communautaire* українською мовою, оновлення глосарія термінів *acquis communautaire*;

– Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, до компетенції якого належить таке: формування та забезпечення реалізації державної політики з питань економічного й соціального співробітництва України з ЄС; забезпечення й координація в межах своїх повноважень виконання українською стороною зобов'язань за міжнародними договорами України з ЄС, участь у переговорах, спрямованих на розвиток договірних відносин з ЄС; участь у встановленому порядку у функціонуванні двосторонніх органів формату «Україна – ЄС», утворених у рамках чинних міжнародних договорів, забезпечує роботу відповідних підкомітетів Комітету з питань співробітництва між Україною та ЄС; забезпечення взаємодії центральних органів виконавчої влади, пов'язаної зі створенням зони вільної торгівлі між Україною та ЄС, укладанням «Угоди про асоціацію між Україною та ЄС» в економічній, секторальній сферах, а також з питань розвитку людського потенціалу; розробка пропозицій щодо вдосконалення механізму взаємодії центральних органів виконавчої влади з інституціями ЄС забезпечує в межах своїх повноважень адаптацію законодавства України до законодавства ЄС та ін.

Відповідно до вищезазначеного розпорядження Президента України відповідальність Міністерства аграрної політики України охоплюється співробітництвом у сфері сільськогосподарської кооперації [2].

Разом з тим у центральних та місцевих органах виконавчої влади створено (визначено) структурні підрозділи, до компетенції яких віднесені питання європейської інтеграції, а також питання адаптації національного законодавства до законодавства ЄС та підготовки й реалізації проектів технічної допомоги.

Робота щодо моніторингу та оцінки виконання досягнутих домовленостей, у тому числі щодо реалізації «Порядку денного асоціації Україна – ЄС» здій-

[2] Наприклад, з метою поглиблення торговельного та секторального співробітництва пунктом 4 плану заходів Мінекономрозвитку України та інші центральні органи виконавчої влади зобов'язано розробити проект Закону України «Про внесення змін до Митного тарифу України, затвердженого Законом України «Про Митний тариф України» з метою приведення товарної номенклатури Митного тарифу України у відповідності до Гармонізованої системи опису та кодування товарів 2012 р., що є основою для української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності (УКТЗЕД) [7]. Якщо в УКТЗЕД по відношенню до її міжнародних частин – ГС та Комбінованої номенклатури Європейського Союзу – виявлено неточності, які виникли в результаті неправильного перекладу з офіційної мови оригіналу на українську мову, назв позицій, підпозицій, а також текстів приміток до розділів, груп, позицій, підпозицій та додаткових приміток, то за основу приймаються тексти оригіналів офіційних видань Гармонізованої системи Всесвітньої митної організації та Комбінованої номенклатури Європейського Союзу.

снюється в рамках українських частин двосторонніх органів Україна – ЄС (української частини Ради та української частини Комітету з питань співробітництва між Україною та ЄС, а також українських частин підкомітетів), української частини Комітету старших посадових осіб «Порядку денного асоціації Україна – ЄС».

Безпосередні механізми гармонізації законодавства впроваджуються на суто галузевому інституційному рівні[2].

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити такі висновки:

– гармонізація законодавства набуває значення не лише інструмента стратегічного зближення з ЄС, але й безпосереднього інструмента забезпечення доступу українських товарів та послуг на ринок держав-членів ЄС, що обумовлює необхідність змін у підходах до планування та проведення заходів з адаптації законодавства, зокрема опрацювання та перехід від щорічного планування заходів з адаптації до більш ефективного середньо- та довгострокового планування з метою чого урядом України з урахуванням парафованого проекту угоди про асоціацію, «Порядку денного асоціації Україна – ЄС», інших двосторонніх домовленостей, досягнутих у рамках роботи двосторонніх органів, розробляються відповідні внутрішні плани роботи [8, с. 28] з метою забезпечення ефективної взаємодії органів державної влади під час виконання «Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського союзу»;

– чинна вітчизняна нормативно-правова база у сфері приведення положень розроблюваних проектів нормативно-правових актів із питань регулювання аграрних відносин у відповідність до законодавства Європейського Союзу лише частково задовольняє потреби часу та не завжди охоплює всі ключові елементи, які необхідні для ефективної реалізації державної аграрної політики, спрямованої на ефективне управління в галузі сільськогосподарського виробництва та землекористування, підтримку агровиробництва, стимулювання інтеграційних процесів в агропромисловому комплексі, формування передумов для збереження та комплексного розвитку сільських територій і підтримки підприємницьких ініціатив на селі.

Література

1. Договір про заснування Європейської Спільноти [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_017.
2. Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу : Указ Президента України від 11 червня 1998 р. № 615/98. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/615/98.
3. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15.
4. Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України : Постанова КМУ від 18 липня 2007 р. № 950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua
5. Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Постанова КМУ від 15 жовтня 2004 р. № 1365 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua
6. Про Міністерство аграрної політики та продовольства України : Указ Президента України від 23 квітня 2011 року № 500/2011 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://170820.minagro.web.hosting-test.net/page/?11152.
7. Деякі питання організації законопроектних робіт та адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу в Міністерстві економіки України : Наказ Міністерства

економіки України від 18 жовтня 2007 року № 348 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua
8. Парламентський вимір Європейської інтеграції / за ред. С.Г. Плачкової. – К. : Нора-прінт, 2005.
9. Луць Л.К. Формування правового механізму взаємодії України з Радою Європи та Євросоюзом / Л.И. Луць // Віче. – 2006. Вип. 7–8. – С. 54–55.

Анотація

Бицюра Л. В. **До питання механізму гармонізації аграрного законодавства та законодавства ЄС.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню загальних особливостей механізму гармонізації законодавства України та інституційних аспектів, які впроваджуються на міжгалузевому та галузевому рівнях.

Ключові слова: механізм гармонізація законодавств, ЄС, аграрне законодавство, Порядок денний асоціації Україна – ЄС, загальнодержавні програми.

Аннотация

Быцюра Л. В. **К вопросу механизма гармонизации аграрного законодательства и законодательства ЕС.** – Статья.

Статья освещает общие особенности механизма гармонизации законодательства Украины и институциональных аспектов, которые внедряются на межотраслевом и отраслевом уровнях.

Ключевые слова: механизм гармонизации законодательства, ЕС, аграрное законодательство, Повестка дня ассоциации Украина – ЕС, общегосударственные программы.

Summary

Bytsura L. V. **On the question of the mechanism of agrarian legislation and harmonization with EU legislation.** – Article.

The article is devoted to the general features of the mechanism of harmonization of legislation of Ukraine, and institutional aspects that are implemented on inter-sectoral levels.

Key words: «mechanism of harmonization of legislation», EU, «agrarian law» Agenda of the EU – Ukraine «national programs».

УДК 349.6:303.64 (09)

Т. О. Рахнянська

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Сучасний стан національного, міжнародного та європейського законодавства у сфері правового регулювання природоресурсних, природоохоронних та антропоохоронних відносин характеризується динамічністю, гнучкістю, комплексністю та спрямованістю на реалізацію екологічної складової концепції сталого розвитку для збереження якісного довкілля для прийдешнього та майбутніх поколінь. У зв'язку із цим особливої уваги, на нашу думку, заслуговує питання правового регулювання господарської діяльності у сфері капітального будівництва та, відповідно, правового режиму територій, які використовуються для капітальної забудови. Це пов'язано з тим, що така господарська діяльність є екологічно небезпечною та ризикованою, що зумовлено наявністю промислових відходів, викидами небезпечних речовин та забрудненням довкілля, аваріями, катастрофами, які трапляються на будівельних майданчиках, зменшенням територій із зеленими насадженнями й т. д. Оскільки будь-яке явище, у тому числі правове, є результатом впливу багатьох факторів (економічних, політичних, історичних, соціальних тощо), вважаємо

© Т. О. Рахнянська, 2014

за доцільне зупинитися на історичних витоках (джерелах) сфери законодавчого регулювання правового режиму земель капітального будівництва, які стали підґрунтям для розвитку правовідносин щодо використання земель капітальної забудови на сучасному етапі.

Отже, **метою** статті є дослідження історичних факторів та джерел, що склали основу для законодавчого регулювання правового режиму земель капітального будівництва. У зв'язку з поставленою метою дослідження визначено основні завдання: 1) здійснити періодизацію історії розвитку капітального будівництва та використання земель капітальної забудови; 2) охарактеризувати розвиток правовідносин у сфері використання земель капітального будівництва та забезпечення екологічної безпеки під час здійснення зазначеного виду господарської діяльності на кожному з виокремлених етапів, включаючи й сучасний етап законодавчого закріплення використання земель капітального будівництва.

Слід відмітити, що до історичних пам'яток та факторів, які вплинули на розвиток екологічних правовідносин у цілому та у сфері містобудування зокрема зверталися вчені в галузі екологічного й земельного права та історії держави й права, а саме: В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.П. Гетьман, Н.Л. Ільїна, І.І. Каракаш, Т.Г. Ковальчук, М.В. Краснова, Н.Р. Малишева, А.М. Мірошниченко, В.Л. Мунтян, В.В. Носік, О.О. Погрібний, Б.В. Солуха, О.Ф. Скакун, Н.М. Хома, Н.М. Шебек, О.О. Шевченко, Ю.С. Шемшученко, М.В. Шульга та ін. Наукові напрацювання зазначених вчених і стали теоретичною базою для проведення нашого дослідження.

Зауважимо, що на сьогодні існують різні підходи до періодизації історії розвитку суспільства, держави та права, а також містобудівного розвитку в цілому та кожного окремого міста зокрема. Так, в основу поділу етапів розвитку держави та права науковці ставлять цивілізаційні, історико-політичні та економічні чинники, за якими виділяють: 1) історію держави й права Стародавнього світу (IV тис. до н. е. – V ст. н. е.); 2) історію держави й права середніх віків (V ст. н. е. – XVII – XVIII ст. н. е.); 3) історію держави й права нового часу (XVII – XVIII ст. н. е. – 1918 р.); 4) історію держави й права новітнього часу (1918 р. – до сьогодні) [1, с. 9].

Н.Л. Ільїна в історії екологізації містобудівного процесу виділяє такі етапи розвитку міст та, відповідно, правового забезпечення екологічної безпеки в плануванні та забудові: 1) забезпечення екологічної безпеки під час створення міст епохи Стародавнього світу і середньовіччя; 2) забезпечення екологічної безпеки під час створенні міст індустріальної епохи; 3) забезпечення екологічної безпеки під час створення міст постіндустріальної епохи [2, с. 26–27].

На нашу думку, в основі періодизації нормативно-правового регулювання правового режиму земель капітальної забудови лежить розвиток суспільних відносин у сфері використання земель для капітального будівництва, що характеризується ступенем розвитку держави й права, економічними потребами й інтересами суспільства, ефективністю їх задоволення, а також усвідомленням і зацікавленням кожного індивідуума зокрема й держави в цілому в економному та бережливому використанні природних ресурсів. У зв'язку з цим вважаємо, що *в історії розвитку капітального будівництва та використання земель капітальної забудови можна виділити такі етапи:* I – використання земель капітального будів-

ництва в період заснування перших міст у державах Стародавнього Сходу та Античності; II – капітальне будівництво в період панування феодальних відносин; III – використання земель капітального будівництва в індустріальний період; IV – використання земель капітального будівництва в епоху перехідного періоду до постіндустріального суспільства.

І етап. Перші письмові докази про принципи капітальної забудови міст своїм корінням сягають Стародавньої Месопотамії (IV тис. до н. е. – V ст. н. е.). Уже в месопотамських містах зустрічаються перші помітки регулярного плану, що залежав від поділу землі й розміщення каналів [3, с. 281]. Загалом розвитку містобудування в цей період сприяли концентрація та централізація значних засобів на капітальне будівництво, а також система управління суспільними роботами, оскільки на зведення об'єктів нерухомості витрачалися великі кошти та зусилля тисяч людей [3, с. 34].

В Античній Греції сформувалася система полісів – міст-держав, які зазвичай розташовувалися на землях, що мали вихід у море [3, с. 47]. Арістотель у своїй відомій праці «Політика» намагався знайти вирішення актуальної на той час проблеми поділу земель, у зв'язку з чим зауважував, що «поділ земельних ділянок, на яких зведено будівлі, повинен здійснюватися так, щоб це не завдавало шкоди господарству» [4]. Зауважимо, що на той час ще не існувало загальнодержавних планів забудови територій чи генеральних планів окремих міст. Разом з тим, закладаючи міста та здійснюючи капітальне будівництво, намагалися виходити з раціональних міркувань.

Найбільшого розквіту містобудування досягло за часів існування Стародавнього Риму (VIII ст. до н. е. – V ст. н. е.). Саме в цей період починають з'являтися багатоповерхові житлові будинки (інсули), які стали основним типом житла. У цілях пожежної безпеки законодавчо обмежувалася висота будинків – не більше 21 м [5, с. 62]. За часів розквіту домінату поряд із квіритським правом на земельну ділянку почали розвиватися інші інститути речового права, серед яких був суперфіцій (користування будівлею, зведеною на чужій землі) [6, с. 140–141], що характеризує існуючу на той час потребу врегулювати відносини використання землі для зведення капітальних будівель.

Незважаючи на формування інституту речового права на землю та споруджені на ній об'єкти нерухомості, охорона земельних ресурсів як об'єкта НПС не була першочерговою. Так, Н.Л. Ільїна зазначає, що за часів існування перших держав екологічна безпека не входила до кола проблем, що охоплювало містобудування, і «лише поступово екологічні вимоги стали враховуватися в плануванні та забудові міст» [2, с. 26].

ІІ етап. Після падіння Римської імперії в період панування феодального права та держави (V ст. – XVII – XVIII ст.) питання використання та охорони земель для забудови набули актуальності. Це зумовлено тим, що власник землі «має всі або частину прав, сукупність яких складає суверенітет» [7, с. 72], тобто власник земельної ділянки був наділений правами щодо інших об'єктів (включаючи й об'єкти капітального будівництва), які передбачалися такою формою власності. В цей час здійснюється будівництво нових та перебудова старих населених пунктів.

Стрімкого розвитку набуває будівництво багатоповерхових будинків (від чотирьох поверхів і більше) [8, с. 90].

Зауважимо, що доба середньовіччя є яскравим прикладом недосконалої системи планування використання земель для капітального будівництва, оскільки місто, оточене стінами з невеликим периметром, мало в запасі невеликі території. З часом усі вільні земельні ділянки забудовувалися. Поступово зникали виноградники, сади й городи, які раніше були в межах міста, а потім забудова розташовувалася на площах, вулицях і на вільних територіях кварталів. Від колишніх садів залишалися лише група дерев біля ратуші, однак найчастіше це було одне «міське дерево» біля фонтану, де збиралося міське населення для відпочинку. Прикладами таких міст стали Рига, Таллін, Стокгольм [9, с. 86].

Натомість для Київської Русі характерним був садибний спосіб забудови, що полягав у такому плануванні території, за яким навколо житлового будинку зводили службові споруди, які виходили на вулицю [8, с. 111]. Н.М. Шебек наголошує, що «під час розпланування середньовічного руського міста дотримувалися певної послідовності дій: розмічали мури, виділяли спеціальні території для церков, монастирів і державних будівель, потім нарізали ділянки всередині укріплень і, нарешті, на посадах і в слободах ... Із прадавніх часів зберігався містобудівний принцип: не закривати сусіду вид на природу й на шановані громадські споруди. Тому між дворами закладалися фіксовані відстані, а будинки зводилися таким чином, щоб їх вікна дивилися в прозори між сусідніми спорудами» [10, с. 85].

Як зазначає Н.Л. Ільїна, «у гігієнічному плані місто обов'язково повинно було провітрюватися, що досягалося завдяки пропорційності будівель у ньому. ... В ті часи робилися перші спроби шляхом закріплення обов'язкових правил поведінки забезпечити безпеку людини від несприятливого впливу навколишнього середовища під час створення та розвитку міст» [2, с. 29]. Погоджуючись із позицією вченого, вважаємо, можна констатувати, що на території Київської Русі під час планування й забудови земельних ділянок об'єктами нерухомості особлива увага зверталася на екологічні аспекти, які були обов'язковими для будівництва.

III етап. Буржуазні революції (XVII – XVIII ст.) відіграли важливу роль у становленні нового суспільного ладу, а з ним і розвитку нового правороз уміння. Зазвичай цю епоху називають історією держави й права нового часу, яка часовими рамками тривала до початку XX ст. У цей період почався активний розвиток промисловості, оскільки стрімко виникало й розвивалося мануфактурне виробництво, що послужило формуванню індустріального суспільства.

Демографічний приріст міського населення, що сприяв збільшенню обсягів капітального будівництва, посилив проблеми міст. У більшості країн Європи будівництво розвивалося спонтанно в умовах приватної власності на землю, що призвело до хаотичності в забудові, нераціональності міських комунікацій, і в кінцевому результаті виникли, труднощі проживання в містах. У зв'язку з цим у містах почали здійснювати реконструкцію: змінювали застаріле планування та зносили будинки. Прикладом такого міста став на той час Париж, реконструкцію якого називали «масовим знищенням середньовічної Франції». Із часом місто стало елегантним та благоустроєним [5, с. 93, 96].

Слід зазначити, що характерними рисами права епохи індустріального суспільства стали формування світових правових сімей, виокремлення галузей права в країнах романо-германської правової системи (цивільного, кримінального тощо), зміни в джерелах права (окрім рецепійованого римського права, у державах континентальної правової сім'ї з'являються власні нормативно-правові акти у формі кодифікованих норм права). Так, у Цивільному кодексі Наполеона 1804 р. закріплюється положення, відповідно до якого об'єктами нерухомості визнаються земельні ділянки та споруджені на них будівлі (ст. 518 книги 2 «Про майно та видозміни власності»). Кодексом встановлюється право власності на землю, що включає в себе власність над та під землею. У зв'язку з цим закріплюється презумпція права власника земельної ділянки зводити будівлі на власний розсуд, однак із застереженнями, передбаченими сервітутами та земельними повинностями (ст. 552) [11].

Німецьке цивільне уложення 1896 р. поділяє речі на земельні ділянки та рухомі речі. Рухомістю вважається все, що не є земельною ділянкою і її приналежністю, міцно пов'язаною з ґрунтом. Таким чином, уложення закріплює правило, за яким будівля слідує за земельною ділянкою й розглядається як її поліпшення [6, с. 491–492].

Незважаючи на спроби усунути прогалини правового регулювання шляхом кодифікації, тогочасні право та держава були ще не готові вирішити інші не менш важливі проблеми, які стосувалися охорони довкілля від негативних наслідків промислового виробництва. Це питання найбільш відчутно проявлялося в центрах мануфактур – у містах, де «хаотична забудова, антисанітарні умови в робітничих кварталах і епідеміологічна небезпека стали виявом дисгармонії людини й природи» [2, с. 30].

IV етап. Після Першої світової війни та Другої світової війни настав новий історичний етап розвитку суспільства, який характеризувався якісно іншим ставленням людини до довкілля. Найбільш відчутно така тенденція почала спостерігатися з другої половини XX ст. у США, Великобританії, Франції та Німеччині. Зокрема, в 70-х р. XX ст. у цих країнах почали утворюватися міністерства охорони навколишнього середовища; у Франції в основі державної програми з охорони навколишнього середовища 1970 р. лежав принцип «той, хто забруднює, платить». Також в цій країні 1976 р. було прийнято закон, який регулював порядок розміщення й експлуатації будь-яких підприємств, що можуть становити загрозу для навколишнього середовища [6, с. 511].

У 60–70 рр. XX ст. загострюється реакція громадськості на будівництво екологічно небезпечних об'єктів, що спричинило ряд конфліктів між інвесторами та громадськістю. Для вирішення такої проблеми більшість розвинених країн (Японія, США, ФРН, Великобританія та ін.) почали вводити в проектну діяльність процедуру «Environmental Impact Assesment», тобто оцінку впливу на навколишнє середовище, мета якої полягає в розгляді компромісного варіанту господарської діяльності з усіма конкурентоздатними альтернативами за участю всіх зацікавлених сторін та з урахуванням можливості подальшого судового розгляду [12, с. 5].

Кінець XX – початок XXI ст. ознаменувався спробами розвинутих держав здійснити екологізацію капітального будівництва на основі принципу екологічної ємкості території (здатність живої природи в певному районі протистояти різним

зовнішнім та внутрішнім впливам [13, с. 7]). Результатом цього стали м. Масдар (Об'єднані Арабські Емірати), екологічний район м. Гельсінкі (Фінляндія), службовий будинок національного парку Кертіс та будівля Департаменту внутрішньої безпеки (Омаха, штат Небраска, США), програми створення еко-міст, розроблені Урядом Великобританії. Ще одним прикладом екологічного капітального будівництва є житловий комплекс «Сонячний квартал» у Фрайбурзі (Німеччина). Цей квартал налічує 60 об'єктів нерухомості типу будинків із надлишком енергії й центр обслуговування району з торговими, офісними й житловими приміщеннями. Усі дахи будинків із південної частини вкриті широкими фотоелектричними модулями [5, с. 204].

На нашу думку, окрему увагу слід приділити історії розвитку законодавчого регулювання використання земель капітального будівництва за часів існування СРСР, оскільки саме цей період найбільшою мірою вплинув на розвиток містобудування та на засади природокористування, які існують сьогодні в незалежній Україні. Так, характерною рисою того періоду є те, що земля розглядалася об'єктом виключної власності держави.

У 1924 р. було розроблено «Тимчасові будівельні правила», які визначали принципи забудови для житлового та громадського будівництва [14, с. 63]. Протягом 1923–1925 рр. більшість об'єктів капітального будівництва припадали на торговельно-складські приміщення та фабрично-заводські будівлі дрібної промисловості та майстерні [15, с. 13, 21, 30].

У 1934–1936 рр. внаслідок «політичного» розпланування, яке передбачало переділ існуючих територій під будівництво, було знищено Михайлівський Золотоверхий собор – одну з головних стародавніх святинь Києва. Передбачалося також знесення Софійського собору. За часів масового знищення архітектурно-історичної спадщини в Києві майже в чотири рази зросли обсяги будівництва іншого призначення: будинки, які споруджувалися під житло працівників Держбанку СРСР, інших державних органів та установ [14, с. 63, 66].

Оскільки під час нацистської окупації в Україні було знищено значний обсяг об'єктів житлової, громадської та історичної капітальної забудови, одним із перших завдань у повоєнні роки стала відбудова міст. Незважаючи на труднощі повоєнних років, темпи капітального будівництва зростали. Так, у Харкові із середини 50-х і протягом 60-х р. XX ст. замість квартального міського планування почало застосовуватися мікрорайонування. Характерною рисою в плануванні міста стало обов'язкове озеленення дворів мікрорайонів. Проте актуальною залишалася проблема якості новозбудованого житла. Будівельні організації, намагаючись виконати план, працювали в умовах штурмівщини, роботи проводилися з великими недоліками. Це призводило до зниження ефективності зроблених капіталовкладень, викликало додаткові затрати на усунення дефектів [16, с. 123–125].

В Основах земельного законодавства СРСР 1968 р. було закріплено положення про поділ земель на категорії залежно від їхнього цільового призначення [17, с. 12]; забудова земельних ділянок піддавалася жорсткому державному контролю. Однак, на відміну від європейських та англо-американських країн, розробка оцінки екологічного впливу об'єктів будівництва на довкілля з'явилася

лише з кінця 80-х р. XX ст. у формі екологічної експертизи. Зокрема, ці питання вирішувались інструктивними листами Держкомітету СРСР з охорони природи «Про державну екологічну експертизу проектів господарської діяльності в органах системи Держкомприроди СРСР» від 20.09.1988 р. № 07/11-1228, а також «Про оцінку впливу на навколишнє середовище проектів господарської діяльності» від 13.12.1989 р. № 06-11-371 [12, с. 40–41]. Так, Л.Б. Шейнін, досліджуючи стан правового забезпечення охорони довкілля під час капітальної забудови земельних ділянок, відмітив, що «екологічна культура будівельної промисловості повинна бути значно підвищена. Таке підвищення залежить не лише від самих забудовників, але й від діяльності земельних планувальників, замовників будівництва, проектувальників та державних наглядових органів» [18, с. 3].

Щодо сучасного стану законодавчого закріплення використання земель капітального будівництва в Україні, на наш погляд, він може розглядатися як явище, що перебуває на етапі становлення й гармонізації з міжнародним і європейським правом. Однак, як зауважує Г.І. Балюк, «ефективність регулювання відносин в сфері охорони навколишнього середовища, раціонального природокористування і забезпечення екологічної безпеки продовжує залишатися низькою, про що свідчить насамперед стан навколишнього середовища на значній частині території України, погіршення здоров'я населення, виснаження природних ресурсів тощо» [19, с. 11].

У цьому аспекті актуальним постає питання екологізації земельного та містобудівного законодавства у сфері капітального будівництва. Вважаємо, що одними з дієвих способів екологізації сучасного законодавства України (а саме в частині нормативного закріплення порядку здійснення господарської діяльності у сфері капітальної забудови) є, зокрема, використання земель капітального будівництва на засадах екологічної ємкості територій, зелене будівництво (зведення екологічно безпечних об'єктів капітальної нерухомості, що підтверджується відповідним сертифікатом якості), створення зелених зон (сукупність зелених насаджень, що розміщуються в межах населеного пункту (приміської зони), а також за межами приміської зони) під час планування та капітальної забудови населених пунктів.

Таким чином, проведене дослідження дає змогу зробити такі висновки: 1) в основі періодизації нормативно-правового регулювання правового режиму земель капітальної забудови лежить розвиток суспільних відносин у сфері використання земель для капітального будівництва. У зв'язку з цим в історії розвитку капітального будівництва та використання земель капітальної забудови запропоновано виділяти такі етапи: I – використання земель капітального будівництва в період заснування перших міст у державах Стародавнього Сходу та Античності; II – капітальне будівництво в період панування феодальних відносин; III – використання земель капітального будівництва в індустріальний період; IV – використання земель капітального будівництва в епоху перехідного періоду до постіндустріального суспільства; 2) встановлено, що на сучасному етапі у сфері використання земель капітального будівництва в Україні основні вектори нормативно-правового регулювання слід спрямувати на екологізацію земельного та містобудівного законодавства. Серед таких способів екологізації виокремлюємо, зокрема, використання земель капітального будівництва на засадах екологічної ємкості

територій, зелене будівництво, а також створення зелених зон під час планування та капітальної забудови населених пунктів.

Література

1. Хома Н.М. Історія держави та права зарубіжних країн : [навчальний посібник] / Н.М. Хома. – 4-те вид., стереотип. – Львів : Новий Світ-2000, 2007. – 480 с.
2. Ільїна Н.Л. Організаційно-правові засади забезпечення екологічної безпеки у плануванні та забудові міст України : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Н.Л. Ільїна ; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2008. – 206 с.
3. Анисимов А.П. Актуальные проблемы правового режима земель населенных пунктов в Российской Федерации : [монографія] / А.П. Анисимов. – М. : Юрлитинформ, 2010. – 456 с.
4. Аристотель. Политика / Аристотель // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.klex.ru/24m.
5. Плешкановская А.М. Города и эпохи / А.М. Плешкановская, Е.Д. Савченко. – К. : Логос, 2011. – 280 с.
6. Бостан Л.М., Історія держави і права зарубіжних країн О.О. Шевченко [навчальний посібник] / Л.М. Бостан, С.К. Бостан. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – 672 с.
7. Шевченко О.О. Історія держави і права зарубіжних країн. – К. : Атіка, 2005. – 364 с.
8. Градостроительство / под ред. В. Шкварикова. – М. : Издательство Академии архитектуры СССР, 1945. – 328 с.
9. Исследования по истории архитектуры и градостроительства / ред. А.В. Бунин, Н.И. Брунов. – М. : Высш. шк. 1964. – Вып. 1. – 283 с.
10. Шебек Н.М. Гармонізація планувального розвитку міста. / Н.М. Шебек – К. : Основа, 2008. – 216 с.
11. Французский Гражданский Кодекс (Кодекс Наполеона) от 21 марта 1804 года : с изменениями и дополнениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://law-students.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=345.
12. Солуха Б.В. Територіальна оцінка впливу об'єктів будівництва на навколишнє середовище / Б.В. Солуха. – К. : Знання України, 2002. – 280 с.
13. Васильковский А.А., Охрана природы и капитальное строительство на Украине : [учеб. пособие] : в 2 ч. / А.А. Васильковский, В.А. Лысенко, Е.Н. Матес. – К. : Киевский филиал ЦМИПКС, 1989. – 232 с.
14. Історико-містобудівні дослідження Києва / за ред. В.В. Вечерського ; відп. за вип. О.М. Сердюк. – К. : Фенікс, 2011. – 454 с.
15. Статистика України. Житлове будівництво в округових містах України за 1923–1925 р. – Х. : Центральне статистичне управління УРСР (серія XIV), 1926. – Т. III. – 57 с.
16. Іванов С.К. Житлове будівництво в Харкові (1943–1980 рр.) / С.К. Іванов // Актуальні проблеми вітчизняної та всесвітньої історії : збірник наукових праць / за ред. С.І. Посохова – Х. : ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2010. – Вип. 13. – 248 с.
17. Казанцев Н.Д. Законодательные основы земельного строя в СССР / Н.Д. Казанцев. – М. : Юридическая литература, 1971. – 176 с.
18. Шейнин Л.Б. Капитальное строительство и охрана окружающей среды / Л.Б. Шейнин. – М. : Стройиздат, 1989. – 184 с.
19. Балюк Г.П. Правове забезпечення екологічної складової сталого розвитку: проблеми законодавчого регулювання, створення екологічної столиці світу та удосконалення екологічної освіти в Україні / Г.П. Балюк // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Анотація

Рахнянська Т. О. **Правовий режим земель капітального будівництва: історико-правовий аналіз.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню історичних факторів та джерел, що склали основу для законодавчого регулювання правового режиму земель капітального будівництва. Автором здійснено періодизацію історії розвитку капітального будівництва та використання земель капітальної забудови, охарактеризовано зміст виокремлених історичних етапів.

Ключові слова: правовий режим земель капітального будівництва, періодизація історії розвитку капітального будівництва та використання земель капітальної забудови.

Аннотация

Рахнянская Т. О. **Правовой режим земель капитального строительства: историко-правовой анализ.** – Статья.

Статья посвящена исследованию исторических факторов и источников, которые создали основу для законодательного регулирования правового режима земель капитального строительства. Автором осуществлена периодизация истории развития капитального строительства и использования земель капитальной застройки, охарактеризовано содержание выделенных исторических этапов.

Ключевые слова: правовой режим земель капитального строительства, периодизация истории развития капитального строительства и использования земель капитальной застройки.

Summary

Rakhnianska T. O. **Legal regime of lands of capital building: historical and legal analysis.** – Article.

The article is devoted to research historical factors and sources that are the basis for legal regulation of the legal regime of lands of capital building. The author provides periodization of the historical development of capital construction and land use for capital building, and also describes the content of chosen historical stages.

Key words: legal regime of lands of capital building, periods of historical development of capital construction and land use for capital building.

УДК 349.414:630(477)

М. М. Заверюха

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ»

В Україні лісова галузь уже тривалий час є однією з найбільш стабільних у національній економіці й не втрачає своїх позицій навіть за кризових умов. Ліс, як і інші природні ресурси України (земля, води, надра, атмосферне повітря), є національним надбанням, що відповідно до ст. 13 Конституції України є об'єктом права власності українського народу [1].

Актуальність теми обумовлена інтенсивним використанням земель лісогосподарського призначення та необхідністю його комплексного правового регулювання.

Метою статті є визначення поняття «використання земель лісогосподарського призначення» для подальшого використання його в науковій літературі.

Аналіз публікацій свідчить про відсутність комплексних досліджень, розрізненість наявної літератури. Цією темою займалися здебільшого представники лісничої науки, такі як В.К. Биковський, В.О. Горбовий, В.К. Гуревський, І.І. Каракаш, О.І. Крассов, А.М. Мірошниченко, О.О. Погрібний, Г.Н. Полянська, О.П. Чопик.

Ліси України є її національним багатством і за своїм призначенням і місцерозташуванням виконують переважно водоохоронні, захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі, рекреаційні, естетичні, виховні та інші функції вони є джерелом задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах. Правовідносини, пов'язані з використанням земель лісогосподарського призначення, регулюються насамперед Земельним кодексом України (далі – ЗК України), Лісовим кодексом України (далі – ЛК України) та іншими законодавчими актами. Земельне законодавство визначає загальні положення, які стосуються регулювання використання й охорони земель лісогосподарського призначення, а лісове законодавство відображає специфіку регулювання цих відносин [2, с. 411].

© М. М. Заверюха, 2014

Відповідно до ст. 1 ЛК України ліс – це тип природних комплексів у якому поєднується переважно деревна й чагарникова рослинність із відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами й іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного й на навколишнє природне середовище.

У ст. 5 ЛК України зазначається, що до земель лісогосподарського призначення належать лісові землі, на яких розташовані лісові ділянки, та нелісові землі, зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства [3]. Відповідно до ст. 55 ЗК України до земель лісогосподарського призначення належать землі, вкриті лісовою рослинністю, а також невкриті лісовою рослинністю, нелісові землі, які надані й використовуються для потреб лісового господарства [4].

Однією з основних особливостей правового режиму земель лісогосподарського призначення є нерозривний зв'язок їх використання з лісокористуванням. Право лісокористування в юридичній літературі розглядається як один із важливих правових інститутів лісового права, що містить сукупність правових норм, які встановлюють умови й порядок багатоцільового раціонального використання, відтворення й охорони лісів, ведення лісового господарства, права й обов'язки лісокористувачів, з урахуванням потреб суспільства в одержанні деревної та недеревної продукції, використання інших корисних властивостей лісу [5, с. 26].

На думку В.Ф. Гербового, під поняттям лісокористування необхідно розуміти забезпечену законом можливість господарської експлуатації лісів та використання їх корисних властивостей [6, с. 23]. Г.Н. Полянська вважає, що лісокористування – це використання матеріальних і нематеріальних благ, які дає ліс як особливий природний об'єкт [7, с. 97].

Оскільки ліси виконують важливі екологічні функції та володіють великим економічним потенціалом, що обумовлюють особливості правового регулювання лісокористування, воно може розглядатися з екологічної, економічної та юридичної точки зору.

З економічної точки зору лісокористування розуміється як діяльність, спрямована на вилучення різних видів лісових ресурсів та використання їх корисних властивостей для отримання матеріальних благ.

З екологічної точки зору лісокористування є використанням лісових ресурсів для задоволення нематеріальних благ з оздоровчою, санітарною, гігієнічною, естетичною, рекреаційною метою.

З юридичної точки зору правове регулювання відносин щодо використання лісових ресурсів формує правовий інститут (сукупність правових норм) – право лісокористування, що у свою чергу зумовлює існування можливості реалізації суб'єктами лісокористування прав та обов'язків щодо користування лісовими ресурсами [8, с. 325].

На покритих лісом землях право лісокористування нерозривно пов'язане із правом землекористування: не можливо користуватися лісом, не використовуючи землю, яка є просторово-операційним базисом і засобом виробництва. Під час здійснення лісокористування право землекористування самостійного характеру

не має, оскільки підпорядковано праву лісокористування та має похідний характер [9, с. 23].

Дискусія щодо поняття категорії земель лісового фонду (тепер земель лісогосподарського призначення) виникла ще задовго до прийняття чинних нині кодексів. Одна точка зору полягала в необхідності визнання земель лісового фонду й лісів єдиним об'єктом: суспільні відносини щодо цього об'єкта в процесі ведення лісового господарства, користування лісом та його охорони цілком регулюються лісовим законодавством [10, с. 29], тобто землі лісового фонду розглядалися як складова державного лісового фонду; інша – у необхідності визнання лісу й земель державного лісового фонду самостійними юридичними категоріями, а лісові й земельні відносини – предметами, відповідно, лісового й земельного законодавства [11, с. 29].

Співвідношення поняття «ліс» і «землі лісогосподарського призначення» полягає в тому, що ст. 1 ЛК України включає в поняття лісу відповідні ґрунти як складову частину природного комплексу, яким є ліс. Попередня редакція ЛК України у ст. 3 включала в поняття «ліс» землі, на яких ростуть ліси [12, с. 105].

Згідно зі ст. 1 Закону України від 19 червня 2003 р. «Про охорону земель» [13] ґрунт – це природно-історичне органічно-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори та є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя й розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості, а земля – поверхня суші із ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані й функціонують разом із нею. Крім того, ч. 2 ст. 79 ЗК України визначає, що право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар. Ґрунти мають спільний режим із землею, їх використання, охорона та відтворення регламентується земельним законодавством [14, с. 29]. Отже, очевидною є нерозривність понять землі та ґрунту, а тому можна зробити висновок про те, що законодавець лише уникає слова «земля» у визначенні поняття «ліс».

Тобто за ЛК України поняття «ліс» як природний комплекс фактично охоплює й землі. А з іншого боку, у ст. 6 ЛК України чітко розмежовано поняття «землі» та «лісові ресурси», адже віднесено до останніх лише «деревні, технічні, лікарські та інші продукти лісу, що використовуються для задоволення потреб населення й виробництва та відтворюються в процесі формування лісових природних комплексів» [3]. До лісових ресурсів також належать «корисні властивості лісів (здатність лісів зменшувати негативні наслідки природних явищ, захищати ґрунти від ерозії, запобігати забрудненню навколишнього природного середовища та очищати його, сприяти регулюванню стоку води, оздоровленню населення та його естетичному вихованню тощо), що використовуються для задоволення суспільних потреб». Використання лісових ресурсів, проте, не можливе без користування відповідними землями. У деяких випадках дозвіл на лісокористування фактично є дозволом і на землекористування, і навпаки.

Об'єктами права лісокористування виступають лісові ресурси як деревні, технічні, лікарські та інші продукти лісу, що використовуються для задоволення потреб населення й виробництва, так і корисні властивості лісів, що використовуються для задоволення суспільних потреб.

Відповідно до ст. 65 ЛК України використання лісових ресурсів може здійснюватися в порядку загального й спеціального використання. Загальне та спеціальне використання лісових ресурсів – це основний критерій поділу права лісокористування як суб'єктивної категорії з точки зору підстав його виникнення. Право лісокористування в цьому значенні розглядається як вид більш загальної категорії – права природокористування, яке за своїми ознаками є персоніфікованим правом особи щодо використання природних ресурсів, це юридичний титул суб'єктів природокористування, формально визначена форма виникнення, зміни й припинення правосуб'єктності природокористувачів, правовий гарант захисту законних прав (повноважень) суб'єктів природокористування.

Загальне використання лісових ресурсів – це гарантоване законом використання людиною лісів та їх ресурсів із метою задоволення своїх життєво необхідних потреб (естетичних, оздоровчих, рекреаційних, матеріальних тощо) безоплатно, без закріплення цих ресурсів за окремими особами й надання відповідних дозволів, за винятком обмежень, передбачених законодавством України [15, с. 257].

Загальне та спеціальне використання лісових ресурсів постає з положень ст. 13 Конституції України, яка визначає режим природних ресурсів у межах території України, належність цих ресурсів українському народу на праві власності та на праві користування. Такий характер використання лісових ресурсів визначено й у ст. 8 Закону України від 9 квітня 1999 р. «Про рослинний світ», де загальне й спеціальне використання природних рослинних ресурсів визначено як форми їх використання [16].

Відповідно до ст. 66 ЛК України громадяни мають право в лісах державної й комунальної власності, а також за згодою власника в лісах приватної власності вільно перебувати, безоплатно, без видачі спеціального дозволу збирати для власного споживання дикорослі трав'яні рослини, квіти, ягоди, горіхи, гриби тощо, крім випадків, передбачених ЗК України та іншими законодавчими актами України. Максимальні норми безоплатного збору дикорослих трав'яних рослин, квітів, ягід, горіхів, грибів тощо встановлюються органами виконавчої влади відповідно до ЗК України.

Громадяни під час здійснення загального використання лісових ресурсів зобов'язані виконувати вимоги пожежної безпеки в лісах, користуватися лісовими ресурсами в способи й в обсягах, що не завдають шкоди відтворенню цих ресурсів, не погіршують санітарного стану лісів.

Суб'єктами права загального використання лісових ресурсів, виходячи з вимог ст. 13 Конституції України, є громадяни України. Водночас законом не передбачено будь-яких винятків чи обмежень у цій сфері для іноземців та осіб без громадянства. Тому з огляду на положення ст. 26 Основного Закону України із цих питань вони користуються тими ж правами, що й громадяни України.

Це право виникає з двох правових підстав: із факту народження та на підставі норми закону. Право загального використання лісових ресурсів є елементом природного права – на життя, а також права на безпечне для життя й здоров'я середовище, довкілля, яке поєднує навколишнє природне та виробниче середовище, права на здійснення загального використання природних ресурсів.

В основі цього права лежать такі ознаки:

1) загальнодоступність для використання передусім корисних властивостей лісів із метою задоволення життєво необхідних природних потреб – естетичних, оздоровчих, рекреаційних, культурних, спортивних, освітніх тощо;

2) безоплатність використання лісів та їх ресурсів;

3) відсутність спеціальних дозволів, необхідності закріплення лісу чи його ділянки за конкретними особами. Ця ознака характеризує правові зв'язки суб'єкта права загального лісокористування з об'єктом використання.

Відповідно до ст. 67 ЛК України в порядку спеціального використання можуть здійснюватися такі види використання лісових ресурсів:

1) заготівля деревини;

2) заготівля другорядних лісових матеріалів;

3) побічні лісові користування;

4) використання корисних властивостей лісів для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних та освітньо-виховних цілей, потреб мисливського господарства, проведення науково-дослідних робіт.

Законодавством України можуть передбачатися й інші види спеціального використання лісових ресурсів.

Спеціальне використання лісових ресурсів здійснюється в межах лісових ділянок, виділених для цієї мети. Порядок та умови здійснення спеціального використання лісових ресурсів встановлюються Кабінетом Міністрів України.

Правові ознаки права спеціального використання лісових ресурсів базуються на ознаках, визначених ч. 2 ст. 38 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [17], та характеризуються такими:

1) суб'єктами права спеціального лісокористування можуть бути державні, комунальні, колективні, громадські, приватні підприємства, установи, організації, у тому числі релігійні, громадяни України та їх об'єднання, іноземні юридичні особи й громадяни, які здійснюють спеціалізовану господарську та іншу діяльність у сфері використання, відтворення, охорони й захисту лісів, або в їх складі створено спеціалізовані лісогосподарські підрозділи;

2) така діяльність підтверджується наявністю спеціальної правосуб'єктності, встановленою в статутних документах (статутах чи положеннях) у порядку, визначеному законодавством, тобто особи мають бути визначені як такі, що здійснюють певний вид господарювання чи підприємництва в цій сфері та внесені до державних реєстрів як суб'єкти підприємницької діяльності;

3) таке право лісокористування є відособленим, зокрема, цим особам лісові ресурси надаються в користування на виділених лісових ділянках для відповідної мети;

4) це право посвідчується спеціальним дозволом та виникає з моменту видачі й реєстрації таких дозволів у встановленому порядку;

5) така форма лісокористування є платною [15, с. 262].

Також, як було вже сказано, до земель лісогосподарського призначення відносяться, крім земель, вкритих лісовою рослинністю, також землі, невкриті лісовою рослинністю, нелісові землі, які надані для потреб лісового господарства. Вони,

відповідно, можуть бути зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо.

На основі вищевикладеного можна навести визначення поняття «використання земель лісогосподарського призначення». Так, використання земель лісогосподарського призначення можна розглядати в об'єктивному та в суб'єктивну значенні. В об'єктивному значенні – це сукупність правових норм, які встановлюють умови й порядок використання, збереження, відновлення й охорони земель лісогосподарського призначення. У суб'єктивному значенні – це встановлена об'єктивним правом можливість юридичних і фізичних осіб здійснювати реалізацію прав та обов'язків щодо використання земель лісогосподарського призначення.

Отже, використання земель лісогосподарського призначення – це гарантована законом можливість використання земель, укритих лісовою рослинністю в порядку загального й спеціального використання лісових ресурсів людиною з метою задоволення своїх життєво необхідних потреб та використання земель, невкритих лісовою рослинністю, нелісових земель, зайнятих сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані в установленому порядку й використовуються для потреб лісового господарства.

Література

1. Конституція України : затверджена Законом України від 28 червня 1996 року № 254 к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Земельне право України : [підручник] / за ред. О.О. Погрібного, І.І. Каракаша. – вид. 2-ге, перероб. і допов. – К. : Істина, 2009. – 600 с.
3. Лісовий кодекс України : затверджений Законом України від 21 січня 1994 року № 3852-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 17. – Ст. 99.
4. Земельний кодекс України : затверджений Законом України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.
5. Крассов О.И. Право лесопользования в СССР / под ред. О.И. Крассов. – М. : Наука, 1990. – 238 с.
6. Горбовой В.О. Лесное право : [конспект лекций] / под ред. В.Ф. Горбового. – Свердловск : Свердловский юридический институт, 1977. – 43 с.
7. Полянская Г.Н. Актуальные вопросы лесного законодательства / под ред. Н.Г. Полянской. – М. : Юридическая литература, 1985. – 134 с.
8. Чопик О.П. Поняття права користування лісами / О.П. Чопик // Государство и право в условиях глобализации: реалии и перспективы : матер. 2-ой Междунар. науч.-практ. конф. (г. Симферополь, 16–17 апреля 2010 г.) : сб. науч. тр. / под ред. И.Н. Полякова. – Симферополь, – 2010. – 592 с.
9. Быковский В.К. Использование лесов в Российской Федерации: правовое регулирование / под ред. В.К. Быковского. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 232 с.
10. Полянская Г.Н., Заславская Л.А. Еще раз о понятии единого государственного лесного фонда / Г.Н. Полянская, Л.Я. Заславская // Вопросы теории советского земельного права и методики преподавания аграрно-правовых дисциплин / Редкол. ; И.А. Иконицкая, Н.И. Краснов, М.М. Славин. – М., 1976. – 118 с.
11. Краснов Н.И. Актуальные проблемы земельного, горного, водного, лесного законодательства / Н.И. Краснов // Вопросы теории советского земельного права и методики преподавания аграрно-правовых дисциплин / Редкол. : И.А. Иконицкая, Н.И. Краснов, М.М. Славин. – М., 1976. – 118 с.
12. Гуревський В.К. Співвідношення понять лісу та земель лісового фонду України // Причорноморський екологічний бюлетень. – 2004. – № 1. – 186 с.
13. Про охорону земель : Закон України від 19 червня 2003 року № 962-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 349.
14. Мірошниченко А.М. Розмежування складових та приналежностей земельної ділянки / А.М. Мірошниченко // Земельне право України: теорія і практика. – 2007. – № 1 – 520 с.

15. Балюк Г.І. Науково-практичний коментар Лісового кодексу України / Г.І. Балюк, А.П. Гетьман, Т.Г. Ковальчук // за ред. Г.І. Балюк. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 368 с.
16. Про рослинний світ : Закон України від 9 квітня 1999 року № 591-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 22. – Ст. 198.
17. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

Анотація

Заверюха М. М. **Щодо визначення поняття «використання земель лісогосподарського призначення».** – Стаття.

Статтю присвячено необхідності визначення поняття «використання земель лісогосподарського призначення» для подальшого використання цього поняття в науковій літературі, що обумовлено інтенсивним використанням земель лісогосподарського призначення, а також необхідністю комплексного правового регулювання їх використання.

Ключові слова: ліс, землі лісогосподарського призначення, лісокористування, лісові ресурси, використання земель лісогосподарського призначення.

Аннотация

Заверюха М. М. **Об определении понятия «использование земель лесохозяйственного назначения».** – Статья.

Статья посвящена необходимости определения понятия «использование земель лесохозяйственного назначения» для дальнейшего использования данного понятия в научной литературе, что обусловлено интенсивным использованием земель лесохозяйственного назначения, а также необходимостью комплексного правового регулирования их использования.

Ключевые слова: лес, земли лесохозяйственного назначения, лесопользование, лесные ресурсы, использование земель лесохозяйственного назначения.

Summary

Zaveriuha M. M. **Regarding to the concept "the use of lands for forestry purposes".** – Article.

The article is devoted to the necessity to define the concept "the use of the lands for forestry purposes" for further use of this concept in the scientific literature and it is due to the intensive use of lands for forestry purposes, and the necessity of their integrated regulation.

Key words: forest, lands for forest purposes, use of the forest, forest resources, use of lands for forestry purposes.

УДК 349.42:316.42

Н. О. Мартинова

ВИКОРИСТАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ МОДЕЛЕЙ ЛОКАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА У СФЕРІ РОЗВИТКУ СІЛЬСЬКИХ ТЕРИТОРІЙ ТА ЇХ АДАПТАЦІЯ ДО НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Питання локального партнерства вперше з'явилося в середині 80-х років XX століття в англосаксонських країнах як ідея спільної праці багатьох суб'єктів, спрямована на розвиток локальних громад. Партнерські ініціативи найчастіше приймали форму публічно-приватного партнерства, яке мало характер порозумінь про співпрацю, підписаних місцевим публічним сектором і локальним бізнесом. У процесі розвитку спільних структур Європейського Союзу концепція й мета існування локальних партнерств зазнала еволюційних змін.

У сучасному розумінні партнерство сприймається як механізм співпраці між секторами у багатьох площинах, який сприяє локальному розвиткові. У свою чергу

© Н. О. Мартинова, 2014

локальне партнерство направлене на промування суспільної єдності та формування локальної тотожності серед членів локальних громад. Принцип локального партнерства став одним із ключових правил, що діють під час реалізації ініціатив на користь розвитку, які підтримуються коштами Європейського Співтовариства. Вказаний принцип є необхідним і результативним під час розвитку сільських територій.

Питання розвитку локального партнерства на сьогоднішній день практично не висвітлюється в працях українських науковців-правників. Важливого теоретичного та практичного значення набуває дослідження європейського досвіду локального партнерства у сфері розвитку сільських територій та його адаптації до національних умов із подальшим закріпленням у відповідне законодавство.

Тому метою статті є дослідження провідного європейського розвитку локального партнерства щодо розвитку сільських територій та мотивів його впровадження в національне законодавство України.

Сьогодні в науковій літературі, у тому числі й правовій, не існує єдиної дефініції «локальне партнерство». Це пов'язано з багатовимірністю й різноманітністю форм партнерської співпраці. Тому поняття «партнерство» можна розглядати в багатьох значеннях, зважаючи на його організацію, суб'єкт, об'єкт, сферу застосування, функції тощо. На практиці існують різні інтерпретації поняття і його проявів. Найчастіше поняття «партнерство» пов'язують із такими термінами, як співробітництво, участь, співпраця та інтеграція, також його асоціюють з виконанням конкретних ролей та завдань [1, с. 477].

На сучасному етапі розвитку українського суспільства відносини між органами державної влади, громадянами та іншими інституціями зазнають змін, відбувається перехід від трансакційної моделі до партнерської. Локальне партнерство – це специфічний тип зв'язків і відносин, що виникає в результаті співпраці суб'єктів певного середовища, у цьому випадку таким середовищем є сільські території. Мережа співпраці створюється на основі інтересів так званих зацікавлених осіб чи клієнтів, працівників, закладів-партнерів та місцевих громад. Учасниками локального партнерства для розвитку сільських територій можуть бути установи, різного роду організації, підприємці й, звичайно, органи місцевого самоврядування.

У політиці структурних змін Європейського Союзу партнерство розглядається як «включення в процес прийняття рішень та їх реалізації органів місцевого та державного управління, а також установ регіональних і місцевих громад, які краще знають потреби та можливості свого регіону. Це один із принципів реалізації структурних фондів» [2, с. 11]. Також локальне партнерство можна визнати складним явищем і водночас назвати частиною загальної еволюції сільських територій. Тому задля вибору оптимальної форми локального партнерства необхідно враховувати політичні, економічні, юридичні, фінансові, демографічні, культурні, технічні та організаційні аспекти.

Участь в певній формі співпраці часто є адекватною відповіддю на виклики, які стоять перед сільськими територіями. Проте цей шлях може бути нелегким через певні перепони, зокрема політичні розбіжності, складність юридичних процедур та форм сільських територій, брак фінансових ресурсів та досвіду тощо. Насправді локальне партнерство застосовується частіше, ніж здається на перший погляд,

оскільки багато сільських територій співпрацюють між собою у звичному режимі, який і є за своєю природою локальним партнерством. Вони не залучають до цього додаткові ресурси та навіть не називають таку співпрацю локальним партнерством. Але зрозуміло, що така співпраця може стосуватися дуже важливих питань. Тому є очевидною нагальна потреба у виробленні національної правової бази стосовно локального партнерства щодо розвитку сільських територій, оснащеної спеціальними юридичними інструментами та засобами сприяння її розширенню.

Серед найбільш відомих форм функціонування локальних партнерств можна виділити такі: 1) модель локального партнерства, опрацьована Департаментом праці США (локальне економічне пожвавлення), 2) модель програми «Leader+» (локальні групи дій). Ця модель сьогодні, напевно, є найактуальнішою, адже її мета полягає в підтримці спільних проектів у сільських регіонах, які ініціюють активну участь на місцевому рівні. Мета цієї програми – підтримка та орієнтація діючих осіб у сільськогосподарській місцевості на довгострокове використання потенціалу територій, а також введення інтегрованих, високоякісних і направлених на мультиплікацію стратегій сталого розвитку сільських територій [3]. Також до пріоритетних напрямів реалізації програми «Leader +» відносяться підтримка територіально орієнтованих інтегрованих стратегій розвитку та основ залучення населення та інтеграції (зокрема, локальних виробників), підтримка спільної роботи між сільськими регіонами: районна, міжрайонна та міжнародна співпраця, об'єднання всіх сільських районів.

Юридичною основою діяльності локальних партнерств у межах Європейського Союзу можна назвати два основні нормативно-правових акти: Лісабонська стратегія (найголовніший принцип – залучення суспільних партнерів) [4], Розпорядження Ради Європейського Співтовариства № 1260/1999 [5], що встановлює загальні положення щодо структурних фондів (принцип партнерства є найважливішим у сфері управління структурними фондами).

Що ж до українського законодавства, яке стосується розвитку сільських територій, то воно прямо не застосовує поняття «локальне партнерство», проте є правові акти, зміст яких дозволяє вважати їх загальною правовою базою локального партнерства як засобу розвитку сільських територій: «Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствам та їх державами-членами», яку ратифіковано законом № 237/94-ВР від 10.11.94 р. [6]. На підставі цієї Угоди 18 жовтня 2006 року було підписано Меморандум про взаєморозуміння щодо діалогу з питань сільського господарства між Міністерством аграрної політики України та Генеральним директоратом Європейської Комісії «Сільське господарство й розвиток сільської місцевості», який в той же день набрав чинності. До таких актів також належать постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2015 року» від 21.07.2006 р. [7], де розділом ІІІ «Принципи регіональної політики» одним із основних принципів передбачено принцип партнерства; постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 року» від 19.09.2007 року [8] (розділ 4 одним із шляхів розв'язання проблем у межах сільських територій визначає пріо-

ритети розвитку аграрного сектору з урахуванням зональних та регіональних особливостей) та ін.

До таких нормативно-правових актів потрібно віднести й Закон України «Про місцеве самоврядування», який виступає гарантом місцевого самоврядування в Україні.

Також хочеться окремо згадати й розробку довгострокової концепції розвитку сільських територій до 2025 року, яка здійснюється Міністерством аграрної політики та продовольства України [9]. Така програма розробляється в Україні вперше, і її особливість полягатиме в наданні територіальним громадам можливості самостійно визначати напрями свого розвитку. Програма відрізнятиметься від попередніх, зокрема, тим, що після її ухвалення буде розроблено локальні стратегії розвитку сільських територій. Ці документи будуть прийматися місцевими радами. Так, можна буде максимально використати особливість кожного регіону України. Розробники згаданого проекту припускають, що одним із варіантів такого розвитку є створення умов для розвитку сільських територій, сільських, селищних громад як рушійної сили розбудови суспільних відносин, що передбачає розробку та впровадження локальних (місцевих) стратегій розвитку на основі раціонального використання місцевих ресурсів, формування конкурентоспроможного багатогалузевого й багатоукладного сільського господарства, диверсифікованої сільської економіки, сприятливих агроландшафтів, за рахунок нарощування людського й соціального капіталів, розвитку партнерства держави, бізнесу, громад. Це дозволить реформувати систему управління сільським розвитком, підвищити ініціативність та відповідальність сільських територіальних громад, збільшити доходи сільського населення й доступність базових послуг, нормалізувати демографічну ситуацію на сільських територіях.

Правові акти, які приймаються й діють з метою розвитку сільських територій, потребують впровадження принципу локального партнерства, адже саме такі правові документи будуть відрізнятися від попередніх аналогічних документів. Зокрема, після їх прийняття будуть розроблятися локальні стратегії розвитку сільських територій, які прийматимуться відповідними місцевими радами, а це значить, що можна буде максимально використовувати особливість кожного регіону України.

У 2006 р. вже був випробуваний польский досвід у сфері локального партнерства. Проект здійснюється Львівським регіональним інститутом державного управління Національної академії державного управління при Президентові України, а фінансування його здійснювалось урядами Польщі та Канади через програму Польсько-Канадської співпраці з розвитку, який адмініструється фундацією «Освіта для демократії».

З огляду на складну ситуацію на ринку праці в багатьох регіонах України, а також значну подібність української системи управління й культурній подібності цих двох народів стала можлива адаптація польського досвіду на території України. За плідної співпраці окремих установ (зокрема місцевого самоврядування на Волині, Івано-Франківщині, Хмельниччині) було розроблено проект «Місцеве партнерство для розвитку місцевого ринку праці» і створено чотири групи місцевого партнерства, які здатні до самостійного написання проектів розвитку для місцевих спільнот (громад) та місцевого ринку праці. Метою проекту було сприяння розвитку місцевого

ринку праці через розвиток партнерських ініціатив шляхом надання представникам місцевих інституцій (органів самоврядування, неурядових організацій, центрів перепідготовки та підвищення кваліфікації кадрів) необхідних знань та вмінь, а також розуміння необхідних механізмів впровадження моделі місцевого партнерства.

Практично з листопада 2011 р. Бородянський район Київської області також включився в Європейський проект розвитку місцевих громад, що реалізується в пілотних населених пунктах Київщини в партнерстві з Київською ОДА за фінансової підтримки Європейського Союзу, – «Нові можливості для сільських громад, постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи» [10]. Результатами роботи стали затверджені сесіями сільських рад плани розвитку громад на 2013 рік, які дали змогу оцінити можливості спільнот та першочергові завдання для участі в розвитку своїх населених пунктів. Напрацьовані проектні пропозиції соціально-культурного спрямування та сформовані команди з числа активних членів громад та представників органів місцевого самоврядування, зареєстровані місцеві громадські організації, що реалізовуватимуть соціальні проекти на місцях.

Такі проекти є необхідними на сільських територіях України, адже на їх основі закладається необхідність людей усвідомлювати ідентифікацію з тим середовищем, у якому вони перебувають, живуть, а також бажання йти до спільної мети в покращенні умов і рівня життя.

Аналізуючи досвід окремих європейських країн та початкові спроби впровадження локального партнерства на території України в цілому й на сільських територіях зокрема, робимо такі висновки. Основною ідеєю локального партнерства є активізація мешканців територіальної громади для вирішення спільними зусиллями на основі місцевих ресурсів проблем у сільській місцевості; локальне партнерство допомагає місцевим лідерам та зацікавленим мешканцям тієї чи іншої місцевості створювати власні проекти та програми, які зміцнюють і громаду, і сільськогосподарський сектор; існує чимало вигод, які випливають із застосуванням у регіоні програми місцевого партнерства, як для локальної спільноти й територіальної громади, так і для економічного середовища й місцевого самоврядування; локальне партнерство сприяє створенню нових фірм, зміцненню конкурентоспроможності наявних підприємств, залученню інвестицій, чим допомагає у створенні нових робочих місць та й взагалі в активізації сільського розвитку. Також на підставі вищенаведеного можемо констатувати, що локальне партнерство є одним із пріоритетних шляхів розвитку сільських територій, встановлення якого є ознакою зрілості місцевих лідерів та громади, тому потрібно визначити правове поле його діяльності: удосконалити існуюче законодавство, яке б регулювало питання локального партнерства та прийняти окремий нормативно-правовий акт, який би слугував гарантом існування локального партнерства як одного з пріоритетних шляхів розвитку сільських територій та визначав би правові основи його діяльності, як це зроблено в окремих європейських країнах, де сільські території мають визначений правовий статус та є привабливими для життя сільського населення.

Локальне партнерство у сфері розвитку сільських територій – це форма співпраці партнерів (у тому числі інтернаціональна співпраця), стратегічним елементом якої обов'язково повинен бути орган місцевого самоврядування. Визначені партнери

спільно, систематично, стійко та стало з використанням інноваційних методів і засобів планування, проектування та реалізації виконують певні дії й впроваджують різноманітні ініціативи на користь локальних сільських громад у визначених сферах сільськогосподарської діяльності (виробничій, соціальній, екологічній) із метою реалізації локальних програм розвитку сільських територій.

Література

1. Словарь иностранных слов / под ред. И. Лехина, С. Локшиной, Ф. Петрова (главный редактор), и Л. Шаумяна. изд. 6-ое, перераб. и доп. – М. : Советская Энциклопедия, 1964. – 784 стр.
2. Strategie zarządzania współpracą / edutowany przez : J. Hadyński, M. Kozera, I. Lipińska, H. Mizerska, M. Słodowa-Hełpa. – Poznań: Wyd. Akademia Rolnicza im. Cieczkowskiego, 2006 – 165 s.
3. Engel J. Promotional strategy: managing the marketing communications process / J.Engel, M. Warshaw, T. Kinnear. – Chicago ; London : Irwin, 1994. – 624 p.
4. Commission Staff Working Document, Lisbon Strategy evaluation document, Brussels. 2.2.2010 SEC (2010) 114 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/lisbon_strategy_evaluation_en.pdf) (Evaluation 2010).
5. Загальні положення про структурні фонди : Постанова Ради (ЄС) від 21 червня 1999 р. № 1260/1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minjust.gov.ua/file/31735.
6. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейським Співтовариством та їх державами-членами № 998_012 на підставі Протоколу № 994_a41 : ратифікована Законом України від 10 листопада 1994 р. № 237/94-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // zakon. rada.gov.ua.
7. Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2015 року : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 липня 2006 р. № 1001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon. rada.gov.ua.
8. Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 року : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 р. № 1158 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // zakon. rada.gov.ua.
9. Проект Концепції розвитку сільських територій [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://minagro.gov.ua/.
10. Проект «Нові можливості для сільських громад, постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.slideshare.net/.

Анотація

Мартинова Н. О. **Використання європейських моделей локального партнерства у сфері розвитку сільських територій та його адаптація до національного законодавства.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню провідного європейського досвіду розвитку локального партнерства для сільських територій та мотивів його впровадження в національне законодавство України.

Ключові слова: локальне партнерство, локальний розвиток, сільська територія, європейський досвід, європейський проект.

Аннотация

Мартынова Н. А. **Использование европейских моделей локального партнерства в сфере развития сельских территорий и его адаптация к национальному законодательству.** – Статья.

Статья посвящена освещению ведущего европейского опыта развития локального партнерста для сельских территорий и мотивов его внедрения в национальное законодательство Украины.

Ключевые слова: локальное партнерство, локальное развитие, сельская территория, европейский опыт, европейский проект.

Summary

Martinova N. A. **Use of the European models of local partnerships in the field of rural development and its adaptation to national legislation.** – Article.

The article is aimed at describing the leading European experience of local partnerships for rural development and the reasons for its implementation in the national legislation of Ukraine.

Key words: local partnerships, local development, rural areas, European experience, European project.

УДК 349.6:540.456

О. С. Жидан

ЕТАПИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ БОЛІТ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Аналіз правового регулювання такого самостійного природного об'єкта, як болото, складно провести без розуміння становлення й розвитку цього регулювання. На формування правового регулювання боліт впливають суспільно-політичні умови певного періоду, зумовлені особливостями й характером земельного устрою. Основним стимулюючим фактором в історії правового регулювання боліт був інтерес до них спочатку як до джерел палива, а згодом як до кормових угідь та резервів земельного фонду, що потребують осушення. На сьогодні інтерес до боліт проявляється з точки зору охорони та їх збереження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Будь-які самостійні, комплексні дослідження питань правового регулювання боліт в Україні, навіть на рівні фахових наукових публікацій, сьогодні відсутні. Проте дуже корисну інформацію щодо етапів правового регулювання боліт в Україні можна знайти в працях фахівців природничих і технічних наук, таких як О.В. Ільїна, І.Т. Слюсар, В.Г. Клименко, Я.Б. Олійник. Окремі питання правового регулювання боліт в Україні неявно висвітлені в процесі земельно-правових (М.В. Шульга, А.М. Мірошниченко, О.О. Погрібний) та еколого-правових досліджень водних (Н.Р. Кобецька, В.І. Гордєєв) і надрових відносин (О.Ю. Макаренко), а особливо – охоронюваних територій екомережі (Я.І. Мовчан, Н.В. Фролова).

Формулювання цілей дослідження. У статті представлено аналіз історії правового регулювання боліт в Україні, чинного законодавства України, яке визначає правове регулювання боліт. На підставі системного аналізу емпіричної бази виокремлено етапи розвитку правового регулювання боліт в Україні, а також виявлено основні особливості завдань, цілей і змісту правового регулювання на кожному з них.

Виклад основного матеріалу. На формування правового регулювання боліт в Україні вплинув стрімкий розвиток сільськогосподарського виробництва, а також особливості й характер земельного ладу, який сформувався в конкретний період. Інтерес до боліт в усі часи був пов'язаний виключно з метою їх практичного використання.

Першим відносно самостійним етапом розвитку правового регулювання боліт в Україні доцільно вважати 1019–1782 рр. Формування правового регулювання боліт в Україні на початковому етапі нерозривно пов'язане з особливостями правового регулювання охорони й використання всіх земель, зокрема земель сільськогосподарського призначення. У першому законодавчому акті Київської Русі, який став основою формування в Київській Русі земельного законодавства, – «Руській правді» – містяться вказівки щодо приватної власності на землю, охорони земель, охорони майна князя та визначення межових знаків на певних територіях, законодавче визначення власників земель, поняття «меж», які можна зрозуміти як кордони між землями [1, с. 104].

© О. С. Жидан, 2014

Поступово поряд із нормами права місцевого походження набуло поширення польсько-литовське законодавство. Внаслідок входження частини українських земель протягом тривалого часу до складу Польського королівства й Великого князівства Литовського відбулося природне взаємопроникнення їх правових систем. У цей період правове регулювання боліт здійснювалося лише в межах земельного права. У 1505 р. король Олександр видав Гірничий статут, за яким відкривач корисних копалин отримував право на їх видобування, сплачуючи в силу регального права податок до королівської казни (лат. regalis – належне королю). У 1573 р. перший обраний король Польщі Генріх Валуа в документі «Pacta conventa» проголосив принцип акцесії, за яким надра визнавалися приналежністю земельної ділянки. Право акцесії діяло разом із гірничою свободою (право на розвідку корисних копалин на будь-яких землях) і скасовувало принцип гірничої регалії [2, с. 58].

Наступним етапом розвитку правового регулювання боліт в Україні слід визначити період із 1782 р. до 1917 р. У цей період почалося активне вивчення боліт у тій частині України, яка входила до складу Російської імперії (центральна й східна Україна). Одним із напрямків цього періоду було правове регулювання боліт, яке пов'язане з видобутком торфу. Торф використовувався для опалювання замість дров. Тому держава встановлювала відповідні нормативи для видобутку торфу, здійснювала пошук боліт, де міг знаходитися торф. У 1782 р. урядом було видано указ, згідно з яким кожен землевласник міг добувати й переробляти наявні на його території корисні копалини. Для обліку розвіданих торф'яних родовищ уряд у 1800 р. зобов'язав усіх губернаторів подати відомості про те, де в їх губерніях та в якій кількості можна видобувати торф, скільки дров він може замінити. У 1800 р. Павло I видав Указ «Про введення у вживання торфу для опалювання в усіх місцях, де він може нешкідливо вживатися». У 1837 р. новим Міністерством державного майна було наказано всім його палатам у губерніях повідомити про наявність на місцях покладах торфу. 30 вересня 1842 р. вийшло розпорядження Міністерства державного майна «Про введення розробки торфу на казенних землях в шести губерніях Росії» [3, с. 12].

У цей період поширення отримав другий напрямок правового регулювання боліт, який забезпечував регулювання осушення земель, у тому числі боліт, із метою розширення площі сільськогосподарського призначення. У 1853 р. Міністерством державного майна в усі губернії Російської імперії (Україна на той час була її частиною) було розіслано циркуляр, який зобов'язував «приступити до осушення державних земель», до того ж «цю роботу вважати першочергової важливості». А вже в 1857 р. цією установою було видано «Настановление к осушению и возделыванию болот», і лише в 1873 р. урядом Росії було складено «Генеральний план осушення земель» в Україні площею понад 8 млн га. Відповідно до цього було організовано Західну експедицію під керівництвом І.І. Жилінського. Ця робота, яку було розпочато 1874 р., стала першою великою державною програмою з осушування земель [4, с. 3].

В Західній Україні правове регулювання боліт було пов'язане із прокладанням водних сполучень, проектуванням і будівництвом доріг, що було пов'язано з налагодженням торгівлі із сусідніми державами, а також осушенням боліт для розширення

земель сільськогосподарського призначення. У 1857 р. набув чинності австрійський Водний кодекс, який дав можливість у Галичині організовувати водні й меліоративні спілки для виконання робіт, які були запроектовані державними технічними установами. Відповідно до прийнятого закону про меліорацію було започатковано широкий розвиток робіт із регулювання річок і меліорації земель за рахунок державних і місцевих субвенцій. У 1879 р. згідно з ухвалою Галицького сейму у Львові було засновано Крайове Бюро меліорації, в обов'язки якого входило розв'язання стратегічних питань меліорації земель і протипаводкового захисту території (проектування й супроводження будівництва) [2, с. 78].

Новим етапом розвитку правового регулювання боліт в Україні можна вважати 1917–1990 рр., які знаменують корінний перелом у правовому регулюванні боліт в Україні. З 1917 р. почався всебічний розвиток досліджень боліт в Україні та прийняття нормативних актів щодо боліт. У цей період планомірності й цілеспрямованості набувають нормативні акти, які виходять із вимог і завдань народного господарства – добування торфу на паливо й освоєння торфових боліт.

Перший законодавчий акт радянської держави – Декрет про землю [5] – став основою формування радянського земельного законодавства. Згідно з Декретом про землю приватна власність на землю відмінялася й переходила в користування всіх трудящих на засадах зрівняльного землекористування. Отже, згідно з прийнятим законодавчим актом болота як одна зі складових земельного фонду перейшли в державну власність.

Порядок розробки торф'яних боліт було визначено в Декреті про розробки торф'яного палива від 20 квітня 1918 р. [6, с. 19]. Згідно з прийнятим актом місцеві органи радянської влади мали право розробляти торф'яні болота. Контроль і сприяння в розробці торф'яних боліт здійснював Головний торф'яний комітет Відділу палива Вищої ради народного господарства.

Особливу цінність і вагомість боліт підкреслено в Декреті про торф'яні болота від 17 травня 1922 р. [6, с. 28]. У цьому акті наголошувалося, що всі торф'яні болота утворюють особливий державний торф'яний фонд.

Нова економічна політика радянської держави вимагала впорядкування земельного законодавства, тому 29 листопада 1922 р. третьою сесію ВУЦВК шостого скликання було прийнято перший кодифікований акт про землю – Земельний кодекс УРСР [7, с. 32]. Проте суттєвих новацій щодо правового регулювання боліт в Україні не відбулось. Цей кодекс є логічним продовженням земельної реформи, яку проводила радянської влада в той час. У ньому перш за все підкреслювалося, що право приватної власності на землю, надра, води й ліси в межах УРСР скасоване назавжди, а всі землі, «у чийому б віданні вони не були, – становлять власність Робітничо-Селянської Держави» [7]. Земельний кодекс УРСР не виокремлював болота в самостійну категорію земель, а також болота не входили до жодної категорії земель.

Подальший розвиток правового регулювання охорони й використання боліт відбувався в межах розвитку законодавства про діяльність радгоспів і колгоспів. Дослідженню боліт у радянський період надавалося велике значення у зв'язку

зі зростанням меліоративних робіт та використанням торфу в якості добрива для розвитку торф'яної промисловості й сільського господарства. Вивчення режиму боліт ведеться на спеціальних дослідних болотних станціях Міністерства сільського й лісового господарства, а також на болотних гідрологічних станціях гідрометеорологічної служби.

У 1970 р. було прийнято новий Земельний кодекс УРСР. У цьому законодавчому акті окрема увага приділялася осушенню боліт. Згідно із ч. 2 ст. 32 Земельного кодексу УРСР 1970 р. землі, освоєні після осушення боліт, розкорчування чагарників або рекультивації, а також освоєні піски й інші непродуктивні угіддя переводились у ріллю та в інші продуктивні угіддя в порядку, встановлюваному Радою Міністрів УРСР [8].

Водний кодекс Української РСР 1972 р. практично жодним чином не визначив правового режиму боліт. Так, ст. 4 Водного Кодексу Української РСР закріплювала, що відповідно до Основ водного законодавства СРСР і союзних республік єдиний державний водний фонд включає ріки, озера, водоймища, інші поверхневі водойми й водні джерела, а також води каналів і ставків [9]. Як бачимо, ст. 4 Водного кодексу УРСР не деталізує всіх складових елементів водного фонду. Конкретний список водних об'єктів містить ГОСТ 17.1.1.02-77 «Охрана природы. Гидросфера. Классификация водных объектов». Цей державний стандарт закріпив, що болото разом з озером, водосховищем, ставком входять до складу поверхневих водойм [10].

Уперше нормативне визначення поняття болота знайшло відображення в державному стандарті, прийнятому після прийняття перших Основ водного законодавства СРСР та Водного кодексу УРСР, – ГОСТ 19179-73 «Гидрология суши. Термины и определения». Тут закріплено, що болото – це природне утворення, яке займає частину земної поверхні й представляє собою відкладення торфу, насичені водою й вкриті специфічною рослинністю [11].

У березні 1979 р. було прийнято постанову Ради Міністрів УРСР «Про заходи зі збереження природних умов болотних масивів» [12]. У цьому нормативно-правовому документі болотні масиви визначалися як природні комплекси, що мають велике значення для стабілізації клімату, регулювання режиму ґрунтових і поверхневих вод, збереження й відтворення флори й фауни. Постановою вперше затверджувався конкретний перелік болотних масивів, що підлягають охороні.

Останнім етапом розвитку правового регулювання боліт в Україні слід визначити період із 1990 р. до теперішнього часу, визначальною подією якого було прийняття декількох редакцій Земельного кодексу України, що обумовило подальше реформування земельних відносин. Із часу проголошення незалежності України виділяється два напрямки правового регулювання боліт в Україні.

Перший напрямок спрямований на розв'язання проблеми збереження генетичного фонду й охорони боліт в Україні як унікальних природних комплексів. У цей час введено поняття «водно-болотні угіддя», болота відносяться до їх складових елементів згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 23.11.1995 р. «Про заходи щодо охорони водно-болотних угідь, які мають міжнародне значення» [13].

За ступенем правового врегулювання окремих природоохоронних аспектів болотних природних комплексів вітчизняне законодавство відображає світові тен-

денції. У ньому найбільш повно представлені правові інструменти й механізми збереження біологічного різноманіття. Охорона й збереження боліт регулюється нормами багатьох міжнародних екологічних актів. У цих актах підкреслюється забезпечення посиленого режиму охорони певних територіальних систем, зокрема болотних екосистем. Особливе значення для збереження болотних екосистем має конвенція «Про водно-болотні угіддя, що мають міжнародне значення» як середовища існування водоплавних птахів [14]. За двадцять років опосередкованої й прямої участі України у цій конвенції кількість водно-болотних угідь, віднесених до категорії таких, що мають міжнародне значення, склала майже 400 тис. га.

Другий напрямок правового регулювання боліт відбувається в межах земельного, лісового, надрового та водного законодавства. Уперше законодавчо деталізовано визначення самого болота: «Болото – надмірно зволожена земельна ділянка із застояним водним режимом і специфічним рослинним покривом» (ст. 1 Водного кодексу України) [15].

Згідно із Земельним кодексом України 2001 р. [16] болота відносяться до земель водного фонду. Проте законодавство України не виключає можливості віднесення боліт і до земель інших категорій: оздоровчого, рекреаційного, лісогосподарського призначення. Крім того, торф має властивості корисних копалин, а вони належать до сфери гірського права. Також важливо врахувати факти природної унікальності торф'яних боліт, які містять ознаки водних об'єктів, надр, нерідко – лісів.

Висновки. Історія правового регулювання боліт України нараховує багато століть. Однак до цього часу проблему їх раціонального використання, відновлення й оптимізації відносять до числа недостатньо вивчених. Понад віковий інтерес до боліт не виключив дискусійності деяких питань. Протягом тривалого часу болота розглядали лише з позицій їх народногосподарського значення: у якості родовищ цінної органічної сировини, лісогосподарських угідь. Більше того, їх вважали не потрібними й навіть «шкідливими» природними утвореннями. Деякі зміни у використанні боліт окреслено наприкінці 60-х рр. XX століття, коли з'явилися докази негативних наслідків меліоративних робіт та стали очевидними питання охорони й збереження боліт.

У процесі започаткування й становлення правового регулювання боліт в Україні слід виокремити декілька відносно самостійних етапів: 1) 1019–1782 рр. – формування правового регулювання боліт в Україні в межах окремих положень земельного законодавства, що нерозривно пов'язане з особливостями правового регулювання охорони й використання всіх земель, зокрема земель сільськогосподарського призначення; 2) 1782–1917 рр. – початок активного вивчення боліт в Україні, яка входила до складу Російської імперії, і на землях Західної України, пов'язаний із видобутком торфу, осушенням боліт та меліорацією земель; 3) 1917–1990 рр. – етап, який базувався на законодавчому закріпленні виключної державної власності на всі природні ресурси, охопив прийняття декількох редакцій Земельного кодексу УРСР, Водного й Лісового кодексів УРСР, які регулювали використання й охорону боліт в Україні та були спрямовані на їх народногосподарське

освоєння; 4) з 1990 р. – спрямованість правового регулювання на розв'язання проблеми збереження генетичного фонду й охорони боліт в Україні як унікальних природних комплексів. Правове регулювання боліт відбувається в межах земельного, лісового, надрового та водного законодавства.

Отже, правове регулювання боліт в Україні поки що не має завершеності в правовій регламентації, а отже, потребує подальшого вдосконалення з урахуванням історико-правової спадщини.

Література

1. Погрібний О. Земельне право України : [підручник] / О. Погрібний, І. Каракаш. – вид. 2-ге, перероб. і допов. – К. : Істина, 2009. – 600 с.
2. Мірошниченко А. Земельне право України : [навч. посібник] / А. Мірошниченко. – К. : Правова єдність, 2011. – 678 с.
3. Булгаков Б. Российское природоохранное законодательство XI – начала XX веков / Б. Булгаков, А.А. Ялбулганов. – М. : ЛЕГАТ, 1997. – 455 с.
4. Слюсар І. Історія формування теоретичних та практичних аспектів осушувальних меліорацій в Україні / І. Слюсар // Землеробство : [Міжвідомчий тематичний науковий збірник]. – 2012. – Вип. 84. – С. 3.
5. Декрет о Земле от 26 октября 1917 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/o_zemle.htm.
6. Декреты Советской власти : в 2 т. / сост. С. Валк, Л. Гапоненко, А. Новосельский. – М. : Государственное издание политической литературы, 1957 – . – Т. 2. – 1957. – 686 с.
7. Битый С. Законодательные акты о земле / С. Битый, И. Миронец, В. Янчук. – К. : Урожай, 1979. – 400 с.
8. Земельний кодекс УРСР від 8 липня 1970 р. № 29 // Офіційний сайт Верховної Ради України. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2874a-07.
9. Водний кодекс УРСР від 9 червня 1972 р. № 10 Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/771a-08.
10. Охрана природы. Гидросфера. Классификация водных объектов : ГОСТ 17.1.1.02-77 от 01.07.1978 г. – М. : Изд. стандартов, 1992. – 20 с.
11. Гидрология суши. Термины и определения : ГОСТ 19179-73 от 01.01.1975 г. – М. : Изд. стандартов, 1988. – 20 с.
12. Про заходи зі збереження природних умов болотних масивів : Постанова Ради Міністрів УРСР від 26 березня 1979 р. № 143 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP790143.html.
13. Про заходи щодо охорони водно-болотних угідь, які мають міжнародне значення : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 листопада 1995 р. № 935 // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/935-95-п.
14. Конвенція про водно-болотні угіддя, що мають міжнародне значення, головним чином як середовище існування водоплавних птахів : від 2 лютого 1971 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_031.
15. Водний кодекс України від 06.06.1995 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/213/95-вр.
16. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III // Офіційний сайт Верховної Ради України. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14.

Анотація

Жидан О. С. **Етапи розвитку правового регулювання використання боліт в Україні.** – Стаття.

У статті проведено аналіз становлення й розвитку правового регулювання боліт в Україні, які підлягають, порівняно з іншими землями, посиленій охороні, деталізації правового регулювання. Зроблено загальний історичний огляд становлення й розвитку законодавства, що закріплює правове регулювання боліт в Україні. Проведено періодизацію, визначено особливості регулювання на кожному етапі розвитку боліт в Україні.

Ключові слова: болото, торф, осушення боліт, меліорація, водно-болотні угіддя.

Аннотация

Жидан О. С. **Этапы развития правового регулирования использования болот в Украине.** – Статья.

В статье проведен анализ становления и развития правового регулирования болот в Украине, подлежащих, по сравнению с другими землями, усиленной охране, детализации правового регулирования. Сделан общий исторический обзор становления и развития законодательства, закрепляющего правовое регулирование болот в Украине. Проведена периодизация, определены особенности регулирования на каждом этапе развития болот в Украине.

Ключевые слова: болото, торф, осушение болот, мелиорация, водно-болотные угодья.

Summary

Zhidan O. S. **Stages of development of legal regulation of using of wetlands in Ukraine.** – Article.

In the article is analyzed the formation and development of legal regulation of swamps in Ukraine to be compared with other lands, enhanced security, detailing regulations. A general historical overview of the formation and development of the legislation that establishes the legal regulation of swamps in Ukraine was made. An periods, by features adjustment at every stage of the wetlands in the Ukraine.

Key words: swamp, peat, draining swamps, reclamation, wetlands.

Розділ 4

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ, ФІНАНСОВОГО ПРАВА

УДК 351. 83: 349.2 (477)

М. М. Бурбыка, О. В. Усикова

АДМИНИСТРАТИВНЫЙ АСПЕКТ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ В СФЕРЕ КОНТРОЛЯ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В УКРАИНЕ

Сегодня в Украине всё большее значение приобретает функционирование механизмов надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства. Контроль и надзор – это основные факторы совершенствования государственного управления в Украине, обновление которого может осуществляться путем использования соответствующих мероприятий по наблюдению за процессом реформ, осуществляемых в обществе. Сфера труда нуждается в постоянном внимании со стороны государственных органов и структур [1, с. 254].

Управление трудом – это управление комплексом отношений, которые возникают в социально-трудовой сфере, в частности отношений по поводу общественных и производственных условий труда, их осуществления, организации, оплаты, формирования и функционирования трудовых отношений. Сущность управления в сфере труда заключается в обеспечении качественных условий деятельности работников, имеющих интересы, которые выходят за пределы производства. Следовательно, управление трудом не ограничивается только факторами производства, оно охватывает и труд как процесс в целом.

Правовыми основами управления в сфере труда являются Конституция Украины, законы и другие нормативно-правовые акты. Национальное законодательство о труде закрепляет и конкретизирует систему трудовых отношений, а именно тех, которые возникают между работниками и работодателями, начинаются при заключении между ними трудовых и коллективных договоров и соглашений, а также устанавливает государственные гарантии соблюдения и обеспечения прав и свобод граждан [3, с. 65].

Ю. Тихомиров считает, что контроль – это проверка соблюдения и выполнения установленных нормами права задач, планов и решений, то есть начало цикла, посвященного оценке процесса, который осуществляется. Такой подход позволяет подчеркнуть, во-первых, функциональное назначение контроля, во-вторых, то, что он возникает на определенной стадии управленческого процесса, в-третьих, что контроль осуществляется всеми субъектами государственного управления [2, с. 510].

Российские учёные А. Алёхин и Ю. Козлов рассматривают сущность контроля как наблюдение за функционированием соответствующего подконтрольного объекта, получение объективной и достоверной информации о состоянии законности и дисциплины на нем, принятие мер по предупреждению и устранению нарушений законности и дисциплины, установление причин и условий, способствующих нарушению требований правовых норм, принятие мер по привлечению к ответственности лиц, виновных в нарушении требований законности и дисциплины [11, с. 89].

© М. М. Бурбыка, О. В. Усикова, 2014

В. Скобелкин утверждает: «Повседневное и точное соблюдение законов о труде и, соответственно, полная, беспрепятственная реализация рабочими и служащими прав, предоставленных им законами, не может обойтись без надежного всестороннего контроля со стороны государства и общества за состоянием законности в сфере трудовых отношений. Общеизвестно, что правонарушения – обязательные спутники бесконтрольности. Контроль – не только способ выявления совершенных правонарушений, но и важное средство их предупреждения» [4, с. 62–63].

Б. Шеломов отмечает то, что надзор и контроль за трудовым законодательством является одним из самых действенных механизмов соблюдения правопорядка в сфере труда. Они представляют собой деятельность компетентных органов, направленную на защиту трудовых прав работников. Эти органы предупреждают, обнаруживают нарушение трудового законодательства, возобновляют трудовые права работников и привлекают к ответственности виновных в нарушении этих прав должностных лиц. Надзор за соблюдением трудового законодательства – это проверка законности решения органов управления, а контроль – проверка этого решения с точки зрения не только законности, но и целесообразности. В связи с этим повышается ответственность органов управления не только за законностью, но и за целесообразностью принятых ими решений» [5, с. 355–356].

В свою очередь Г. Чанышева и Н. Болотина предлагают обратить внимание на рост уровня нарушений трудовых прав граждан. Ученые считают, что основными факторами нарушений законодательства Украины об оплате труда являютсяотсутствиенастроенныхэкономических,административныхикриминально-правовых механизмов, которые принуждали бы работодателей к безусловному их выполнению; недобросовестный ведомственный и региональный контроль за соблюдением законодательства о труде и оплате труда органов местной исполнительной власти; недееспособность комиссий по трудовым спорам; низкий уровень правовых знаний и безответственность руководителей организаций, должностных лиц и персонала за соблюдением трудового законодательства [6, с. 365–366].

Трудовые отношения нуждаются в квалифицированном, компетентном государственном регулировании и обеспечении партнерства со стороны государства на принципах равноправия сторон, взаимной заинтересованности и ответственности за принятые решения.

Особого внимания заслуживает вопрос несоблюдения государственных гарантий в сфере труда, среди которых доминируют отсутствие рабочих мест, задержка по выплате заработной платы, ненадлежащие условия труда, что приводит к значительной миграции работоспособного населения Украины за границу.

Исследованиями в области обеспечения контроля и надзора в сфере труда занимались такие ученые, как А. Алёхин, Г. Била, Н. Болотина, В. Гаращук, Л. Давиденко, Ю. Козлов, Т. Мамонтова, Н. Нижник, М. Осийчук, В. Скобелкин, Ю. Тихомиров, Б. Шеломов, И. Шумляева, Г. Чанышева и другие.

Целью этого исследования является определение проблем, которые возникают при ненадлежащем осуществлении государственного управления в сфере контроля за соблюдением трудового законодательства, а также предложения и некоторые пути решения освещенных проблем в этой области.

В соответствии со ст. 259 Кодекса законов Украины о труде надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства осуществляют специально уполномоченные на то органы и инспекции, при этом центральные органы исполнительной власти имеют полномочия относительно осуществления контроля тех предприятий, учреждений и организаций, которые им подчиняются [7, с. 4].

Ключевая роль в осуществлении контроля и решении этой проблематики, которая возникает в сфере труда, принадлежит государству в лице центральных органов исполнительной власти, в частности Государственной инспекции Украины по вопросам труда.

В период с 2000 года по 2010 год функции Государственной инспекции по вопросам труда выполнял Государственный департамент по надзору за соблюдением законодательства о труде, который имел статус самостоятельного юридического лица. На данный момент правопреемником Госдепартамента является Государственная инспекция по вопросам труда, которая наделена такими полномочиями: осуществление проверок деятельности предприятий, учреждений, организаций независимо от форм собственности, которые используют наемный труд, за соблюдением ими трудового законодательства, рассмотрение в установленном порядке обращений граждан, осуществление их приема, привлечение к административной ответственности должностных лиц, которые в установленный срок не выполняют предписаний инспекторов труда, составление протоколов об административных нарушениях в сфере трудового законодательства и другие.

Необходимо отметить, что в деятельности инспекторов труда усматривается целый ряд проблемных моментов, а именно:

1) чрезмерная загруженность инспекторов труда, ограниченный кадровый потенциал и недостаточное материально-техническое обеспечение Государственной инспекции по вопросам труда. В Украине зарегистрировано около 1,3 млн. предприятий. В среднем на одного государственного инспектора труда в Украине приходится свыше 30 тыс. работодателей, которые используют наемный труд, включая и физических лиц-субъектов предпринимательской деятельности. За восемь месяцев 2013 года Государственная инспекция Украины по вопросам труда осуществила 25 тыс. проверок и зафиксировала 72 тыс. нарушений трудового законодательства, а также общеобязательного государственного социального страхования. Вследствие большой загруженности у государственных инспекторов нет возможности заниматься превентивной работой, проводить контрольные проверки на предприятиях, для того чтобы убедиться в устранении нарушений и выполнении предыдущих предписаний и рекомендаций;

2) недостаточное количество необходимых технических средств повседневного труда инспекторов, в частности фото- и видеотехники, портативных компьютеров, транспортных средств и тому подобное;

3) ограниченные возможности для карьерного продвижения;

4) наличие новых форм занятости, аутсорсинга и сложных цепей поставок, которые усложняют задания инспекторов;

5) нет надлежащей квалификации инспекторов труда. Среди отечественных вузов нет ни одного, который готовил бы специалистов в отрасли контроля и надзора за соблюдением законодательства о труде.

Наличие вышеуказанных проблем непосредственно отражается на объективности и качестве решения тех заданий, которые стоят перед инспекторами труда во время проведения мероприятий по инспекции и надзору за соблюдением трудового законодательства [10, с. 13–14].

На основании статистических данных за 2012 год Государственной инспекцией Украины по вопросам труда и ее территориальными органами были осуществлены проверки, в ходе которых выявлено 42101 нарушение законодательства о труде. Больше всего нарушений выявлено в таких вопросах: оплата труда – 24525; нарушения, которые возникали во время рабочего времени и отдыха, – 7445; заключение и реализация трудового договора – 4574; оформление трудовых книжек – 2387; несоблюдение требований трудовой дисциплины – 1107; реализация условий коллективных договоров – 954 и другие [8].

Целесообразно также рассмотреть такие вопросы: нарушение норм длительности рабочего времени, непредоставление ежегодных оплачиваемых отпусков наемным работникам, незаключение трудовых договоров с наемными работниками, нарушения, которые возникают во время предоставления дополнительных отпусков женщинам и работникам, занятым на вредных для здоровья и тяжелых работах. Наличие или отсутствие нарушений в сфере труда обнаруживается в процессе осуществления проверок государственными инспекторами деятельности субъектов всех форм собственности.

На протяжении 2013 года в ходе проверок государственными инспекторами труда в отношении должностных лиц было составлено и передано в судебные органы 8025 материалов о совершении административных правонарушений, которые квалифицируются ч. 1 ст. 41 Кодекса Украины об административных правонарушениях (КУоАП). Государственной инспекцией Украины по вопросам труда для устранения выявленных правонарушений законодательства о труде составлено 1197 постановлений с наложением штрафных санкций на должностных лиц, которые не соблюдали установленные законом требования по ст. 188-6 КУоАП [9, с. 136–137].

Но не только приведенный проблемы заслуживают внимания в этом направлении деятельности. Ещё внимания заслуживает целый комплекс вопросов, а именно:

– эффективная защита трудовых прав работников со стороны Государственной инспекции Украины по вопросам труда;

– мероприятия национальных, отраслевых и региональных программ улучшения состояния безопасности, гигиены труда и производственной среды;

– действенный контроль над процедурой расследования несчастных случаев на производстве;

– закрепление на законодательном уровне четко определенных функций надзорных органов, которые будут вести наблюдение за правильным соблюдением законодательства о труде;

– предоставление Государственной инспекции Украины по вопросам труда специального статуса центрального органа исполнительной власти, деятельность

которого будет направлена на устранение правонарушений в связи с несоблюдением трудового законодательства;

– усиление контроля за внедрением основных направлений гендерной политики, соблюдение гендерного равенства, недопущение дискриминации женщин;

– создание эффективных средств управления и надзора за соблюдением трудового законодательства в Украине [8].

На основании вышеизложенного можно сделать **вывод**, что на данном этапе очень остро стоит вопрос некоторых проблем государственного управления в сфере контроля за соблюдением трудового законодательства в Украине. Следовательно, эта тематика является актуальной в области научных исследований и даст определенные положительные результаты в создании соответствующих регулятивных условий в направлении управления трудовыми отношениями и трудом в целом.

Литература

1. Мальков В.В. Советское административное право. Общая и Особенная части / В.В. Мальков. – М. : Наука, 1973. – 624 с.
2. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса / Ю.А. Тихомиров. – М. : Юринформцентр, 1998. – 798 с.
3. Теліпко В.Е. Трудове право України : [навчальний посібник] / В.Е. Теліпко, О.Г. Дутова. – К. : Центр учбової літератури, 2009. – 456 с.
4. Скобелкин В.Н. Обеспечение трудовых прав в СССР / В.Н. Скобелкин. – М. : Юридическая литература, 1987. – 208 с.
5. Смирнов О.В. Советское трудовое право / О.В. Смирнов. – М. : Профиздат, 1991. – 363 с.
6. Чанишева Г.І., Трудове право України : [підручник] / Г.І. Чанишева, Н.Б. Болотіна. – Х. : Вид-во «Одісей», 2003. – 480 с.
7. Шумляєва І.Д. Проблеми нормативно-правового розмежування державного нагляду та контролю за дотриманням трудового законодавства / І.Д. Шумляєва // Актуальні проблеми державного управління. – 2011. – № 2(40). – С. 1–8.
8. Кукуюк Л.А. Реформування державного управління у сфері контролю за дотриманням трудового законодавства / Л.А. Кукуюк. [Електронний ресурс] / – Режим доступу : http://www.kds.org.ua/blog/kukuyuk-la-tvorcha-robota-reformuvannya-derzhavnogo-upravlinnya-u-sferi-kontrolyu-za-dotrimanny.
9. Біла Г.М. Проблеми в реалізації державної політики нагляду за дотриманням законодавства про працю / Г.М. Біла // Публічне управління: теорія та практика. – 2012. № 1(9). – С. 135–139.
10. Осійчук М.С. Державне управління у сфері забезпечення контролю за дотриманням трудового законодавства : автореф. дис. … канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.02 «Механізми державного управління» / М.С. Осійчук ; Львівський регіон. ін-т держ. управління Нац. академії держ. управління при Президентові України. – Львів, 2009. – 22 с.
11. Алёхин А.П., Административное право Российской Федерации : в 2 ч. / А.П. Алёхин, Ю.М. Козлов. – М. : ТЕИС, 1995 – . – Ч. 2. – 1995.– 241 с.

Аннотация

Бурбыка М. М., Усикова О. В. **Административный аспект государственного управления в сфере контроля за соблюдением трудового законодательства в Украине.** – Статья.

В статье проведен анализ научных исследований проблемных вопросов государственного управления в сфере контроля над соблюдением трудового законодательства. Рассматривается деятельность органов государства, которые осуществляют государственное управление в сфере контроля над соблюдением законодательства о труде, в частности Государственной инспекции Украины по вопросам труда.

Ключевые слова: сфера труда, надзор и контроль, соблюдение трудового законодательства, управление в сфере контроля.

Анотація

Бурбика М. М., Усікова О. В. **Адміністративний аспект державного управління у сфері контролю за дотриманням трудового законодавства в Україні.** – Стаття.

У статті проведено аналіз наукових досліджень проблемних питань державного управління у сфері контролю за дотриманням трудового законодавства. Розглядається діяльність органів держави, які здійснюють державне управління у сфері контролю за дотриманням законодавства про працю, зокрема Державної інспекції України з питань праці.

Ключові слова: сфера праці, нагляд та контроль, дотримання трудового законодавства, управління у сфері контролю.

Summary

Burbyka M. M., Usikova O. V. **Administrative aspect of state administration in the field of monitoring over compliance of labor legislation in Ukraine.** – Article.

This article analyzes the scientific research of problems of public administration in the field of monitoring over compliance of labor legislation. It considers the activities of State authorities, which exercise public administration in the field of monitoring over compliance of labor legislation, including State Inspectorate Ukraine of labor.

Key words: sphere of labor, supervision and monitoring, compliance of labor legislation, administration in the field of monitoring.

УДК 342.92

К. В. Бондаренко

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВІ ЗАСАДИ УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЮ СЛУЖБОЮ

Питанням функціонування державної служби та управління державною службою в незалежній Україні завжди приділялось багато уваги як на теоретичному, так і на практичному рівнях через важливість ефективного функціонування державної служби для розвитку держави. Роль та значення державної служби в сучасній Україні зростають, здійснюються масштабні президентські реформи, що передбачені програмою «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» [8]. За таких умов розгляд питань, пов'язаних з управлінням державною службою, а особливо правових засад управління державною службою, набуває особливого значення та особливої актуальності, оскільки саме правові засади будь-якої сфери та галузі управління закладають найважливіше підґрунтя їх функціонування.

Характеристиці правових засад управління державною службою приділялося достатньо уваги з боку вчених-адміністративістів, зокрема, ці питання розглядали Л. Біла-Тіунова, О. Бандурка, Д. Бахрах, О. Андрійко, Д. Балух, С. Ківалов, Н. Нижник, О. Кравченко, В. Погорілко, В. Толкованов та інші. І хоча вищезазначені науковці досить чітко характеризують правові засади управління державною службою, поза увагою залишається сама система правових засад як правове явище, тому вбачається доцільним більше уваги приділити розгляду правових засад як системи в цілому.

Поняття «управління державною службою» є складним явищем, основним змістом якого є визначення й реалізація єдиної державної кадрової політики, формування кадрового корпусу державних службовців, встановлення державних

© К. В. Бондаренко, 2014

посад та визначення їхнього статусу, встановлення класних чинів, військових звань, спеціальних звань і порядку їх присвоєння, визначення порядку й правил проходження державної служби, оцінювання діяльності державних службовців, установлення соціально-правових гарантій для державних службовців, установлення та реалізація умов функціонування державних службовців тощо. [4, с. 35].

Управління державною службою визначається як цілеспрямований, організуючий вплив суб'єктів управління в особі відповідних державних органів (посадових осіб), що здійснюється в межах компетенції, встановленої законами та іншими нормативно-правовими актами, на державну службу з метою забезпечення її цілісного та якісного функціонування, практичного виконання завдань і функцій держави [7, с. 178].

Правові засади управління державною службою являють собою сукупність нормативно-правових актів, прийнятих у встановленому порядку уповноваженими суб'єктами, які регулюють здійснення завдань і функцій державної служби, усі елементи службової кар'єри державних службовців, а також статус державних службовців, їх права, обов'язки, відповідальність та гарантії реалізації їх статусу [6, с. 89–90].

Така сукупність нормативно-правових актів являє собою систему, яка характеризується як ознаками, притаманними правовим засадам управління різних інститутів, так і особливостями, які дозволяють виділяти їх в окрему систему. Така система нормативно-правових актів, які регулюють організацію й функціонування державної служби, є ієрархічною, усі елементи якої є взаємопов'язаними та взаємодіючими.

Особливостями системи правових засад управління державною службою є те, що її складають багаточисленні нормативно-правові акти, різні за юридичною силою, суб'єктом видання, масштабом дії, колом правовідносин, які ними регулюються. Оскільки сама державна служба як комплексний правовий інститут включає норми багатьох галузей права, а також з огляду на наявність багатьох видів самої державної служби питання управління державною службою також визначаються нормативно-правовими актами різних галузей права.

Основою цієї системи є Конституція України, яка визначає основні засади організації й діяльності державної служби як безпосередньо, так і через діяльність державних органів. Аналіз положень Конституції України дозволяє стверджувати, що вона містить положення, які прямо регулюють здійснення державної служби, а також ті, які прямо не визначають питання державної служби, проте мають велике значення під час встановлення принципів державної служби, організації функціонування певних її видів тощо.

До умовно першої групи норм, які прямо регулюють відносини державної служби, можна віднести ст. 38 Конституції України, яка визначає, що громадяни користуються рівним правом доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування. Також ст. 24 встановила, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками [4, с. 35].

Ці положення стали основою для одного з найголовніших принципів державної служби – принципу рівного доступу громадян до державної служби, який був закріплений та більш повно врегульований Законом України «Про державну службу», що встановив способи й порядок заміщення посад на державній службі та вимоги, які висуваються до державних службовців.

Інші принципи державної служби також опосередковуються конституційними нормами. Так, Конституція України встановлює принципи верховенства права (ст. 8), законності (ст. 19) тощо. Важливими для управління державною службою є положення п. 12 ст. 92 (виключно законами України визначаються основи державної служби), п. 5 ч. 2 ст. 92 (виключно законами України встановлюються державні нагороди), п. 6 ч. 2 ст. 92 (виключно законами України встановлюються військові звання, дипломатичні ранги, інші спеціальні звання) [1].

Саме Конституція України визначає основні повноваження державних органів щодо управління державною службою (які можна віднести до умовно другої групи норм):

1) повноваження Верховної Ради України: п. 18 ст. 85 (до повноважень Верховної Ради України належить призначення на посаду та звільнення з посади Голови Національного банку України за поданням Президента України), п. 20 ст. 85 (до повноважень Верховної Ради України належить призначення на посади та звільнення з посад половини складу Національної ради України з питань телебачення та радіомовлення), п. 25 ст. 85 (до повноважень Верховної Ради України належить надання згоди на призначення на посаду та висловлення недовіри Генеральному прокуророві України, що має наслідком його відставку з посади);

2) повноваження Президента України: п. 5 ст. 106 (Президент України призначає та звільняє глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях), п. 11 ст. 106 (Президент України призначає на посаду та звільняє з посади за згодою Верховної Ради України Генерального прокурора України), п. 13 ст. 106 (Президент України призначає на посади та звільняє з посад половину складу Національної ради України з питань телебачення та радіомовлення), п. 14 ст. 106 (Президент України вносить до Верховної Ради України подання про призначення на посаду та звільнення з посади Голови Служби безпеки України), п. 17 ст. 106 (Президент України призначає на посади та звільняє з посад вище командування Збройних Сил України, інших військових формувань), п. 24 ст. 106 (Президент України присвоює вищі військові звання, вищі дипломатичні ранги та інші вищі спеціальні звання й класні чини), п. 25 ст. 106 (Президент України нагороджує державними нагородами, встановлює президентські відзнаки та нагороджує ними); ст. 118 (Президент України за поданням Кабінету Міністрів України призначає на посади та звільняє з посад голів місцевих державних адміністрацій).

3) повноваження Кабінету Міністрів України: п. 9 ст. 116 (Кабінет Міністрів України спрямовує й координує роботу міністерств, інших органів виконавчої влади).

Також до системи законодавства України щодо управління державною службою входять закони України, підзаконні нормативно-правові акти, серед яких особливе місце посідають нормативно-правові акти Національного агентства України

з питань державної служби. Окремо слід відзначити рішення Конституційного Суду України як частину системи законодавства щодо управління державною службою.

Серед законів України центральне місце посідає Закон України «Про державну службу», який було прийнято 1993 р. Цей закон уперше визначив поняття державної служби, її ознаки, принципи державної служби, права та обов'язки державних службовців, установив орган управління державною службою та його повноваження [5, с. 4–5]. Закон уперше законодавчо встановив поняття «службова кар'єра», яке до того часу найчастіше наділялося негативними характеристиками, поєднуючись зі словом «кар'єризм» [3]. Тобто для часу прийняття вищезазначеного закону він був об'єктивно необхідним, таким, що відповідав новим умовам незалежної України, яка стала на шлях побудови демократичної, правової, соціальної держави. Однак суспільні відносини в Україні, у тому числі державно-службові, стрімко розвивалися, ускладнювалися, що привело до виникнення нових підходів до розуміння категорії «державна служба». Цим обумовлюється прийняття 2011 р. нового Закону України «Про державну службу», який набуває чинності 1 січня 2015 р. Цей закон дає інше визначення державної служби, уперше на законодавчому рівні визначає поняття «державний службовець», установлює систему принципів державної служби, групи державних службовців залежно від займаних посад тощо [2]. Вищезазначений закон присвячує окремий розділ питанням управління державною службою, більш детально та повно їх регламентуючи.

Серед інших законів варто відзначити закони України «Про Кабінет Міністрів України», «Про місцеві державні адміністрації», «Про прокуратуру» та інші. Питання окремих видів державної служби регулюються конкретними законами: митної служби – Митним кодексом України, дипломатичної служби – Законом України від 20.09.2001 р. «Про дипломатичну службу», служби в органах міліції – Законом України від 20.12.1990 р. «Про міліцію», служби в органах служби безпеки – Законом України від 25.03.1992 р. «Про Службу безпеки України», військової служби – Законом України від 18.06.1999 р. «Про загальний військовий обов'язок і військову службу» тощо [7, с. 177].

До підзаконних нормативно-правових актів з питань управління державною службою відносяться такі:

1) укази Президента України «Про затвердження Положення про Національне агентство України з питань державної служби», «Про День державної служби», «Про Порядок організації проведення спеціальної перевірки відомостей щодо осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування», «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади»;

2) постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок обчислення стажу державної служби», «Про затвердження Положення про ранги державних службовців», «Про деякі питання застосування ст. ст. 4, 15 і 27 Закону України «Про державну службу», «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на заміщення вакантних посад державних службовців», «Про затвердження Положення про порядок стажування у державних органах»;

3) накази Національного агентства України з питань державної служби «Про затвердження Методичних рекомендацій з розроблення профілів професійної компетентності посад державної служби групи I у державних органах, органах влади Автономної Республіки Крим або їх апараті», «Про затвердження орієнтовних тестових завдань на знання Конституції України, законів України «Про державну службу», «Про засади запобігання і протидії корупції», «Про затвердження Методичних рекомендацій з розроблення профілів професійної компетентності посад державної служби у державних органах, органах влади Автономної Республіки Крим або їх апараті», «Про затвердження Порядку підвищення рівня професійної компетентності державних службовців», «Про організацію проведення функціонального обстеження органів державної влади в 2012 р.», «Про затвердження Змін до Типового порядку оцінювання результатів службової діяльності державних службовців», «Про затвердження Типового профілю професійної компетентності посади керівника апарату та мінімальних вимог до рівня професійної компетентності осіб, які претендують на зайняття цієї посади».

Особливе місце в системі правових засад управління державною службою посідають рішення Конституційного Суду України, серед яких можна відзначити такі: рішення у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців» (справа про атестацію державних службовців), рішення у справі за конституційним поданням Президента України та конституційним поданням 56 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень ч. ч. 1, 2, 3, 4 ст. 118, ч. 3 ст. 133, ч. 1, 2, 3 ст. 140, ч. 2 ст. 141 Конституції України, ст. 23, п. 3 ч. 1 ст. 30 Закону України «Про державну службу», статтей 12, 79 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», ст. ст. 10, 13, 16, п. 2 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про столицю України – місто-герой Київ», статтей 8, 10 Закону України «Про місцеві державні адміністрації», статті 18 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» (справа про особливості здійснення виконавчої влади та місцевого самоврядування в місті Києві), рішення у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 23 Закону «Про державну службу», ст. 18 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», ст. 42 Закону України «Про дипломатичну службу» (справа про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування) тощо.

На підставі проведеного аналізу правових засад управління державною службою можна дійти таких висновків. Конституція України визначає основні засади організації й діяльності державної служби як безпосередньо, так і через діяльність державних органів. На відміну від багатьох інших комплексних інститутів та галузей, які користуються лише загальноправовими конституційними принципами законності, верховенства права, демократизму тощо, функціонування державної служби та управління державною службою здійснюється як на підставі загальноправових конституційних принципів, так і на підставі специфічних прин-

ципів, які відносяться лише до інституту державної служби. Закони України, які приймаються у встановленому порядку Верховною Радою України, розвивають конституційні положення, визначають систему органів, які безпосередньо здійснюють повноваження з управління державною службою, встановлюють їх правовий статус та повноваження. Президент України здійснює загальне керівництво державною службою, у межах встановлених повноважень приймає укази щодо здійснення управління державною службою, які є обов'язковими для виконання всіма учасниками відповідних правовідносин. Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України є підзаконними актами, що видаються на підставі та з метою деталізації законів, сприяють більш ефективному правозастосуванню. Їх також можна розглядати як правові акти публічного управління, їхньою метою є саме здійснення управління відносинами, що виникають у сфері державної служби, тобто й самою державною службою. Нормативно-правові акти Національного агентства України з питань державної служби мають важливе значення, адже забезпечують методичне супроводження, організаційне забезпечення діяльності з управління державною службою. Конституційний Суд України в межах своїх повноважень видає нормативно-правові акти, які виступають актами контролю щодо прийнятих нормативно-правових актів.

Перспективами подальших досліджень є аналіз положень Закону України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. в контексті здійснення управління державною службою.

Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.
2. Про державну службу : Закон України від 17.11.2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4050-17.
3. Про державну службу : Закон України від 26.12.1993 року (зі змінами та доповненнями) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3723-12.
4. Балух Д.В. Управління державною службою в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Д.В. Балух, Одеська нац.юрид. академія. – Одеса, 2009. – 198 с.
5. Ківалов С.В. Закон України «Про державну службу»: [наук.-практ. коментар] / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова. – Одеса : Фенікс, 2009. 692 с.
6. Ківалов С.В. Публічна служба в Україні : [підручник] / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова. – Одеса : Фенікс, 2009. – 688 с.
7. Кравченко О.О. Управління державною службою в Україні: організаційно-правові засади : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.О. Кравченко ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 203 с.
8. Толкованов В. Публічне управління забезпечать високопрофесійні лідери [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nads.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=800189&cat_id=41068.

Анотація

Бондаренко К. В. **До питання про правові засади управління державною службою.** – Стаття.

Статтяю присвячено аналізу та характеристиці особливостей системи правових засад управління державною службою в Україні.

Ключові слова: державна служба, державне управління, управління державною службою, правові засади.

Аннотация

Бондаренко Е. В. **К вопросу о правовых основах управления государственной службой.** – Статья.

Статья посвящена анализу и характеристике особенностей системы правовых основ управления государственной службой в Украине.

Ключевые слова: государственная служба, государственное управление, управление государственной службой, правовые основы.

Summary

Bondarenko K. V. **On the question concerning legal basis of the state service regulation.** – Article.

This article is devoted to the analysis and characteristic of the specific features of the system of legal basis of the state service regulation.

Key words: state service, state regulation, state service regulation, legal basis.

УДК 34 (342.5:342.7)

В. О. Галай, О. О. Яворська

ОСНОВНІ ПРИНЦИПИ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ ЯК ЗАПОРУКА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Важливою основою розбудови державності є дієвість регіональної політики, спрямованої на оптимізацію територіальної організації управління та утвердження демократизму на місцевому рівні, що забезпечувало б ефективне використання наявного потенціалу території на засадах сталого розвитку. Необхідною умовою для ефективної організації публічної влади на місцях є безумовне дотримання принципів її діяльності та запозичення іноземного досвіду для вдосконалення механізму реалізації влади в Україні. Сучасний стан дотримання й реалізації принципів у діяльності органів публічної адміністрації залишається незадовільним та потребує вдосконалення. Наявність зазначеного кола проблемних питань і зумовлює актуальність обраної теми.

Стан дослідження. Проблематиці застосування окремих принципів організації влади, вивченню основних засад діяльності та управління територіальним розвитком присвячені праці В. Антоненка, М. Баймуратова, В. Бакуменка, О. Васильєвої, З. Герасимчук, А. Колодія, О. Лазор, В. Мамонтової, А. Мельника, В. Рубцова, О. Рябченко, А. Селіванова, В. Серьогіна, С. Серьогіної, Ю. Сурміна, Ю. Тихомирова, П. Трачука, О. Ярмиша.

Метою наукової статті є вивчення, аналіз та узагальнення окремих керівних засад та ідей діяльності органів публічної адміністрації, реалізація їх основних принципів задля забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

Виклад основного матеріалу. Публічна адміністрація – це органи виконавчої влади, місцевого самоврядування та інші суб'єкти, які відповідно до закону чи адміністративного договору мають повноваження забезпечувати виконання публічних функцій, свою діяльність спрямовують на забезпечення інтересів громадян. Різноманітні контрольні механізми покликані запобігати певним ризикам у діяльності публічної адміністрації, виявляти невиконання прямих обов'язків посадовцями чи органами публічної адміністрації, а й впливати на владу,

© В. О. Галай, О. О. Яворська, 2014

вчасно повідомляти про потребу застосування відповідних заходів, що можуть позитивно позначитися на виконанні поставлених завдань, дотриманні встановлених норм і правил, впливати на здійснення діяльності в інтересах громадян [1, с. 63].

Зазначимо, що під принципами організації й діяльності владних органів розуміють законодавчі відправні засади, керівні ідеї, загальні положення, які слугують базисом для формування, організації та реалізації завдань органів публічної влади [2, с. 48]. Вони поділяються на загальні принципи, що стосуються системи органів публічної влади в цілому, і спеціальні, дія яких розповсюджується лише на окремі підсистеми, ланки цієї системи чи на окремі органи публічної влади.

На практиці принципи набувають характеру конкретних вимог, якими належить керуватися в процесі побудови системи управління, забезпечення її належного функціонування та створення умов для розвитку [3].

Залежно від масштабу дії їх класифікують на загальні та інституційні. У свою чергу, загальні принципи залежно від форми юридичного закріплення поділяються на дві групи. До першої відносять фундаментальні принципи, закріплені в першому розділі Конституції України (унітаризм, найвища соціальна цінність людини, народовладдя, гуманізм, законність, демократизм, верховенство права, поділ влади) [4].

Іншу групу складають принципи, які підпорядковані основам конституційного ладу (професіоналізм і компетентність, ефективність, рівний доступ до служби, самостійність, поєднання державних і місцевих інтересів, колегіальності та єдиноначальства) [2, с. 54].

На думку окремих учених, до загальних принципів організації й діяльності більшості органів публічної влади віднесено принцип гласності, який реалізується через елемент демократії, тобто прозорість діяльності органів, врахування думки громадськості в процесі розробки, прийняття й реалізації відповідних рішень, обов'язок щодо інформування населення про результати діяльності [5, с. 57].

Погоджуємося з думкою О. Васильєвої, яка вважає, що на першому місці для органів публічної адміністрації має знаходитися принцип служіння людині, громадянину й суспільству в цілому [6, с. 23]. Дійсно, цей принцип є тією керівною ідеєю, якою повинні керуватися органи публічної адміністрації та посадові особи, спрямовуючи свою роботу на користь як окремої територіальної громади, так і задоволення інтересів усіх членів суспільства.

Особливе місце в системі вищевказаних принципів посідає верховенство права, визначене в ст. 8 Конституції України та спрямоване на утвердження права як фактора прогресивного, демократичного, гуманістичного розвитку суспільства й держави. Цей принцип пов'язаний насамперед із пріоритетністю в суспільстві прав людини, закріпленням їх на законодавчому рівні, правовою рівністю, панування у суспільному та державному житті таких законів, котрі виражають волю більшості або всього населення країни, втілюючи при цьому загальнолюдські цінності та ідеали, взаємною відповідальністю особи й держави. Також він характеризується верховенством Конституції України та законів у правовій системі, правовою зв'язаністю всіх суб'єктів правовідносин. Із принципу верховенства права постає, що правові норми є обов'язковими для всіх правових інституцій рівною мірою, як і для громадян [7, с. 57].

Науковці звертають увагу також на окремі аспекти цього принципу. Так, верховенство права розглядається як пріоритетність у суспільстві насамперед прав і свобод людини. Принцип верховенства права характеризується і як верховенство розуму та пов'язується з такими морально-правовими цінностями, як справедливість, свобода, добро, гуманізм. Важливим надбанням є уявлення про те, що цей принцип є універсальним і загальним, хоча історично його розглядали лише як спосіб обмеження державної влади та створення правової держави. Слушною є думка про те, що єдиною справжньою силою забезпечення верховенства права може бути лише громадянське суспільство [8].

Зауважимо, що чи не найважливіше місце в системі засад діяльності органів публічної адміністрації належить принципу законності, оскільки ця керівна ідея як найважливіша умова розвитку громадянського суспільства в сучасному світі набуває специфічного особливого значення, оскільки зміцнення законності є одним із головних напрямків формування правової та демократичної держави.

Особливої актуальності забезпечення законності набуває в контексті розгляду питання про вдосконалення діяльності органів публічної адміністрації, адже від того, наскільки дотримуються вказаного принципу зазначені органи, залежить і забезпечення прав і свобод громадян у сфері публічного адміністрування [9, с. 171].

Принцип законності безпосередньо пов'язаний з принципом верховенства права та з нього постає, а також базується на положеннях Конституції України, відповідно до яких Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Законність повинна бути реальною. Закон став в Україні основним джерелом права, прийнятим відповідно до Конституції України. Реальність законності гарантується насамперед обов'язком державних органів та їх посадових осіб дотримуватися її, відповідальністю перед народом України, а також судовим контролем (у тому числі з боку Конституційного Суду України), прокурорським наглядом, контролем із боку спеціально створених органів виконавчої влади (інспекцій, адміністрацій, комісій, комітетів) та правом громадян на звернення до державних та громадських органів, у тому числі суду [7, с. 120].

Суть цього принципу полягає в тому, що держава, її органи та посадові особи діють на основі дотримання законності, забезпечують охорону правопорядку, інтересів суспільства, прав і свобод громадян. Державні органи й громадські об'єднання, їх посадові особи зобов'язані дотримуватися Конституції та законів України. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Принцип дотримання законності в державному управлінні полягає в тому, що організація й діяльність апарата управління й посадових осіб регулюється нормами права. В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Дотримання законності – невід'ємна риса державного управління. Цей принцип відіграє важливу роль у забезпеченні державної дисципліни в сфері управління. Точне й неухильне виконання закону всіма та скрізь – умова його життєвості.

Законність у державному управлінні забезпечується системою організаційно-правових способів, а також установленням суворої відповідальності за порушення законності.

Значення законності в державному управлінні зростає в умовах розбудови правової держави. Нормальний перебіг суспільного розвитку неможливий без суворого дотримання законів, що стоять на варті інтересів суспільства та прав громадян [10, с. 196].

Наприклад С. Околіта визначає законність як відправне положення та об'єктивну властивість права, що в узагальненому вигляді являє собою загальну вимогу дотримання й виконання законів. Окрім цього, наковець виділяє підходи до розуміння цієї засади. Перший визначає її сутність за допомогою системи нормативних вимог, тобто розглядає законність як метод, керуючий принцип правового регулювання та управління державою й суспільством. Другий висвітлює законність крізь призму процесу та кінцевого результату правомірної поведінки, тобто визначає її як режим діяльності всіх соціальних суб'єктів, який ґрунтується на точному й неухильному дотриманні існуючого законодавства [11, с. 10].

Ю. Басова пропонує розглядати законність як метод, принцип, режим, основу державної дисципліни, яка проявляється в тому, що основною вимогою державної дисципліни, як і будь-якого іншого виду дисципліни, є суворе дотримання вимог чинного законодавства; як умову правопорядку, яка проявляється в тому, що в результаті дотримання режиму законності в суспільстві встановлюється правопорядок. Значення законності в діяльності органів публічної адміністрації видається доцільним розглядати в двох аспектах. З одного боку, здійснюючи діяльність із забезпечення, охорони й захисту прав і свобод громадян, органи публічного управління забезпечують законність у державі, а з іншого – діяльність органів публічної адміністрації повинна базуватися на чіткому дотриманні законності [9, с. 174].

Незважаючи на різноманітні підходи науковців до розуміння та тлумачення принципу законності, зазначимо, що, без сумніву, ця засада проявляється в неухильному дотриманні її положень не лише органами публічної адміністрації, а й усіма членами суспільства.

Принципами діяльності місцевих державних адміністрацій є такі: відповідальності перед людиною й державою за свою діяльність, верховенства права, законності, пріоритетності прав людини, гласності, поєднання державних і місцевих інтересів [12].

Серед визначених законом принципів діяльності місцевих державних адміністрацій до загальних, які є фундаментальними, належать такі: законність, верховенство права, пріоритетність прав людини, тобто найвища соціальна цінність людини та відповідальність перед державою за свою діяльність, підзвітність і підконтрольність органам виконавчої влади вищого рівня. До вихідних положень діяльності місцевих державних адміністрацій, окреслених законом, належить і такий загальний принцип, як поєднання державних і місцевих інтересів, який є підпорядкованим основам конституційного ладу.

Важливе місце в системі принципів діяльності органів публічної адміністрації посідає принцип поєднання місцевих і державних інтересів. Місцевий інтерес є спонукальною силою до діяльності муніципальних службовців, членів тери-

торіальної громади, реальною причиною дій, звершень, прийняття певних рішень. У межах місцевих інтересів можна виділити також спільні інтереси територій, які виявляються насамперед у спільному задоволенні комунально-побутових, локально-культурологічних та інших потреб. Державні інтереси повинні бути стрижнем політико-ідеологічної доктрини українського державотворення. Держава має створювати умови для розвитку тих ідей і процесів, що її, власне, підтримують. Такими ідеями й процесами в контексті проблематики, що розглядається, є служба в органах місцевого самоврядування.

Посадові особи місцевого самоврядування під час вирішення питань місцевого значення повинні враховувати як місцеві, так і загальнодержавні інтереси. Цей принцип слугує розвитку процесів консолідації суспільства, становленню атмосфери паритетних відносин між органами державної влади та органами місцевого самоврядування [13].

Висновки. Таким чином, зауважимо, що діяльність публічної адміністрації спирається на керівні ідеї, які визначають основу для формування й реалізації завдань і функцій у роботі цих органів. Саме тому основними принципами, якими керуються органи публічної адміністрації у своїй діяльності, варто визначити такі: верховенство права, законність, пріоритетність прав людини, відкритість і прозорість, гласність, поєднання державних і місцевих інтересів тощо. Лише налагоджена система роботи органів публічної адміністрації, які дотримуються та виконують керівні засади у своїй діяльності, здатна повною мірою використати потенціал для забезпечення й реалізації прав і свобод людини та громадянина, а також суспільства в цілому.

Література

1. Адміністративна реформа в Україні: шлях до Європейської інтеграції : збірник наук. праць за матер. наук.-практ. конф. (м. Київ, 14-15 лютого 2003 р.) / за ред. О.Д. Крупчан ; Київський регіональний центр НАПрН України. – К., 2003. – 322 с.
2. Ярмиш О.Н. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : [навч. посібник] / [О.Н. Ярмиш, В.О. Серьогін] ; за заг. ред. Ю.М. Тодики. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2006. – 672 с.
3. Публічне адміністрування в Україні [Елекронний ресурс]. – Режим доступу : http://info-library.com/.
4. Конституція України : прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. (зі змінами та доповненнями, внесеними Законом України № 2952-VI від 01.03.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
5. Тодика Ю. Конституційний принцип гласності: поняття та сутність / Ю. Тодика, В. Серьогін // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 1(12). – С. 57–58.
6. Друцул Т. Поняття органів публічної адміністрації як складової частини державного апарату / Т. Друцул // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 5. – С. 21–24.
7. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / за ред. С.Г. Серьогіної. – Х. : Право, 2005. – 256 с.
8. Портнов А.В. Зміст принципу верховенства права та його реалізація у діяльності Конституційного Суду України / А.В. Портнов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://old.niss.gov.ua/book/StrPryor/7/15.pdf.
9. Басова Ю. Дослідження змісту поняття «законність» в діяльності органів публічної адміністрації / Ю. Басова // Митна справа : [науково-аналітичний журнал]. – 2012. – № 3. – С. 171–175.
10. Кісіль З.Р. Адміністративне право : [навч. посібник] / З.Р. Кісіль, Р.В. Кісіль. – 3-те вид. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – 696 с.
11. Околіта С.В. Справедливість та законність як принципи державно-правового регулювання : автореф. дис.... канд. наук з держ. управління : спец. 25.00.02 «Механізми державного управління» / С.В. Околіта ; Українська академія держ. управління при Президентові України»/ – К. – 2000. – 18 с.

12. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999 р. (зі змінами та доповненнями, внесеними Законом України № 5067-17 від 01.01.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20–21. – Ст. 190.
13. Хоменець Р. Теоретико-правові аспекти принципів служби в органах місцевого самоврядування / Р. Хоменець [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nads.gov.ua.

Анотація

Галай В. О., Яворська О. О. **Основні принципи діяльності органів публічної адміністрації як запорука забезпечення прав і свобод людини.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню змісту та сутності основних принципів діяльності органів публічної адміністрації, а також стану дотримання й реалізації цих принципів на сучасному етапі в контексті забезпечення прав і свобод людини.

Ключові слова: публічна адміністрація, принципи організації та діяльності влади, органи виконавчої влади, законність, верховенство права, забезпечення прав людини.

Аннотация

Галай В. О., Яворская О. О. **Основные принципы деятельности органов публичной администрации как средство обеспечения прав и свобод человека.** – Статья.

Статья посвящена исследованию содержания и сущности основных принципов деятельности органов публичной администрации, а также состояния соблюдения и реализации этих принципов на современном этапе в контексте обеспечения прав и свобод человека.

Ключевые слова: публичная администрация, принципы организации и деятельности власти, органы исполнительной власти, законность, верховенство права, обеспечение прав человека.

Summary

Galai V. A., Yavorska O. O. **Basic principles of public administration activity as instrument of human rights and freedoms ensuring.** – Article.

The article is devoted to researching of the contents and essence of the basic principles in public administration activity, and also a condition of observance and realization of these principles at the present stage in a context of ensuring rights and freedoms of the person.

Key words: public administration, principles of organization and power activity, executive authorities, legality, rule of law, ensuring of human rights.

УДК 342.95:342.841

Ю. В. Дем'янчук

КОНЦЕПЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ

Процес побудови в Україні демократичної правової держави, головним завданням якої є утвердження й забезпечення прав і свобод людини, безпосередньо пов'язаний із необхідністю вдосконалення механізму правового регулювання в певних сферах суспільних відносин, що потребують спеціальних заходів для підтримки нормального життя людей та існування державних інститутів. В основному це завдання виконується шляхом застосування системи адміністративно-правових режимів зокрема паспортно-реєстраційних у міграційній сфері.

Аналіз чинного законодавства України свідчить про те, що в цілому проблема застосування адміністративно-правових режимів на сьогодні в Україні вирішена. Їх загальні правові засади визначені Конституцією України, знаходять своє подальше закріплення в спеціальних законах та інших нормативно-правових актах.

Термін «режим» (лат. regimen) у буквальному перекладі з латинської означає «управління». Визначення цього поняття в довідковій літературі неоднозначне. Слово «режим»

© Ю. В. Дем'янчук, 2014

може вживатися в різних значеннях: точно встановлений розпорядок чого-небудь; умови діяльності, роботи, існування чого-небудь; державний лад, спосіб правління [1].

Найбільш часто термін «правовий режим» вживається для розкриття правового стану певних об'єктів і в цьому розумінні означає сукупність вимог, які мають своє вираження в правових нормах та встановлюють призначення відповідних об'єктів (їх окремих видів), порядок управління й користування ними [2; 3].

О.Ф. Скакун під правовим режимом галузі права розуміє особливий соціальний порядок, який закріплений нормами права цієї галузі й визначається поєднанням правових засобів, що його забезпечують [4, с. 388].

Узагальнивши погляди науковців щодо природи правового режиму, можна висловити думку, що правовий режим являє собою складне, багатогранне правове явище, тісно пов'язане із суспільними відносинами. Об'єктом режимного регулювання є специфічні суспільні відносини. Сутність цих відносин полягає в тому, що вони мають особливу соціальну значимість, формуються в конкретній, порівняно вузькій, проте життєво необхідній для людини, суспільства, держави площині. Правовий режим має специфічну мету й завдання, потребує «особливих форм правового регулювання й специфічних методів впливу та юридичного інструментарію для своєї організації» [5]. Правовий режим безпосередньо пов'язаний з управлінням та регулюванням, спрямований на створення найбільш сприятливих умов розвитку певних суспільних відносин, на їх упорядкування, урегулювання, організованість, захист від порушень і негативних тенденцій.

Установлення, розвиток, функціонування й захист будь-якого правового режиму відбувається за допомогою правових засобів. За їх допомогою забезпечуються правомірна поведінка особи в режимній сфері, правореалізуюча та правозастосовна діяльність у режимній сфері, яка спрямована на досягнення мети й завдань режиму. Правові засоби інформують суб'єктів, що підпадають під сферу дії режиму, про можливі варіанти вибору своєї поведінки, певним чином впливають на їх інтереси, встановлюють спосіб і порядок здійснення прав та обов'язків тощо [6].

Конкретний набір правових засобів у правовому режимі залежить від характеру та змісту певних суспільних відносин, мети й завдань правового режиму. Завдання законодавця, як пише А.В. Малько, полягає в тому, щоб забезпечити точний, науково обґрунтований вибір правових засобів, з яких складається правовий режим [7]. Саме від цього залежить ефективність режиму. Неправильний вибір правових засобів ускладнює досягнення мети й завдань режиму, знижує ефективність правового регулювання.

Поділ права на приватне та публічне дозволяє виділити приватноправові та публічно-правові режими, які у свою чергу поділяються на галузеві, загальні та спеціальні [8].

Кожна галузь права функціонує у своєму правовому режимі [9, с. 389]. Під галузевим режимом С.С. Алексєєв розуміє особливу цілісну систему регулятивного впливу, яка характеризується специфічними прийомами регулювання: особливим порядком виникнення й формування змісту прав та обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією принципів, загальних засад, що поширюються на цю сукупність норм [10].

Для галузі адміністративного права характерна наявність правових режимів, які належать до сфери державного управління, тобто до тієї сфери, де відносини між державними органами, підприємствами, установами й організаціями різних форм власності, об'єднаннями громадян та громадянами регулюються здебільшого адміністративно-правовими нормами. Специфіка цих режимів проявляється в особливому порядку виникнення й формування змісту прав та обов'язків учасників адміністративно-правових відносин та їх здійснення, у наявності відповідних санкцій, в особливих засобах їх реалізації, а також у дії єдиних принципів і загальних положень, що поширюються на цю сукупність правових норм [11].

Потрібно зазначити, що нині оновлюються погляди на роль і призначення адміністративного права в нових соціально-історичних умовах. Змінюються погляди на сутність предмета, методу, системи адміністративного права, форм і методів управлінської діяльності, функцій управління тощо. Такі перетворення викликали появу різноманітних підходів до державного управління як базової категорії адміністративного права. Державне управління як організаційно-правова категорія має право на існування й у сучасних умовах реформування адміністративного права. Забезпечення належного управління суспільними відносинами у специфічних, особливих ситуаціях залишається завданням держави. Специфічним інститутом державного управління, який повинен виконати це завдання, є адміністративно-правовий режим.

Серед науковців немає одностайності щодо визначення правової природи адміністративно-правового режиму.

Традиційний для радянського адміністративного права погляд на правову природу адміністративно-правових режимів як сукупності засобів регулювання суспільних відносин у надзвичайних ситуаціях зберігається в сучасному адміністративному праві.

Поряд із «жорсткою» прив'язкою адміністративно-правових режимів до надзвичайних ситуацій ми знаходимо в українських джерелах дефініції, в яких категоричність стверджень поступається місцем «м'яким» формулюванням.

Характерним щодо цього є визначення адміністративно-правових режимів, запропоноване в підручнику за редакцією Ю.П. Битяка. Так, під адміністративно-правовим режимом розуміється певне поєднання адміністративно-правових засобів регулювання, опосередковане централізованим порядком, імперативним засобом юридичного впливу, який виявляється в тому, що суб'єкти правовідносин займають юридично нерівні позиції [12].

Іншою є думка Ю.А. Тихомирова [13]. На його розуміння, адміністративно-правові режими становлять окремий вид регулювання, у межах якого створюється й використовується певна комбінація юридичних, організаційних та інших засобів для забезпечення того чи іншого державного стану. Більше того, розглядувані режими характеризуються особливим порядком діяльності суб'єктів права в різних сферах державного життя, спрямованих на цільову й функціональну діяльність цих суб'єктів на тих ділянках, де потрібні додаткові засоби для підтримання необхідного державного стану.

І.С. Розанов характеризує адміністративно-правовий режим як установлену в законодавчому порядку сукупність правил діяльності, дій або поведінки громадян та юридичних осіб, як порядок реалізації ними своїх прав у певних умовах

(ситуаціях) забезпечення й підтримання суверенітету й оборони держави, інтересів безпеки й охорони громадського порядку спеціально створеними для цієї мети службами державного управління [14].

Підводячи підсумок, ми погоджуємося з поглядами Д.М. Бахраха, С.Д. Хазанова, що адміністративно-правовий режим супроводжує діяльність органів виконавчої влади та їх посадових осіб під час їх взаємодії з громадянами та організаціями, а також між собою, під час реалізації ними своїх функціональних обов'язків, регулювання ними різних суспільних відносин та процесів. Адміністративно-правовий режим розрахований на повсякденну адміністративну діяльність, типові соціально-управлінські ситуації та може бути визначений як загальний режим діяльності державної адміністрації [15]. Загальний адміністративно-правовий режим складається з різних відокремлених частин: паспортного, перебування іноземців та осіб без громадянства, обігу зброї, державної служби тощо. Такий режим регулює взаємовідносини державної адміністрації з невласними суб'єктами в нормальних умовах [16], проте з використанням специфічних правових механізмів.

Отже, під адміністративно-правовим режимом слід розуміти специфічний порядок діяльності суб'єктів права в різних сферах суспільного життя, установлення й регулювання яких відбувається за допомогою спеціальних правових засобів.

Література

1. Большой энциклопедический словарь. – М. ; СПб., 1998. – 1005 с.
2. Словарь иностранных слов. – М., 1983. – 423 с.
3. Исаков В.Б. Правовые режимы и их совершенствование / В.Б. Исаков // XXVI съезд КПСС и развитие теории права : межвуз. сборник науч. трудов / под ред. А.Ф. Черданцева. – Свердловск : Изд-во Свердловского юрид. ин-та, 1982. – С. 34–49.
4. Матузов Н.И., Правовые режимы: вопросы теории и практики Н.И. Матузов, А.В. Малько // Известия вузов. Серия «Правоведение». – 1996. – № 1. – С. 16-29.
5. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : [учебник] / О.Ф. Скакун. – Х. : Эспада, 2005. – 119 с.
6. Рушайло В.Б. Административно-правовые режимы / В.Б. Рушайло. – М. : Щит-М, 2000. – 264 с.
7. Сапун В.А. Инструментальная теория права в юридической науке / В.А. Сапун // Современное государство и право. Вопросы теории и истории : сборник науч. трудов. – Владивосток, 1992. – С. 12–24.
8. Малько А.В. Проблемы правовых средств. Проблемы теории государства и права / А.В. Малько ; под ред. М.Н. Марченко. – М. : Юристъ, 1999. – 326 с.
9. Теория государства и права / под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. – М. : Норма, 2000. – 273 с.
10. Алексеев С.С. Теория права. – М. : Бек, 1994. – 105 с.
11. Адміністративне право України. – Х., 2000. – 245 с.
12. Адміністративне право України : [підручник для юрид. вузів і фак-тів] / [Ю.П.Битяк, В.В. Богуцький, В.М. Гаращук та ін.] ; за ред. Ю.П. Битяка. – Х., 2000. – 520 с.
13. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса / Ю.А. Тихомиров. – М. : Юринформцентр, 1998. – 400 с.
14. Розанов И.С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их назначение и структура // Государство и право. – 1996. – № 9. – 85 с.
15. Бахрах Д.Н., Формы и методы деятельности государственной администрации [учеб. пособие] / Д.Н. Бахрах, С.Д. Хазанов. – Екатеринбург : Б.и, 1999. – 148 с.
16. Бахрах Д.Н. Административное право / Д.Н. Бахрах. – М., 2000. – 191 с.

Анотація

Дем'янчук Ю. В. **Концепція адміністративно-правових режимів.** – Стаття.

У статті проаналізовано процес побудови в Україні демократичної правової держави, головним завданням якої є утвердження й забезпечення прав та свобод людини, безпосередньо пов'язаний із необхідністю вдосконалення механізму правового регулювання в певних сферах суспільних відносин, що потребують спеціальних заходів для підтримки нормального життя людей та існування державних інститутів. Переважно це завдання виконується шляхом застосування системи адміністративно-правових режимів, зокрема паспортно-реєстраційних у міграційній сфері.

Ключові слова: адміністративно-правовий режим, суспільні відносини, правореалізуюча і правозастосовна діяльність.

Аннотация

Демьянчук Ю. В. **Концепция административно-правовых режимов.** – Статья.

В статье проанализирован процесс построения в Украине демократического правового государства, главной задачей которого является утверждение и обеспечение прав и свобод человека, непосредственно связанный с необходимостью совершенствования механизма правового регулирования в определенных сферах общественных отношений, требующих специальных мер для поддержания нормальной жизни людей и существования государственных институтов. В основном эта задача выполняется путем применения системы административно-правовых режимов, в частности паспортно-регистрационных в миграционной сфере.

Ключевые слова: административно-правовой режим, общественные отношения, правореализующая и правоприменительная деятельность.

Summary

Demyanchuk Y. V. **The concept of legal and administrative regimes.** – Article.

The paper analyzes the process of building in Ukraine a democratic state, whose main objective is to affirm and ensure human rights and freedoms, is directly related to the need to improve the mechanism of regulation in certain areas of public relations, which require special measures to maintain normal lives and existence state institutions. Basically, this task is performed by the application of administrative and legal regimes, including passport and registration of migration.

Key words: administrative and legal procedures, public relations, law implementer and enforcement activities.

УДК 341.1

В. О. Павлова

ФОРМУВАННЯ МІГРАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ В ПОЄДНАННІ З МІЖНАРОДНОЮ ТРУДОВОЮ МІГРАЦІЄЮ

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що, аналізуючи довготривалий процес формування міграційної політики, на сьогодні складно стверджувати, що Україна має цілком розроблену та обґрунтовану систему дій у міграційному напрямку відповідно до міжнародних стандартів. Істотного підвищення якості міграційної політики можна досягти за рахунок поглиблення співробітництва з розвиненими країнами, інтеграційними угрупованнями (головним чином ЄС) і спеціалізованими міжнародними організаціями.

Так, на момент проголошення Україною незалежності жодної міграційної політики, законодавства, адміністративних органів не існувало. Усе довелося створювати, не маючи досвіду, кадрів, необхідних фінансових ресурсів, за умови складної міграційної ситуації. Унаслідок цього формування міграційної політики відбувалося переважно ситуативно. На початку 1990-х рр. таке твердження було

© В. О. Павлова, 2014

справедливим і для інших сфер державного будівництва. Разом з тим декларовані демократичні цінності, орієнтація на побудову відкритого суспільства, намагання інтегруватися у світову, передусім європейську, спільноту були визначальними для формування цілей і засобів політики держави. Із часом, хоча динаміка суспільних реформ і була нерівною, їх значення зростало.

Дослідниками з питань реформування та вдосконалення міграційної політики України є наукові роботи як українських, так і російських вчених, а саме: М. Александрова, С. Алексєєва, І. Веремєєнко, Б. Габрічидзе, Д. Керімова, Г. Курагіна, О. Лейста, О. Кислицина, І. Арістової, Ю. Архіпова, О. Бабенка, М. Баймуратова, О. Бандурки та інших.

Україною було прийнято ряд законотворчих заходів, нормативних документів щодо побудови міграційної політики, першим прикладом цього є Декларація про державний суверенітет, прийнята влітку 1990 р., у якій зазначалося, що Україна «регулює іммиграційні процеси», також Закон України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» від 17.04.1991 р. № 963–XII, Закон України «Про громадянство України» від 8.10.1991 р. № 1637–XII, яким було визначено право на громадянство вихідців з України, які поверталися на її територію, це сприяло репатріації. Крім того, було створено Міністерство України в справах національностей та міграції – перший спеціалізований орган виконавчої влади, до компетенції якого було віднесено розроблення та реалізацію міграційної політики. Відповідно до положення про міністерство останнє мало підтримувати зв'язки з українською діаспорою за кордоном, займатися організованим добровільним поверненням кримськотатарського народу, українців та осіб інших національностей, незаконно депортованих з України. Міністерство було уповноважене координувати діяльність інших органів влади у сфері планування та здійснення заходів із тимчасового розміщення, працевлаштування, надання грошової допомоги, соціально-побутових і медичних послуг репатріантам, а також біженцям і вимушеним переселенцям. Із цим Верховна Рада України прийняла Закон України «Про біженців» від 24.12.1993 р. № 3819-XII. Для його виконання в червні 1994 р. було створено місцеві органи міграційної служби, що мали розглядати заяви про надання статусу біженця в Україні, приймати рішення за ними, організовувати допомогу біженцям. Таким чином, міграційні реалії часу, а також бажання досягти відповідності загальноприйнятим у світі стандартам захисту прав людини зумовили виникнення такого напряму міграційної політики України, як захист біженців.

Значна увага в міграційній політиці України приділялася також забезпеченню права власних громадян на свободу пересування, зокрема виїзду з країни та повернення на батьківщину. Парламент прийняв Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21.01.1994 р., що гарантував право на вільне використання відповідних прав. Він мав дійсно революційний характер для ще донедавна закритого суспільства.

Також не потрібно забувати про те, що було прийнято Закон України «Про зайнятість населення» від 01.03.1991 р., що дозволяв трудову чи підприємницьку діяльність громадян під час тимчасового перебування за кордоном, тобто трудову міграцію. Із цим відкрилися кордони для трудової міграції не лише нашим

українцям, а й іншим іноземцям із різних країн. Було прийнято Закон України «Про правий статус іноземців» від 04.02.1994 р. № 3930-XII, згідно з яким іноземці, які постійно проживають в Україні, отримали права (крім права обирати й бути обраними, обіймати державні посади) і повинні були виконувати обов'язки (крім військової повинності), однакові з громадянами України. Цей закон повністю передбачав правовий статус іноземців на території України, тим самим убезпечував їх становище серед корінних жителів [1, с. 6].

Міграційна політика України йшла паралельно з розвитком міжнародного співробітництва в цій сфері. Після того, як Україна отримала статус спостерігача в Міжнародній організації з міграцій (МОМ), у Києві відкрилося представництво Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (УВКБ ООН). Відносини із цими міжнародними організаціями було закріплено відповідними угодами. Їх діяльність в Україні розвивалася за двома напрямками: надання безпосередньої допомоги мігрантам та біженцям; сприяння створенню системи управління міграціями в Україні й підтримка відповідних органів влади, неурядових організацій. Необхідно також врахувати той факт, що одним із важливих факторів у міжнародному співробітництві було регулювання міграції робочої сили. У 1993–1996 рр. угоди про взаємне працевлаштування було підписано з СНД, Російською Федерацією, Білоруссю, Молдовою, Вірменією, Латвією, Литвою, Польщею, Чехією, Словаччиною, В'єтнамом.

Важливим напрямком у подальшому врегулюванні міграційних питань, та й взагалі для подальшого розвитку міграційної політики, було прийняття 26 червня 1996 р. Конституції України. Конституція України як основний нормативний документ України мала ряд статей, на основі яких у подальшому формувалася міграційна політика. У ст. 25 містилися гарантії прав громадян, які перебувають за кордоном. У ст. 26 ішлося про рівність прав іноземців, можливість імміграції та отримання притулку в Україні. Стаття 33 кожному, хто на законних підставах знаходиться в Україні, забезпечувала свободу пересування, вибір місця проживання, право залишати країну. Згідно зі ст. 92 питання міграції мали регулюватися виключно законами [2].

Як бачимо, до середини 1990-х рр. були сформовані головні напрями міграційної політики України. У подальшому проводилося їх концептуальне оформлення, яке відображалось в Указі Президента від 18.10.1997 р. № 1166/97. Цей указ став базовою основою для прийняття трьох принципів міграційної політики: вільний виїзд і в'їзд громадян України; рівність перед законом іноземців та громадян України; диференційований підхід до різних категорій іммігрантів залежно від національних інтересів країни. Основним напрямом міграційної політики мали стати: сприяння репатріації, допомога біженцям, регулювання імміграції іноземців. В указі також відмічалося, що Україна є експортером робочої сили, що потребує від держави активної політики щодо захисту працівників-мігрантів, збереження трудового та демографічного потенціалу країни. Пізніше було прийнято Указі Президента «Про основні напрями соціальної політики на період до 2004 року» від 24 травня 2000 р. № 717/2000, що містив захист соціально-економічних інтересів і прав українських працівників-мігрантів; збереження

трудового та інтелектуального потенціалу держави; створення правових та соціально-економічних основ регулювання зовнішньої трудової міграції громадян [3].

Отже, упродовж першого етапу формування міграційної політики України який завершився в кінці 1990-х рр., було визначено її складові та принципи, розроблено основи законодавства, створено відповідні виконавчі органи, закладено основи міжнародного співробітництва. Крім того, було накопичено певний досвід з її реалізації, імплементації прийнятого законодавства, що давало змогу виявити його недоліки й прогалини. З оцінки ефективності правових норм поставало завдання їх удосконалення. Прийняття Конституції України, приєднання України до найважливіших міжнародно-правових домовленостей у сфері прав людини, зокрема до Європейської конвенції з прав і основоположних свобод людини, вимагали приведення міграційного законодавства у відповідність до цих документамів.

Також упродовж 2001–2004 рр. була прийнята низка основоположних законодавчих актів з регулювання міграції, зокрема, нові редакції законів «Про громадянство України», «Про біженців», а також закони «Про імміграцію», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо боротьби з нелегальною міграцією», «Про свободу пересування і вільний вибір місця проживання в Україні», дія якого поширювалася і на громадян України, і на іноземців, які на законних підставах перебували в країні, Закон України «Про правовий статус зарубіжних українців», де, зокрема, фіксувалося право цієї категорії іноземних громадян на імміграцію в Україну поза встановлених квот. Усі ці нормативні документи із часом вдосконалювалися, набували більш чітких формулювань, а головне – стали основою для врегулювання міграційних проблем та перспективою розвитку міграційної політики в Україні. Але з прийняттям вищевказаних нормативних документів Україна потребувала затвердженої законом концепції державної міграційної політики, що визначала б основні принципи, пріоритети, напрями діяльності держави у відповідній сфері. Ця концепція мала чимало промахів у своїй реалізації. По-перше, його підготовка була доручена органу, компетентному у сфері законодавства, проте не з питань міграції. По-друге, за основу було взято вже відхилений парламентом законопроект, підготовлений ще наприкінці 1990-х рр., хоча міграційна ситуація з того часу зазнала суттєвих змін. По-третє, Мін'юст зібрав і спробував урахувати всі пропозиції, що надійшли від інших міністерств і відомств, у результаті єдине стратегічне бачення проблеми виробити не вдалося, законопроект страждав численними повторами, більше нагадував план заходів окремих органів влади й не мав концептуального змісту. Верховна Рада відхилила цей законопроект, тому що він не набрав відповідної кількості голосів. У подальшому було сформовано подібний законопроект на ряду з попереднім, але обоє не уквітчалися успіхом. Невдалі попередні спроби прийняття відповідного закону свідчили, що його розроблення мало відбуватися на значно вищому рівні. Зокрема, не варто було готувати його лише силами кількох державних службовців чи окремих депутатів, адже робота вимагає участі професіоналів: до неї передусім слід залучити вчених. Необхідною видавалася також участь неурядових організацій, зокрема об'єднань самих мігрантів, що працюють у сфері надання послуг та допомоги мігрантам та біженцям [4, с. 9–10].

Так, враховуючи довготривалі дискусії щодо формування нормативних положень концепції, 30 травня 2011 р. прийнята концепція державної міграційної політики, яка була спрямована на забезпечення ефективного державного управління міграційними процесами, створення умов для сталого демографічного та соціально-економічного розвитку держави, підвищення рівня національної безпеки шляхом запобігання виникненню неконтрольованих міграційних процесів та ліквідації їх наслідків, узгодження національного законодавства у сфері міграції з міжнародними стандартами, посилення соціального й правового захисту громадян України, які перебувають або працюють за кордоном, створення умов для безперешкодної реалізації прав, свобод, законних інтересів мігрантів і виконання ними передбачених законодавством обов'язків, забезпечення повноти використання інтелектуального та трудового потенціалу таких осіб, додержання принципів захисту інтересів України. Крім цього, Кабінетом Міністрів України було прийнято розпорядження від 12 жовтня 2011 року № 1058-р Про затвердження плану заходів із реалізації Концепції державної міграційної політики» [5, с. 1–2].

Як показує аналіз сьогодення, генезис і розвиток міграційних потоків є наслідком впливу великої кількості різноманітних за своєю сутністю факторів, які дуже часто виходять за межі міграційної політики. У зв'язку із цим підхід до регулювання зовнішньої міграції має бути комплексним, охоплювати всю сукупність факторів її розвитку, що й забезпечить коригування (в аспекті управління трудовою міграцією) економічних і соціальних змін. Ефективність міграційної політики залежить від того, наскільки гармонійно будуть задіяні всі важелі впливу на господарський комплекс і суспільство. За основу формування міграційної політики України необхідно обрати домінанти політики розвинених країн світу, які втілюють глобально орієнтований підхід у розв'язанні проблем регулювання міграції. Особлива увага має приділятися змінам у міграційній політиці країн (різних груп) та інтеграційних угруповань, у рамках яких здійснюється узгодження дій щодо регулювання міжнародної трудової міграції (далі – МТМ).

Так, О.В. Кислицина виділяє внутрішній та зовнішній аспекти домінантів регулювання МТМ в умовах глобалізації. До внутрішнього дослідниця відносить: 1) адаптацію режиму в'їзду/виїзду до міжнародних стандартів; 2) диференціацію міграційних потоків відповідно до економічних настанов; 3) удосконалення системи «фільтрів» в управлінні міграційними потоками; 4) підвищення ефективності політики щодо адаптації мігрантів у суспільстві; 5) створення загальноекономічних основ регулювання МТМ. До зовнішнього (міжнародного) відносять такі: 1) участь в удосконаленні (розвитку) міжнародного права у сфері МТМ; 2) поглиблення міжнародного співробітництва й розширення його сфер; 3) посилення взаємодії з міжнародними організаціями; 4) участь у формуванні міжнародної системи координації й інформаційного обміну; 5) реалізацію спільних заходів і заходів за кордоном. Крім цього, до домінантів належать ще й адаптація національної системи регулювання МТМ до вимог глобального середовища та включення в глобальну систему регулювання міграційних процесів. Слід зазначити, що сучасним домінантам міграційної політики відповідає й певний тип адміністративного забезпечення (організації роботи

органів державної влади), що дає змогу вирішувати більший спектр завдань, які мають міжнародний аспект [6, с. 63].

Умовно можна виділити декілька категорій, на які можна розділити домінанти: по-перше, залежно від важливості в конкретних умовах; по-друге, залежно від перехідного періоду, необхідного для адаптації змін і нововведень і, по-третє, від обсягу ресурсів, необхідних для їх повноцінної реалізації на практиці. Представлені домінанти визначають особливості й сутність усіх стадій процесу розробки та реалізації міграційної політики. На сьогодні вже існує певний досвід їх практичного втілення в умовах кількох країн (з різними проблемами й пріоритетами), який дає можливість адаптувати глобально орієнтований підхід до умов України і створити ефективну національну модель регулювання.

Так, сферами використання конвергентної моделі в управлінні міграційними процесами для умов України є: 1) комбінування напрямів і методів міграційної політики; 2) визначення змісту економічних реформ, що впливають на параметри міграційних потоків; 3) формування систем фільтрації та стимулювання міграційних потоків; 4) підготовка програм щодо розвитку демографічного потенціалу й трудових ресурсів; 5) створення умов для використання міграційного капіталу та повернення мігрантів; 6) визначення умов отримання громадянства та ін. [7, с. 68].

У процесі вдосконалення правового регулювання міграції особлива увага має приділятися захисту прав та інтересів трудових мігрантів в Україні і за кордоном (особливо економічних прав). Обмежувальні норми (для іммігрантів) не повинні створювати дискримінацію за національними та етнічними ознаками й погіршувати умови життєдіяльності мігрантів. Важливо забезпечити стабільність міграційного законодавства й суспільне обговорення проектів його змін. Для захисту прав трудових емігрантів за кордоном Україні потрібно ініціювати проекти міждержавної координації, зокрема, у межах діяльності СНД і в співробітництві з ЄС. Для цього доцільно: 1) використовувати досвід і потенціал візових центрів ЄС у третіх країнах, а також можливості європейської політики сусідства; 2) приєднуватися до тематичних програм ЄС із розвитку співробітництва у сфері міжнародної міграції; 3) долучатися до місії ЄС у сфері допомоги на кордонах і боротьби з нелегальною міграцією; 4) ініціювати програми у сфері боротьби з новими видами нелегальної міграції.

Актуальним завданням для України є прийняття єдиного Міграційного кодексу. Цей документ повинен стати основою для стратегічного управління міграційними потоками в умовах глобалізації на основі цілісного підходу до законодавчо-правового регулювання. Останніми роками основною негативною рисою міграційної політики України була пасивність та частковість; низку заходів регулювання, що реалізовані, слід розглядати як паліатив. Часто причиною цього була відсутність єдиної «платформи» формування міграційної політики й недостатня увага до проблем МТМ [8, с. 46].

Багатий міжнародний досвід підтверджує, що у сфері регулювання міграції, як і в будь-якій іншій сфері, існує безліч шляхів до прогресу. Однак, виходячи з об'єктивності глобалізаційних процесів, а також їх впливу на розвиток МТМ, можна виокремити головні та обов'язкові напрямки регулювання зовнішніх трудових

міграційних потоків: оптимізацію параметрів міграційних потоків (еміграції та імміграції) за кількісними параметрами, країнами, категоріями мігрантів; селекцію мігрантів відповідно до потреб національної економіки в трудових ресурсах і завдань її розвитку; адаптацію мігрантів у національному середовищі та їх гармонічна інтеграція в суспільство; боротьбу з нелегальною міграцією в усіх формах; контроль над імміграцією та еміграцією, а саме підвищення якості прикордонного й внутрішнього міграційного контролю, а також контролю за діяльністю мігрантів (трудовою та підприємницькою); оптимізацію фінансових і матеріальних потоків, що супроводжують трудову міграцію. Це стосується насамперед емігрантів, коли лібералізація таких потоків слугує додатковим фактором залучення міграційного капіталу, легалізації каналів його надходження; управління факторами міжнародної міграції передбачає вплив на причини міграції для упорядкування міграційних процесів і коригування системи міграційних зв'язків.

Деталізація вищезазначених напрямків дає підстави сформувати комплекс заходів щодо регулювання міжнародної міграції. Платформою для їхньої ефективної реалізації повинна стати інформаційно-аналітична система на основі сучасних комп'ютерних технологій. Вона має забезпечувати весь процес прийняття рішень своєчасною і достовірною інформацією, а також інформаційний обмін між органами державної влади й комунікацію з міжнародними структурами.

Реалізацію стратегії регулювання зовнішньої трудової міграції пропонується здійснити в кілька етапів: I етап (2014 р.) – оцінка міграційних потоків та їх наслідків, прискорене вдосконалення законодавчо-правового забезпечення регулювання зовнішньої трудової міграції, створення ефективних адміністративних механізмів міграційної політики й системи оперативних міграційних фільтрів, спрямованих на поточне запобігання небажаним потокам; II етап (2015–2016 рр.) – створення сприятливих умов для міграційних потоків із більшим соціально-економічним ефектом, реструктуризація міграційних потоків за географічними векторами й категоріями мігрантів, оптимізація їх кількісних параметрів, удосконалення міграційної політики в контексті поглиблення міжнародного співробітництва, створення стратегічних механізмів селекції мігрантів і регулювання розвитку міграційних мереж; III етап (2017-2020 рр.) – повне включення в глобальну систему регулювання міжнародної міграції та інформаційний простір; армування ефективних національних механізмів регулювання міграції; коригування завдань стратегії; IV етап (2020–2025 рр.) – завершення процесу формування глобально орієнтованої моделі міграційної політики та адекватної системи регулювання міграційних процесів; оцінка ефективності всіх реалізованих заходів; пролонгація діючої стратегії або підготовка нової програми [9, с. 70–71].

Як бачимо, формування міграційної політики, яка нині має ряд невирішених пробрлем, відбувалася протягом довгого періоду часу. Головним завдання України було створити низку законотворчих актів, які б регулювали першочергові питання в міграційній сфері, вирішення яких є й на сьогодні відкритим. В Україні істотне підвищення якості міграційної політики може бути досягнуто шляхом поглиблення співробітництва з розвиненими країнами, інтеграційними угрупованнями (головним чином ЄС) й спеціалізованими міжнародними організаціями. Сферами

співробітництва, крім обміну інформацією, мають стати такі: розробка міграційного законодавства й процедур реєстрації мігрантів, уніфікація документів реєстрації мігрантів, виявлення й ліквідація каналів нелегальної міграції та інше.

Література

1. Малиновська О. Міграційна політика України: стан і перспективи розвитку / О. Малиновська. – К. : НІСД, 2010. – 32 с.
2. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр.
3. Про основні напрями соціальної політики 1997–2000 рр. : Указ Президента України від 18.10.1997 р. № 1167; Про основні напрями соціальної політики на період до 2004 р. : Указ Президента України від 24.05.2000 р. № 717/2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.president.gov.ua.
4. Малиновська О. Міграційна політика України: стан і перспективи розвитку / О. Малиновська. – К. : НІСД, 2010. – 32 с.
5. Про Концепцію державної міграційної політики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/622/2011.
6. Кислицина О. Концепція регулювання міжнародної трудової міграції України в умовах глобалізації // Культура народов Причерноморья. – 2011. – № 197. – С. 62–66.
7. Пелка К. Характеристика концепції міграційної політики України та напрямки її розвитку / Пелка К. // Наукові праці МАУП. – 2013. – Вип. 2 (37) – С. 66 –71.
8. Лукьянцев Г. Европейские стандарты в области прав человека. Теория и практика функционирования Европейской Конвенции о защите прав человека основных свобод / Г. Лукьянцев. – М. : Звенья, 2000. – С. 79.
9. Пелка К. Характеристика концепції міграційної політики України та напрямки її розвитку / Пелка К. // Наукові праці МАУП. – 2013. – Вип. 2 (37). – С. 66–71.

Анотація

Павлова В. О. **Формування міграційної політики України в поєднанні з міжнародною трудовою міграцією.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню нормативного процесу формування міграційної політики в Україні та вдосконалення її згідно міжнародного досвіду, а також необхідність співпраці з міжнародними організаціями та інтеграційними угрупуваннями щодо врегулювання міжнародної трудової міграції.

Ключові слова: міграційна політика, трудова міграція, концепція державної міграційної політики, глобалізація.

Аннотация

Павлова В. А. **Формирование миграционной политики Украины в сочетании с международной трудовой миграцией.** – Статья.

Статья освещает нормативный процесс формирования миграционной политики в Украине и совершенствование ее согласно международному опыту, а также необходимость сотрудничества с международными организациями и интеграционными группировками по урегулированию международной трудовой миграции.

Ключевые слова: миграционная политика, трудовая миграция, концепция государственной миграционной политики, глобализация.

Summary

Pavlova V. O. **Formation of the migration policy of Ukraine in conjunction with international labor migration.** – Article.

The article is devoted to the regulatory process of the formation of migration policy in Ukraine and improve it according to international experience, as well as the need for cooperation with international organizations and integration groups to resolve international labor migration.

Key words: migration policy, labor migration, concept of state migration policy, globalization.

УДК 347.79

О. В. Бондар

ПРИНЦИПИ НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ МОРСЬКОГО ТРАНСПОРТУ

Розуміння правового регулювання надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту буде неповним без визначення принципів надання останніх, які також мають певну правову регламентацію. Зазначимо, що діяльність органів публічної адміністрації, що надають адміністративні послуги у сфері морського транспорту, має відповідати певним принципам, які відображають природу та сутність цієї діяльності.

Теоретичне опрацювання принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту передбачає насамперед здійснення аналізу існуючих теоретичних напрацювань вчених із цієї проблематики.

Теоретичну основу наукового пошуку складають роботи таких провідних вчених у галузі адміністративного права: В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка, І.П. Голосніченка, Є.В. Додіна, С.В. Ківалова, І.Б. Коліушка, В.П. Тимощука, В.К. Колпакова, А.О. Селіванова та інших. Методологія адміністративного права, сформована й презентована в наукових роботах названих та інших вчених, є тією базою, на яку спирається аналіз прикладної проблеми принципів надання адміністративної послуги у сфері морського транспорту.

Мета статті полягає в проведенні огляду наукових здобутків, присвячених проблемі принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту, а також здійсненню їхньої систематизації.

Категорія «принцип» є ключовою для юриспруденції. Принципи синтезують і відбивають об'єктивність законів суспільного розвитку, характерні риси практики управління [1, с. 16]. На відміну від об'єктивних законів, принципи залежать від свідомості людей, від пізнання ними діючих законів природи й суспільства. Принципи як продукт логічного мислення лише відображають об'єктивні закони у свідомості. Вони встановлюються людьми як керівні орієнтири в наукових дослідженнях і в практичній діяльності [2, с. 55].

У юридичній науці, зокрема в адміністративній, як правило, пропонується визначення принципу як кардинальної, керівної ідеї, а принципів певної діяльності – як вихідних, основних засад, керівних настанов, що визначають найважливіші правила, за якими вона організується та здійснюється. На нашу думку, слушним є твердження В.М. Горшенева та І.Б. Шахова стосовно того, що безпосередньо змістовним у принципі потрібно вважати загальнообов'язкову вимогу, що формулює саму ідею, причому загальнообов'язковість принципу специфічна, порівняно із загальноприйнятою нормою права. Принципу взагалі не властива чітко виражена формальна визначеність, рівень його нормативності значно ширший [3, с. 74]. Виступаючи загальнообов'язковою вимогою, принцип виконує відповідну регулятивну функцію й безпосередньо впливає на суспільні відносини.

© О. В. Бондар, 2014

Враховуючи вищенаведене, під принципами надання адміністративних послуг суб'єктами публічної адміністрації у сфері морського транспорту розуміємо базові ідеї, положення, обумовлені метою й завданнями, які стоять перед цими суб'єктами, щодо реалізації державної політики у сфері безпеки на морському та річковому транспорті. Оскільки Державна інспекція України з безпеки на морському та річковому транспорті є суб'єктом публічної адміністрації, то для визначення принципів її діяльності щодо надання адміністративних послуг розглянемо основні принципи діяльності органів публічної адміністрації в цілому.

Заслуговує на увагу підхід дослідників, зокрема І.Б. Коліушка та В.П. Тимощука, щодо виокремлення таких принципів діяльності суб'єктів публічної адміністрації: 1) верховенства права як пріоритет прав та свобод людини й громадянина, гуманізму та справедливості в діяльності публічної адміністрації; 2) законності як діяльності публічної адміністрації відповідно до повноважень і в порядку, визначених законом; 3) відкритості як оприлюднення та доступності для громадян інформації про діяльність та рішення публічної адміністрації, а також надання публічної інформації на вимогу громадян; 4) пропорційності як вимоги щодо обмеження рішень публічної адміністрації метою, якої необхідно досягти, умовами її досягнення, а також обов'язку публічної адміністрації зважати на наслідки своїх рішень, дій та бездіяльності; 5) ефективності як обов'язку публічної адміністрації забезпечувати досягнення необхідних результатів у вирішенні покладених на неї завдань за оптимального використання публічних ресурсів; 6) підконтрольності як обов'язкового внутрішнього та зовнішнього контролю за діяльністю публічної адміністрації, у тому числі судового; 7) відповідальності як обов'язку публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність [4, с. 26–27].

Слід зазначити, що аналіз наукової літератури із цього приводу дає змогу зробити такі висновки. Зазначений перелік принципів діяльності органів публічної адміністрації, як правило, не критикується та багатьма вченими береться як базовий із певними змінами. Перелік принципів діяльності органів публічної адміністрації не повинен бути громіздким, проте має змістовно відтворювати засади служіння народу, сприяння реалізації прав, свобод і законних інтересів суб'єктів відповідних відносин за участю суб'єкта публічної адміністрації. Саме тому вважаємо за доцільне зупинитись на аналізі вищенаведених принципів, які були запропоновані І.Б. Коліушком та В.П. Тимощуком. Так, розглядаючи принцип верховенства права з позицій пріоритету прав та свобод людини й громадянина, гуманізму та справедливості в діяльності публічної адміністрації, слід зауважити, що, спираючись на доктринальні положення С.П. Головатого щодо розуміння верховенства права, вважаємо, що сутність та значення цього явища в повному обсязі поглинає такі категорії, як справедливість та гуманізм. Останні не потребують додаткового виокремлення, оскільки є складовими характеристиками принципу верховенства права. Також вважаємо недоцільним виокремлення такого принципу, як ефектив-

ність, що реалізується як обов'язок публічної адміністрації забезпечувати досягнення необхідних результатів у вирішенні покладених на неї завдань за оптимального використання публічних ресурсів. На нашу думку, ефективність – це оціночна категорія, яка застосовується до процесів, які вже відбулись, тому визначати останню як принцип діяльності суб'єктів публічної адміністрації недоречно.

Щодо принципу підконтрольності як обов'язкового внутрішнього та зовнішнього контролю за діяльністю публічної адміністрації, у тому числі судового, та принципу відповідальності як обов'язку публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність, то вважаємо, що виокремлювати цих двох принципів як двох самостійних не є доцільним. Оскільки закріплення принципу підзвітності та підконтрольності вже передбачає аналіз та оцінку діяльності останніх, як наслідок, у випадках виявлення недоліків у роботі органів публічної адміністрації настає відповідальність останніх.

Таким чином, до загальних принципів діяльності органів публічної адміністрації в цілому та Державної інспекції України з безпеки на морському та річковому транспорті зокрема можна віднести такі принципи: 1) верховенства права; 2) законності; 3) відкритості як оприлюднення та доступності для громадян інформації про діяльність та рішення публічної адміністрації, а також надання публічної інформації на вимогу громадян; 4) пропорційності як вимоги щодо обмеження рішень публічної адміністрації метою, якої необхідно досягти, умовами її досягнення, а також обов'язку публічної адміністрації зважати на наслідки своїх рішень, дій та бездіяльності; 5) відповідальності як обов'язку публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність тощо. Слід наголосити на тому, що вищенаведені принципи є базовими для всіх видів діяльності суб'єктів публічної адміністрації, у тому числі й щодо надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.

Однак кожний напрям діяльності суб'єкта публічної адміністрації має свої особливості, враховуючи специфіку публічно-правових відносин, це стосується також і надання адміністративних послуг. Не заглиблюючись у проблему, зазначимо, що останні процеси, пов'язані з реформуванням органів публічної адміністрації, заклали підґрунтя для створення останніх залежно від стратегічних функцій, які на себе бере держава, а саме: 1) формування державної політики в певній сфері суспільних відносин; 2) управління об'єктами державної власності; 3) надання адміністративних послуг; 4) контрольно-наглядова (інспекційна) діяльність. Однією з підстав реформування є позбавлення поєднання в одному органі публічної адміністрації одночасного виконання всіх вищенаведених функцій, оскільки це призводить до корупції та зловживання владою. Що стосується теми нашого дослідження, слід зазначити, що Державна інспекція України з безпеки на морському та річковому транспорті на сьогодні, згідно з діючим законодавством, поєднує як функцію надання адміністративних послуг, так і інспекційні функції, що, на нашу

думку, є неприпустимим. Враховуючи, що одним із напрямів діяльності Державної інспекції України з безпеки на морському та річковому транспорті є надання адміністративних послуг, доцільно виокремити особливі принципи діяльності останньої щодо їх надання.

До таких принципів можна віднести принципи, які закріплені Законом України «Про адміністративні послуги». Згідно зі ст. 4 Закону України «Про адміністративні послуги» державна політика у сфері надання адміністративних послуг базується на принципах: 1) верховенства права, у тому числі законності та юридичної визначеності; 2) стабільності; 3) рівності перед законом; 4) відкритості та прозорості; 5) оперативності та своєчасності; 6) доступності інформації про надання адміністративних послуг; 7) захищеності персональних даних; 8) раціональної мінімізації кількості документів та процедурних дій, що вимагаються для отримання адміністративних послуг; 9) неупередженості та справедливості; 10) доступності та зручності для суб'єктів звернення [5].

Слід зауважити, що Міністерством юстиції України було ініційовано обговорення пропозиції внесення змін до Закону України «Про адміністративні послуги» щодо закріплення таких принципів, як принцип «єдиного вікна» та принцип «організаційної єдності» [6]. При цьому зазначені принципи розробники пропонують включити до ст. 1 відповідного закону. Не зрозуміло, чому вищенаведені принципи розробники пропонують додати до ст. 1, хоча при цьому про принципи державної політики у сфері надання адміністративних послуг йдеться в ст. 4, яка безпосередньо й присвячена останнім.

Сьогодні в науковій літературі розглядається проблема щодо співвідношення таких законодавчо закріплених категорій, як «дозвільний центр» та «центр надання адміністративних послуг». Потребує уваги позиція О.В. Джафарової, яка зазначає, що Закон України «Про адміністративні послуги» від 06.09.2012 року № 5203-VI [5] дає визначення переліку суб'єктів, які можуть надавати адміністративні послуги, серед яких виділяє такого суб'єкта, як «центри надання адміністративних послуг». При цьому Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» виокремлює такого суб'єкта, як «дозвільний центр». Слід зазначити, що О.В. Джафарова неодноразово в публікаціях наголошувала на тому, що доцільно говорити про «дозвільні послуги», а не «адміністративні», оскільки суть всіх наданих послуг – отримання певного дозволу або документа дозвільного характеру, порядок отримання яких регулюється нормами адміністративного права [7]. У межах дослідження принципів надання адміністративних послуг в цілому та у сфері морського транспорту зокрема доцільно звернути увагу, що до особливих принципів надання останніх можна зарахувавти принципи, які закріплені в Законах України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» та «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», оскільки вони характеризують одне й теж правове явище.

Так, у Законі України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» визначенні такі принципи: 1) принцип верховенства права в діяльності

дозвільних органів; 2) принцип законності; 3) принцип взаємної відповідальності суб'єктів дозвільної діяльності за прийняті рішення, дії або бездіяльності; 4) принцип мовчазної згоди; 5) принцип прозорості та доступності інформації, необхідної для отримання дозвільних документів; 6) принцип підконтрольності суб'єктів дозвільної діяльності; 7) принцип пріоритету безпеки життя, здоров'я людей, а також безпеки навколишнього природного середовища та інтересів держави над економічною вигодою. У свою чергу в Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» виокремлюються такі принципи: 1) забезпечення рівності прав, законних інтересів усіх суб'єктів господарювання; 2) захист прав, законних інтересів, життя та здоров'я громадян, захист навколишнього природного середовища та забезпечення безпеки держави; 3) встановлення єдиного переліку видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню; 4) встановлення єдиного порядку ліцензування видів господарської діяльності на території України та визначення його особливостей для окремих видів господарської діяльності тощо.

Отже, нині умовно можна виокремити три нормативно-правові акти, якими закріплено принципи надання адміністративних послуг. Це пов'язано з термінологічною невизначеністю в законодавстві, відсутністю розмежувань дозвільного центру та центру надання адміністративних послуг, а також низкою інших правозастосовних проблем.

Звернемося до теоретичних напрацювань щодо принципів надання адміністративних послуг. Так, М.Б. Острах виокремлює принципи провадження з надання адміністративних послуг, які у свою чергу поділяє на загальні та спеціальні. До загальних він відносить такі: принцип свободи вибору, системності, гуманізму, демократизму та науковості, безперервності, цілеспрямованості, економічної доцільності, результативності, професійності, відповідальності, доступності, єдності, централізації (підпорядкованості), зручності, своєчасності, а також територіально-галузевий та зонально-предметний принципи. Серед спеціальних принципів М.Б. Острах називає такі: 1) принцип юридичної визначеності, що полягає в необхідності визначити безпосередньо в законодавчому акті деякі види діяльності як адміністративні послуги, а деякі процедури – як особливості надання адміністративних послуг; 2) принцип зведення до раціонального мінімуму кількості документів та процедурних дій, що вимагаються для отримання адміністративних послуг; 3) принцип впровадження нових організаційних форм надання адміністративних послуг, більш зручних для фізичних та юридичних осіб; 4) принцип постійного моніторингу якості надання адміністративних послуг [8, с. 377–378].

Не можемо погодитися з вищенаведеною позицією, оскільки не обґрунтовується поділ принципів на загальні та спеціальні, а також залишається невирішеним питання наповнення вищенаведених груп відповідними принципами.

Отже, підсумовуючи, до спеціальних принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту відносимо такі: 1) принцип законності; 2) принцип мовчазної згоди; 3) єдиного вікна; 4) стабільності; 5) рівності перед

законом; 6) оперативності та своєчасності; 7) доступності інформації про надання адміністративних послуг; 8) захищеності персональних даних; 9) принцип пріоритету безпеки для життя, здоров'я людей, а також для навколишнього природного середовища та інтересів держави над економічною вигодою; 10) принцип організаційної єдності.

Уваги потребують особливі принципи, які визначають засади процедурної діяльності щодо надання адміністративних послуг Державною інспекцією України з безпеки на морському та річковому транспорті. Вважаємо, що до останніх доцільно віднести принципи належного урядування. Належне урядування має вісім основних характеристик: участь, орієнтація на консенсус, відповідальність (підзвітність), прозорість, належне реагування, ефективність та результативність, рівність та врахування інтересів і відповідність принципу верховенства права. Не вдаючись до ґрунтовного аналізу зазначених принципів, зауважимо, що вони розкривають природу взаємовідносин органів публічної адміністрації з громадянами, тобто їх умовно можна визнати процесуальними принципами, або процедурними.

Цікавою є позиція В.В. Петьовки, який виділяє такі принципи системи управління якістю в органах виконавчої влади під час надання адміністративних послуг у певній сфері: а) забезпечення балансу інтересів держави та набувача послуги; б) керованість процедурами надання адміністративних послуг; в) оптимальне кадрове забезпечення здійснення процедур надання адміністративних послуг; г) надання адміністративних послуг на основі принципу законності; д) чітке врегулювання законодавством процедур надання адміністративних послуг; е) системний підхід; ж) постійне поліпшення; з) прийняття рішення на підставі фактів [9, с. 78–79].

Вважаємо, що зазначені принципи поєднують як зовнішні, так і внутрішні складові діяльності органів публічної адміністрації щодо надання адміністративних послуг. Враховуючи, що надання адміністративних послуг в цілому та у сфері морського транспорту зокрема – це зовнішні публічно-сервісні відносини, доцільно вести мову тільки про принципи, які характеризують відносини із фізичними та юридичними особами щодо надання адміністративних послуг.

Тому доцільним є виділення таких процедурних принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту: 1) принцип ефективності; 2) неупередженості; 3) принцип участі в прийнятті рішення; 4) принцип заснованості на законі; 4) можливості скасування (або відкликання незаконного адміністративного акту); 5) принцип прозорості та низка інших.

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити, що принципи надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту можна умовно поділити на три групи. Так, до загальних принципів діяльності органів публічної адміністрації в цілому та Державної інспекції України з безпеки на морському та річковому транспорті зокрема можна віднести такі принципи: 1) верховенства права; 2) законності; 3) відкритості як оприлюднення та доступності для громадян інформації про діяльність та рішення публічної адміністрації, а також надання публічної інформації на вимогу громадян; 4) пропорційності як вимоги щодо

обмеження рішень публічної адміністрації метою, якої необхідно досягти, умовами її досягнення, а також обов'язку публічної адміністрації зважати на наслідки своїх рішень, дій та бездіяльності; 5) відповідальності як обов'язку публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність тощо.

До спеціальних принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту відносимо такі: 1) принцип законності; 2) принцип мовчазної згоди; 3) єдиного вікна; 4) стабільності; 5) рівності перед законом; 6) оперативності та своєчасності; 7) доступності інформації про надання адміністративних послуг; 8) захищеності персональних даних; 9) принцип пріоритету безпеки життя, здоров'я людей, а також безпеки навколишнього природного середовища та інтересів держави над економічною вигодою; 10) принцип організаційної єдності.

У свою чергу третю групу принципів складають процедурні принципи надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту: 1) принцип ефективності; 2) неупередженості; 3) принцип участі в прийнятті рішення; 4) принцип заснованості на законі; 4) можливості скасування (або відкликання незаконного адміністративного акту); 5) принцип прозорості та низка інших.

Література

1. Райт Г. Державне управління / Г. Райт ; пер. з англ. В. Івашка, О. Коваленка, С. Соколик. – К. : Основи, 1994. – 191 с.
2. Петров Г. Основы социалистического управления / Г. Петров. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1974. – 292 с.
3. Горшенев В. Контроль как правовая форма деятельности / В. Горшенев, И. Шахов. – М. : Юрид. лит., 1987. – 176 с.
4. Ефективна публічна адміністрація (довідник для міністрів) / авт.-упор. : І. Коліушко, В. Тимощук. – К. : Центр політико-правових реформ, 2006. – 32 с.
5. Про адміністративні послуги : Закон України від 06.09.2012 року № 5203-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5203-17.
6. Повідомлення про оприлюднення проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адміністративні послуги» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minjust.gov.ua/43035.
7. Джафарова Е. Правовое регулирование разреш ительной деятельности в Украине и пути её усовершенствования / Е. Джафарова // Закон и жизнь. – 2014. – № 2/3(266). – С. 10–13.
8. Острах М. Принципи провадження з надання адміністративних послуг / М. Острах // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ : зб. наук. пр. – 2012. – № 1(58). – С. 376–381.
9. Петьовка В. Надання адміністративних послуг в Україні: теорія і практика : [монографія] / В. Петьовка. – К. : Логос, 2014. – 214 с.

Анотація

Бондар О. В. **Принципи надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.** – Стаття.

У статті здійснено огляд наукових здобутків, присвячених проблемі принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту, а також здійснено їхню систематизацію. Принципи надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту запропоновано розглядати з позиції загальних, спеціальних та процедурних принципів надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.

Ключові слова: принципи, адміністративні послуги, морський транспорт, суб'єкт публічної адміністрації, стратегічні функції, напрями діяльності.

Аннотация

Бондарь О. В. **Принципы предоставления административных услуг в сфере морского транспорта.** – Статья.

В статье сделан обзор научных достижений, посвящённых проблеме принципов предоставления административных услуг в сфере морского транспорта, а также осуществлено их систематизацию. Принципы предоставления административных услуг в сфере морского транспорта предложено рассматривать с позиции общих, специальных и процедурных принципов предоставления административных услуг в сфере морского транспорта.

Ключевые слова: принципы, административные услуги, морской транспорт, субъект публичной администрации, стратегические функции, направления деятельности.

Summary

Bondar O. V. **Principles of administrative services in the field of maritime transport.** – Article.

This article provides an overview of the scientific achievements of researchers on the issue of principles of administrative services in the field of maritime transport, as well as by their systematization. Principles of administrative services in the maritime transport proposed viewed from the standpoint of general, special and procedural principles of administrative services in the field of maritime transport.

Key words: principles, administrative services, maritime transport, subject of public administration, strategic functions, activities.

УДК 342.951

Т. Л. Філіпова

ПРОЦЕДУРА НАДАННЯ ДОЗВОЛУ НА КОНЦЕНТРАЦІЮ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК ОСОБЛИВИЙ РІЗНОВИД АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР

Постановка проблеми. В умовах сучасної трансформаційної економіки України створення ефективного конкурентного середовища, попередження монополізації товарних ринків є запорукою створення ефективної та конкурентоздатної економіки держави. Антимонопольний комітет України (далі – АМКУ) є державним органом зі спеціальним статусом, основним завданням якого є здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та пріоритету прав споживачів, запобігання, виявлення та припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема шляхом здійснення контролю за концентрацією суб'єктів господарювання [1, ст. 1, 3].

Згідно зі статистичними даними, у 2013 р. Антимонопольним комітетом України розглянуто 962 заяви про надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання, що майже на 2% перевищує кількість заяв за попередній рік (944 заяви) та на 27,2% – за 2011 р. Було надано 779 дозволів на концентрацію, а в 183 випадках заяви було повернено заявникам без розгляду або учасники концентрації відмовилися від її здійснення до прийняття рішення комітетом [2, с. 61–62]. Аналізуючи звітність АМКУ за 2009–2013 рр., можна констатувати постійне зростання кількості наданих дозволів на концентрацію (2009 р. – 480, 2010 р. – 559, 2011 р. – 585, 2012 р. – 750, 2013 р. – 779) [2, с. 7], що є свідченням посилення концентраційних процесів в економіці України та потребує ґрунтовного наукового дослідження з точки зору ефективності публічного контролю за дотриманням вимог законодавства України про захист економічної конкуренції.

Стан дослідження. Питання антимонопольно-конкурентного регулювання знаходяться в межах наукового інтересу багатьох сучасних науковців: О.А. Артем'євої, А.О. Бакалінської, Л.Р. Біли-Тіунової, К.В. Бондаренко, Н.Я. Борсук, В.Н. Василенка, С.С. Валітова, К.Л. Вознесенського, І.Г. Гельфенбуйм, Е.В. Горбунової, О.В. Грицай, Ю.В. Журика, Г.В. Ільющенко, С.А. Карлова, О.С. Каштанова, О.Р. Кібенко, О.В. Когут, Л.В. Куншиної, В.С. Лук'янець, С.Б. Мельник, О.М. Олещенко, О.О. Плетньової, О.В. Пономарьова, Н.О. Саніахметової, Г.О. Стахєєвої, О.М. Стороженко, Н.О. Трегубець, І.І. Туйськ, П.Г. Харченка, О.Л. Чернелевської, О.В. Шальман, І.А. Шуміло, Н.В. Щербакової та інших. Водночас слід констатувати, що за відносної багатоманітності досліджень у сфері захисту економічної конкуренції процедурі надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання належна увага вчених не приділялась.

Метою статті є дослідження процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання як особливого різновиду адміністративної процедури.

Виклад основних положень. Згідно з даними організованих АМКУ наукових досліджень, на початок 2013 р. суб'єкти господарювання, що діяли на ринках,

© Т. Л. Філіпова, 2014

де структурні обмеження конкуренції відсутні, реалізовували 45,7% загального обсягу товарів, робіт, послуг, на ринках з олігопольною структурою – 16,9%, на ринках із домінуванням однієї фірми – 29,9%, на ринках, де структурні передумови конкуренції повністю відсутні, – 7,5% продукції [2, с. 4]. Таким чином, 54,3% реалізації товарів, робіт і послуг здійснюється на ринках з обмеженою конкуренцією, наслідком чого є порушення економічних інтересів суб'єктів господарювання та споживачів. Така ситуація є наслідком як об'єктивних обставин (на сьогоднішній день 10 найбільших підприємств України забезпечують 22% загального обсягу реалізованої продукції, а 100 найбільших – 58,5%), так і якості виконання уповноваженим суб'єктом публічної адміністрації – Антимонопольним комітетом України – делегованих державою функцій із захисту економічної конкуренції.

Процедура надання дозволів на концентрацію суб'єктів господарювання є елементом механізму державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції та складовою діяльності АМКУ [1, ст. 3; 3, ст. 22–33]. У зв'язку з необхідністю визначення особливостей порядку отримання дозволу на концентрацію з'ясуванню насамперед підлягає зміст поняття «концентрація суб'єктів господарювання».

Етимологічно термін «концентрація» (англ. – concentration; нім. – Konzentration, Konzentrierung) походить від латинського «concentratio» і в перекладі означає «центр», «осередок» [4]. У довідниковій літературі концентрація визначається так: 1) зосередження, скупчення чогось в одному місці або навколо одного центра, згущення; 2) відносний вміст даної складової частини (компоненту) у розчині або суміші; 3) концентрація капіталу – збільшення розмірів капіталу нагромадженням його, тобто перетворенням частини додаткової вартості на капітал; концентрація виробництва – процес укрупнення виробництва, зосередження його на великих підприємствах [4; 5].

У науковій літературі поняття «концентрація» розглядається в економічній та юридичній площині.

З економічної точки зору концентрація розглядається як дії незалежних суб'єктів господарювання, що приводять до зосередження виробництва, капіталу та/або ринкової влади під одним загальним контролем [6, с. 18]; як процес об'єднання економічних ресурсів під єдиним контролем [7, с. 132]; як збільшення розмірів капіталу в результаті накопичення та капіталізації ринкової вартості, створеної найманими робітниками й привласненої власниками засобів виробництва [8, с. 428]; як зосередження економічно значимих ознак чи характеристик у руках незначної кількості господарюючих суб'єктів [9, с. 56]; як ступінь розподілу ринкових часток між його учасниками [10, с. 57].

У юридичній літературі визначення поняття «концентрація» («концентрація суб'єктів господарювання», «економічна концентрація») не характеризується множинністю авторських дефініцій, а наявні наукові визначення носять узагальнений характер. Так, наприклад, Н.О. Саніахметова визначає концентрацію суб'єктів господарювання як поглинання, злиття, приєднання та всі інші способи встановлення одним суб'єктом підприємницької діяльності контролю над усією або частиною господарської діяльності іншого суб'єкта підприємництва [11, с. 153]. І.І. Шовкун вважає, що термін «економічна концентрація» носить узагальнений характер, ним охоплюються всі способи встановлення одним суб'єктом підприємницької діяльності контро-

лю над усією або частиною господарської діяльності іншого суб'єкта підприємництва [12, с. 44]. І.І. Дурицький та Т.В. Ліпіна вважають, що економічна концентрація – це всі дії, які приводять або можуть привести до змін або перерозподілу сфер діяльності суб'єктів господарювання на ринку [13, с. 69]. І.С. Шиткіна під економічною концентрацією розуміє угоди та інші дії, здійснення яких впливає на стан конкуренції [14, с. 321]. На думку Г.О. Стахєєвої, концентрація підприємств – це будь-які зміни в управлінні та відносинах контролю на довготривалій основі [15, с. 12]. Таким чином, визначаючи поняття «концентрація», науковці фактично перелічують її різновиди (злиття, поглинання, встановлення контролю, призначення керівника тощо.).

Слід зазначити, що законодавство України оперує поняттям «концентрація суб'єктів господарювання» [3, ст. 22; 16], проте не містить законодавчої дефініції цього поняття. Закон України «Про захист економічної конкуренції» лише визначає, що визнається та не вважається концентрацією [3, ч. ч. 2, 3 ст. 22].

Так, концентрацією суб'єктів господарювання визнаються чотири види юридично значущих дій, які є способами її здійснення [3, ч. 2 ст. 22], перелік яких є вичерпним: 1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого; 2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання; 3) створення суб'єкта господарювання двома й більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, однак при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання; 4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

На офіційному сайті Антимонопольного комітету України концентрація визначається як процес злиття підприємств, компаній та інших ринкових активів, унаслідок якого зростає економічна влада учасників ринку, та вказується, що концентрацією визначається не лише придбання акцій, а й створення нових підприємств, передача певних об'єктів в оренду та навіть призначення керівників великих компаній [17].

Необхідною передумовою здійснення концентрації у встановлених законодавством випадках [3, ч. 2 ст. 22] є попереднє отримання дозволу АМКУ або його адміністративної колегії на концентрацію суб'єктів господарювання.

Враховуючи, що надійний правовий захист економічної конкуренції залежить від наявності нормативно регламентованого порядку взаємодії суб'єктів господарювання з уповноваженими державними інституціями з приводу отримання дозволу на концентрацію та притягнення до відповідальності за порушення вимог законодавства України, а процедурна форма є необхідною умовою належного функціонування будь-яких адміністративних правовідносин [18, с. 9], убачається обґрунтованим використовувати термін «процедура надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання» та розглядати таку процедуру як особливий різновид адміністративних процедур.

У якості аргументації доцільності дослідження порядку отримання дозволу на концентрацію в контексті адміністративно-процедурного регулювання слід зазначити, що такій процедурі притаманні як загальні, так і спеціальні ознаки адміністративних процедур, а саме: 1) застосування в публічній сфері; 2) регулювання порядку здійснення правозастосувальної діяльності; 3) охоплення управлінської діяльності позитивної спрямованості; 4) установлення визначеного порядку здійснення тих або інших дій, оскільки завданням адміністративних процедур є впорядкування діяльності уповноважених органів влади та всіх зацікавлених осіб, унаслідок чого підвищується ефективність та якість роботи публічної адміністрації в цілому; 5) характерний особливий суб'єктний склад (однією зі сторін завжди виступає державний орган або посадова особа, наділені державно-владними повноваженнями); 6) закріплення в адміністративно-процедурних нормах, які у свою чергу регулюють застосування матеріальних норм адміністративного та інших галузей права, і при цьому регламентують діяльність уповноважених органів і посадових осіб [19, с. 173–174; 20, с. 246].

З метою вдосконалення наукового знання з питань захисту економічної конкуренції вбачається можливим запропонувати таку авторську дефініцію: процедура надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання – це регламентовані адміністративним правом дії, які вчиняються уповноваженим суб'єктом публічної адміністрації – Антимонопольним комітетом України – щодо вирішення індивідуально визначеної справи з приводу надання можливості суб'єктам господарювання здійснити процес об'єднання економічних ресурсів під єдиним контролем, наслідком розгляду якої є прийняття індивідуального адміністративного акта (рішення про надання дозволу).

Юридична конструкція процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання складається з таких елементів: 1) правові норми, які регламентують здійснення процедури; 2) цільове призначення процедури; 3) учасники адміністративно-процедурних відносин; 3) стадії цієї процедури. Ці елементи дозволяють визначити сутність процедури, її юридичну природу та зміст.

Правові норми, які регулюють процедуру надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання, складаються з таких норм:

– матеріально-правових норм щодо забезпечення державою захисту конкуренції в підприємницькій діяльності та недопущення зловживання монопольним становищем на ринку [21, ч. 2 ст. 42; 22, ст. ст. 25, 27; 1, ст. 3; 3, ст. ст. 4, 22];

– адміністративно-правових норм, які встановлюють принципи, цілі, завдання, правовий статус її учасників, їх права та обов'язки в процесі реалізації такої процедури [1, ст. ст. 3, 7, 12–1, 14; 4, ст. ст. 22–25; 16];

– адміністративно-процедурних норм, які визначають порядок отримання суб'єктами господарювання дозволу Антимонопольного комітету України або Кабінету Міністрів України на концентрацію [4, ст. ст. 26–33; 16].

Метою процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання є запобігання монополізації товарних ринків, зловживанню монопольним (домінуючим) становищем, обмеженню конкуренції [3, ч. 1 ст. 22; 16, п. 1.1].

Учасниками адміністративно-процедурних відносин, що виникають під час отримання дозволу на концентрацію, є суб'єкти господарювання – учасники концентрації, або уповноважений суб'єкт публічної адміністрації (АМКУ, адміністративна колегія АМКУ чи Кабінет Міністрів України).

Відповідно до законодавства України одержання дозволу учасниками концентрації є обов'язковим, у таких випадках: 1) сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 12 мільйонам євро, і при цьому сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів, у тому числі за кордоном, не менш як у двох учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, або в одного учасника концентрації перевищує суму, еквівалентну 1 мільйону євро в кожного; 2) частка на певному ринку товару будь-якого учасника концентрації або сукупна частка учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує 35 відсотків, та концентрація відбувається на цьому чи суміжному з ним ринку товару [3, ч. 1 ст. 24].

Рішення з надання дозволу на концентрацію може бути надано Антимонопольним комітетом України, його адміністративною колегією чи безпосередньо Кабінетом Міністрів України.

Так, АМКУ підвідомчі питання про надання дозволу на таку концентрацію: а) учасником якої є підприємство, яке має стратегічне значення для економіки та безпеки держави; б) учасником якої є транснаціональна корпорація, у складі якої хоча б одна юридична (фізична) особа має постійне місцезнаходження (місце проживання) за межами України; в) учасником якої є суб'єкт господарювання, який за результатами концентрації досягає монопольного (домінуючого) становища, підтримує або посилює це становище; г) яка призводить до створення суб'єкта господарювання, який за концентрацією досягає монопольного (домінуючого) становища, підтримує або посилює це становище, чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку або в значній його частині; ґ) на підставі рішень Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України; д) пов'язану із забезпеченням національної безпеки, оборони, суспільних інтересів [16, п. 3.7]. У всіх інших випадках дозвіл на концентрацію надається адміністративною колегією АМКУ.

Звернення до Кабінету Міністрів України здійснюється в разі відмови АМКУ в наданні дозволу, а підставою для прийняття рішення щодо можливості здійснення концентрації є превалювання позитивного соціального ефекту над негативними наслідками обмеження конкуренції внаслідок концентрації [3, п. 2 ст. 25; 16, п. 4.12.2].

Процедура надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання складається з таких стадій: 1) подання заяви про надання дозволу; 2) прийняття АМКУ рішення про надання дозволу чи про призначення розгляду справи про концентрацію; 3) розгляд справи про концентрацію; 4) звернення до Кабінету Міністрів України про надання дозволу на концентрацію, що була заборонена АМКУ. Розглянемо їх детальніше.

Стадія 1. Заява про надання дозволу на концентрацію подається суб'єктами господарювання, що планують здійснити концентрацію, яка перевищує порогові значення, установлені законодавством України, та повинна відповідати нормативно встановленим вимогам [3, ч. 1 ст. 24; 16, п. 3.8]. У разі, якщо концентрація проводиться із застосуванням конкурсних процедур (торги, аукціони, конкурси, тендери тощо), заява може подаватись як до початку конкурсної процедури, так і після, проте не пізніше 30 днів від дня оголошення переможця [16, п. 3.2].

Стадія 2. Розгляд заяви про надання дозволу на концентрацію здійснюється АМКУ або його адміністративною колегією за встановленими правилами підвідомчості протягом 30 днів із дня прийняття її до розгляду [16, п. п. 3.7, 4.2].

Інформація щодо заявленої концентрації, зокрема щодо організаційно-правової форми учасників концентрації, їх місцезнаходження та їх представництв, філій, а також виду та змісту концентрації, із зазначенням дати надання до комітету пропозицій та зауважень щодо концентрації, може бути опублікована в друкованих чи електронних засобах масової інформації, зокрема розміщена на офіційній сторінці комітету в мережі Інтернет або оприлюднена Антимонопольним комітетом України в інший спосіб.

За відсутності підстав для заборони концентрації АМКУ чи його адміністративна колегія приймає адміністративний акт – рішення про надання дозволу на концентрацію [16, п. 4.3]. У разі виявлення підстав для заборони концентрації, а також у разі необхідності проведення складного поглибленого дослідження чи експертизи приймається рішення про призначення розгляду справи про концентрацію. Одночасно з письмовим повідомленням заявнику про прийняте рішення надсилається перелік інформації, яку заявник повинен надати для прийняття органами комітету рішення у справі.

Інформація про прийняття розпорядження про початок розгляду справи, порушеної через виявлення підстав для заборони концентрації, не пізніше п'яти робочих днів з дня прийняття розпорядження може розміщуватися на офіційній сторінцікомітету в мережі Інтернет та повинна містити таке: а) реквізити (дату, номер) розпорядження про початок розгляду справи про концентрацію; б) відомості щодо задіяних ринків; в) найменування та місцезнаходження учасників концентрації, які мають значення для оцінки впливу концентрації на конкуренцію на задіяних ринках; г) календарну дату, до якої приймаються заперечення і докази на їх підтвердження та міркування щодо заявленої концентрації від фізичних і юридичних осіб, а також спосіб їх надання [16, п. 4.3].

Стадія 3. Строк розгляду справи про концентрацію не повинен перевищувати трьох місяців. Якщо протягом строку розгляду справи органами АМКУ рішення не прийнято, вважається, що на концентрацію надано дозвіл [16, п. 4.6].

Якщо за результатами розгляду справи щодо заявленої концентрації передбачається прийняття рішення про її заборону як такої, що призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині, державний уповноважений комітету може попередньо повідомити про це заявника та надати йому можливість подати додаткові докази щодо відсутності негативних наслідків. Заявник може запропонувати взяти на себе перед АМКУ зобов'язання, виконання яких усуває монополізацію чи суттєве обмеження конкуренції на всьому ринку або в значній його частині [7, п. 4.8].

За результатами розгляду справ про концентрацію приймається рішення, у якому вказуються результати розгляду справи по суті (надано дозвіл чи відмовлено в наданні дозволу), строк дії дозволу на концентрацію, наводяться мотиви рішення, зазначаються дії, які заявник повинен виконати або від виконання яких утриматися. У разі відмови в наданні дозволу на концентрацію в рішенні можуть бути запропоновані дії, зобов'язання, за умови виконання яких АМКУ матиме підстави для надання дозволу на концентрацію.

Стадія 4. У разі відмови АМКУ у наданні дозволу учасники концентрації в 30-денний термін із дня прийняття такого адміністративного акта мають право звернутися до Кабінету Міністрів України про надання дозволу на концентрацію [23, п. 2].

Відповідна заява подається до Міністерства економічного розвитку і торгівлі України та вважається прийнятою до розгляду після 25 календарних днів із дня

її надходження, якщо протягом цього часу заяву не було повернено її заявникам із повідомленням, що заява та інші документи не відповідають установленим вимогам і це перешкоджає її розгляду. У 10-денний термін із дня прийняття заяви до розгляду Міністерством економічного розвитку і торгівлі України утворюється комісія з питань оцінки позитивних і негативних наслідків концентрації з переліку незалежних експертів у складі від 3 до 11 осіб.

За результатами роботи комісії приймається умотивоване рішення, яке передається до Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, яке у свою чергу протягом 20 днів розглядає його та готує проект мотивованого рішення Кабінету Міністрів України щодо надання дозволу на концентрацію або відмови в його наданні.

Підготовка, подання та розгляд проекту рішення Кабінету Міністрів України здійснюється в установленому порядку, за результатами якого приймається рішення про надання дозволу на концентрацію або про відмову в наданні такого дозволу [23, п. 29].

Висновки. На підставі проведеного аналізу процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання можна зробити такі висновки.

1. Процедура надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання є специфічним різновидом адміністративних процедур та однією з процедур у сфері захисту економічної конкуренції. Вона може бути визначена як регламентовані адміністративним правом дії, які вчиняються уповноваженим суб'єктом публічної адміністрації – Антимонопольним комітетом України – щодо вирішення індивідуально визначеної справи з приводу надання можливості суб'єктам господарювання здійснити процес об'єднання економічних ресурсів під єдиним контролем, наслідком розгляду якої є прийняття індивідуального адміністративного акта (рішення про надання дозволу).

2. Процедура надання дозволу на концентрацією є функціональною, заявною, дозвільною, неюрисдикційною, спрощеною (під час прийняття рішення АМКУ без розгляду справи) або звичайною (за умови призначення розгляду справи про концентрацію).

3. Стадіями процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання є такі: 1) подання заяви про надання дозволу; 2) прийняття АМКУ рішення про надання дозволу або про призначення розгляду справи про концентрацію; 3) розгляд справи про концентрацію; 4) звернення до Кабінету Міністрів України про надання дозволу на концентрацію, що була заборонена АМКУ. Перші три стадії є основними, а остання – факультативною.

Література

1. Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 р. № 3659-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3659-12.
2. Звіт Антимонопольного комітету України за 2013 р. : затверджений розпорядженням Антимонопольного комітету України від 14.03.2014 р. № 131 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=103172&schema=main.
3. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. № 2210-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2210-14.
4. Концентрация // Исторический словарь галлицизмов русского языка / Н.И. Епишкин. – М. : ЭТС, 2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gallicismes.academic.ru/20345.
5. Концентрація // Словник іншомовних слів / за ред. О.С. Мельничука. – К. : Українська радянська енциклопедія, 1974 – 776 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http :www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Article=10062&action=show.
6. Грицай О.В. Антимонопольний контроль за концентрацією господарських структур на рівні регіону : автореф. дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.10.01 «Розміщення продуктивних сил і регіональна економіка» / О.В. Грицай ; Ін-т екон.-правових досліджень НАН України. – Донецьк, 2002. – 21 с.

7. Конкуренція і конкурентна політика: категорії та поняття / [В.Д. Лагутін, О.О. Бакалінська, О.В. Вертелєва та ін.] ; за заг. ред. В.Д. Лагутіна. – К. : КНЕУ, 2009. – 320 с.
8. Большой экономический словарь / под ред. А.Н. Азрилияна. – 6-е изд., доп. – М. : Институт новой экономики, 2004. – 1376 с.
9. Князева И.В. Антимонопольная политика в России : [учеб. пособие] / И.В. Князева. – 2-е изд., перераб. – М. : Омега-Л, 2007. – 493 с.
10. Филюк В.В. Теоретико-методологічні засади концентрації ринків / В.В. Филюк // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Економіка». – 2011. – № 123. – С. 54–58.
11. Саниахметова Н.А. Правовая защита конкуренции в предпринимательстве Украины / Н.А. Саниахметова. – Одеса : Бахва, 1998. – 244 с.
12. Шмуклерман Б. Поняття концентрації суб'єктів господарювання / Б. Шмуклерман // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 9. – С. 44–46.
13. Дурицкий И. Правовые аспекты осуществления сделок слияний/поглощений / И. Дурицкий, Т. Липина // Бизнес. Бухгалтерия. – 1999. – № 19 (330). – С. 68–70.
14. Шиткина И.С. Корпоративное право : [учебник] / И.С. Шиткина. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 648 с.
15. Стахєєва Г.О. Правове регулювання концентрації підприємств в Європейському Союзі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Г.О. Стахєєва ; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2011. – 19 с.
16. Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання : затверджене розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.02.2002 р. № 33-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02.
17. Концентрація суб'єктів господарювання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/84989.
18. Авер'янов В.Б. Значення адміністративних процедур у реформуванні адміністративного права / В.Б. Авер'янов // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 3. – С. 8–14.
19. Галіцина Н.В. Адміністративна процедура як інститут адміністративного процесу / Н.В. Галіцина // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 163–177. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10gnviap.pdf.
20. Калінін Р.С. Сучасні підходи до визначення поняття та ознак адміністративних процедур / Р.С. Калінін // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 2. – С. 243–247. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pap.in.ua/2_2013/Kalinin.pdf.
21. Конституція України : прийнята Верховною Радою України 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
22. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15.
23. Порядок надання Кабінетом Міністрів України дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання : затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 28.02.2002 р. № 219 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/219-2002-%D0%BF.

Анотація

Філіпова Т. Л. **Процедура надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання як особливий різновид адміністративних процедур.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню процедури надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання на ринку як особливого різновиду адміністративних процедур, запропоновано її авторську дефініцію.

Ключові слова: адміністративна процедура, концентрація, суб'єкт господарювання, дозвіл на концентрацію.

Аннотация

Филиппова Т. Л. **Процедура получения разрешения на концентрацию субъектов хозяйствования как особая разновидность административных процедур.** – Статья.

Статья посвящена исследованию процедуры получения разрешения на концентрацию субъектов хозяйствования как особой разновидности административных процедур, предложена ее авторская дефиниция.

Ключевые слова: административная процедура, концентрация, субъект хозяйствования, разрешение на концентрацию.

Summary

Filipova T. L. **The procedure of giving permit for concentration of economic subjects as a specific kind of administrative procedures.** – Article.

The article is to research the procedure of giving permit for concentration of economic players as a specific kind of administrative procedures and offers the author definition for the procedure.

Key words: administrative procedure, concentration, economic subject, permits for concentration.

УДК 347.73

О. О. Крестьянникова

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ПРАВ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ

Формування в Україні соціальної, демократичної та правової держави передбачає не лише реалізацію прав та особистих свобод громадян, а й здійснення обов'язків, зокрема щодо сплати податків і зборів. З метою контролю за виконанням фізичними та юридичними особами покладених на них фінансових обов'язків держава будує спеціальну систему уповноважених державних органів, основним завданням яких є контроль за дотриманням податкового законодавства. На жаль, ми не можемо констатувати створення на сьогодні такої дієвої системи, яка пройшла, зокрема, досить значний шлях розвитку та реформування. Під час проведення адміністративної реформи та оптимізації роботи органів державної влади в 2013 році в Україні було створено Міністерство доходів і зборів як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовувалася й координувалася Кабінетом Міністрів України. Проте на сьогодні подальший правовий статус податкових органів не визначено, що призводить до низки проблем. Такі новації в податковій системі країни висувають на перший план проблеми захисту прав платників податків, сприяють викриттю латентних проблем реалізації протидії протиправним діям та рішенням податкових органів.

Основною функцією податків є фіскальна функція, тобто збір податків на користь держави. Загальновідомим є факт, що податки є найважливішою частиною та переважною складовою Державного бюджету України. Отже, значення податків у контексті цієї функції полягає в тому, що вони акумулюють фінансові ресурси держави, які дають їй змогу незмінно «функціонувати» та підтримувати обіг цих ресурсів для забезпечення стабільності економіки держави.

Питання захисту прав та законних інтересів платників податків досліджувалося в працях наступних вчених: Т.А. Єфанової [1], Д.І. Мулявки [2], Н.Л. Недодаєвої [3], С.А. Убогого [4], О.М. Федорчука [5]. Проте треба звернути увагу, що більшість праць цих учених були підготовлені до прийняття в 2010 році Податкового кодексу України, а отже, деякі проблеми, що розглядалися авторами, певним чином втратили свою актуальність, а деякі, навпаки, залишаються на провідних позиціях. Безумовно, саме на такі проблеми законодавець повинен звернути свою увагу, адже вони й досі залишаються неврегульованими, навіть після прийняття кодифікованого нормативно-правового акта.

Метою статті є аналіз прав та обов'язків платників податків, виявлення недоліків у механізмі їх реалізації з метою вироблення пропозицій щодо вдосконалення окремих положень Податкового кодексу України.

Конституція України в ст. 67 закріплює обов'язок сплати податків та зборів в порядку й розмірах, що встановлюються законом. Цей обов'язок є непорушним, за винятком умов воєнного чи надзвичайного стану, про що зазначає ст. 64 Конституції України, коли можуть встановлюватися певні обмеження на конкретно визначену групу прав та обов'язків [6]. С. А. Убогий зазначає, що таке положення Кон-

© О. О. Крестьянникова, 2014

ституції України повністю відповідає основним принципам міжнародного права. Так, ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини передбачено, що під час здійснення своїх прав людина може піддаватися лише таким обмеженням, які встановлені законом винятково з метою забезпечення належного визнання й поваги до прав і свобод інших, задоволення справедливих вимог моралі, суспільного порядку й загального добробуту в демократичному суспільстві [4, с. 81]. Цілком логічно С.А. Убогий далі пише, що надання податковим органам повноважень діяти владнозобов'язуючими методами під час стягування податків повинне бути правомірним у тому обсязі, в якому такі дії не порушують і не обмежують права й свободи людини, яка є вищою цінністю держави. У зв'язку з цим платнику податків як громадянину України гарантовано згідно зі ст. 55 Конституції України судовий захист від неправомірних дій посадових осіб податкових та інших державних органів [4, с. 81].

Не можна не звернути увагу на позитивний рух розвитку законодавства, що полягає в конкретизації прав та обов'язків платників податків, контролюючих органів, установленні відповідальності податкових та контролюючих органів. Інше питання, що обов'язків у платників податків більше, ніж у податкових органів, а прав менше. Н. Л. Недодаєва зазначає, що права суб'єктів підприємницької діяльності взагалі не систематизовані, а, головне – відсутній механізм їх реалізації [3, с. 43]. Податкове законодавство є відносно «новим», недосконалим та нестабільним, це призводить до випадків неправомірного донарахування податкових зобов'язань, примусового стягнення податків, застосування фінансових санкцій і накладення адміністративних стягнень на платників податків. У зв'язку з цим надання платникам податків гарантій захисту їхніх прав у суді або в адміністративному порядку (звернення до вищого податкового органу шляхом подання заяви або скарги) є необхідною умовою демократичної держави та податкової системи.

Зустрічаються непоодинокі випадки притягнення платників податків до фінансової відповідальності за неправильне розуміння норм Податкового кодексу України, у тому числі контролюючими органами. Більше того, наразі анулювання реєстрації платника податку на додану вартість стає ефективною зброєю в руках податкового органу. Достатньо невеликого формального або навіть «фіктивного» порушення з боку платника, а іноді – специфічного тлумачення норм чинного законодавства з боку податкового органу для прийняття рішення про анулювання реєстрації платника ПДВ, що часто своїми економічними наслідками може заподіяти платникові значної шкоди. Таке рішення шкодить не лише платникові ПДВ, а й його контрагентам, чиї податкові зобов'язання підлягають відповідному коригуванню. Досить яскраво ілюструє існування такої проблеми випадок, що стався на початку 2013 року в Сумській області. Великий сільськогосподарський товаровиробник, який здійснював свою діяльність на території трьох районів області, в одному з районів недоплатив фіксований сільськогосподарський податок на суму 3 грн 60 коп. Насправді ж податкова служба того району формально домовилася з бухгалтерію платника сплачувати податок без переплат, попередньо погоджуючи його суму (знову ж таки – усно) з податковою. Існує думка, що й податківці, і бухгалтер помилилися: 3 грн 60 коп. були зараховані із запізненням – у перший банківський день 2013 року, хоча списання з рахунку було здійсне-

но в останній банківський день 2012 року. Таким чином, контролюючі органи справді отримали формальне право позбавити статусу платника фіксованого податку велике сільськогосподарське підприємство у зв'язку з виникненням у нього на 1 день нового податкового періоду податкового боргу – 3 грн. 60 коп. При цьому в іншому районі в цього ж підприємства існувала переплата фіксованого податку, що, безперечно, перекривала суму боргу, отже, податкового боргу реально не було (це доводиться судовою практикою з таких справ) [7].

На жаль, це не єдиний випадок притягнення до відповідальності платників податку на підставі суперечливого й неоднакового тлумачення норм Податкового кодексу України, а також свавілля податкових органів. На нашу думку, доцільним було б певне ускладнення процедури анулювання реєстрації платника податку, зокрема, вбачається правильним віднести це питання до компетенції суду, який має об'єктивно, неупереджено розглядати всі обставини справи в сукупності. Також логічним є встановлення граничного максимального розміру боргу, існування якого надасть податковим органам можливість звернення до суду, адже борг розміром до 10 грн. (як зазначено в прикладі) не є суттєвим та, на жаль, навряд чи стабілізує економіку держави або значно поповнить Державний бюджет України.

Н. Л. Недодаєва та Т. А. Єфанова однією з актуальних проблем щодо питання захисту прав платників податків (не лише сьогодення, а й уже минулих років) визначають залишення скарги платника податку без розгляду в разі подання ним оскарження на податкове повідомлення [3, с. 42; 1, с. 56]. Закон України «Про звернення громадян» у ст. 8 визначає деякі випадки звернень, що не підлягають розгляду та вирішенню: повторні звернення одним і тим же органом від одного й того ж громадянина з одного й того ж питання, якщо перше вирішено по суті, а також ті звернення, терміни розгляду яких передбачено ст. 17 цього закону, та звернення осіб, визнаних судом недієздатними, а також письмове звернення без зазначення місця проживання, не підписане автором (авторами), а також таке, з якого неможливо встановити авторство [8]. Найбільші суперечності виникають саме щодо можливості державних органів не вирішувати або залишити без розгляду повторні звернення, проте за умови, що таке питання було вирішено по суті. На жаль, як свідчить практика, не завжди вирішення питання по суті може бути якісним та взагалі існувати як таке, тобто не бути номінальним. На нашу думку, повторне звернення людини сигналізує про потребу в новому розгляді проблеми (в цьому випадку оскарження), її остаточному вирішенні. Не завжди податкові органи сумлінно виконують покладені на них обов'язки. Отже, може бути запропоновано такі варіанти вирішення цього питання: надати можливість платникам податків повторно звертатися до податкових органів та зобов'язати податкові органи розглядати такі оскарження або, знову ж, передати можливість оскарження платниками податків податкового повідомлення до компетенції суду, адже згідно зі ст. 55 Конституції України судовий захист від неправомірних дій посадових осіб податкових та інших державних органів гарантовано кожній особі й платникам податків як громадянам України.

Також одним із дискусійних питань сьогодення є проблема відшкодування шкоди та збитків платникам податків, завданих неправомірними діями чи бездіяльністю податкових органів. Податковим кодексом України передбачено відшкодуван-

ня шкоди або збитків з коштів Державного бюджету України. Серед науковців існує думка про створення окремої складової частини Державного бюджету України саме для коштів, що необхідні для відшкодування шкоди платникам податків [9]. Як зазначає Н. Л. Недодаєва з цього приводу, таке новоутворення в Державному бюджеті України може призвести до зайвих навантажень на нього. Натомість вчений пропонує відшкодування збитків, заподіяних податковими органами здійснювати за рахунок податкового боргу платників за його наявності або взаємозаліку за наступним податковим надходженням платників податків, що потребує розробки детального механізму заліку платежів, переліку податків і граничних строків взаємозаліків [3, с. 44]. Таке зауваження вбачається більш доцільним, адже подібні новації в структурі Державного бюджету Україні, на жаль, зараз не можуть визнаватися позитивним рухом саме в умовах сучасної економіки.

Ще однією проблемою у сфері захисту прав платників податків є відсутність закріпленого в чинному податковому законодавстві переліку обставин, які пом'якшують чи скасовують відповідальність платників податків. Безумовно, податкові відносини є важливими з точки зору формування бюджетів та, відповідно, формування державної фінансової політики. Вбачається, що на практиці мають місце певні обставини, які змушують платників податків не виконувати чи виконувати неналежним чином свій податковий обов'язок. Зважаючи на загальнообов'язковість та важливість таких відносин, вважаємо за доцільне визначити в законодавстві обставини, які лише пом'якшують відповідальність платників податків (наприклад, учинення правопорушення контрагентом, що спричиняє негативні наслідки у формі пропущення строків виконання податкового обов'язку).

Викликає певний інтерес питання порівняльного аналізу інституту захисту прав платників податків зарубіжних країн. У багатьох країнах Європи закріплено принципи справедливості та відкритості в податковому законодавстві [10, с. 38]. Стаття 4 Податкового кодексу України визначає основні засади податкового законодавства, однак принцип справедливості та відкритості жодним чином не оговорюється. Принцип справедливості й відкритості є одним із фундаментальних, адже на ньому ґрунтується сутність демократичної держави, що полягає в рівності народу та державних органів перед законом. Вбачається, що таке законодавче формулювання певним чином обмежує платників податків на доступ до вільного користування й «вивчення» своїх прав та обов'язків. Отже, вважаємо за доцільне включення до ст. 4 Податкового кодексу України як однієї із засад принципу справедливості та відкритості податкового законодавства.

Треба зазначити, що в Україні відзначається достатньо великий відсоток позовів щодо стягнення невиплачених податків чи їх частин у малих обсягах (близько 8 тисяч). Судові позови в США за справами про несплату або недоплату податків порушуються лише тоді, коли мова йде про велику суму або несплати мають регулярний характер, проте більше ніж 90 відсотків таких справ закінчуються судимістю обвинувачених [11, с. 123]. Також у США під час ревізії податкової декларації Служба внутрішніх доходів повинна подати платнику податків письмовий документ із викладенням його прав та обов'язків. Платники податків мають право під час попереднього повідомлення співробітників Служби внутрішніх доходів робити

магнітофонний запис усіх переговорів з офіційними представниками податкового відомства в ході ревізії. Крім того, платник податків може доручити ведення переговорів адвокату. Якщо Служба внутрішніх доходів має намір вдатися до примусового відчуження частини власності платника податку для погашення заборгованості з податків, платник повинен отримати письмове повідомлення не пізніше, ніж за 30 днів [11, с. 124].

Не менш цікавим є також досвід Іспанії. Персонал податкової служби поділяється на інспекторів та податкових агентів. Податкові інспектори мають досить широкі повноваження, навіть право знижувати штрафні санкції до 50 пунктів за співробітництво під час прийняття рішень за результатами перевірок. Податковий агент повинен мати середню спеціальну освіту, він виконує менш кваліфіковану роботу – перевірку фактів, добір інформації тощо [12, с. 54].

Таким чином, аналіз чинного податкового законодавства, існуючої практики відносин між платниками податків та податковими органами, а також аналіз досвіду зарубіжних країн щодо врегулювання деяких питань зазначеної теми свідчить про те, що податкове законодавство України потребує вдосконалення саме в контексті захисту прав платників податків. Зокрема, запропоновано ускладнити процедуру анулювання в якості платника ПДВ через суд, запровадити систему взаємозаліку за виникнення податкового боргу, закріпити перелік обставин, які пом'якшують чи скасовують фінансову відповідальність. Податкова система України в цілому зможе нормально функціонувати лише тоді, коли платник податків стане рівноправним партнером держави, прагнутиме добровільно сплачувати податки й виконувати покладені на нього обов'язки.

Література

1. Єфанова Т. А. Оскарження податкових рішень повідомлень в адміністративному порядку / Т. А. Єфанова // Юридичний журнал. – 2009. – № 8. – С. 56–59.
2. Мулявка Д. Практика розгляду скарг платників податків в органах ДПС України / Д. Мулявка // Збірник наукових праць Національної академії ДПС України. – 2010. – № 4. – С. 160–168.
3. Недодаєва Н.Л. Проблемні питання захисту прав платників податків / Н.Л. Недодаєва // Вісник ІЕПД НАН України. – 2011. – № 1. – С. 42–45.
4. Убогий С.А. Проблеми судового захисту прав та свобод платників податків / С.А. Убогий // Право України: теорія і практика. – 2010. – № 4. – С. 81–84.
5. Федорчук О.М. Розгляд скарг платників податків органами Державної податкової служби як відображення стану розвитку громадянського суспільства / О.М. Федорчук // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації професійних спілок України. Серія: «Право та державне управління». – 2011. – № 3. – С. 144–149.
6. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
7. Гетманцев Д. Як захистити підприємця від свавілля податківця / Д. Гетманцев [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gazeta.dt.ua/business/yak-zahistiti-pidpriyemcya-vid-svavillya-podatkivcya-_.html.
8. Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 256.
9. Прядко Д. Платнику потрібен статус / Д. Прядко // Юридичний журнал. – 2003. – № 11. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=889.
10. Пришва Н. Ю. Податкове право : [навч. посібник] / Н. Ю. Пришва. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 368 с.
11. Гега П.Т. Правовий режим оподаткування в Україні / П.Т. Гега. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – 143 с.
12. Кириенко Н. Налоговая система Испании / Н. Кириенко //Вестник налоговой службы Украины. – 1999. – № 47. – С. 52–58.

Анотація

Крестьянникова О. О. **Окремі аспекти захисту прав платників податків.** – Стаття.

Статтю присвячено аналізу окремих прав та обов'язків платників податків, що закріплені в чинному законодавстві, та висвітленню деяких проблем, які зустрічаються під час реалізації їх прав.

Ключові слова: податковий обов'язок, платник податків, скарга платника податку, відшкодування збитків.

Аннотация

Крестьянникова О. А. **Некоторые аспекты защиты прав плательщиков налогов.** – Статья.

Статья посвящена анализу отдельных прав и обязанностей налогоплательщиков, закрепленных в действующем налоговом законодательстве, и освещению некоторых проблем, которые возникают при их реализации.

Ключевые слова: налоговая обязанность, налогоплательщик, жалоба плательщика налогов, возмещение убытков.

Summary

Krest'yannikova O. A. **Some aspects of tax payers' rights protection.** – Article.

Article to the посвячена analysis of separate rights and duties of the taxpayers, envisaged in a current tax legislation and to illumination of some problems that arise up during their realization.

Key words: tax obligation, financial responsibility, complaint of payer of taxes, reimbursement of losses.

УДК 342.95.(088.24)(476)

В. В. Чумак

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИМУСУ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ ЛІЦЕНЗІЙНО-ДОЗВІЛЬНОЇ СИСТЕМИ В РЕСПУБЛІЦІ БІЛОРУСЬ

Постановка проблеми. Під ліцензійно-дозвільною системою в широкому значенні слід розуміти закріплений у правових нормах порядок, що передбачає обов'язковість отримання від уповноважених державних органів ліцензій (дозволів) на здійснення певних дій або отримання певних правочинів підприємствами, установами, об'єднаннями чи окремими громадянами. Ліцензійно-дозвільна система має поширення в розгалуженій сфері суспільних відносин. Так, в області державної таємниці ліцензовано діяльність підприємств, установ та організацій із проведення робіт, пов'язаних із використанням відомостей, що становлять державну таємницю, створенням засобів захисту інформації, а також зі здійсненням заходів та наданням послуг щодо захисту державної таємниці; у сфері обігу спеціальних технічних засобів урегульовано діяльність фізичних та юридичних осіб, що пов'язана з розробкою, виробництвом, реалізацією, придбанням із метою продажу технічних засобів для негласного отримання інформації.

Ліцензійно-дозвільна система посідає важливе місце в охороні громадського порядку й безпеки.

Республіка Білорусь, враховуючи особливості ліцензійно-дозвільної системи у сфері діяльності, пов'язаної зі зброєю та боєприпасами до неї, наділяє органи внутрішніх справ відповідною компетенцією, що дозволяє їх працівникам оперативно вирішувати питання застосування заходів адміністративного примусу без отримання санкцій на це в кожному конкретному випадку. У законах і підзаконних нормативних актах передбачено зміст цих заходів, їх цілі, підстави та порядок застосування [1, с. 91].

© В. В. Чумак, 2014

Аналіз останніх досліджень. Теоретичну базу статті становлять наукові надбання багатьох білоруських учених і науковців з інших країн.

Серед них можна насамперед виділити Д.М. Бахраха, В.Т. Болотніка, В.Ф. Єрмоловича, О.В. Кутіліна, І.І. Маха, С.В. Пчелінцева, В.О. Рябоволова, Л.К. Фармагея, В.Б. Шабанова, С.Д. Хазанова та інших.

Наукові праці вказаних учених присвячені різним проблемним питанням ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь, однак у них бракує комплексного, системного наукового аналізу правових підстав та порядку застосування заходів адміністративного примусу за порушення правил ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь.

Метою статті є визначення правових підстав та порядку застосування заходів адміністративного примусу за порушення правил ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь.

Виклад основного матеріалу. Зміст заходів адміністративного примусу полягає в заподіянні особі певної моральної чи матеріальної шкоди, обмеженні її особистих або майнових прав.

Цю властивість заходів примусу використовують для досягнення таких цілей: попередження правопорушень у сфері ліцензійно-дозвільної системи; попередження (припинення) можливих правопорушень і настання небезпечних для суспільства наслідків (наприклад, вилучення мисливської рушниці в особи, яка зловживає спиртними напоями); покарання осіб, винних у вчиненні порушень правил ліцензійно-дозвільної системи.

Виходячи з цілей забезпечення дотримання правил ліцензійно-дозвільної системи та специфіки правопорушень, що виникають при цьому, заходи адміністративного примусу можна поділити на адміністративно-попереджувальні, адміністративного припинення, адміністративного стягнення [1, с. 93].

Визнаючи право законослухняних громадян, наприклад, на володіння зброєю та її застосування в цілях самооборони, полювання й занять спортом, водночас не можна не визнавати права держави в особі її компетентних органів на контроль за обігом зброї.

Найбільш часто зустрічаються адміністративно-запобіжні заходи. Їм властива чітко виражена профілактична спрямованість: не допустити можливості порушення й настання тяжких наслідків. Вони практикуються під час додаткового обстеження приміщення, перед видачею дозволу на відкриття об'єкта (наприклад, склад для зберігання вибухових речовин), у разі перевірки осіб, допущених до певних робіт із дозвільної системи.

Специфічна риса адміністративно-запобіжних заходів полягає в тому, що їх застосування не вимагає факту порушення правил ліцензійно-дозвільної системи. Вони застосовуються працівниками міліції до відповідних осіб у разі відсутності в їх поведінці протиправних дій і провини, тому позбавлені характеру адміністративної кари. Наприклад, співробітниками ліцензійно-дозвільної системи не допускається до роботи гравера комбінату побутового обслуговування громадянин, який раніше притягувався до кримінальної відповідальності за порушення валютних операцій.

Заходи адміністративного припинення повинні забезпечувати нормальне функціонування об'єктів дозвільної системи шляхом усунення порушень зацікав-

лениими особами правил відкриття та роботи об'єктів, а також зберігання предметів і речей, щоб запобігти можливості використання їх у злочинних цілях, тим самим забезпечивши громадський порядок та особисту безпеку громадян [1, с. 94].

Грубі порушення правил ліцензійно-дозвільної системи (відсутність дозволу органів внутрішніх справ на відкриття об'єкта, придбання зброї, відсутність умов, що забезпечують безпеку роботи об'єкта, тощо) мають негайно припинятися. Нормативні акти надають органам внутрішніх справ право призупиняти та навіть забороняти функціонування об'єктів дозвільної системи.

Припинення як самостійна адміністративно-правова примусова дія можливе лише за неправомірності діянь порушника, слугує їх усуненню, проте не має характеру адміністративної кари. Однак ця обставина не виключає можливості пізніше вирішувати питання про притягнення правопорушників до адміністративної відповідальності та їх покарання. Тому окремі види порушень правил ліцензійно-дозвільної системи за своєю тяжкістю віднесено законодавцем до адміністративних правопорушень.

Стаття 2.1 Кодексу про адміністративні правопорушення (КпАП) Республіки Білорусь, визначаючи поняття адміністративного правопорушення, встановлює: «Адміністративним правопорушенням визнається протиправне, винне (умисне або необережне), а також таке, що характеризується іншими ознаками, передбаченими Кодексом, діяння (дія або бездіяльність), за яке встановлено адміністративну відповідальність» [2].

На підставі названої норми адміністративним правопорушенням у галузі ліцензійно-дозвільної системи визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія (бездіяльність), що посягає на громадський або встановлений порядок управління, нормальну роботу підприємств торгівлі та за яку законодавством передбачено адміністративну відповідальність.

Основними елементами, що складають це поняття, є об'єкт, суб'єкт, об'єктивна та суб'єктивна сторони.

Об'єктом правопорушень у сфері дозвільної системи виступають громадський порядок, установлений порядок (придбання, реєстрація, носіння, зберігання або передача гладкоствольної мисливської рушниці, реєстрація чи перереєстрація нарізної зброї; відкриття поліграфічних і штемпельно-граверних підприємств, підприємств торгівлі зброєю, стрільбищ, тирів; придбання, збут, використання, облік і зберігання боєприпасів тощо) та нормальна робота підприємств торгівлі (порядок продажу вогнепальної гладкоствольної мисливської зброї).

Об'єктивна сторона правопорушень у сфері ліцензійно-дозвільної системи виражається в дії (бездіяльності), наприклад, стрільба в населених пунктах – це дія, а несвоєчасна перереєстрація мисливської рушниці – бездіяльність.

Суб'єктом адміністративних правопорушень у сфері ліцензійно-дозвільної системи відповідно до ст. 4.3 КпАП Республіки Білорусь може бути визнано осудну особу, яка досягла 16-річного віку. За окремими правопорушеннями, відповідно до ст. 12.7 «Незаконна підприємницька діяльність» КпАП Республіки Білорусь (наприклад, порушення порядку продажу вогнепальної зброї, порушення правил

відкриття поліграфічних і штемпельно-граверних підприємств тощо), суб'єктом адміністративного правопорушення може бути індивідуальний підприємець або юридична особа [2].

Суб'єктивна сторона адміністративних правопорушень у сфері ліцензійно-дозвільної системи виражається у формі умислу або необережності.

Адміністративне правопорушення визнається учиненим умисно, якщо його суб'єкт усвідомлював протиправний характер своєї дії (або бездіяльності), передбачав можливість і бажав (або свідомо допускав) настання її шкідливих наслідків (прикладом може бути продаж працівниками підприємств торгівлі мисливської рушниці та боєприпасів до неї громадянину, який не мав дозволу органів внутрішніх справ та мисливського квитка).

Учиненим із необережності визнається адміністративне правопорушення, якщо суб'єкт не передбачав можливості настання шкідливих наслідків своєї дії (або бездіяльності), хоча повинен був і міг передбачити або передбачав, проте легковажно розраховував на їх запобігання. Таким може бути, наприклад, порушення порядку зберігання відомчої зброї та боєприпасів до неї [1, с. 94].

Порушення адміністративно-правової норми ліцензійно-дозвільної системи об'єктивно приводить у дію її захисний механізм, тобто санкцію, яка із загрози може перетворитися на реальне покарання в разі обтяження дії невигідними наслідками. У тих випадках, коли норма порушена і в діях порушника вбачається склад адміністративного проступку, настає адміністративна відповідальність. Залучення до неї полягає в покаранні винного шляхом накладення на нього адміністративного стягнення.

За порушення правил і норм ліцензійно-дозвільної системи можуть накладатися такі адміністративні стягнення: попередження, штраф, позбавлення права займатися певною діяльністю, конфіскація доходу, отриманого внаслідок незаконної діяльності, стягнення вартості предмета адміністративного правопорушення.

Зазначені заходи можуть застосовуватися в якості як основних заходів (попередження, штраф), так і додаткових (оплатне вилучення, конфіскація).

Адміністративні стягнення застосовуються лише у випадку, якщо дія (бездіяльність) не носить характеру кримінально караного діяння та точно відповідає ознакам, передбаченим правовим актом для визначення тих його видів, які віднесено законодавцем до правопорушень.

Розглянемо деякі адміністративні правопорушення в галузі ліцензійно-дозвільної системи.

Стрільба з вогнепальної зброї в населеному пункті або в місці, не призначеному для стрільби (ст. 17.2 КпАП Республіки Білорусь) [2].

Об'єктом посягання в цьому випадку є громадський порядок і певною мірою безпека громадян. Стрільби спортивні, навчальні та тренувальні мають проводитися в суворо відведених місцях (тир, стрільбище, спортивні стрілецькі споруди та інші спеціально обладнані місця, на облаштування й утримання яких органами внутрішніх справ видається дозвіл). Не потрібно дозволу на проведення стрільб на військових полігонах і стрільбищах Міністерства оборони, Міністерства внутрішніх справ, Комітету державної безпеки та інших збройних формувань республіки.

Об'єктивну сторону правопорушення складають дії винного з організації стрільби на невідведених для цього об'єктах або безпосереднє відкриття вогню у громадських місцях.

Суб'єктивна сторона характеризується умисною виною.

Суб'єкт правопорушення – особа, яка досягла 16-річного віку, у тому числі юридична особа.

Порушення правил поводження з вогнепальною зброєю, вибухонебезпечними, легкозаймистими, їдкими речовинами або піротехнічними виробами (ст. 23.48 КпАП Республіки Білорусь) [2]. Порушення названих правил може призвести не лише до втрати зброї та боєприпасів, а й до скоєння небезпечних злочинів особами, які ними заволоділи.

Об'єктом правопорушення є встановлений порядок управління та громадська безпека.

Об'єктивна сторона правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 23.48 КпАП Республіки Білорусь, характеризується дією (або бездіяльністю), що спрямована на порушення встановлених правил обліку, зберігання, використання, перевезення чи пересилання вогнепальної зброї, боєприпасів, зазначених речовин або виробів громадянами та посадовими особами, які мають дозвіл органів внутрішніх справ.

Під правилами зберігання слід розуміти перелік таких умов, які в разі їх дотримання забезпечували б схоронність зброї та боєприпасів і виключали доступ до них сторонніх осіб.

Об'єктивна сторона правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 23.48 КпАП Республіки Білорусь, характеризується діями, названими в ч. 1 ст. 23.48, проте вчиненими цими ж особами повторно протягом одного року після накладення адміністративного стягнення за таке ж порушення.

Суб'єкт правопорушення – осудна особа, яка досягла 16-річного віку.

Адміністративне стягнення передбачене за ч. 1 ст. 23.48 КпАП Республіки Білорусь у вигляді попередження або штрафу в розмірі до 10 базових величин. Порушення встановлених правил за ч. 2 цієї норми тягне за собою накладення штрафу в розмірі від 10 до 15 базових величин із конфіскацією предмета адміністративного правопорушення чи без конфіскації або позбавлення спеціального права з конфіскацією предмета адміністративного правопорушення чи без конфіскації [2].

Порушення строків реєстрації (перереєстрації) вогнепальної чи газової зброї або правил постановки його на облік (ст. 23.49 КпАП Республіки Білорусь). Відповідно до цих правил зброю реєструють в органах внутрішніх справ протягом місяця з дня придбання та перереєструють після закінчення трирічного строку дії дозволу [2].

У разі зміни місця проживання власник зброї зобов'язаний подати до міськрайоргану за місцем прописки заяву із зазначенням своєї нової адреси та під час поселення в 10-денний термін поставити зброю на облік.

Об'єкт посягання в цьому випадку – нормальна діяльність органів управління, які здійснюють нагляд за дотриманням даних, що дійсні протягом трьох місяців від дня видачі.

З об'єктивного боку правопорушення проявляється в ігноруванні дій установленого компетентними органами порядку продажу вогнепальної гладкоствольної мисливської зброї.

Суб'єкт – спеціальний (працівник торгівлі), як правило, матеріально відповідальна особа, яка досягла 16-річного віку, осудна й має допуск до роботи на об'єктах дозвільної системи.

Ухилення від реалізації вогнепальної зброї або боєприпасів (ст. 23.50 КпАП Республіки Білорусь). У разі порушення громадянами встановлених правил поводження зі зброєю органами внутрішніх справ може бути прийнято рішення про анулювання в цих осіб дозволу на їх зберігання. У цьому випадку громадяни зобов'язані реалізувати (продати) наявну в них вогнепальну зброю та боєприпаси до неї. Вчинення особою, в якої анульовано дозвіл на зберігання вогнепальної зброї або боєприпасів, ухилення від обов'язкової реалізації тягне за собою накладення штрафу в розмірі від двох до чотирьох базових величин [2].

Установка на цивільній чи службовій зброї пристосування для безшумної стрільби або прицілу (прицільного комплексу) нічного бачення (ст. 23.51 КпАП Республіки Білорусь). У разі порушення громадянами цього правила використання зброї (за винятком установки прицілів для полювання) органи внутрішніх справ мають право застосовувати до цих осіб накладення штрафу в розмірі від 20 до 25 базових величин із конфіскацією пристрою для безшумної стрільби або прицілу (прицільного комплексу) нічного бачення [2].

Висновки. Аналіз викладеного дозволяє дійти висновку, що основне призначення ліцензійно-дозвільної системи у сфері охорони правопорядку й безпеки полягає в тому, щоб попередити неправомірне використання відповідних предметів, не допустити недозволених дій.

Заходи щодо здійснення ліцензійно-дозвільної системи допомагають певною мірою запобігти вчиненню більш тяжких злочинів, таких як убивство, розбійне розкрадання, терористичний акт, вибух, радіоактивне зараження, отруєння тощо, тому своєчасне виявлення порушень правил ліцензійно-дозвільної системи, насамперед у сфері діяльності, пов'язаної зі службовою та громадянською зброєю й боєприпасами до неї, а також залучення до відповідальності винних у них осіб є найважливішими завданнями органів внутрішніх справ.

Вивчення досвіду Республіки Білорусь із питань правового регулювання ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь заслуговує на увагу з метою вдосконалення діяльності й подальшого розвитку ліцензійно-дозвільної системи в Україні.

Література

1. Ермолович В.Ф. Административно-правовые режимы Республики Беларусь : [учебник] / под общ. ред. В.Ф. Ермоловича. – Минск : Академия МВД, 2013. – 291 с.
2. 2 Об административных правонарушениях : кодекс Республики Беларусь от 21 апреля 2003 г. № 194-З [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravo.levonevsky.org/kodeksby/koapnev/20130317/index.htm.

Анотація

Чумак В. В. **Правове регулювання застосування заходів адміністративного примусу за порушення правил ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь.** – Стаття.

Статтю присвячено комплексному, системному науковому аналізу правових підстав та порядку застосування заходів адміністративного примусу за порушення правил ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь. Визначено правові підстави застосування заходів адміністративного примусу за порушення правил ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь.

Ключові слова: правове регулювання, ліцензійно-дозвільна система, адміністративний примус, порушення, стаття, Республіка Білорусь.

Аннотация

Чумак В. В. **Правовое регулирование применения мер административного принуждения за нарушение правил лицензионно-разрешительной системы в Республике Беларусь.** – Статья.

Статья посвящена комплексному, системному научному анализу правовых оснований и порядка применения мер административного принуждения за нарушение правил лицензионно-разрешительной системы в Республике Беларусь. Определены правовые основания применения мер административного принуждения за нарушение правил лицензионно-разрешительной системы в Республике Беларусь.

Ключевые слова: правовое регулирование, лицензионно-разрешительная система, административное принуждение, нарушения, статья, Республика Беларусь.

Summary

Chumak V. V. **Legal regulation of the use of administrative enforcement actions for violation of licensing system in Belarus.** – Article.

The article deals with the complex, systematic scientific analysis of the legal basis and the application of administrative enforcement actions for violation of the license-permit system in Belarus. Defined legal grounds for the application of administrative enforcement for violations of licensing-permit system in Belarus.

Key words: regulation, licensing and permit system, administrative enforcement, breach, article, Belarus.

УДК 349.2

А. О. Беспалова

АДМІНІСТРАТИВНИЙ АРЕШТ МАЙНА ЯК ВИНЯТКОВИЙ СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

Стаття 67 Конституції України встановлює, що кожен зобов'язаний сплачувати податки й збори в порядку та розмірах, встановлених законом [1, ст. 67]. Тому застосування примусових способів забезпечення виконання податкового обов'язку є тим інструментом, який забезпечує реалізацію цієї норми.

За справедливим висловом Н.А. Саттарової, поклавши на учасників податкових правовідносин ряд зобов'язань, держава має право здійснювати контроль та вимагати безумовного їх виконання і перш за все, обов'язку сплачувати податки та збори в повному обсязі. Для цього за уповноваженими державою органами законодавець закріплює право в необхідних випадках застосовувати заходи, які забезпечують виконання обов'язку зі сплати податків та зборів [2, с. 182]. Такими заходами виступають способи забезпечення виконання податкового обов'язку, які покликані обмежити майнові права платників податків. За слушним висловом Д.Н. Сафіулліна, існує якісна межа у фінансових взаємовідносинах держави з власником, за лінією якої останній перестає бути таким [3, с. 14].

Згідно з Податковим кодексом України (далі – ПК України) ще одним із способів забезпечення виконання податкового обов'язку є адміністративний арешт майна. Відповідно до ст. 94 ПК України адміністративний арешт майна платника податків (далі – арешт майна) є винятковим способом забезпечення виконання платником податків його обов'язків, визначених законом [4, ст. 94]. Оскільки таке визначення не розкриває основну сутність зазначеної правової категорії, звернемось до дефініцій, наданих науковцями.

© А. О. Беспалова, 2014

Так, А.В. Дьомін зазначає, що арешт майна – це дія податкового або митного органу із санкції прокурора з тимчасового обмеження права власності платника податку (податкового агента) у відношенні до його майна для забезпечення виконання рішення про стягнення податку [5, с. 197].

П.Н. Федотов розглядає адміністративний арешт майна як несанкціонований правовий засіб, який не дає підсумкову оцінку правопорушенню та виступає забезпечувальним, несамостійним засобом. Такий висновок вчений робить, виходячи з того, що припинення бездіяльності у вигляді невиконання податкового обов'язку у встановлений законом строк є хрупкою юридичною конструкцією [6]. Однак вважаємо таке визначення несправедливим, оскільки відомо, що порушення податкового законодавства може виражатись як у формі дії, так і бездіяльності.

С.П. Позняков розглядає адміністративний арешт майна не тільки як спосіб забезпечення погашення податкового боргу (недоїмки) громадян, але й як засіб запобігання вчиненню та припинення адміністративних і фінансових правопорушень із боку податкових боржників, пов'язаних із невиконанням ними своїх податкових обов'язків, протидії вчинення тіньових проявів тощо [7, с. 120]. Арешт активів є забезпечувальним, запобіжно-припинювальним заходом адміністративного примусу, який за своїми функціональними можливостями не тільки включає функції податкової застави (можливість застосування п'яти видів арешту активів), але й дозволяє вирішувати більш широкий спектр питань правозахисту, правозабезпечення, правовиконання [7, с. 171].

Проаналізувавши погляди науковців щодо сутності адміністративного арешту майна, Р.В. Стецко наводить досить вдале визначення, згідно з яким адміністративний арешт розуміється як правообмеження, що полягає в накладенні на платника податків системи обов'язків, які тимчасово позбавляють його можливості реалізації прав власності на майно, з метою запобігання неналежній поведінці платників податків і забезпечення виконання платником податків його обов'язків, визначених законом [8, с. 130].

Цікавою є думка Ю.А. Крохіної, яка вважає припинення операцій на рахунках в банку та накладення арешту на майно платника податку допоміжними, неосновними способами забезпечення виконання податкового обов'язку. Такий висновок можна зроби, виходячи з твердження вченого про те, що виконання податкового обов'язку забезпечується заставою майна, порукою та пенею. Припинення операцій на рахунках в банку та накладення арешту на майно платника податків гарантують виконання рішення податкового органу про стягнення податку. Ю.А. Крохіна виокремлює зазначені заходи в окрему групу – способи забезпечення виконання рішення про стягнення податку [9, с. 291].

Слід також дослідити, коли саме допускається застосування виняткового способу забезпечення виконання податкового обов'язку. Пункт 94.2. ст. 94 ПК України встановлює перелік підстав застосування адміністративного арешту майна платників податків [4]. Однак, як вбачається зі змісту ПК України, існують також інші підстави застосування адміністративного арешту. Так, відповідно до пп. 20.1.9. п. 20.1. ст. 20 ПК України [4], контролюючі органи мають право вимагати під час проведення перевірок від платників податків, що перевіряються, проведення інвентаризації

основних засобів, товарно-матеріальних цінностей, коштів, зняття залишків товарно-матеріальних цінностей, готівки. У разі відмови платника податків (його посадових осіб або осіб, які здійснюють готівкові розрахунки та/або провадять діяльність, що підлягає ліцензуванню, патентуванню та/або сертифікації) від проведення такої інвентаризації або ненадання для перевірки документів, їх копій (за умови наявності таких документів) застосовуються заходи, передбачені ст. 94 ПК України [4]. Неузгодженість норм податкового законодавства з приводу цього питання не вирішило й затвердження Міністерством доходів і зборів України «Порядку застосування адміністративного арешту майна платника податків». Так, п. 3.1. зазначеного порядку [10] серед підстав застосування адміністративного арешту передбачає, зокрема, відмову платника податків (його посадових осіб або осіб, які здійснюють готівкові розрахунки та/або провадять діяльність, що підлягає ліцензуванню та/або патентуванню) від проведення інвентаризації основних засобів, товарно-матеріальних цінностей, коштів (зняття залишків товарно-матеріальних цінностей, готівки), передбаченої пп. 20.1.9 п. 20.1 ст. 20 розділу I ПК України [4], або ненадання для перевірки документів, їх копій (за умови наявності таких документів). Однак зазначена підстава не передбачена ст. 94 ПК України [4], що спричинило негативну реакцію як в наукових колах, так і на практиці. У свою чергу Вищий адміністративний суд України в ухвалі від 18.10.2012 р. зі справи № К/9991/48816/11 розглядає ненадання платником податків документів контролюючому органу під час проведення перевірки як відмову від проведення останньої [11]. Враховуючи той факт, що адміністративний арешт є винятковим способом забезпечення виконання платником податків його обов'язків, визначених законом, вважаємо, що в ст. 94 ПК України слід встановити вичерпний перелік підстав застосування до адміністративного арешту шляхом доповнення підставами, що містяться в пп. 20.1.9 п. 20.1. ст. 20 ПК України [4]. Така новація дозволить виключити будь-яку плутанину та неузгодженість під час застосування зазначеного примусового способу забезпечення виконання податкового обов'язку.

Слід також звернути увагу на те, що пп. 20.1.32. та пп. 20.1.33. п. 20.1. ст. 20 ПК України передбачає право контролюючих органів звертатися до суду щодо зупинення видаткових операцій на рахунках платника податків шляхом накладення арешту на цінні папери та/або кошти та інші цінності такого платника податків, що знаходяться в банку [4]. Однак такий арешт не є тотожним адміністративному арешту, передбаченому ст. 94 ПК України, оскільки зазначені норми регулюють інше коло суспільних відносин, а саме питання накладення арешту виключно на кошти платника податків та інші цінності, що знаходяться в банках, причому в специфічній ситуації за відсутності достатнього для погашення податкового боргу майна [12].

Процедура накладення адміністративного арешту майна є також суперечливою. У Російській Федерації накладення адміністративного арешту податковим або митним органом можливо лише із санкції прокурора [13]. У Грузії взагалі достатньо рішення податкового органу, арешт може бути накладений без рішення суду [14, ст. 241]. У Республіці Білорусь рішення про накладення арешту приймається керівником (його заступником) податкового або митного органу у формі постанови про накладення арешту на майно, однак для арешту майна,

яке знаходиться в помешканні фізичної особи, необхідна також санкція прокурора [15]. В Україні процедура накладення адміністративного арешту майна має певні особливості. Аналіз норм чинного податкового законодавства, зокрема п. 94.4. ст. 94 ПК України, за яким «арешт може бути накладено контролюючим органом на будь-яке майно платника податків, крім майна, на яке не може бути звернено стягнення відповідно до закону, та коштів на рахунку платника податків» [4], дозволяє зробити висновок про розмежування адміністративного арешту майна платника податків та адміністративного арешту коштів на рахунках платника податків. Останній застосовується тільки на підставі рішення суду, у той час арешт на майно платника податку накладається за рішенням керівника контролюючого органу, обґрунтованість якого протягом 96 годин перевіряється судом [4, п. 94.10. ст. 94]. Існує думка серед вітчизняних науковців, що нормою п. 94.10. ст. 94 ПК України [4] не визначено чіткої процедури та тих обставин, що повинні бути перевірені судом під час накладення адміністративного арешту. Однак Вищий адміністративний суд у листі від 02.02.2011 р. № 149/11/13-11 чітко зазначає, що перевірка обґрунтованості накладення адміністративного арешту передбачає встановлення судом наявності підстав для застосування адміністративного арешту, визначених п. 94.2. ст. 94 ПК України. Предметом перевірки є відповідність рішення керівника податкового органу (його заступника) про накладення адміністративного арешту на майно платника податків умовам, за яких таке рішення може бути ухвалено [16]. При цьому суд повинен встановити відсутність відповідного майна не взагалі, а саме на момент, коли в податкового органу виникає право на стягнення податкового боргу, ефективність реалізації якого забезпечується спеціальними заходами, зокрема адміністративним арештом майна, у тому числі коштів. В іншому разі вимога про застосування арешту коштів буде передчасною, оскільки не виключається, що на момент пред'явлення відповідної вимоги майно, за рахунок якого можна погасити податковий борг, буде наявним [12]. Тобто суд повинен перевірити реальну наявність підстав застосування адміністративного арешту, вичерпний перелік яких встановлений у ПК України.

Арешт майна згідно з ПК України має певні особливості. Так, на відміну від Податкового кодексу РФ [13, ч. 3 ст. 77], який передбачає застосування адміністративного арешту тільки щодо організацій, ПК України не обмежується лише юридичними особами-платниками податків. Це випливає з визначення адміністративного арешту майна платника податків, наданого п. 94.1 ст. 94 ПК України, та з положень ст. 15 ПК України, яка встановлює, що платниками податків визнаються фізичні особи (резиденти й нерезиденти України), юридичні особи (резиденти й нерезиденти України) та їх відокремлені підрозділи, які мають, одержують (передають) об'єкти оподаткування або провадять діяльність (операції), що є об'єктом оподаткування згідно з ПК України або податковими законами, і на яких покладено обов'язок зі сплати податків та зборів згідно з ПК України [4]. Крім того, застосування адміністративного арешту щодо фізичних осіб-платників податків підтверджується пп. 94.2.2. п. 94.2. ст. 94 ПК України, де серед обставин, за яких можливе застосування адміністративного арешту, визначено виїзд за кордон фізичної особи, яка має податковий борг [4].

У контексті дослідження теми статті треба зазначити, що в п. 94.5. ст. 94 ПК України законодавець розрізняє два види адміністративного арешту майна платника податків: повний та умовний. Повний арешт передбачає заборону платнику податків на реалізацію прав розпорядження або користування його майном, у той час як умовний арешт виражається в обмеженні платника податків щодо реалізації прав власності на таке майно, який полягає в обов'язковому попередньому отриманні дозволу керівника відповідного контролюючого органу на здійснення платником податків будь-якої операції з таким майном. Зазначений дозвіл може бути виданий керівником контролюючого органу, якщо за висновком податкового керуючого здійснення платником податків окремої операції не призведе до збільшення його податкового боргу або до зменшення ймовірності його погашення [4, п. 94.5 ст. 94]. Однак у жодній статті ПК України не зазначені підстави застосування повного та умовного видів адміністративного арешту, незважаючи на суттєву різницю між ними, що свідчить про можливість контролюючого органу самостійно визначати випадки застосування того чи іншого виду арешту. Вважаємо, що цей недолік чинного податкового законодавства повинен бути усунений, оскільки у відносинах влади-підпорядкування може призвести до певних зловживань із боку контролюючих органів. Законодавець повинен застосувати спеціальне регулювання накладення повного та умовного адміністративного арешту з обов'язковим зазначенням критеріїв та строків окремого виду адміністративного арешту.

Не варто також оминати увагою питання щодо строків застосування адміністративного арешту майна. Чинна редакція ПК України взагалі не приділяє уваги зазначеному питанню. Лише п. 81. ст. 8 «Порядку застосування адміністративного арешту майна платника податків» [10], закріплює, що строк застосування адміністративного арешту майна не може бути продовжений в адміністративному порядку, у тому числі за рішенням інших державних органів, крім випадків, передбачених ПК України. Однак межі такого строку взагалі не визначені.

Слід відзначити, що прообразом сучасного адміністративного арешту майна були примусові заходи, передбачені Указом Президента України «Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунки з бюджетами та державними цільовими фондами» [17], який містив перелік так званих «способів забезпечення погашення платником податків податкової заборгованості». Підтримуємо думку вчених [7, с. 173] стосовно того, що податкове зобов'язання – термін більш широкий за змістом, ніж податковий борг, тому вважаємо сучасну назву примусових заходів виконання податкового обов'язку, зазначених у ПК України, більш вдалою, ніж «способи забезпечення погашення платником податків податкової заборгованості».

Проведений аналіз дозволяє виокремити такі особливості адміністративного арешту майна: 1) адміністративний арешт майна є мірою державного примусу правообмежувального характеру; 2) Податковий кодекс України розрізняє повний та умовний адміністративний арешт майна платника податків; 3) адміністративний арешт майна є попереджувальним заходом, покликаним обмежити майнові інтереси платника податку до повного погашення податкового боргу; 4) незважаючи на домінування публічних інтересів над приватними, накладення арешту майна в п. 94.13. ст. 94 ПК України [4] передбачає право платника податків на відшкоду-

вання збитків та немайнової шкоди, завданих контролюючим органом внаслідок неправомірного застосування арешту майна такого платника податків, за рахунок коштів державного бюджету; 5) застосування адміністративного арешту допускається до всіх платників податків: як до юридичних осіб, так і до фізичних осіб (резидентів і нерезидентів України).

У зв'язку з тим, що основною метою оподаткування є все ж таки надходження коштів до публічних фондів, держава створює ступінчату систему допоміжних заходів, спрямованих на спонукання платника податків до виконання встановленого законом податкового обов'язку. Адміністративний арешт майна виступає одним із найефективніших способів забезпечення виконання податкового обов'язку. Однак аналіз норм чинного законодавства дозволяє констатувати наявність певних колізій із приводу застосування зазначеного інструменту. Недосконалість юридичної техніки податкового законодавства та її складність автоматично роблять застосування норм щодо адміністративного арешту майна проблематичним та ризиковим. Для вирішення проблемних питань вважаємо за доцільне систематизувати підстави застосування адміністративного арешту майна у вичерпний перелік в одній нормі ПК України. Крім того, необхідно чітко зазначити та виокремити критерії застосування повного та умовного видів адміністративного арешту майна. Строк, на який може бути накладений адміністративний арешт, має бути прямо визначеним законодавцем, адже застосування примусу без чіткої регламентації може призвести до крайнощів: або свавілля з боку владного суб'єкту, або до абсолютної неможливості застосування законного способу забезпечення виконання податкового обов'язку.

Література

1. Конституція України : прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – ст.19. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/ 254к/96-вр.
2. Саттарова Н.А. Принуждение в финансовом праве / Н.А. Саттарова : под ред. И.И. Кучерова – М. : Юринформ, 2006. – 392 с.
3. Сафиуллин Д.Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР : автореф. дисс. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / Д.Н. Сафиуллин ; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. Юридический факультет. – М.,1990. – 36 с.
4. Податковий кодекс України : прийнятий 02.12.2010 р. № 2755-VI // Голос України. – 2010. – № 229–300. – [Електроний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.
5. Демин А.В. Налоговое право России : [учеб. пособие] / А.В. Демин ; Краснояр. гос. ун-т, Юрид. ин-т. – Красноярск : РУМЦ ЮО, 2006. – 329 с.
6. Федотов П.Н. Арест имущества в налоговыхправоотношениях: правовые проблемы / П.Н. Федотов // Современно право. – 2004. – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://www.lawmix.ru/comm/3162.
7. Позняков С.П. Адміністративно-правовий режим детінізації відносин у сфері погашення податкового боргу : дис. … канд. юрид. наук : спец. «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / С.П. Позняков ; Львівський юридичний інститут МВС України. – Львів, 2006. – 292 с.
8. Стецко Р.В. Поняття адміністративно-примусових заходів забезпечення виконання платником податків його обов'язків / Р.В. Стецко // Наука і правоохорона. – 2011. – № 4 (14). – С. 129–133.
9. Крохина Ю.А. Налоговое право России : [учебник для вузов] / Ю.А. Крохина. – 2-е изд., перераб. – М. : Норма, 2004. – 720 с.
10. Про затвердження Порядку застосування адміністративного арешту майна платника податків : Наказ Міністерство доходів і зборів від 10.10.2013 р. № 568 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1839-13.

11. Балицький І. О. Розширено перелік підстав для адміністративного арешту майна – чого остерігатися платнику податків? // І.О. Балицький // Юридична практика. – 2013 р. – № 51 (834). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://splf.ua/uk/publicatsii/rozshireno-perelik-pidstav-dlya-administrativnogo-areshtu-mayna-chogo-osterigatisya#overlay-context=ru/publicatsii/rasshiren-perechen-osnovaniy-dlya-aresta-imushchestva-chego-opasatsya.
12. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 29.04.2013 № 642/12/13-13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?_m=publications&_t=rec&id=2854.
13. Налоговый Кодекс РФ Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ. Часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/popular/nalog1/2_17.html#p2700.
14. Tax Code of Georgia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rs.ge/Default.aspx?sec_id=4846&lang=2&newsid=2693.
15. Налоговый кодекс Республики Беларусь. Общая часть : принят Палатой представителей 15.11.2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://etalonline.by/?type=text&regnum=Hk0200166#load_text_none_1_.
16. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 02.02.2011 р. № 149/11/13-11 [Електронний ресур]. – Режим доступу : http://www.vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?_m=publications&_t=rec&id=1705.
17. Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунки з бюджетами та державними цільовими фондами : Указ Президента України від 04.03.1998 р. № 167/98 [Електронний ресур]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/167/98.

Анотація

Беспалова А. О. **Адміністративний арешт майна як винятковий спосіб забезпечення виконання податкового обов'язку.** – Стаття.

У статті основну увагу зосереджено на формуванні науково обґрунтованих рекомендацій та пропозицій, спрямованих на підвищення ефективності податкового законодавства з приводу застосування адміністративного арешту майна як виняткового способу забезпечення виконання платником податків його обов'язків. Аналізуються особливості зазначеного способу, його види та процедура застосування.

Ключові слова: винятковий спосіб забезпечення виконання податкового обов'язку, адміністративний арешт майна платника податків, повний арешт майна, умовний арешт майна.

Аннотация

Беспалова А. А. **Административный арест имущества как исключительный способ обеспечения исполнения налоговой обязанности.** – Статья.

В статье основное внимание сосредоточено на формировании научно обоснованных предложений и рекомендаций, направленных на повышение эффективности налогового законодательства относительно применения административного ареста имущества как исключительного способа обеспечения исполнения налогоплательщиком его обязанностей. Анализируются особенности данного способа, его виды и процедура применения.

Ключевые слова: исключительный способ обеспечения исполнения налоговой обязанности, административный арест имущества плательщика налогов, полный арест имущества, условный арест имущества.

Summary

Bespalova A. O. **Administrative arrest of tax payer's property as an exceptional ensuring measure of tax obligation execution.** – Article.

The article is mainly focused on creation of the scientifically based proposals and recommendations, devoted to improvement of the efficiency of tax legislation respected to application of an administrative arrest of tax payer's property as the exclusive method of enforcement by the taxpayer of his duties. The main features of this method, its types and its imposition procedure are also analyzed.

Key words: exceptional ensuring measure of tax obligation execution, administrative arrest of tax payer's property, complete arrest of property, conditional arrest of property.

УДК 342.951:346.34

Д. С. Бондаренко

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ У СФЕРІ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Державно-приватне партнерство як правовий інститут з'являється в Україні в 2010 р. у зв'язку з прийняттям Закону України «Про державно-приватне партнерство» [1] і розглядається як одна з умов успішного соціально-економічного розвитку країни. У той же час можна констатувати, що нині науково-обґрунтованої нормативної основи для партнерства органів публічної влади й бізнес-структур в Україні ще не створено, що ставить певні теоретико-практичні завдання перед вітчизняною юридичною наукою.

Державно-приватне партнерство (далі – ДПП) є комплексним адміністративно-правовим механізмом співробітництва суб'єкта публічної адміністрації (державних органів та органів місцевого самоврядування) з приватними партнерами (юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, та фізичними особами-підприємцями) у публічних інтересах, що характеризується довгостроковою, поліструктурною функціонально-цільовою консолідацією фінансових, майнових, організаційно-управлінських та інших матеріальних та нематеріальних ресурсів публічного й приватного партнера, розмежуванням відповідальності між партнерами, у тому числі з управління ризиками, метою якого є досягнення кооперaційного, синергетично-системного соціально-економічного ефекту у вигляді створення, модернізації, обслуговування, експлуатації публічних сервісно-інфраструктурних об'єктів чи надання публічних послуг [2, с. 63].

На сьогоднішній день з'ясуванню підлягає низка питань, пов'язаних із правовим статусом суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері державно-приватного партнерства: які суб'єкти публічної адміністрації приймають рішення про здійснення державно-приватного партнерства, яким обсягом компетенції вони наділені, як контролюється здійснення проекту ДПП, як і в яких межах уповноважені суб'єкти публічної адміністрації відповідають за ефективність реалізації договору державно-приватного партнерства та ін.

Стан дослідження. Останні роки характеризуються збільшенням кількості досліджень, присвяченим окремим аспектам державно-приватного партнерства. Так, особливості правового регулювання державно-приватного партнерства розглядались у дослідженнях А.В. Беліцької, В.Г. Варнавського, О.М. Вінник, І.А. Губанова, Ю.С. Ємельянова, А.А. Звєрева, Г.Л. Знаменського, Н.О. Ігнатюк, В.А. Кабашкіна, О.А. Медведевої, К.О. Настечко, А.А. Родіна, В.Є. Сазонова, В.С. Терешенка, В.Д. Шликова та ін. У той же час слід констатувати, що питання визначення адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства належним чином не досліджувалося у вітчизняній правовій науці.

© Д. С. Бондаренко, 2014

Метою статті є дослідження особливостей та з'ясування напрямків вдосконалення адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адміністрації в сфері державно-приватного партнерства в Україні.

Виклад основних положень. За слушним зауваженням В.К. Колпакова, адміністративно-правові відносини формуються, як правило, в особливій сфері суспільного життя – публічному адмініструванні, у зв'язку зі здійсненням суб'єктами публічної адміністрації публічних функцій. Публічне адміністрування – це діяльність суб'єкта публічної адміністрації, спрямована на виконання владних повноважень публічного змісту, що відбувається шляхом використання засобів управління, надання адміністративних послуг, участі у відносинах відповідальності суб'єктів публічної адміністрації, застосування заходів впливу за порушення правил, встановлених публічною адміністрацією [3, с. 102–103]. Саме правовий статус певного суб'єкта адміністративно-правових відносин є передумовою реалізації владних повноважень у сфері публічного адміністрування, а тому необхідно з'ясувати зміст поняття «адміністративно-правовий статус суб'єкта публічної адміністрації» та його елементи.

Слід зазначити, що категорія «правовий статус» є однією із центральних в теорії держави й права та в усіх без винятку галузевих юридичних науках, що обумовлюється складністю та багатозначністю цього юридичного явища.

У перекладі з латинського «status – положення, стан чого-небудь або будь-кого» [4, с. 578]. У довідниковій літературі статус визначається як абстрактний багатозначний термін, що в загальному сенсі позначає сукупність стабільних значень параметрів об'єкта або суб'єкта. Зі спрощеної точки зору статус об'єкта або суб'єкта – це його стан або позиція, ранг в ієрархії, структурі, системі [5]; правове становище осіб або організацій, установ тощо; становище індивіда або групи осіб щодо інших індивідів або груп у соціальній системі; встановлене нормами права положення його суб'єктів, сукупність їх прав і обов'язків [6, с. 572]; правове становище (сукупність прав та обов'язків) фізичної або юридичної особи [7, с. 626].

Слід констатувати, що на сьогоднішній день у юридичній науці не вироблено єдиного підходу до розуміння сутності понять «статус», «правовий статус», «правове положення (становище)», які досить часто використовуються як у правових актах, так і в спеціальній (як правило, юридичній) науковій літературі.

На думку В.Б. Авер'янова, поняття «адміністративно-правовий статус» охоплює комплекс конкретно визначених суб'єктивних прав і обов'язків, які закріплені за відповідним суб'єктом нормами адміністративного права. Тобто необхідною ознакою набуття особою адміністративно-правового статусу є наявність у неї конкретних суб'єктивних прав і обов'язків, які реалізуються цією особою як у адміністративних правовідносинах, так і поза ними [8, с. 194]. Схожої точки зору дотримується і Т.О. Коломоєць [9, с. 64].

О.В. Петришин до елементів правового статусу, крім прав та обов'язків (повноважень), включає юридичну відповідальність [10, с. 41]; І.Л. Бачило – правомочність [11, с. 56, 80]; В.М. Манохін – завдання та основні функції, правові форми діяльності та порядок взаємовідносин по посаді [12, с. 97–99]; В.В. Молдован та В.Ф. Мелащенко – форму й методи діяльності державного органу, форму актів, правові підстави їх виникнення та тривалість функціонування [13, с. 227], М.Г. Шульга – цілі, компе-

тенцію [14, с. 11–21]; О.М. Костюков – гарантії реалізації повноважень [15, с. 12–16], О.М. Музичук – мету утворення та діяльності, завдання, функції, відповідальність, особливості організаційно-структурної будови та взаємовідносин [16, с. 319].

Деякі адміністративісти об'єднують елементи правового статусу в певні групи (блоки). Так, на думку Д.М. Бахраха й О.Ю. Якимова, адміністративно-правовий статус складається з трьох блоків: 1) цільового, який визначає норми про цілі, завдання й функції та принципи діяльності; 2) організаційно-структурного, який складається з правових приписів, що регламентують порядок утворення, реорганізації, ліквідації органу, його структуру, лінійну й функціональну підпорядкованість; 3) компетенції як сукупності владних повноважень і підвідомчості [17, с. 85; 18, с. 34]. А.А. Стародубцев пропонує розглядати правовий статус за такими блоками: а) цільовий; б) структурно-організаційний; в) функції та повноваження; г) функціональний; д) відповідальність [19, с. 86].

За слушним зауваженням Д.В. Мандичева, саме правовий статус відображає головні особливості органу, його місце в системі державних органів влади, мету, завдання, функції, повноваження, компетенцію, відповідальність [20, с. 118]. З урахуванням специфіки дослідження вбачається обґрунтованим під час характеристики адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адміністрації зупинитися саме на: 1) завданнях і функціях у сфері публічного адміністрування; 2) компетенції як сукупності владних повноважень і підвідомчості; 3) відповідальності.

Під адміністративно-правовим статусом суб'єкта публічної адміністрації пропонуємо розуміти сукупність суб'єктивних прав, обов'язків та відповідальності суб'єкта публічної адміністрації (державних органів та органів місцевого самоврядування) у сфері публічного адміністрування, закріплених нормами адміністративного права.

Уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства є: 1) Кабінет Міністрів України [1, ст. 13; 21, ст. ст. 1, 2, 19, 20, 21]; 2) Міністерство економічного розвитку й торгівлі України [22, п. 1, 3]; 3) Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України [23, п. 4]; 4) органи місцевого самоврядування [1, ст. 13; 24, ст. ст. 10, 11, 26, 29, 33]. Розглянемо їхній адміністративно-правовий статус більш детально.

Кабінет Міністрів України як вищий орган у системі органів виконавчої влади здійснює виконавчу владу безпосередньо та через міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим та місцеві державні адміністрації, спрямовує, координує та контролює діяльність цих органів [21, ст. 1]. До основних завдань Кабінету Міністрів України належить забезпечення рівних умов для розвитку всіх форм власності; здійснення управління об'єктами державної власності [21, ч. 6 ст. 2]. Відповідно до ст. 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [21] цей суб'єкт публічної адміністрації забезпечує проведення державної економічної політики; здійснює відповідно до закону управління об'єктами державної власності, делегує в установленому законом порядку окремі повноваження щодо управління зазначеними об'єктами міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади, місцевим державним адміністраціям та відповідним суб'єктам господарювання; сприяє розвитку підприємництва на засадах

рівності перед законом усіх форм власності та соціальній спрямованості національної економіки; забезпечує розроблення й виконання програм структурної перебудови галузей національної економіки та інноваційного розвитку; забезпечує проведення державної промислової політики, визначає пріоритетні галузі промисловості, які потребують прискореного розвитку.

З урахуванням того, що одним із ключових механізмів реалізації політики модернізації економіки України, вирішення важливих соціально-економічних проблем є державно-приватне партнерство; можна стверджувати, що Кабінет Міністрів України є уповноваженим суб'єктом публічної адміністрації, який приймає концептуальні рішення стосовно співробітництва між органами державної влади та бізнес-структурами на договірній основі. У якості підтвердження такого висновку можна навести ст. 13 Закону України «Про державно-приватне партнерство» [1], відповідно до якої рішення про здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної власності, проведення конкурсу та затвердження результатів конкурсу з визначення приватного партнера приймаються Кабінетом Міністрів України чи уповноваженим ним органом.

Спеціально уповноваженим органом із питань державно-приватного партнерства є Міністерство економічного розвитку і торгівлі України (далі – Мінекономрозвитку), яке входить до системи органів виконавчої влади і є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної політики економічного й соціального розвитку, цінової, інвестиційної, зовнішньоекономічної політики, державної політики у сферах торгівлі, інтелектуальної власності, державної регіональної політики, державної політики з питань розвитку підприємництва, технічного регулювання та захисту прав споживачів, а також міжвідомчої координації з питань економічного й соціального співробітництва України з Європейським Союзом [22, п. 1]. До основних завдань Мінекономрозитку належить формування та забезпечення реалізації державної політики економічного й соціального розвитку, політики у сфері державно-приватного партнерства [22, п. 3].

До компетенції Мінекономрозвитку як уповноваженого Кабінетом Міністрів України органу у сфері державно-приватного партнерства віднесено:

– прийняття рішення про здійснення ДПП щодо об'єктів державної власності, проведення конкурсу та затвердження результатів конкурсу з визначення приватного партнера [1, ч. 1 ст. 13];

– здійснення контролю за виконанням договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства [1, ст. 21];

– підготовка пропозицій щодо забезпечення формування та реалізації державної політики у сфері ДПП;

– проведення моніторингу ефективності діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері ДПП;

– розроблення концепції та проектів державних цільових програм щодо сприяння розширенню державно-приватного партнерства, вжиття заходів для їх виконання;

– сприяння захисту законних прав та інтересів державних і приватних партнерів у процесі здійснення ДПП;

– сприяння досудовому врегулюванню спорів між державними та приватними партнерами;

– проведення моніторингу, узагальнення та оприлюднення в установленому порядку результатів ДПП, у тому числі здійснення оцінки та моніторингу загального рівня ризиків державного партнера в договорах, укладених у рамках державно-приватного партнерства;

– проведення моніторингу дотримання вимог законодавства у сфері державно-приватного партнерства, у тому числі під час проведення конкурсів із визначення приватного партнера;

– проведення в межах своїх повноважень інформаційно-роз'яснювальної й консультаційної роботи;

– участь в організації навчання й підвищення кваліфікації фахівців у сфері ДПП;

– ведення обліку договорів, укладених у рамках ДПП;

– подання позовів про розірвання договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства, об'єктами яких є об'єкти державної власності, у разі порушення приватними партнерами умов таких договорів [1, ст. 22].

Певними повноваженнями у сфері державно-приватного партнерства наділене і Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами, яке забезпечує реалізацію державної політики у сфері ДПП, розробку й реалізацію таких проектів [23, п. 4]. На думку І.І. Селіванової, з якою варто погодитися, така ситуація з наявністю фактично двох уповноважених органів виконавчої влади у сфері державно-приватного партнерства породжує дублювання функцій, виникнення протиріч між органами влади і, головне, заплутує потенційного приватного партнера [25], а тому повинна бути вирішена найближчим часом.

Заслуговують на увагу й повноваження органів місцевого самоврядування під час здійснення державно-приватного партнерства. Нормативною основою для виділення органів місцевого самоврядування в якості уповноважених суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства є положення ч. 2 ст. 13 Закону України «Про державно-приватне партнерство» [1], згідно з яким рішення про здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів комунальної власності, проведення конкурсу з визначення приватного партнера та затвердження результатів приймаються місцевими радами. Укладення договору в рамках ДПП здійснюється органом, який прийняв рішення про здійснення державно-приватного партнерства, тобто уповноваженим органом місцевого самоврядування [1, ч. 1 ст.17], а контроль за виконанням таких договорів здійснюють органи місцевого самоврядування, їх посадові особи відповідно до їхніх повноважень у порядку, встановленому законом [1, ч. 1 ст. 21].

Висновки. Підсумовуючи дослідження адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адмінстрації у сфері державно-приватного партнерства за законодавством України, можна зробити такі висновки:

1. Адміністративно-правовий статус суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства може бути визначений як сукупність суб'єктивних прав, обов'язків та відповідальності суб'єкта публічної адміністрації (державних органів та органів місцевого самоврядування) у сфері договірного співробітни-

цтва між державними та публічними партнерами в публічних інтересах, закріплених нормами адміністративного права.

2. На сьогоднішній день адміністративно-правовий статус суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства врегульований фрагментарно, містить певні неузгодженості щодо лінійної й функціональної підпорядкованості, дублювання функцій, залишаючи поза увагою питання відповідальності таких органів публічного управління, а тому першочерговим завданням є вдосконалення інституційного та правового забезпечення підготовки й реалізації проектів ДПП в Україні.

3. Для цього необхідно:

– чітко визначити повноваження суб'єктів публічної адміністрації, які залучаються на всіх етапах підготовки та реалізації проектів ДПП на державному, регіональному й місцевому рівнях із метою усунення дублювання функцій; визначити органи, які можуть укладати договір ДПП у якості його сторони;

– підтримати пропозицію А.П. Павлюка і Д.В. Ляпіна [26] щодо створення Центру державно-приватного партнерства при Державному агентстві з інвестицій та управління національними проектами України, що втілюватиме проекти з ДПП, у тому числі в рамках реалізації Національних проектів та налагодження співпраці цього центру з Міжнародним центром ДПП Європейської економічної комісії ООН (UNECE International PPP Centre of Excellence);

– Мінекономрозвитку як спеціально уповноваженому органу з питань ДПП забезпечити формування стратегічних напрямів розвитку ДПП в Україні, що передбачає створення відповідної стратегії, нормативно-правового та організаційного забезпечення;

– розробити механізм чіткої координації діяльності центральних органів виконавчої влади під час реалізації проектів ДПП на національному рівні, посилення управлінської ролі Міністерства економічного розвитку і торгівлі України шляхом упровадження адміністративного механізму його взаємодії із зазначеними органами виконавчої влади щодо питань реалізації проектів ДПП шляхом прийняття Кабінетом Міністрів України відповідного нормативно-правового акта, який міститиме положення про ступінь взаємодії або обов'язкове узгодження центральними органами виконавчої влади рішень у сфері ДПП з Мінекономрозвитку;

– забезпечити ефективну реалізацію проектів ДПП на рівні органів місцевого самоврядування на основі розроблення єдиного управлінського механізму відбору, експертизи, погодження та впровадження проекту із залученням фахівців відповідної кваліфікації та можливості отримувати консультативну та методичну допомогу від Мінекономрозвитку;

– встановити обов'язок органів місцевого самоврядування погоджувати свою діяльність з відповідними центральними органами виконавчої влади в разі впровадження проектів ДПП, що передбачають надання державної підтримки.

Література

1. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 524.

2. Бондаренко Д.С. Визначення поняття «державно-приватне партнерство» в сучасній правовій доктрині та його нормативне закріплення в законодавстві України / Д.С. Бондаренко // Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – № 1. – С. 60–64 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lsej.org.ua/1_2014/17.pdf.
3. Колпаков В.К. Адміністративно-правові відносини: поняття і види / В.К. Колпаков // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 102–104. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lsej.org.ua/1_2013/ukr/Kolpakov.pdf.
4. Большой юридический словарь [В.Н. Додонов, В.Д. Ермаков, Н.А. Крылова] ; Под ред. А.Я. Сухарева. – М. : ИНФРА-М, 1998. –790 с.
5. Статус // Википедия. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F2%E0%F2%F3%F1.
6. Тлумачний словник української мови / укл.: Т.В. Ковальова, Л.П. Коврига. – Х. : Синтекс, 2005. – 672 с.
7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (гол. ред.) [та ін.]. – К. : Українська енциклопедія, 2003 – . – Т. 5 : П-С. 2003. – 736 с.
8. Адміністративне право України. Академічний курс : [підручник] : у 2 т. / за ред. В.Б.Авер'янова. – К. : Юридична думка, 2004 – . – Т. 1 : Загальна частина. – 2004. – 584 с.
9. Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс : [підручник] / Т.О. Коломоєць. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 576 с.
10. Петришин О.В. Статус службової особи: природа, структура, спеціалізація / О.В. Петришин. – К. : УНКВО, 1990. – 76 с.
11. Бачило И.П. Функции органов управления: правовые проблемы оформления и реализации / И.П. Бачило. – М. : Юрид. лит, 1976. – 198 с.
12. Манохин В.М. Советская государственная служба / В.М. Манохин. – М. : Юрид. лит., 1966. – 196 с. Молдован В.В. Конституційне право: опорні конспекти : [словник-довідник] / В.В. Молдован, В.Ф. Мелащенко. – К. : Юмана, 1996. – 272 с.
13. Шульга В.М. Курс административного права и процесса / В.М. Шульга. – М. : Юринформ, 1998. – 798 с.
14. Костюков А.Н. Административно-правовой статус государственных служащих / А.Н. Костюков // Советское государство и право. – 1988. – № 3. – С. 12–16.
15. Музичук О.М. Уточнення сутності категорії «правовий статус» суб'єкта адміністративно-правових відносин та його елементного складу / О.М. Музичук // Форум права. – 2008. – № 1. – С. 316–321 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2008-1/08momiec.pdf.
16. Бахрах Д.Н. Административное право : [учебник] / Д.Н. Бахрах. – М. : БЕК, 1996. – 368 с.
17. Якимов А.Ю. Субъекты административной юрисдикции (правовой статус и его реализация) : [Монография] : в 2 ч. А.Ю. Якимов. – М. : ВНИИ МВД России, 1996 – . – Ч. 1 : Правовой статус субъекта административной юрисдикции. – 1996. – 168 с.
18. Стародубцев А.А. Організаційно-правові питання діяльності інспекції особового складу щодо зміцнення законності і дисципліни в органах внутрішніх справ : дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» А.А. Стародубцев; – Університет внутрішніх справ. – Х., 1999. – 185 с.
19. Мандичев Д.В. Поняття адміністративно-правового статусу органу виконавчої влади / Д.В. Мандичев // Право і суспільство. – 2010. – № 5. – С. 117–121.
20. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27.02.2014 р. № 794-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/794-18.
21. Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України : Затверджено Указом Президента України від 31.05.2011 р. № 634/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/634/2011.
22. Положення про Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України. Затверджено Указом Президента України від 12.05.2011 р. № 583/ 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/583/2011.
23. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80/page.
24. Селиванова И.И. Инвестиционный подрыв: украинское законодательство о государственно-частном партнерстве не способствует развитию отношений с инвесторами / И.И. Селиванова [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://pravo.ua/article.php?id=100107798.
25. Павлюк А.П. Щодо розвитку державно-приватного партнерства як механізму активізації інвестиційної діяльності в Україні / А.П. Павлюк, Д.В. Ляпін [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.niss.gov.ua/articles/816.

Анотація

Бондаренко Д. С. **Адміністративно-правовий статус суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства за законодавством України.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню особливостей та з'ясуванню напрямків вдосконалення адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адміністрації в сфері державно-приватного партнерства в Україні.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, публічне адміністрування, суб'єкт публічної адміністрації, адміністративно-правовий статус.

Аннотация

Бондаренко Д. С. **Административно-правовой статус субъектов публичной администрации в сфере государственно-частного партнерства по законодательству Украины.** – Статья.

Стаття посвящена исследованию особенностей и выяснению направлений усовершенствования административно-правового статуса субъектов публичной администрации в сфере государственно-частного партнерства в Украине.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, публичное администрирование, субъект публичной администрации, административно-правовой статус.

Summary

Bondarenko D. S. **Administrative-legal status of entities of public administration in the field of public-private partnership according to the laws of Ukraine.** – Article.

The article considers particular features and directions for improvement of administrative-legal status of entities of public administration in the field of public-private partnership in Ukraine.

Key words: public-private partnership, public administration, member of public administration, entities of public administration, administrative-legal status.

УДК [346.143:336,2](045)

Я. М. Крупко

ПРИНЦИПИ РОЗПОДІЛУ ДОХОДІВ МІЖ ЛАНКАМИ БЮДЖЕТНОЇ СИСТЕМИ

Ефективність бюджетного механізму багато в чому залежить від якості розподілу коштів між ланками бюджетної системи. Неефективність такого розподілу неминуче призводить до низької ефективності бюджетного механізму. Робиться спроба розроблення та окреслення ефективних принципів забезпечення оптимального розподілу доходів у бюджетній системі України.

Завдання статті полягає в дослідженні принципів правового регулювання розподілу доходів між ланками бюджетної системи.

Метою статті є дослідження стану та напрямків оптимізації, унормування розподілу доходів і видатків між бюджетами, враховуючи, що міжбюджетні відносини виконують функцію розподілу дохідних джерел та видаткових повноважень між ланками бюджетної системи, а також встановлення принципів розподілу доходів між ланками бюджетної системи.

Закріплення доходів за різними рівнями свідчить про опрацьованість цього питання в наукових дослідженнях українських учених-юристів Л. Воронової, Н. Пришви, С. Кадькаленка, О. Заверухи, А. Монаєнка, А. Нечай, О. Орлюк, та інших. Серед російських науковців необхідно виділити роботи О. Грачової, О. Горбунової, М. Карасьової, Ю. Крохіної, Л. Проніної, А. Селюкова, Н. Фролової, Н. Хімічевої.

Однією з найпомітніших та найгостріших проблем діючого порядку розподілу доходів між ланками бюджету в Україні є нерівнозначний розподіл бюджетних

© Я. М. Крупко, 2014

коштів між бюджетами (мається на увазі різний обсяг коштів, що виділяються). Так, гостро постає проблема механізму розподілу обсягу коштів бюджетів між обласними, районними бюджетами та бюджетами територіальних громад сіл, селищ, міст та їх об'єднань. На жаль, сьогодні розподіл бюджетних коштів здійснюється в ручному режимі, це призводить до дискримінацій окремих адміністративно-територіальних одиниць.

Повинна бути усвідомлюваність, чому нерівність розподілу коштів між бюджетами є недопустимою, в яких розмірах категорія «нерівність» припустима та чому нерівність коштів повинна викликати набагато більше хвилювань, ніж інші види нерівності.

У сучасних умовах існує таке явище, як неофіційний розподіл бюджетних коштів, який відбувається внаслідок існування тіньової економіки. Тіньова або підпільна економіка – це сукупність неврахованих і протизаконних видів діяльності: ухилення від сплати податків, виробництво заборонених видів продукції та послуг (виробництво наркотиків, азартні ігри, проституція тощо) [2, с. 12].

Останнім часом до таких видів діяльності в Україні додалися вивезення товарів за кордон із метою наживи, незаконна конвертація валюти та махінації під час здійснення цих операцій, надання кредитів комерційними банками за значну винагороду, незаконне вивезення валюти за кордон тощо.

Фінансовим забезпеченням видаткової частини є доходи бюджету. Постійною є проблема мобілізації коштів до бюджету для забезпечення виконання державою своїх зобов'язань та функцій. Характерним проявом останніх років була постійна зміна джерел фінансування, що приводила до пошуку нових джерел, які відповідали б сучасній системі господарювання. Оскільки обсяги доходів і видатків територій щорічно змінюються, а їх збалансування не завжди можливе (особливо за необхідності реалізації проектів, які потребують значної фінансової підтримки), виникає необхідність в активній участі держави в процесі організації перерозподілу бюджетних ресурсів з метою збалансування всіх видів бюджетів.

Окреслені проблеми, що існують у сфері розподілу доходів між бюджетами, негативно впливають на раціональність міжбюджетних відносин і збалансованість бюджетної системи.

Розподіл доходів між бюджетами є похідним від розподілу видатків між ними та має забезпечити надійність і стабільність дохідної бази бюджетів усіх рівнів. Вивченням проблем розподілу доходів бюджету між ланками бюджетної системи присвячені праці багатьох учених-юристів, таких як О. Орлюк, О. Дмитрик, В. Тарангул, В. Федосов та інші. Проте, на жаль, питання розподілу доходів бюджету сьогодні залишаються недостатньо дослідженим фахівцями.

Під розподілом доходів між ланками бюджетної системи, на нашу думку, слід розуміти взаємовідносини між органами влади й управління різних рівнів щодо розподілу надходжень та з метою створення умов для збалансування бюджетів органами влади на кожному рівні з урахуванням законодавчо закріплених за ними завдань і функцій.

О. Дмитрик, В. Тарангул акцентують увагу на тому, що розподіл доходів належить до повноважень представницьких органів держави, оскільки є одним

з основних чинників належного функціонування стійкої бюджетної системи країни та життєдіяльності України загалом. Головну роль у цьому відіграє Верховна Рада України, яка встановлює постійний розподіл закріплених доходів між ланками бюджетної системи та щорічний перерозподіл регулюючих доходів [6, с. 231].

Доходи, як правило, поділяються на власні й регулюючі. Власні доходи являють собою податки та збори, які закріплені за відповідним бюджетом повністю або частково на постійній основі відповідно до чинного законодавства. При цьому слід мати на увазі, що фінансова допомога не є власним доходом відповідного бюджету [7, с. 152].

У той же час регулюючі доходи формуються за рахунок податків і зборів, які згідно з діючим законодавством установлюються органами влади під час формування бюджету на наступний фінансовий рік на тимчасовій основі із зазначенням строку й відповідного нормативу відрахувань до бюджетів нижчого рівня.

Метою розподілу доходів між бюджетними ланками є збалансування бюджетів і забезпечення самостійності кожної ланки. У процесі розмежування доходів повинні вирішуватися такі завдання:

1) забезпечення збалансованості кожного бюджету;

2) забезпечення рівномірності надходження коштів до бюджету протягом бюджетного року;

3) забезпечення необхідними коштами покриття всіх видатків окремих ланок бюджетної системи згідно з програмами економічного та соціального розвитку [1, с. 157].

Розподіл доходів між бюджетами здійснюється переважно такими способами. Перший – закріплення за кожним бюджетом певних доходів. Він властивий насамперед бюджетному устрою, що виходить із принципу автономності. Закріплення може відбуватися шляхом закріплення того чи іншого доходу за певними бюджетами або за допомогою визначення стабільних нормативів розподілу окремих доходів між двома чи кількома бюджетами. При цьому, як правило, фіксується розмір ставки, за якою здійснюються платежі до центрального бюджету, і максимальна ставка. Ставка надходжень до місцевих бюджетів установлюється місцевими органами влади в межах максимальної ставки та ставки, за якою здійснюються платежі до центрального бюджету [4, с. 387]. Зрозуміло, що такий механізм дає можливість органам місцевого самоврядування самостійно контролювати й розпоряджатися своєю дохідною базою та безпосередньо впливати на платників податків.

Другий спосіб розподілу доходів між бюджетами (однак хотілося б зауважити, що цей метод доступний лише за умови п*ровадження принципу єдності бюджетної системи)* полягає в установленні системи бюджетного регулювання, тобто під час здійснення відрахувань до бюджетів нижчих рівнів відповідно до їхніх потреб. При цьому всі доходи поділяються на дві групи, закріплені й регулювальні. Закріплення окремих доходів загалом відбувається так само, як і під час застосування першого способу. Для кожного бюджету щорічно встановлюються індивідуальні нормативи відрахувань від регулювальних доходів з метою збалансування цих бюджетів або вирівнювання їх дохідної бази.

Бюджетне регулювання є способом централізованого керівництва складанням, затвердженням і виконанням бюджету [4, с. 405].

Якщо виділяти правові принципи (засади) розподілу коштів бюджету, то, на наш погляд, розподіл доходів бюджету повинен мати у своїй основі такі принципи: забезпечення надійної фінансової бази для фінансування видатків; установлення залежності між зусиллями органів влади й управління та формуванням доходів відповідних бюджетів; установлення зацікавленості місцевих органів влади в пошуку й мобілізації фінансових ресурсів і недопущення адміністративного вилучення доходів до бюджетів вищого рівня.

У науковій літературі визначаються не лише принципи бюджетної системи, а й принципи організації системи доходів. Так, В. Курочкін до названих принципів відносить такі:

1) принцип достатності (доходи повинні забезпечувати необхідні суспільні потреби, покладені на органи державної влади й органи місцевого самоврядування);

2) принцип стабільності доходів бюджетів (нормативні акти, що визначають формування бюджетних доходів, необхідно встановлювати на тривалий період, щоб забезпечити стабільність надходжень до бюджету й можливість їх прогнозування та планування);

3) принцип оптимального поєднання надходження податкових і неподаткових доходів на різних фазах економічного циклу (встановлення такого співвідношення податкових і неподаткових доходів, яке найбільш доцільне в конкретній економічній ситуації) [3, с. 345].

Л. Фещенко, П. Проноза та Н. Кузьминчук вважають, що економічно обґрунтований розподіл дохідних джерел між рівнями бюджетної системи повинен базуватися на таких принципах: уряд має стягувати перерозподільні податки у своїй основі (податок на доходи фізичних осіб) і податки, база яких нерівномірно розподілена між територіями (платежі за використання природних ресурсів) [5, с. 453].

Висновки. Отже, ефективна система розподілу коштів між бюджетами повинна сприяти економічній стабілізації, створенню умов для конкуренції між регіонами, підвищенню політичної відповідальності, економічної ефективності та відкритості управлінських рішень, результативності функціонування державних інститутів та розвитку стабільної фінансової інфраструктури країни.

Розподіл доходів має проходити в напрямку збільшення власних доходів органів місцевого самоврядування. Оптимізація пропорцій розподілу коштів між державним та місцевими бюджетами в контексті проведення адміністративної реформи – це дуже складна й багатогранна проблема, яка зумовлює потребу в тій чи іншій вертикальній структурі державних і місцевих органів влади й управління та потребує політичної волі й рішучих дій з боку законодавчої й виконавчої влади.

Отже, основна проблема в контексті відносин різних ланок бюджетної системи пов'язана з визначенням на законодавчому рівні принципів розподілу коштів.

Таким чином, сьогодні з особливою гостротою постає проблема вироблення дієвого механізму, який визначав би нові принципи розподілу доходів між ланками бюджетної системи.

Для цього необхідне подальше ґрунтовне вивчення цієї проблеми та напрацювання наукових рекомендацій щодо принципів розподілу бюджетних коштів.

Література

1. Алексеев І.В. Бюджетна система : [навч. посібник] / І. В. Алексеев, Н. Б. Ярошевич, А. М. Чушак. – К. : Хай-Тек Прес, 2008. – 544 с.
2. Крохина Ю.А. Принцип федерализма в бюджетном праве : [монография] / Ю.А. Крохина. – Саратов, 2001. – 452 с.
3. Курочкин В.В. Характеристика доходов бюджетов разных уровней / В. В. Курочкин // Финансы : [учебник] / под ред. А. Г. Грязновой, Е. В. Маркиной. – М. : Финансы и статистика, 2006. – С. 324-458.
4. Федосов В.М. Бюджетна система : [підручник] / В.М. Федосов. – Х. : Право, 2012. – 871 с.
5. Фещенко Л.В. Бюджетна система України : [навч. посібник] / Л. В. Фещенко, П. В. Проноза, Н. В. Кузьминчук. – К. : Кондор, 2008. – 672 с.
6. Фінансове право України : [навч. посібник] / Л.К. Воронова, М.П. Кучерявенко, Н.Ю. Пришва та ін. – К. : Правова єдність, 2009. – 395 с.
7. Фролов С.М. Бюджетний менеджмент і проблеми розвитку прикордонних територій : [монографія] / С.М. Фролов. – Суми : Вид-во СумДУ, 2010. – 317 с.

Анотація

Крупко Я. М. **Принципи розподілу доходів між ланками бюджетної системи.** – Стаття.

Статтю присвячено основним напрямкам удосконалення правового розподілу доходів між ланками бюджетної системи та аналізу принципів правового регулювання розподілу доходів між ланками бюджетної системи.

Ключові слова: місцевий бюджет, доходи, принципи розподілу доходів, бюджетні кошти, міжбюджетні відносини, розподіл коштів між бюджетами.

Аннотация

Крупко Я. М. **Принципы распределения доходов между звеньями бюджетной системы.** – Статья.

Статья посвящена основным направлениям усовершенствования правового распределения доходов между звеньями бюджетной системы и анализу принципов правового регулирования распределения доходов между звеньями бюджетной системы.

Ключевые слова: местный бюджет, доходы, принципы распределения доходов, бюджетные средства, межбюджетные отношения, распределение средств между бюджетами.

Summary

Krupko I. M. **Principles for the allocation of incomes between the links of the budget system.** – Article.

The article is devoted to the main areas of improvement légal incomes distribution between budgets in budget system are determined, and analysis the principles of legal regulation of income distribution between the links of the budget system.

Key words: local budget, incomes, principles of income distribution, budget finances, intergovernmental relations, distribution of funds between budgets.

УДК 349.22:331.108.6-057.34

К. О. Трампольська

ПРОБЛЕМИ КЛАСИФІКАЦІЇ ДИСЦИПЛІНАРНИХ ПРОСТУПКІВ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ

Постановка проблеми. Останні перетворення в політико-економічному житті України, зміна соціальних цінностей та орієнтирів зумовили вихід у системі суспільних пріоритетів на перше місце людини як особистості. Зокрема, згідно зі ст. 3 Консти-туції України вищими соціальними цінностями визнається людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. Більшість питань дисциплінарної відповідальності не мають чіткої кодифікації чи систематизації й містяться в різних за своєю природою нормативно-правових актах, зокрема в дисциплінарних статутах Збройних сил та органів внутрішніх справ України, Кодексі законів про працю України та Кримінально-виконавчому кодексі України, а також у цілій низці законів і підзаконних актів України. Більшість праць, присвячених дисциплінарній відповідальності, датовано ще радянським періодом, а на сьогоднішній день розглянуто лише окремі її аспекти. Такий стан розпорошеності проблеми потребує нових досліджень у галузі адміністративного й трудового права, профілактики й запобігання правопорушенням у суспільстві, кодифікації та систематизації чинного законодавства.

Отже, за допомогою вивчення природи правопорушень, запобігання та їх попередження можливо забезпечити безпеку суспільних відносин, що складаються у сфері державного управління.

Стан дослідження. Над теоретичними й практичними проблемами з питань дисциплінарної відповідальності державних службовців та спробами класифікації дисциплінарних проступків у різний час працювали такі вчені, як О.А. Абрамова, О.Б. Андрєєва, Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, М.І. Іншин, Д.П. Коренєв, В.М. Кудрявцев, А.В. Куракін, О.М. Курєнной, О.Л. Кучма, Б.М. Лазарев, Д.М. Лук'янець, Н.О. Мельниченко, Л.В. Могілевський, В.В. Новиков, В.Ф. Опришко, О.І. Остапенко, О.Т. Панасюк, О.С. Пашков, Ю.С. Педько, Ю.М. Полєтаєв, Л.Л. Попов, С.М. Прилипко, І.С. Самощенко, І.С. Сахарук, О.Ф. Скакун, В.М. Смирнов, Л.С. Таль, М.М. Тищенко, О.В. Тищенко, М.І. Хавронюк, С.С. Харитонов, Н.В. Хорощак, В.К. Шкарупа, В.І. Щербина, В.А. Юсупов та багато інших вітчизняних і зарубіжних науковців.

Метою дослідження на основі комплексного аналізу чинного законодавства України й узагальнень практики його застосування є поняття дисципліни та проблеми класифікації дисциплінарної відповідальності державних службовців, їх відмінності від інших правопорушень.

Виклад основного матеріалу дослідження. Найважливішою умовою існування й розвитку будь-якого цивілізованого суспільства є дисципліна. В Україні за умов становлення ринкової економіки, поступового формування правової держави всестороннє зміцнення виконавчої дисципліни слід розглядати як підґрунтя для забезпечення незворотності комплексних перетворень, що відбуваються в політичному й економічному житті суспільства.

© К. О. Трампольська, 2014

Дисципліна – поняття комплексне, втілене в науковій та юридичній літературі. В.М. Гаращук зазначає: «Питання дисципліни знайшли своє відображення майже в усіх роботах, де аналізувалася законність, проте уваги дисципліні приділялося дещо менше, ніж законності, менше й окремих робіт, присвячених дисципліні» [1, с. 51]. С.С. Харитонов розглядає дисципліну як складову частину громадського порядку, що представляє собою сукупність упорядкованих та організованих суспільних відносин, регульованих нормами права, моралі, традиціями, звичаями тощо [2, с. 3–5].

У сучасній інтерпретації поняття «дисципліна» розглядається науковцями з різних точок зору, однак більшість із них сходяться на тому, що дисципліна представляє собою певний порядок, упорядкування, організацію. Так, на думку М.І. Хавронюка, дисципліна – це порядок, відповідно до якого всі суб'єкти правовідносин влади й підпорядкування неухильно дотримуються порядку й правил, що встановлені законами, а також відповідними статутами й положеннями [3, с. 15]. Таким чином, на основі аналізу різних визначень поняття «дисципліна» можемо зробити висновок, що дисципліна – це встановлений законодавством, конкретизований локальними нормативними актами державний, службовий, виробничий, трудовий або інший суспільний порядок, який забезпечує найбільш оптимальне поєднання інтересів різних суб'єктів суспільних відносин із метою найбільш ефективного досягнення взаємних цілей цих суб'єктів.

Вивчення дисциплінарної відповідальності започаткував Л.С. Таль. Саме він уперше вивів право роботодавця притягати працівника до дисциплінарної відповідальності з організаційної ознаки трудових відносин і сутності хазяйської влади. Відправним пунктом стала констатація несамостійності найманої праці, що означало водночас обов'язок працівника підкорятися внутрішньому розпорядку підприємства й хазяйській владі [4, с. 498, 499].

На сьогодні дисциплінарна відповідальність державних службовців регулюється законами України, підзаконними нормативно-правовими актами, дисциплінарними статутами та спеціальними положеннями про дисципліну, правилами внутрішнього трудового розпорядку або регламентом роботи того чи іншого державного органу, підприємства, установи чи організації. Зокрема, Законом України «Про державну службу» [5] за невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків, перевищення повноважень, порушення обмежень, пов'язаних з проходженням державної служби, здійснення вчинку, який порочить особу як державного службовця або дискредитує державний орган, у якому він працює, передбачено попередження про неповну службову відповідність та затримку до одного року в присвоєнні чергового рангу або в призначенні на вищу посаду. Закон України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» [6] передбачає один із видів стягнення (догана, звільнення) за невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків службовими особами, якщо вони не повідомили державні органи про виявлені зловживання й порушення, не передали правоохоронним органам матеріали ревізій у випадках виявлення зловживань і порушень чинного законодавства. А за істотні порушення норм процесуального права під час здійснення правосуддя, пов'язані, зокрема, з відмовою в доступі

особи до правосуддя з підстав, не передбачених законом, порушення вимог щодо розподілу та реєстрації справ у суді, правил підсудності чи підвідомчості, невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом, за порушення вимог щодо неупередженого розгляду справи, зокрема порушення правил щодо відводу (самовідводу), Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [7] передбачається такий захід дисциплінарного впливу, як догана.

Статтею 400 проекту Трудового кодексу України [8] передбачено ще один, крім догани і звільнення, вид дисциплінарного стягнення – зауваження. Після прийняття проекту Трудового кодексу України цей вид дисциплінарного стягнення буде застосовуватися й до державних службовців.

Таким чином, можна зробити висновок, що тенденцією вдосконалення механізму регулювання дисциплінарної відповідальності на сьогодні є закріплення норм щодо дисциплінарної відповідальності не на рівні підзаконних нормативно-правових актів і відомчих нормативних актів, а в законах. Чимало важливих норм уже сьогодні передбачено законотворчими документами, такими як Закон України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI, який набирає чинності [9], і проект Трудового кодексу України.

Дисциплінарна відповідальність деяких категорій державних службовців або взагалі не передбачена, або є декларативною, або не має реальних механізмів здійснення. Так, відповідно до ст. 24 Закону України «Про статус народного депутата України» [10] депутат повинен виконувати перелічені в зазначеній нормі обов'язки, наприклад, обов'язок бути присутнім та особисто брати участь у засіданнях Верховної Ради України, завчасно повідомляти про неможливість бути присутнім на засіданні, дотримуватися норм моралі й депутатської етики. Проте в цьому законі не передбачена дисциплінарна або будь-яка інша відповідальність народного депутата за порушення перелічених обов'язків.

У доктрині трудового права існують різні підходи до розуміння сутності категорії «дисциплінарний проступок». Одну з найбільш лаконічних її дефініцій пропонує С.М. Прилипко, який дисциплінарний проступок визначає як винне, протиправне невиконання чи неналежне виконання працівником своїх трудових обов'язків [11, с. 343]. Схожі трактування пропонують О.М. Курєнной [12, с. 184] та Л.В. Могілевський [13, с. 402].

Ю.М. Полєтаєв вважає, що це винне, протиправне, проте таке, що виключає кримінальну відповідальність, невиконання трудових обов'язків, нездійснення або перевищення повноважень, що забезпечують процес праці, особою, яка перебуває в трудових правовідносинах із конкретною організацією [14, с. 68].

Чинний КЗпП України [15] не містить легального визначення поняття «дисциплінарний проступок». У ч. 1 ст. 399 проекту Трудового кодексу України ним визнається порушення працівником своїх обов'язків, визначених трудовим законодавством, колективним і трудовим договорами.

Проаналізувавши різні підходи як науковців, так і законотворців до визначення поняття «дисциплінарний проступок», виокремимо такі основні ознаки цього правового явища: а) суб'єктом цього проступку може бути виключно працівник,

який знаходиться в трудових правовідносинах із конкретним роботодавцем; б) він має місце у випадку порушення працюючим своїх трудових обов'язків, окреслених трудовим законодавством, колективним і трудовим договорами; в) його формами можуть бути невиконання, неналежне виконання трудових обов'язків і перевищення повноважень; г) порушення трудових обов'язків має протиправний характер; д) має місце в разі вчинення виключно винних діянь; е) за вчинення цього проступку трудовим законодавством передбачено застосування дисциплінарного стягнення.

Отже, дисциплінарний проступок у трудовому праві – це протиправне, винне невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків, установлених трудовим законодавством, колективним і трудовим договорами, або перевищення повноважень працівником, який перебуває в трудових правовідносинах із конкретним роботодавцем, за вчинення якого законодавство про працю передбачає застосування дисциплінарного стягнення. З метою поліпшення правозастосовної практики ця дефініція підлягає офіційному закріпленню в ч. 1 ст. 399 проекту Трудового кодексу України.

Аналіз наукових праць різних учених, які займалися проблемами дисципліни праці, свідчить, що єдиної класифікації дисциплінарних проступків як у колишньому радянському, так й у вітчизняному трудовому праві не існує. Так само не існує офіційних статистичних даних із цього питання, оскільки звітність підприємств за кадровими питаннями не зачіпає питання видів і кількості застосованої до працівників дисциплінарної відповідальності та кількості й видів учинених ними дисциплінарних проступків. Проте практикою застосування норм трудового права під порушенням дисципліни праці визнано таке: відмову працівника без поважної причини укласти договір про повну матеріальну відповідальність; відмову або ухилення без поважної причини від проходження медогляду працівників окремих професій; відмову працівника від проходження спеціального навчання в робочий час і здачі іспиту з техніки безпеки, якщо це є обов'язковою умовою допуску до роботи; перебування працівника не на своєму робочому місці, а в приміщенні іншого цеху, відділу без поважної причини [16, с. 387–388].

Наприклад, у Законі України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI [9] передбачено вичерпний перелік дисциплінарних проступків. Однак вважаємо, що він не є таким вичерпним через різноманітність порушень дисципліни, які можуть бути допущені у сфері державного управління.

Як зазначає А.В. Куракін, необхідно розробити та прийняти Основи або Кодекс дисциплінарної відповідальності посадових осіб державної служби, в особливій частині якого містився би перелік дисциплінарних проступків і відповідальність за кожний із них [17, с. 35].

На нашу думку, дисциплінарні проступки можуть бути класифіковані за ступенем тяжкості на легкі, середні та тяжкі. Легкими дисциплінарними проступками можна назвати ті, що не вносять збоїв у виробничий процес та не завдають і не можуть завдати істотної шкоди діяльності підприємства, наприклад, запізнення не більше ніж на 15 хвилин або ухід із роботи раніше встановленого часу, використання робочого часу не на виробничі цілі (не частіше 3 разів за робочий день).

До дисциплінарних проступків середньої тяжкості можна віднести такі, що фактично не завдають істотної шкоди діяльності підприємства та не є загрозою для життя й здоров'я людей, проте при цьому могли б завдати таку шкоду за виникнення певних виробничих обставин (наприклад, прогул, поява на роботі в нетверезому стані).

До тяжких дисциплінарних проступків відносяться ті, що вчинені повторно, або ті, що спричинили фактичну шкоду діяльності підприємства й створили загрозливий стан для життя або здоров'я людей (недотримання правил техніки безпеки чи інших норм з охорони праці).

Також вважаємо за доцільне виокремити одним із критеріїв для класифікації дисциплінарних проступків об'єкт дисциплінарного правопорушення.

Чинне трудове законодавство виокремлює такі види об'єктів дисциплінарного правопорушення, як загальний і безпосередній.

В.М. Смирнов вважає, що загальні об'єкти складаються в процесі виробництва, переважно та їх частина, що регулюється нормами трудового законодавства й суміжних правових галузей. Безпосередніми об'єктами дисциплінарних проступків можуть виступати окремі елементи внутрішнього трудового розпорядку, а саме: а) раціональне використання робочого часу; б) належна експлуатація споруд, приміщень, устаткування, машин, матеріалів, інструментів, інвентарю; в) правильна організація управління процесом праці й технологією виробництва; г) охорона здоров'я, моральності й життя членів трудового колективу [18, с. 51].

О.С. Пашков займає позицію, що об'єктом дисциплінарного проступку загального характеру є трудові й пов'язані з ними правовідносини, які на конкретному підприємстві складаються в певну сукупність – у внутрішній трудовий розпорядок. Безпосереднім же об'єктом дисциплінарних проступків, як він підкреслив, є окремі елементи внутрішнього трудового розпорядку у вигляді груп однорідних правовідносин, пов'язаних із повним і доцільним використанням робочого часу, забезпеченням збереження майна, правильною організацією управління процесом праці й технологією виробництва, охороною здоров'я й життя членів трудового колективу [19, с. 224].

У цілому погоджуючись із такою позицією, зауважимо, що внутрішній трудовий розпорядок не може бути визнаний загальним об'єктом дисциплінарного проступку, позаяк він об'єднує достатньо різнорідні відносини, як-то: а) внутрішню організацію застосування праці; б) координаційні й субординаційні зв'язки в процесі трудової діяльності; в) трудову дисципліну; г) режим праці; д) вимоги до розподілу виробничих завдань і звітування про їх виконання. Окремі з них не належать навіть до предмета трудового права як правової галузі. А тому загальним об'єктом дисциплінарного проступку слід визнати суспільні відносини, які складаються в процесі спільної трудової діяльності працівників і врегульовані нормами трудового права.

Безпосередніми об'єктами дисциплінарного проступку, залежно від його характеру, можуть виступати такі: а) належне використання робочого часу; б) дбайливе ставлення до майна роботодавця; в) здоров'я й життя членів трудового колективу; г) охорона праці, техніка безпеки, виробнича санітарія, протипожежна безпека;

д) честь, гідність та інші особисті немайнові права роботодавця; е) правильна експлуатація споруд, приміщень, устаткування, машин, матеріалів, інструментів, інвентарю; є) організація управління процесом праці й технологією виробництва; ж) нерозголошення державної, комерційної таємниці та іншої захищеної законом інформації. Виділення безпосередніх об'єктів має суттєве значення, оскільки це дозволяє чітко встановити обставини вчиненого порушення трудової дисципліни й обрати справедливе дисциплінарне стягнення в кожному конкретному випадку.

Враховуючи вищезазначене, доцільно класифікувати дисциплінарні проступки за об'єктом дисциплінарної відповідальності на такі види:

1. Внутрішні дисциплінарні проступки держаних службовців, які посягають на внутрішній службовий розпорядок органу державної влади: прогул, запізнення на роботу, неналежне виконання обов'язків, поява державного службовця на робочому місці в нетверезому стані. Внутрішні дисциплінарні проступки зачіпають і публічний інтерес держави в цілому.

2. Публічні дисциплінарні проступки безпосередньо посягають на належне функціонування державної служби. До цієї групи можна віднести порушення встановлених законодавством заборон, недотримання обмежень, учинення дисциплінарних проступків у неробочий час.

3. Змішані дисциплінарні проступки одночасно посягають і на правила внутрішнього трудового розпорядку, і на публічний інтерес у цілому (невиконання наказу чи розпорядження вищого за ієрархією керівника, перевищення службових повноважень).

Поряд із загальним суб'єктом дисциплінарної відповідальності наука трудового права й законодавство про працю вирізняють суб'єкта спеціального. На першого поширюються загальні норми про дисципліну (КЗпП України тощо), на другого – спеціальні (закони, статути й положення про дисципліну окремих категорій працівників). О.А. Абрамова наполягає, що підставою для виокремлення спеціальних суб'єктів є особливо відповідальний характер праці окремих категорій працівників та особливо шкідливі наслідки дисциплінарних проступків, учинених працівниками в окремих галузях господарства, де діють статути про дисципліну [20, с. 53].

Спеціальні законодавчі акти закріплюють чітко окреслене коло працівників, які у випадках порушення ними трудової дисципліни визнаються спеціальними суб'єктами дисциплінарного проступку. Так, згідно з п. 2 Положення про дисципліну працівників залізничного транспорту цей нормативний акт поширюється на всіх працівників підприємств, об'єднань, установ та організацій залізничного транспорту, що належать до державної власності, за винятком працівників житлово-комунального господарства та побутового обслуговування, будівельних організацій, служб постачання, дорожніх ресторанів, навчальних закладів, науково-дослідних і проектно-конструкторських організацій, бібліотек, методичних кабінетів, будинків культури, клубів, спортивних, дитячих і медичних закладів, пансіонатів і будинків відпочинку цієї галузі.

Враховуючи вищезазначене, доцільно класифікувати дисциплінарні проступки за суб'єктом дисциплінарної відповідальності на такі види:

1. Дисциплінарні проступки, за вчинення яких стягнення може застосовуватися безпосереднім начальником: прогул, поява державного службовця на робочому місці в нетверезому стані, порушення правил внутрішнього трудового розпорядку, невиконання або неналежне виконання посадових обов'язків.

2. Дисциплінарні проступки, за вчинення яких стягнення може застосовуватися або безпосереднім начальником, або вищим за ієрархією: вияв неповаги до державних символів України, невиконання чи неналежне виконання в межах посадових обов'язків рішень державних органів, наказів, розпоряджень і доручень керівників, наданих у межах їхніх повноважень.

Висновки. Отже, дисциплінарна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, що полягає в обов'язку працівника, який здійснив дисциплінарний проступок, нести відповідальність за свої протиправні дії в межах стягнень, установлених чинним законодавством України. Підставою для дисциплінарної відповідальності є дисциплінарний проступок. Дисциплінарні проступки можна класифікувати за такими критеріями:

1. За суб'єктом: а) дисциплінарні проступки, за вчинення яких стягнення може застосовуватися безпосереднім начальником; б) дисциплінарні проступки, за вчинення яких стягнення може застосовуватися безпосереднім начальником чи вищим за ієрархією.

2. За об'єктом: а) внутрішні дисциплінарні проступки держаних службовців, які посягають на внутрішній службовий розпорядок органу державної влади (прогул, запізнення на роботу, неналежне виконання обов'язків, поява державного службовця на робочому місці в нетверезому стані); б) публічні дисциплінарні проступки державних службовців, які безпосередньо посягають на належне функціонування державної служби (порушення встановлених законодавством заборон, недотримання обмежень, учинення дисциплінарних проступків у неробочий час); в) змішані дисциплінарні проступки державних службовців, які водночас посягають і на правила внутрішнього трудового розпорядку, і на публічний інтерес у цілому (невиконання наказу чи розпорядження вищого за ієрархією керівника, перевищення службових повноважень).

3. За ступенем тяжкості: а) легкі дисциплінарні проступки, які можна назвати такими, що не вносять перепон у виробничий процес та не завдають і не можуть завдати істотної шкоди діяльності підприємства (запізнення не більше ніж на 15 хвилин або ухід із роботи раніше встановленого часу, використання робочого часу не на виробничі цілі (не частіше 3 разів за робочий день)); б) дисциплінарні проступки середньої тяжкості як такі, що фактично не завдають істотної шкоди діяльності підприємства та не є загрозою для життя й здоров'я працівників, проте при цьому могли б завдати таку шкоду за виникнення певних виробничих обставин (прогул, поява на роботі в нетверезому стані); в) тяжкі дисциплінарні проступки, що вчинені повторно, або ті, що спричинили фактичну шкоду діяльності підприємства та створили загрозливий стан для життя або здоров'я працівників (недотримання правил техніки безпеки або інших норм з охорони праці).

У боротьбі з будь-якими правопорушеннями важливими є не лише невідворотність покарання, а й їх запобігання, у тому числі профілактика. Це стосується і дис-

циплінарних проступків. Говорячи про державних службовців, профілактика може проявлятися насамперед у встановленні в державних органах, на державній службі атмосфери неприпустимості ігнорування вимог службової поведінки. Будь-які дії, що створюють умови для появи порушення на службі, повинні піддаватися критиці. Такі шкідливі дії повинні засуджуватися самими чиновниками не лише в усній формі, а й за допомогою фіксованих норм службових відносин, а також попереджатися можливістю дисциплінарного стягнення за їх учинення. Порушення правил службової поведінки кваліфікується як невиконання або неналежне виконання державним службовцем службових обов'язків, призводить до одного зі встановлених чинним законодавством про державну службу дисциплінарних стягнень та (або) враховується під час ухвалення рішення під час проведення атестації, кваліфікаційних іспитів, відбивається в характеристиці (рекомендації).

Для того щоб чиновники були готові й здатні протистояти небажаним спокусам поставити свої інтереси вище службових, необхідно законодавчо закріпити обов'язки, відповідальність за їх недотримання, а також затвердження вимог до чиновницької службової моральності й старанності. Правила сумлінної службової поведінки диктуються насамперед загальноприйнятими нормами етики щодо завдань державної служби. Закон повинен конкретизувати норми чесності, безкорисливості, об'єктивності, істинності, гідності, перетворюючи їх на правила службової поведінки, дотримання яких можна контролювати, а порушення їх повинно спричинити дисциплінарне стягнення в порядку, установленому законом. Принципи чесної поведінки на службі є перешкодою на шляху корупційно-небезпечної поведінки.

Пропонується внести зміни до чинного законодавства про державну службу, включивши до переліку основних принципів функціонування державної служби принцип етичності, моральної поведінки державного службовця. Без цього принципу, тобто центрального поняття, керівної ідеї, яка поширюється на всі галузі державної служби, неможливе подальше впровадження моральних начал у сферу службових відносин.

Також було б доцільним переглянути перелік дисциплінарних стягнень щодо державних службовців, доповнивши його стягненнями матеріального характеру. Можливо законодавчо закріпити принцип гідності державної служби, який повинен застосовуватися щодо державного службовця у вигляді заходів дисциплінарного впливу за моральні проступки, які підривають авторитет держави, органів влади. Запропоновані зміни положень дисциплінарної відповідальності потребують удосконалення дисциплінарного провадження, у тому числі детальної розробки процесуальної основи.

Література

1. Гаращук В.М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні : дис. … докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право» / В.М. Гаращук ;Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 412 с.
2. Фатеев К.С. О содержании понятий воинской дисциплины, воинского дисциплинарного проступка и дисциплинарной ответственности военнослужащих / К.С. Фатеев, С.С. Харитонов // Право в Вооруженных Силах. Военно-правовое обозрение. – 2012. – № 2. – С. 3–13.

3. Хавронюк М.І. Дисциплінарні правопорушення і дисциплінарна відповідальність : [навч. посібник] / М.І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2003. – 215 с.
4. Лушников А.М. Курс трудового права [учебник] : в 2 т. / А.М. Лушников, М.В. Лушникова. – М. : ТК Велби, Проспект, 2004 – . – Т. 2. – 2004. – 608 с.
5. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р. № 3723-XII в редакції від 02.03.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3723-12/page.
6. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні : Закон України від 26.01.1993 р. № 2939-XII в редакції від 11.08.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2939-12.
7. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI в редакції від 19.03.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17.
8. Трудовий кодекс України : проект закону України від 22.04.2013 р. № 2902 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JG28M00I.html.
9. Про державну службу : Закон України від 17.11.2011 р. № 4050-VI в редакції від 02.03.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4050-17.
10. Про статус народного депутата України : Закон України від 17.11.1992 р. № 2790-XII в редакції від 12.03.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2790-12.
11. Трудове право : [підручник] / за ред. В.В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – 496 с.
12. Куренной А.М. Трудовое право: на пути к рынку / А.М. Куренной. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Дело, 1997. – 368 с.
13. Трудове право : [підручник] / за ред. М.І. Іншина та В.І. Щербини. – Х. : Ніка Нова, 2012. – 560 с.
14. Полетаев Ю.Н. Трудовой распорядок в организации и ответственность за его нарушение по новому Трудовому кодексу РФ / Ю.Н. Полетаев // Трудовое право. – 2002. – № 3 (25). – С. 64–69.
15. Кодекс Законів про працю від 10.12.1971 р. № 322-VIII зі змінами і доповненнями в редакції від 01.04.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08.
16. Михайлов Ф.Н. Трудовое право : [курс лекций] / Ф.Н. Михайлов. – М. : ЮНИТИ, 2002. – 463 с.
17. Куракин А.В. Административно-правовые аспекты юридической ответственности в механизме противодействия коррупции в системе государственной службы РФ / А.В. Куракин // Административное и муниципальное право. – М. : Nota Bene, 2008. – № 5. – С. 31–37.
18. Смирнов В.Н. Дисциплина труда в СССР: социальные и правовые проблемы / В.Н. Смирнов. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1972. – 119 с.
19. Трудовое право России : [учебник] / под ред. А.С. Пашкова. – СПб. : Изд-во СПбГУ, 1994. – 289 с.
20. Абрамова А.А. Дисциплина труда в СССР / А.А. Абрамова. – М. : Юридическая литература, 1969. – 161 с.

Анотація

Трампольська К. О. **Проблеми класифікації дисциплінарних проступків державних службовців.** – Стаття.

Статтю присвячено теоретичним проблемам особливостей класифікації дисциплінарних проступків державних службовців в Україні, аналізу чинного законодавства, що регулює правовий статус державних службовців, вивченню різноманітних позицій щодо вживання поняття «дисциплінарна відповідальність», визначенню проблем правового регулювання статусу цієї категорії осіб та напрямків його вдосконалення.

Ключові слова: державні службовці, державна служба, дисциплінарна відповідальність, дисциплінарний проступок, дисциплінарні стягнення.

Аннотация

Трампольская К. О. **Проблемы классификации дисциплинарных проступков государственных служащих.** – Статья.

Статья посвящена теоретическим проблемам особенностей классификации дисциплинарных проступков государственных служащих в Украине, анализу действующего законодательства, регулирующего правовой статус государственных служащих, изучению различных позиций по поводу употребления понятия «дисциплинарная ответственность», определению проблем правового регулирования статуса этой категории лиц и направлений его совершенствования.

Ключевые слова: государственные служащие, государственная служба, дисциплинарная ответственность, дисциплинарный проступок, дисциплинарные взыскания.

Summary

Trampolska K. O. **Problems of classification of public servants' misconducts.** – Article.

The article is devoted to theoretical problems of classification features misconduct civil servants in Ukraine, analysis of existing legislation regulating the legal status of civil servants, the study of the different positions concerning the use of the concept of «disciplinary proceedings», defining problems of legal regulation of the status of this category of people and ways of its improvement.

Key words: civil servants, civil service, disciplinary liability, serious misconduct, disciplinary action.

Розділ 5

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ ТА ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

УДК 343.13

А. І. Журба

ЩОДО ЗМІСТУ ПРИЗНАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

Ефективність кримінального процесу обумовлена багатьма чинниками. Головними з них є системоутворюючі фактори, що знаходяться в основі формування кримінальних процесуальних механізмів і впливають на зміст певної діяльності, її структуру й принципи. У першу чергу до них належить призначення кримінального судочинства України, яке відображає сенс існування цієї діяльності, визначає її місце в державному механізмі. Внутрішній зміст і зв'язок цієї категорії з іншими важливими теоретичними положеннями кримінального процесу постійно викликає інтерес у дослідників. Їх увагу привертають питання змісту та співвідношення призначення кримінального судочинства з метою, завданнями, функціями кримінального провадження. Незважаючи на такий пильний інтерес, ця категорія і дотепер залишається недостатньо вивченою. Враховуючи її важливість для осмислення теоретичних положень кримінального провадження, знаходження шляху подальшого розвитку кримінального процесу, слід визнати високими теоретичну значущість та актуальність дослідження призначення кримінального судочинства для відповідної науки.

Призначення кримінального процесу стало предметом уваги дослідників із моменту прийняття Російською Федерацією (далі – РФ) Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК РФ) у 2001 р. Замість стандартних завдань кримінального судочинства новий закон РФ використовує термін «призначення». З того часу почалися предметні дослідження змістовного й системного характеру цього положення кримінального провадження. Теоретичні розробки цієї категорії знаходимо в роботах таких російських дослідників, як О.С. Александров [1], А.С. Барабаш [2], А.В. Верещагіна [3, с. 88], А.О. Козявін [4], Л.М. Масленнікова [5], О.П. Попова [6], В.Т. Томіна [7, с. 53]. З огляду на значущість спрямовуючих факторів, до яких відноситься й призначення кримінального провадження, не оминули увагою ці питання й українські науковці. Вивчення змісту призначення кримінального судочинства знаходимо в роботах таких учених, як Д.Є. Кутоманов [8, с. 113], І.Ф. Літвінова [9, с. 13], П.М. Маланчук [10, с. 20], В.П. Шибіко [11]. Незважаючи на такий високий рівень уваги з боку дослідників, багато положень розглядуваного поняття залишаються не вивченими або не мають точного значення. Тому першим кроком до з'ясування змісту призначення кримінального судочинства має стати отримання наукового положення про обов'язкові елементи внутрішнього змісту цієї категорії, що є метою дослідження.

Російські науковці призначення кримінального судочинства вивчають переважно крізь призму змісту ст. 6 КПК РФ, яку присвячено цьому системоутворюючому фактору. Російський законодавець змістом цієї категорії бачить захист прав і законних інтересів осіб та організацій, що постраждали від злочинів; захист особи від незаконного й необґрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав і свобод. Окрім «стандартних» для наукового кола положень КПК РФ у другій частині зазначеної норми визначає аксіологічний орієнтир для всього кримінального провадження, згідно з яким кримінальне переслідування й призна-

© А. І. Журба, 2014

чення винним справедливого покарання тією ж мірою відповідають призначенню кримінального судочинства, що й відмова від кримінального переслідування невинних, звільнення їх від покарання, реабілітація кожного, хто необґрунтовано піддався кримінальному переслідуванню [12]. Саме ці положення стали основою предмета обговорення великого кола дослідників кримінального процесу РФ.

Ставлення вчених до змісту призначення кримінального судочинства та його співвідношення з іншими категоріями характеризується великим розмаїттям думок. Ф.Н. Багаутдінов, розглядаючи призначення в співвідношенні з метою, визначає їх тотожність, проте призначення кримінального судочинства називає головною метою [13, с. 100]. Майже такий само висновок робить О.М. Зацепіна. Науковець вважає, що призначення, мета й завдання означають одне й те саме, проте відрізняються за ступенем спільності [14, с. 10].

Іншу точку зору висловлює І.О. Антонов. Учений зазначає, що в ст. 6 КПК РФ вказуються цілі й завдання кримінального судочинства, що поєднується в одне ціле – термін «призначення кримінального судочинства» [15, с. 87]. Загальне відношення вченого зводиться до того, що дискусія щодо мети й завдань кримінального провадження має бути завершеною, із чим не можна погодитися.

Подібні думки щодо змісту КПК України наводять українські вчені. В.П. Шибіко після розгляду наукових здобутків А.С. Барабаша доходить висновку, що призначення кримінального судочинства полягає в тому, щоб забезпечити захист і реалізацію прав усіх учасників процесу, які беруть участь у кримінальній справі й мають власний інтерес у справі, незалежно від процесуальної функції, яку вони виконують (потерпілий, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий), щоб завдяки своїй формі та змісту забезпечити кожному учаснику процесу реальні можливості для захисту його прав і законних інтересів, щоб було прийнято законне, обґрунтоване й справедливе рішення, яке б не давало підстав для того, щоб особа шукала захисту своїх прав за межами кримінального судочинства України, у міжнародних судових органах [11, с. 18]. На нашу думку, слід лише частково погодитися з позицією професора В.П. Шибіко. Захист і реалізація прав усіх учасників процесу є обов'язковим супутником будь-якої процесуальної галузі законодавства, адже згідно з положеннями ст. 3 Конституції України права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Тому відношення цього положення до частини призначення кримінального судочинства, на наше міркування, не відповідає його специфічному змісту.

Послідовну думку у своєму дослідженні висловлює професор А.С. Барабаш. Науковець звертає увагу на зовнішній підхід російського законодавця до системи кримінального процесу у формулюванні статті про призначення кримінального судочинства [2, с. 140]. Погоджуючись із положеннями, що надає російський законодавець, учений додатковими елементами виділяє напрямки призначення у вигляді захисту від свавілля з боку органів держави [2, с. 144] та створення умов, що забезпечують можливість застосування норм кримінального й кримінально-виконавчого права [2, с. 147]. Наведений підхід дослідника, як і думка В.П. Шибіко, також викликає зауваження щодо доцільності віднесення до призначення кримінального судочинства категорії захисту осіб від свавілля з боку держави. Дійсно, процесуальна форма з одного боку обмежує, а з іншого – надає певні можливості. Окрім того, слід згадати наведене вище положення Конституції України, яке визначає спрямованість результату існування держави.

У відриві від кримінального процесу обмежувальний характер можна визначати щодо будь-якого напрямку правового регулювання в будь-яких правовідносинах.

Під час дослідження призначення кримінального судочинства та з'ясування сенсу його існування важливим є чітке відмежування цих категорій від подібних в інших галузях права кримінального блоку. Наприклад, головним завданням, яке деякі вчені розглядають як елемент призначення кримінального провадження [7, с. 55], є охорона умов існування й розвитку суспільства. З подібними узагальненнями не можна погодитися в повному обсязі з огляду на те, що цей рівень спрямування відноситься до всього кримінального блоку, і не лише до нього. Окрім кримінального права, процесу, кримінально-виконавчого напрямку до переліку галузей, що забезпечують стабільність і безпеку суспільства, слід віднести й адміністративне, і цивільне, і сімейне право тощо. Тому визначальним фактором правильного мислення під час з'ясування змісту призначення кримінального провадження має стати точне сприйняття його зовнішніх функцій та їх відокремлення від функцій інших галузей права.

Дослідники висловлюють безліч думок, що спрямовані на з'ясування призначення й сенсу кримінального судочинства. У багатьох роботах ця категорія фігурує як функція кримінального провадження або мета. Однак подібна розбіжність у назвах не вирішує, а тим паче не виключає наявність проблеми розуміння сенсу існування цієї правозастосовної діяльності. Думки дослідників коливаються від визнання призначення кримінального судочинства цінним здобутком юридичної науки до повної відмови щодо застосування цього терміна. Останню точку зору, наприклад, підтримує В.І. Зажицький [16]. Підкреслює користь появи в юридичній науці цього терміна О.М. Зацепіна. Науковець визнає цим терміном найвищу мету кримінального судочинства, його соціальну роль [14, с. 10].

На сьогодні важко визнати усталеним стан юридичної думки щодо сенсу й призначення кримінального судочинства в суспільстві. Деякі вчені, намагаючись залишити теоретичні положення науки попереднього часу, зміст цього терміна прирівнюють до мети кримінального судочинства. Наприклад, Н.І. Ревенко вважає, що суть і сенс кримінального процесу полягає в опосередкованому й безпосередньому пізнанні досліджуваної події злочину [17, с. 113]. За межами думки дослідника залишається частина кримінального процесу, що пов'язана не з пізнавальною діяльністю, а з прийняттям рішень, у тому числі обвинувального вироку.

Цінну для юридичної науки думку висловлює Л.М. Маслєннікова. Науковець зазначає, що кримінальне судочинство як соціальний інститут дійсно має бути орієнтованим на захист від злочинів шляхом здійснення правосуддя [5, с. 331]. Цілком не заперечуючи позицію дослідника, зауважимо, що захист від злочинів є призначенням усього кримінального блоку держави. Однак слід звернути увагу на конкретизацію цього захисту, що автор зробила шляхом використання терміна «правосуддя». Зі змісту думки вже стає явним звернення до правосуддя як до способу дії кримінального процесуального механізму. Незважаючи на логічний і правильний підхід дослідника до формування поняття, отриману категорію як функцію (напрям, призначення тощо), з якої слід викреслити захисну від злочинів діяльність, що не здійснюється шляхом (способом) правосуддя, важко визнати призначенням і сенсом існування кримінального судочинства.

На нашу думку, близькою до змісту слід визнати таку позицію дослідників, яка найбільш чітко виділяє зміст призначення кримінального судочинства з урахуванням його специфіки порівняно з іншими галузями права кримінального блоку. Близькими до цього можна визнати думки вчених, які пов'язують призначення з вирішенням кримінально-правового конфлікту [18, с. 72]. Щодо цього постає лише одне питання про те, що конфлікт вирішується кримінальними процесуальними засобами та шляхом застосування норм кримінального права. У наведеній структурі доцільно залишити лише кримінальний процесуальний аспект для з'ясування призначення кримінального судочинства. Також подвійну, проте іншу за змістом точку зору знаходимо в роботі П.М. Маланчука. Дослідник функцією найвищого рівня називає охоронозабезпечувальний напрям діяльності [10, с. 10]. Щодо охоронного аспекту вважаємо недоцільним використовувати такі категорії, враховуючи їх складний і невизначений зміст у науці. Другий елемент є забезпечувальним. Однак виникає необхідність з'ясувати предмет забезпечення.

Безумовно, кримінальний процес існує для матеріального права. Судочинство є його формою існування. Тому, враховуючи таку органічну єдність, у змісті призначення кримінального судочинства цей найголовніший елемент має обов'язково займати перші місця. Тому можна повністю погодитися з частиною думки В.П. Шибіка щодо прийняття законного, обґрунтованого й справедливого рішення [11, с. 18] та А.С. Барабаша, який призначенням називає забезпечення можливості застосування норм кримінального й кримінально-виконавчого права [2, с. 147].

Таким чином, не намагаючись надати вичерпне розуміння змісту призначення кримінального провадження, зауважимо, що сутність призначення кримінального процесу як галузі процедурного права має бути органічно пов'язана з матеріальним правом, що реалізується за допомогою процесуальної форми. До призначення кримінального судочинства не повинні входити положення, які відображають сенс існування всіх галузей права кримінального блоку, або такі, які визначають загальні правила щодо декількох правових сфер. Наведений висновок не розкриває в повному обсязі призначення кримінального судочинства, не визначає на достатньому рівні його внутрішні змістовні елементи. Саме ці прогалини мають бути компенсовані під час наступних наукових досліджень.

Література

1. Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства и наказания : [монография] / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – Новгород : НА МВД РФ, 2006. – 111 с.
2. Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса / А.С. Барабаш. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2009. – 420 с.
3. Верещагина А.В. О цели уголовного судопроизводства / А.В. Верещагина // Вестник Томского государственного университета. – 2006. – № 292. – С. 88–90.
4. Козявин А.А. Социальное назначение и функции уголовного судопроизводства : [монография] / А.А. Козявин. – М. : Юрлитинформ, 2010. – 272 с.
5. Масленникова Л.Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России : дис. … докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / Л.Н. Масленникова ; Академия управления МВД России. – М., 2000. – 555 с.
6. Попов А.П. Целеполагание в современном отечественном уголовном судопроизводстве : дис. … докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / А.П. Попов ; Нижегородский гос. ун-т. им. Н.И. Лобачевского. – Нижний Новгород, 2006. – 458 с.
7. Уголовный процесс. Проблемные лекции / под ред. В.Т. Томина, И.А. Зинченко. – М. : Изд-во «Юрайт», 2013. – 799 с.

8. Кутоманов Д.Є. Забезпечення конституційних прав особи в досудовому провадженні по кримінальних справах : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність»/ Д.Є. Кутоманов ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 216 с.
9. Літвінова І.Ф. Гарантії недоторканності житла чи іншого володіння особи в кримінальному процесі України : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / І.Ф. Літвінова ; Академія управління МВС України. – К., 2010. – 229 с.
10. Маланчук П.М. Функція захисту в кримінальному процесі України : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / П.М. Маланчук. – К., 2007. – 201 с.
11. Шибіко В. Щодо призначення і завдань кримінального судочинства України / В. Шибіко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки». – 2011. – № 88. – С. 16–19.
12. Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. : по состоянию на 01.12.2013 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.interlaw.ru/law/docs/12025178/12025178/12025178-001.htm.
13. Багаутдинов Ф.Н. Публичные и личные интересы в российском уголовном судопроизводстве и гарантии их обеспечения на предварительном следствии : дис. … докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / Ф.Н. Багаутдинов ; НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ. – М., 2004. – 499 с.
14. Зацепина Е.М. Уголовно-правовое обеспечение реализации назначения уголовного судопроизводства : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Е.М. Зацепина ; Ульяновский гос. ун-т. – Ульяновск, 2005. – 250 с.
15. Антонов И.А. Нравственно-правовые начала уголовно-процессуальной деятельности : дис. … докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / И.А. Антонов ; Санкт-Петербургский ун-т. – СПб., 2005. – 429 с.
16. Зажицкий В.И. Нужны ли уголовному процессу задачи? / В.И. Зажицкий // Российская юстиция. – 2011. – № 4. – С. 22–26.
17. Ревенко Н.И. Обеспечение следователем всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств дела при осуществлении уголовного преследования : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Н.И. Ревенко ; Омская академия МВД РФ. – Омск, 2005. – 213 с.
18. Куліков О.П. Активна правова позиція особистості в кримінальному процесі: механізм забезпечення : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О.П. Куліков. – Одеса, 2010. – 201 с.

Анотація

Журба А. І. **Щодо змісту призначення кримінального судочинства України.** – Стаття.

Статтю присвячено розгляду змісту призначення кримінального судочинства. Метою роботи є отримання наукового положення про обов'язкові елементи внутрішнього змісту категорії призначення кримінального судочинства України. Наприкінці зазначається, що сутність призначення кримінального процесу як галузі процедурного права має бути органічно пов'язана з матеріальним правом, що реалізується за допомогою процесуальної форми.

Ключові слова: призначення кримінального судочинства, мета, завдання, ціль, задачі.

Аннотация

Журба А. И. **О содержании назначения уголовного судопроизводства Украины.** – Статья.

Статья посвящена рассмотрению содержания назначения уголовного судопроизводства Украины. Целью работы является получение научного положения об обязательных элементах внутреннего содержания категории назначения уголовного судопроизводства Украины. В итоге отмечается, что сущность назначения уголовного процесса как области процедурного права должна быть органически связана с материальным правом, которое реализуется посредством процессуальной формы.

Ключевые слова: назначение уголовного судопроизводства, цель, задачи, предназначение, роль.

Summary

Zhurba A. I. **Regarding the content of the destination criminal justice in Ukraine.** – Article.

The article discusses the content of the criminal justice purpose. The aim of this work is to research the provisions on mandatory elements of the internal content of the category assignment of criminal proceedings in Ukraine. At the end notes that the essence of the purpose of criminal process as the field of procedural law, should be organically linked to the substantive law is implemented through procedural form.

Key words: purpose of criminal proceedings, purpose, objectives, role.

УДК 347.963

С. В. Подкопаєв

ОСНОВНІ КОМПОНЕНТИ КАДРОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОКУРОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Розгляду питань кадрового забезпечення завжди приділялася належна увага, адже компетенцію органу реалізують конкретні працівники. Людський фактор був і залишається визначальним. Знамените гасло в промові генерального секретаря ВКП (б) І. Сталіна «Кадри вирішують все», – з якою він виступив 4 травня 1935 року в кремлівському палаці перед випускниками військових академій, не втрачає своєї актуальності й нині [1, с. 325]. Фактично з трансформацією суспільних відносин змін зазнають лише вимоги до кадрів та відповідні кадрові процедури, а не роль і значення людського фактору в забезпеченні ефективної діяльності органу, установи чи їх системи [2, с. 3–6]. Таким чином, можна вважати, що кадрове забезпечення посідає ключове місце в системі засобів забезпечення прокурорської діяльності.

З огляду на зазначене не дивно, що до різних аспектів кадрового забезпечення прокурорської діяльності у своїх роботах зверталися ціла низка вчених і практиків, зокрема М. Бурбика, В. Дерев'янко, Л. Заболотна, С. Ківалов, С. Нечипоренко, В. Остапчук, Є. Попович, А. Пшонка, Г. Середа, В. Сухонос, О. Шинальский, М. Якимчук та інші. Науковими розробками охоплено чимало питань в цій сфері.

Водночас очевидним є й те, що діяльність прокуратури в Україні на сьогодні відбувається в умовах динамічних перетворень в усіх галузях суспільного життя, а специфіка нових політичних, економічних та соціальних умов зумовлює корегування самої прокурорської діяльності для забезпечення її результативності та ефективності відповідно до нових умов. Так, положення проекту нового Закону України «Про прокуратуру» (далі – проект Закону), вже свідчать про новації в підходах до вирішення кадрових питань, що потребує свого теоретичного осмислення [3].

Більше того, у сучасних умовах підвищення результативності та ефективності прокурорської діяльності є можливим за рахунок удосконалення існуючого механізму кадрового забезпечення, форм і методів роботи з кадрами, порядку відбору осіб на прокурорські посади тощо. На теоретичному рівні можна говорити про потребу формування оптимальної (в сучасних умовах) моделі кадрового забезпечення.

Усе зазначене обумовлює подальше дослідження цієї проблематики за цим напрямком.

Насамперед визначимося зі змістовним наповненням основних понять. Термін «забезпечення» («забезпечити», «забезпечувати») етимологічно визначається як постачати щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у певних потребах; надавати кому-небудь достатні матеріальні засоби до існування; створювати надійні умови для здійснення чого-небудь; гарантувати щось; захищати, охороняти кого-, що-небудь від небезпеки [4, с. 375]. «Кадри» – це основний склад працівників якої-небудь організації, підприємства, установи тощо [4, с. 513]; усі постійні працівники [5, с. 323].

© С. В. Подкопаєв, 2014

Відповідно, у загальному вигляді під кадровим забезпеченням можна розуміти процес, спрямований на укомплектування (наприклад, навчання, професійна підготовка), або безпосередньо процес з укомплектування органів прокуратури професійно підготовленими, кваліфікованими кадрами (працівниками), здатними виконувати службові обов'язки відповідно до чинного законодавства та на рівні сучасних вимог ефективно вирішувати завдання прокуратури.

Кадрове забезпечення прокурорської діяльності відбувається завдяки певному механізму. Етимологічно термін «механізм» означає послідовність дій, засобів для забезпечення; внутрішню будову, систему чого-небудь; сукупність станів і процесів, з яких складається певне явище [4, с. 665]. Механізм кадрового забезпечення прокурорської діяльності – це система (сукупність) конкретних заходів (дій, засобів, процедур тощо) з кадрового забезпечення, що реалізуються уповноваженими суб'єктами (кадровими підрозділами апаратів, комісіями з відбору, атестаційними комісіями, керівниками прокуратур різних рівнів, Національною академією прокуратури України та вищими навчальними закладами (далі – ВНЗ), з якими Генеральною прокуратурою України укладено відповідні угоди на підготовку фахівців), а також принципи, форми та методи їх діяльності з реалізації відповідних заходів.

При цьому обов'язково слід наголосити, що кадрове забезпечення – це не лише (в більш широкому розумінні) елемент системи засобів забезпечення прокурорської діяльності (або забезпечення реалізації компетенції прокуратури), а й самостійна сфера професійної діяльності фахівців. Тому насамперед саме суб'єкти кадрового забезпечення повинні бути еталоном професіоналізму та компетентності.

Науковці, які досліджували питання кадрового забезпечення прокурорської діяльності, формулюють різні підходи під час визначення змісту його складових (компонентів). Їх у літературі зазвичай називають ще основними видами кадрової роботи [6, с. 29], напрямками кадрової роботи [7, с. 68], етапами кадрового забезпечення [8, с. 4, 11–12].

Не вдаючись у межах статті до дискусій із цього питання, розглянемо зміст визначених у відомчій нормативній базі, зокрема наказі Генерального прокурора України від 15 грудня 2011 року № 2гн «Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури» (далі – наказ № 2гн), основних взаємопов'язаних компонентів кадрового забезпечення прокурорської діяльності: добору, розстановки, професійної підготовки та виховання кадрів [9][1]. Вони є традиційними для прокурорської системи упродовж багатьох років [10, с. 8].

В органах прокуратури працюють не лише прокурорські працівники (тобто прокурори та слідчі), а й інші категорії державних службовців. У межах цієї статті ми зосередимо увагу на змісті основних компонентів кадрового забезпечення діяльності органів прокуратури саме прокурорськими працівниками.

Процес безпосередньої кадрової роботи починається з добору кадрів для роботи в органах прокуратури. Добір (добирати) – вибираючи, знаходити найбільш

[1] Крім зазначених основних, безпосередніх компонентів кадрового забезпечення, його складовими є інформаційно-аналітична робота з кадрового забезпечення, облік кадрів, діловодство кадрової роботи, соціальне та пенсійне забезпечення працівників тощо. Усі вони знаходяться у взаємозв'язку, доповнюючи один одного.

відповідне; підбирати – вибирати й компонувати за певним принципом, вимогами; вишукувати все необхідне для якої-небудь мети [4, с. 306–307].

В. Загородній із посиланням на В. Жуплєва розкриває суть процесу з добору кадрів: «На основі загальних та конкретних вимог, що висуваються до кандидатів на зайняття певної посади, та оцінки всіх наявних кандидатів на цю посаду приймається рішення щодо обрання найкращих серед кандидатів» [11, с. 36]. Елементами добору кадрів називаються збирання інформації щодо можливих кандидатів; оцінка наявності в них необхідних якостей із метою складання характеристики на кожного з кандидатів; встановлення відповідності кандидата вимогам, що висуваються для зайняття певної посади; порівняння кількох кандидатів на одну посаду та відбір найбільш придатного. При цьому вирішується питання про призначення на посаду [11, с. 36–37].

Суспільна значущість завдань органів прокуратури, специфіка її компетенції пред'являють до прокурорських працівників особливі вимоги. Вони встановлені в ст. 46 Закону України «Про прокуратуру» [12].

При цьому в Законі України «Про прокуратуру», а не лише в п. 2 наказу № 2гн, має міститися вимога щодо належного *стану здоров'я* особи, яка претендує на посаду або вже працює в органах прокуратури. Серйозна увага повинна приділятися стану психічного здоров'я (як під час вступу особи до вищого навчального закладу, так і прийому на роботу), оскільки діяльність прокурорського працівника пов'язана з постійними перевантаженнями, має напружений характер і вимагає стабільності в стресових ситуаціях. Якщо враховувати не завжди належні умови діяльності (деякі прокуратури до сьогодні мають не пристосовані до роботи приміщення), величезний обсяг рутинної роботи, відсутність достатньої кількості оргтехніки, то вона (у прямому сенсі) може бути віднесена до важкої фізичної та психологічної праці. До того ж окремі особи працюють понаднормово.

Відтак слід схвально віднестись до закріплення в п. 2 ч. 5 ст. 28 проекту Закону положення, відповідно до якого не може бути призначена на посаду прокурора особа, «яка має захворювання, що перешкоджає виконанню обов'язків прокурора». Їх перелік необхідно встановити спільним наказом міністра охорони здоров'я та Генерального прокурора України.

Звертає на себе увагу те, що в Законі України «Про прокуратуру» (у проекті Закону також) не встановлено мінімального віку для осіб, які претендують на здобуття прокурорських посад (окрім прокурорів-керівників прокуратур районного (міського) та обласного рівнів). Тому він фактично збігається з отриманням ними вищої юридичної освіти.

Особа здатна належно виконувати обов'язки прокурора лише після набуття достатнього життєвого досвіду, що можливо лише з досягненням певного віку. Наприклад, у Словаччині та Чехії він не може бути менше 25 років, а в Польщі – 26 років [13, с. 81]. Це питання набуває особливої актуальності, ураховуючи, що сучасна прокурорська діяльність в Україні значно ускладнилась. Так, у зв'язку з прийняттям нового кримінального процесуального законодавства змінився статус прокурорів під час проведення досудового розслідування (прокурор здійснює нагляд за дотриманням законів у формі процесуального керівництва), збільшився обсяг

їх повноважень, посилилась відповідальність за якість остаточного результату. У зв'язку із цим пропонуємо законодавчо визначити вік, із досягненням якого особа має право працювати на прокурорсько-слідчих посадах, – 25 років.

Про добір ідеться ще на етапі вступу до ВНЗ, з якими Генеральною прокуратурою України укладено відповідні угоди. Частиною 6 п. 2.1 наказу № 2гн прокурорам приписується забезпечити якісний добір вступників до ВНЗ. Рекомендації для вступу на навчання мають надаватися насамперед особам, які успішно пройшли психологічне тестування, мають високий рівень освітньої підготовки, схильність до прокурорсько-слідчої діяльності та можуть за станом здоров'я займатися нею.

У ч. 7 п. 2.1 цього наказу зазначено, що добір вступників до Національної академії прокуратури України (далі – Академія прокуратури) слід здійснювати за рахунок випускників ВНЗ 3–4 рівня акредитації, які вже мають освітньо-кваліфікаційний рівень «бакалавр» за спеціальністю «Правознавство», насамперед серед осіб, які навчаються за замовленням прокуратури.

І якщо під час надання рекомендацій для вступу до Академії прокуратури відповідні підстави для її надання в прокурора можуть бути, враховуючи, що в особи за час навчання для здобуття освітньо-кваліфікаційного рівня «бакалавр» (як правило, це 4 роки) вже окреслюються сталі морально-вольові якості та схильності, є первинний комунікативний досвід тощо, то надання рекомендацій для вступу до ВНЗ учорашнім школярам, які, як зазначив О. Шинальський, «переважно не мають сталих уявлень про майбутню професію та моральних орієнтирів, вони жодного разу в житті не перебували в будь-якому колективі та в обставинах, які давали б можливість сторонній людині з найменшим ступенем вірогідності прогнозувати їх подальшу поведінку, професійні інтереси тощо», зводиться до формального збору документів про майбутнього абітурієнта в одну папку. Видачу рекомендацій у подібних умовах автор взагалі називає нонсенсом [14, с. 23].

Як бачимо, питання є відкритим і потребує окремого ретельного опрацювання.

У прокуратурах районного (міського) рівнів посади прокурорів прокуратур укомплектовуються насамперед за рахунок випускників Академії прокуратури та ВНЗ, з якими Генеральною прокуратурою України укладено відповідні угоди на підготовку фахівців (ч. 1 п. 2.1 наказу № 2гн).

Уперше призначення на прокурорсько-слідчі посади осіб, які отримали вищу юридичну освіту поза межами державного замовлення та які не пройшли цільову підготовку за рекомендацією органів прокуратури, повинно здійснюватися лише за погодженням із Генеральною прокуратурою України (ч. 2 п. 2.1 наказу № 2гн).

Під час укладення трудових угод з особами, які раніше працювали в правоохоронних, державних органах та на інших підприємствах, в установах та організаціях, як правило, необхідно обумовлювати передбачене трудовим законодавством *випробування*, за винятком осіб, які призначаються в порядку переведення (ч. 4 п. 2.1 наказу № 2гн).

Серед осіб, які не мають досвіду практичної роботи за спеціальністю, проводиться *відбір* на конкурсних засадах для подальшого проходження *стажування* на умовах строкової трудової угоди до одного року (ч. 3 п. 2.1. наказу № 2гн).

Для організації проведення відбору згідно з п. 2.1 Положення про порядок стажування в органах прокуратури затвердженого наказом Генерального прокурора України від 12 грудня 2008 року № 80, наказами прокурорів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва й Севастополя, утворюються відповідні комісії.

Формами такого відбору є спеціальна перевірка, перевірка знань у формі професійного тестування психологічне тестування, вивчення ділових і моральних якостей за характеризуючими даними вузів, результатами психологічного дослідження, а також висновками прокурорів за підсумками переддипломної практики, співбесіди в кадрових та інших структурних підрозділах прокуратури, обговорення на засіданні комісії (п. 2.6 положення).

Стажування проводиться в міських, районних, міжрайонних та прирівняних до них прокуратурах на умовах строкової трудової угоди до одного року на посадах стажистів або стажистів на вакантних посадах помічників прокурорів і слідчих. Стажування магістрантів Національної академії прокуратури України проводиться під час виробничої практики (п. 3.1 положення).

Відповідно до ст. 46 Закону України «Про прокуратуру» та Положення про порядок атестації прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури України, затвердженого наказом Генерального прокурора України від 12 вересня 2005 року № 2958ц (далі – Положення про порядок атестації) [9], стажисти підлягають атестуванню після закінчення стажування, проте не раніше 6 місяців від дня призначення на посаду.

Атестаційна комісія в присутності стажиста розглядає його атестаційні документи, заслуховує з цього приводу керівника стажування та робить висновок про підготовленість претендента до самостійної роботи на прокурорській посаді (п. 5.3 положення).

Призначення осіб, які пройшли стажування, на прокурорську посаду можливе лише після позитивного рішення атестаційної комісії. Одночасно з призначенням на посаду вноситься подання Генеральному прокурору України про присвоєння першого класного чину (п. 5.4 положення).

Під час призначення враховуються висновки спеціальних перевірок щодо претендентів, у тому числі щодо відомостей, поданих ними особисто, в обсязі та порядку, передбаченому ст. 11 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». Організація проведення перевірки покладається на керівника прокуратури (його заступника), який має право призначати на посаду, на яку претендує особа (ч. 2 п. 2 наказу № 2гн).

Правильність розстановки кадрів, як зазначається в юридичній літературі, має вираження в оптимізації структурування посад та заповнення їх такими працівниками, які за своїми професійними, діловими й моральними якостями здатні з максимальною результативністю виконувати службові обов'язки. Ефективність розстановки кадрів пов'язана із забезпеченням можливості службового росту, з переміщенням прокурорських працівників за різними посадами [7, с. 71].

В. Сухонос пише, що розстановка вирішує завдання визначення для кожного працівника сфери трудової діяльності, яка б найбільш відповідала його особистим даним. «Порушення такого підходу, – продовжує автор, – призводить до призна-

чення працівників на посади, що не відповідають їх рівню і профілю підготовки, досвіду, діловим та особистим якостям» [8, с. 11]. Із цим, безумовно, слід погодитися.

Пунктом 4.4 наказу № 2гн керівників прокуратур зобов'язано забезпечувати стабільність керівного складу, не допускати випадків необґрунтованого дострокового переміщення та звільнення міськрайпрокурорів і керівників структурних підрозділів апаратів. Переміщення прокурорсько-слідчих працівників з однієї прокуратури обласного рівня до іншої відповідно до п. 5 наказу № 2гн проводиться лише за погодженням із Генеральною прокуратурою України.

У контексті зазначеного важливу роль у підвищенні якісного стану кадрів, професіоналізму, можливостей службового зростання виконує атестація працівників прокуратури. Її мета – визначити відповідність працівників прокуратури та навчальних закладів займаним посадам, стан їх професійної підготовки; оцінити стан професійної підготовки та придатності стажистів за діловими й моральними якостями до самостійної роботи на прокурорських посадах; формування резерву кадрів на висунення; визначення напрямів підвищення кваліфікації, професійної підготовки й перепідготовки; внесення й обґрунтування пропозицій щодо призначення та переміщення кадрів.

Пунктом 4.2 наказу № 2гн прокурорам приписано розглядати атестацію як засіб визначення рівня професійної підготовки, відповідності займаним посадам, а також перспектив просування працівника по службі, створення дієвого кадрового резерву й визначення шляхів підвищення кваліфікації та зміцнення службової дисципліни.

Відповідно до п. 3 розділу I (загальні положення) Положення про порядок атестації їй підлягають: а) стажисти – претенденти на посади прокурорів прокуратур, прокурорсько-слідчі працівники; б) професорсько-викладацький склад навчальних закладів Генеральної прокуратури України, які обіймають посади, за якими передбачено присвоєння класних чинів зі стажем роботи в органах прокуратури не менше шести місяців; в) особи з вищою юридичною освітою, які мають стаж роботи за фахом не менше одного року в інших правоохоронних органах, адвокатурі, нотаріаті, органах законодавчої, виконавчої чи судової влади (вони можуть бути атестовані, як правило, після шести місяців роботи в органах прокуратури).

Особи з вищою юридичною освітою, які не мають стажу роботи за фахом, проходять стажування та атестацію в порядку, визначеному для стажистів (п. 3.2 положення).

Комісія на підставі оцінки стану професійної підготовленості працівника, його особистих якостей та результатів службової діяльності приймає рішення про відповідність чи невідповідність працівника займаній посаді чи про неповну службову відповідність з умовою повторної атестації через шість місяців чи через рік. Нею також можуть бути внесені рекомендації про заохочення, установлення надбавок до посадових окладів, присвоєння класного чину, призначення на вищу посаду чи зарахування в резерв, вивчення й поширення позитивного досвіду роботи, направлення на стажування або навчання з метою підвищення кваліфікації, пониження в класному чині. У разі прийняття рішення про невідповідність працівника займаній посаді комісія рекомендує відповідному керівникові перевести цього

працівника за його згодою на іншу посаду, що відповідає його професійному рівню, або звільнити із займаної посади.

З метою забезпечення оперативного заміщення вакантних посад та просування по службі найбільш професійно підготовлених працівників створюється *кадровий резерв:* для висунення на керівні посади; для заміщення посад у структурних підрозділах центрального та обласних апаратів; для заміщення посад начальників відділів та їх заступників, завідувачів кафедр, наукових і науково-педагогічних працівників Національної академії прокуратури України (п. 4.3 наказу № 2гн).

Робота з кадровим резервом провадиться згідно з Положенням про роботу з кадровим резервом в органах прокуратури України, затвердженим наказом Генерального прокурора України від 2 липня 2012 року № 59 [9].

До кадрового резерву на керівні посади, у тому числі міжрегіонального кадрового резерву, повинні висуватися найбільш підготовлені прокурорсько-слідчі працівники, які мають системні професійні знання, успішно виконують службові обов'язки, проявляють ініціативу, володіють організаторськими здібностями та відповідними моральними якостями, мають стаж роботи в органах прокуратури не менше трьох років, підвищують свій професійний рівень (п. 2.1 положення).

Підставою для зарахування особи до кадрового резерву для висунення на керівні посади є рекомендації (п. 2.4 положення). Вони надаються суб'єктами, зазначеними у п. п. 2.5, 2.6 положення.

Переважне право на заміщення вакантної посади має працівник, зарахований до резерву на відповідну посаду (п. 2.18 положення).

Під час формування резерву повинні враховуватися вимоги п. 2.2 наказу № 2гн щодо укомплектування прокуратур міст із районним поділом за рахунок працівників, які до призначення на відповідну посаду мали стаж роботи в органах прокуратури не менше двох років, апаратів прокуратур обласного рівня – працівниками зі стажем роботи не менше трьох років, а апарату Генеральної прокуратури України – за рахунок працівників, які до призначення мають стаж роботи в органах прокуратури не менше п'яти років, у тому числі в прокуратурах обласного рівня чи на посадах міськрайпрокурорів.

Працівник, зарахований до кадрового резерву для висунення на керівну посаду або для заміщення посади в структурних підрозділах чи прокуратурі міста з районним поділом, зобов'язаний самостійно підвищувати свою ділову та професійну кваліфікацію, сумлінно й ініціативно готувати себе до роботи на вищій посаді (п. 5.1 положення).

Підготовка кадрового резерву для висунення на керівні посади проводиться за індивідуальними планами. Вони складаються на календарний рік та мають передбачати різноманітні форми навчання, у тому числі стажування на необхідних напрямах прокурорсько-слідчої діяльності, залучення до галузевих та комплексних перевірок, виконання обов'язків за вищими посадами, надання індивідуальних завдань, виступи на навчально-методичних семінарах та науково-практичних конференціях, навчання за спеціальними програмами в Академії прокуратури тощо (п. 5.3, п. 5.4 положення).

Перед призначенням на керівні посади необхідно практикувати стажування кандидатів в апаратах прокуратур вищого рівня та тимчасове покладання

обов'язків за відповідними керівними посадами, після призначення – надання необхідної практичної допомоги (ч. 4 п. 4.4 наказу № 2гн).

Робота з кадровим резервом має відбуватися на належному рівні, не бути суто формальним заходом. Не повинна мати місце практика, коли, наприклад, на керівні посади за певним напрямком прокурорської діяльності (наприклад, на посаду заступника прокурора обласного рівня, відповідального за стан організації роботи з представництва інтересів громадянина або держави в суді) призначається особа, яка не має досвіду практичної роботи за цим напрямком або не пройшла відповідну (належну) перепідготовку.

У цьому плані доречно акцентувати увагу саме на перепідготовці прокурорських працівників (у тому числі як складової роботи з кадровим резервом). Головний критерій її ефективності – реальна здатність працівника ефективно виконувати обов'язки за посадою, на яку претендує. Тому можливо вести мову навіть про створення відповідного підрозділу в складі Інституту підвищення кваліфікації кадрів Академії прокуратури[2].

Авторитет прокуратури в суспільстві, ефективність її діяльності багато в чому визначаються особистістю прокурора, його моральними та діловими якостями. У цьому сенсі головною складовою у формуванні особистості майбутнього фахівця є його професійна підготовка.

У Керівних принципах щодо ролі державних обвинувачів, прийнятих ООН в 1990 році (п. 1 першого підрозділу), визначено, що особи, відібрані для здійснення прокурорських функцій, повинні мати високі моральні якості та здібності, а також відповідну підготовку й кваліфікацію. Пунктом 2 b) проголошено, що держави забезпечують, щоб прокурори мали відповідну освіту та підготовку, усвідомлювали ідеали та етичні норми, властиві цій посаді [15, с. 151]. Фактично аналогічні положення відображені в Нормах професійної відповідальності та викладенні необхідних прав та обов'язків прокурорів, прийнятих МАП в 1999 році (п. «г») першого підрозділу – професійна поведінка); Європейських інструкціях із питань етики та поведінки прокурорів, прийнятих конференцією Генеральних прокурорів Європи в 2005 році п. «е» другого розділу – загальна професійна поведінка) [15, с. 163]; п. 7 рекомендації КМ РЄ Rec(2000)19 «Роль прокуратури в системі кримінального судочинства» [15, с. 157].

Про навчання прокурорів ідеться й у п. п. 43–47 спільного висновку Консультативних рад європейських суддів та прокурорів – пояснювальній ноті до так званої декларації Бордо «Судді та прокурори в демократичному суспільстві» (2009 рік). Як зазначається в п. 47, воно повинне містити не лише інформацію про законодавство та захист особистих свобод, а й включати модулі з практики та бути науковим центром для створення інформації щодо місії прокурора. Якість та ефективність навчання повинні оцінюватися регулярно й об'єктивно [17].

---

[2] Або взагалі про створення самостійного інституту, враховуючи, що відповідної перепідготовки потребуватимуть не лише працівники органів прокуратури, які переводяться на інший напрям роботи або посаду, а й особи, які раніше працювали в правоохоронних, державних органах, на підприємствах, в установах та організаціях, тобто мають досвід практичної роботи за спеціальністю, за відсутності досвіду роботи в органах прокуратури (тобто ті, які претендують на зайняття прокурорської посади).

На сьогодні в Україні підготовка майбутніх прокурорів здійснюється ВНЗ системи Міністерства освіти і науки України та Академією прокуратури, у структурі якої функціонує Інститут підготовки кадрів.

Слід підкреслити, що важливим компонентом професіоналізму прокурорів є фундаментальні та спеціальні знання, а також сформовані практичні навички. Останнім часом прокурорська діяльність значно ускладнилась, вимагає посилення професіоналізму, а тому недостатньо давати майбутньому прокуророві лише базові юридичні знання (які також мають бути на належному рівні), необхідно забезпечувати його спеціалізовану підготовку. Для цього навчальний процес повинен бути максимально наближеним до потреб практичної діяльності.

Таким чином, професійна підготовка кадрів для органів прокуратури в спеціалізованому навчальному закладі найбільше відповідає вимогам сучасності та світовому досвіду. За час свого існування Академія прокуратури це підтвердила. І в майбутньому комплектування органів прокуратури має відбуватися виняткова за рахунок тих осіб, які пройшли спеціальне навчання в Академії прокуратури [18; 19, с. 19]. Так, у ч. 1 ст. 34 проекту Закону вже зазначено, що кандидат на посаду прокурора проходить протягом шести місяців спеціальну підготовку в Академії прокуратури з метою отримання знань та навичок практичної діяльності на посаді прокурора, складання процесуальних документів, вивчення правил прокурорської етики.

Розглядаючи питання професійної підготовки, слід зазначити, що в системі органів прокуратури формується концепція безперервного навчання, яка включає в себе первинну підготовку та різні форми підвищення кваліфікації.

У п. 7. наказу № 2гн організація безперервного навчання розглядається як важливий чинник поліпшення якості кадрового складу, обов'язок кожного працівника. Прокурорам, ректору Академії прокуратури приписано (у межах своїх повноважень) забезпечувати ефективну підготовку й підвищення кваліфікації прокурорів і слідчих відповідно до Положення про єдину систему підвищення кваліфікації прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури України, затвердженого наказом Генерального прокурора України від 30 квітня 2013 року № 57. Систематично організовувати заняття з підвищення кваліфікації підпорядкованих працівників, у тому числі в Школі молодого спеціаліста, практикувати залучення до навчальних заходів науково-педагогічного складу Академії прокуратури, інших ВНЗ, представників судових, правоохоронних та інших державних органів тощо.

Як звертав увагу С. Винокуров, основні проблеми в цій справі – не завжди належне наповнення навчальних заходів змістом та непозбавленість формалізму [10, с. 14].

Одним із головних напрямків підвищення кваліфікації вважається організація навчання за спеціалізованими програмами професійної підготовки прокурорів і слідчих, а також працівників, зарахованих до кадрового резерву на керівні посади.

Важливу роль як у первинній підготовці кадрів, так і в підвищенні кваліфікації відіграють кафедри Академії прокуратури. Відповідно до п. 1.1 Положення про кафедру, затвердженого наказом ректора Академії прокуратури № 55-од від 25 квітня 2013 року, кафедра Академії прокуратури є базовим структурним підрозділом,

який бере участь в організації навчального процесу та здійснює навчально-виховну й методичну діяльність з однієї або кількох споріднених навчальних дисциплін, а також наукову діяльність за певними напрямками. Її діяльність спрямована на здійснення на належному рівні навчальної, методичної роботи, наукової діяльності, а також підготовки кваліфікованих фахівців для практичної, організаційно-управлінської діяльності в органах прокуратури, підвищення кваліфікації прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури (п. 2.1). Науково-педагогічні працівники кафедри зобов'язані забезпечувати високу ефективність наукової та навчальної діяльності, викладати на високому науково-методичному рівні основні курси лекцій, проводити практичні, семінарські та інші види навчальних занять зі студентами та/або слухачами Академії прокуратури (розділ 4).

У п. 3.2 наказу Генерального прокурора України № 8 від 31 січня 2011 року «Про організацію взаємодії органів прокуратури України з Національною академією прокуратури України» передбачено, що ректор Академії прокуратури має залучати до проведення занять в Академії прокуратури окрім інших, працівників органів прокуратури. Проте навряд чи збалансованим є підхід, коли фактично навчальний процес із підвищення кваліфікації кадрів, наприклад за таким напрямком, як представництво прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді, за укомплектованості кафедри забезпечують в основному практичні працівники (представники Головного управління представництва в суді, захисту інтересів громадян та держави під час виконання судових рішень Генеральної прокуратури України)[3].

Відповідно до п. 8.2 наказу № 2гн ректор Академії прокуратури забезпечує розвиток й удосконалення системи навчання та підвищення кваліфікації з максимальним наближенням навчальної та наукової роботи до прокурорсько-слідчої практики.

Історія розвитку прокурорської освіти та науки в Україні, логіка навчального процесу свідчить про побудову структури закладу з урахуванням потреб практичної діяльності органів прокуратури. Кафедри, враховуючи спеціалізацію навчання, завжди створювалися відповідно до функцій прокуратури. Водночас п. 3 наказу Генерального прокурора України № 142 ш від 17 грудня 2013 року «з метою удосконалення навчальної і наукової діяльності, з урахуванням реформування органів прокуратури... приведення структури Національної академії прокуратури України у відповідність до конституційних напрямів діяльності органів прокуратури» кафедра представництва інтересів громадян і держави в суді була ліквідована в структурі та штатному розписі Академії прокуратури (кафедра нагляду за дотриманням і застосуванням законів також). І якщо ліквідація останньої ще вписується в концепцію загального підходу до реформування органів прокуратури, зокрема, ст. 121 Конституції України не визначає такий напрям діяльності, проект

[3] Так, відповідно до тематичного плану кафедри представництва інтересів громадян і держави в суді Академії прокуратури з підвищення кваліфікації прокурорських працівників на 2 семестр 2013/2014 навчального року (обговорений та схвалений на засіданні кафедри 16 грудня 2013 року (протокол № 13), затверджений проректором Академії 25 грудня 2013 року) відповідні заняття протягом півріччя мають проводити 2 викладачі кафедри та 7 залучених прокурорських працівників.

Закону так само (хоча при цьому слід зазначити, що чинним Законом України «Про прокуратуру» передбачено нагляд за дотриманням і застосуванням законів, наявною є практика його реалізації), то ліквідація кафедри представництва інтересів громадян і держави в суді, за конституційного закріплення цього напрямку діяльності, а також його передбаченості в проекті Закону, не є зрозумілою.

Ще одним компонентом кадрового забезпечення прокурорської діяльності є виховання кадрів. Виходячи зі змісту ч. 2 п. 9 наказу № 2гн, заходи виховного впливу мають на меті досягнення сумлінного, відповідального, принципового та неупередженого виконання працівниками прокуратури своїх службових обов'язків. Головні з них – виважене та справедливе застосування заходів заохочення й дисциплінарних стягнень, а також особистий приклад керівника (ч. 3 п. 9 наказу № 2гн). У вихованні кадрів повинні використовуватися кращі приклади етичності, професійності, відданості дорученій справі, скромності, честі та гідності працівників прокуратури (п. 9.3 наказу № 2гн).

Керівники прокуратур зобов'язані пропагувати в підпорядкованих колективах здоровий спосіб життя, заохочувати до занять фізкультурою, спортом, проведення культурно-оздоровчих заходів, подолання шкідливих звичок (п. 9.4 наказу № 2гн).

У контексті зазначеного постає питання про коректність використання вже усталеного терміна «виховання». Етимологічно цей термін означає дію зі значенням «виховувати», «виховати», тобто вирощувати, навчаючи правил поведінки; або вплив на культурний розвиток, світогляд, моральні принципи кого-небудь у певному напрямку; або систематичним впливом викликати, розвивати певне почуття, рису вдачі, особливість, прищеплювати що-небудь [4, с. 159]. І якщо в процесі підготовки майбутніх прокурорів та роботи з молодими спеціалістами[4] про «виховання» в контексті забезпечення службової дисципліни може йти мова, то навряд чи цей термін коректно використовувати для інших категорій

[4] Успіх такого виховання визначається початковими етапами формування особистості ще до вступу до ВНЗ, а також в процесі опанування професії прокурора. Тому важливо передбачити у вищих навчальних закладах курси вивчення проблем діяльності і поведінки прокурорів. Сам процес вивчення філософських, етичних, правових аспектів прокурорської діяльності не повинен зводитися лише до ознайомлення з правилами професійної етики та поведінки. Особлива увага має приділятися саме усвідомленню соціальної ролі прокурорів, а відтак і специфіці деяких обмежень за їх посадами. У цьому сенсі, а також з огляду на положення міжнародних документів у сфері прокурорської діяльності та статусу прокурорів невиправданою є корекція навчального плану Академії прокуратури, відповідно до якої навчальна дисципліна «Професійна етика прокурора» замінена дисципліною «Проблеми юридичної етики». Відповідно до тематичного плану нової дисципліни питанням етики (деонтології) прокурорів відведено 14 аудиторних годин із 30 наявних, тобто менше половини (4 лекції, 2 семінари та 1 практичне заняття). Раніше на навчальну дисципліну «Професійна етика прокурора» було виділено 20 аудиторних годин (5 лекцій та 5 семінарських занять).Слід також звернути увагу, що п. 8 наказу № 2 гн прокурорам приписано не лише підтримувати постійні зв'язки з ВНЗ, допомагати в розробці й упровадженні спеціальних навчальних програм з урахуванням потреб прокурорсько-слідчої практики, а й проводити необхідну організаційну та виховну роботу зі студентами зазначених навчальних закладів упродовж усього періоду навчання. До виховної роботи залучати ветеранів органів прокуратури, практикуючи запрошення їх до виступів на заняттях у Школі молодого спеціаліста, науково-практичних семінарах та конференціях.

прокурорських працівників, наприклад зі стажем роботи в органах прокуратури понад 10 років.

У цьому сенсі щодо прокурорів, які працюють в органах прокуратури понад 3 роки, на наш погляд, доцільніше вести мову про їх самовиховання, адже обов'язок підтримання професійної кваліфікації передбачає, крім іншого, звернення до положень деонтології; крім того, відсутність у прокурорів «вихователів» та їх самостійне прагнення до вдосконалення своєї діяльності й поведінки сприяють укріпленню в суспільній думці авторитету прокуратури.

Підводячи підсумок, зазначимо таке. *По-перше,* аналіз змісту правової основи кадрового забезпечення прокурорської діяльності та практики її реалізації свідчить про необхідність подальшого вдосконалення як положень Закону України «Про прокуратуру», так і відомчої нормативної бази. Щодо останньої, то вона має відповідати сучасній законодавчій термінології, зокрема ст. 56 Закону України «Про прокуратуру»; повинна бути узгодженою між собою; бути чіткою та зрозумілою, не містити формулювань на кшталт «діє в частині, що не суперечить», «як правило», «насамперед» тощо. *По-друге,* процедура добору кадрів для органів прокуратури має бути уніфікованою. *По-третє,* навчальний процес в Академії прокуратури як навчально-науковому закладі зі спеціалізованої підготовки прокурорів та інших працівників прокуратури, підвищення їх кваліфікації повинен бути реально наближеним до потреб прокурорської практики.

Література

1. Серов В.В. Энцеклопедический словарь крылатых слов и выражений / В.В. Серов. – М. : Локид-Пресс, 2005. – 880 с.
2. Христенко О.С. Кадри – визначальний чинник підвищення ефективності діяльності прокуратури / О.С. Христенко // Вісник прокуратури. – 2003. – № 9. – С. 3–6.
3. Проект закону України «Про прокуратуру» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=48935.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : Перун, 2009. – 1736 с.
5. Сучасний словник іншомовних слів : [близько 20 000 слів і словосполучень] / уклад. : О.І. Скопенко, Т.В. Цимбалюк. – К. : Довіра, 2006. – 789 с.
6. Прокурорский надзор : [учебник] / под общ. ред. Ю.Е. Винокурова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт-М, 2001. – 352 с.
7. Настольная книга прокурора / под общ. ред. С.Г. Кехлерова и О.С. Капинус. – М. : Изд-во Юрайт, 2012. – 815 с.
8. Сухонос В.В. Організаційно-правові проблеми кадрового забезпечення органів прокуратури : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.В. Сухонос ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 19 с.
9. Положення про порядок атестації прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури України : затверджене наказом Генерального прокурора України від 12 вересня 2005 року № 2958ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gp.gov.ua/.
10. Винокуров С. Із виступу на розширеному засіданні колегії Генеральної прокуратури України, присвяченому питанням добору, розстановки, професійної підготовки та виховання кадрів (15 квітня 2008 року) / С. Винокуров // Вісник прокуратури. 2008. – № 4. – С. 7–21.
11. Загородній В. Державна кадрова політика щодо удосконалення діяльності органів прокуратури / В. Загородній // Вісник прокуратури. – 2011. – № 4. – С. 35–40.
12. Про прокуратуру : Закон України від 5 листопада 1991 року № 1789-XII // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://iportal.rada.gov.ua/.

13. Чечерський В.І. Конституційно-правовий статус органів прокуратури в Словаччині, Польщі, Чехії та Україні (порівняльно-правове дослідження): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / В.І. Чечерський ; Ужгородський нац. ун-т. – Ужгород, 2006. – 206 с.
14. Шинальський О. Відмова від застарілих підходів запровадження сучасних методів добору та розстановки кадрів – неодмінна запорука подальшого розвитку органів прокуратури незалежної демократичної України / О. Шинальський // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2008. – № 2. – С. 22–26.
15. Права людини : [довідник для прокурорів] / упоряд. Марнікс Алінк. – К. : Фенікс, 2005. – 168 с.
16. European guidelines on ethics and conduct for public prosecutors (Budapest, May 29-31 2005). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/cpge/2005/CPGE_2005_05LignesDirectrices_en.pdf.
17. On the relations between judges and prosecutors in a democratic society: opinion no.12 (2009) CCJE and opinion no. 4 (2009) CCPE [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE'2009)OP12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864.
18. Блаживский Е. Прокуроров должны готовить прокуроры / Е. Блаживский // Юридическая практика. – 2010. – 30 ноября. – № 48. – С. 8–10.
19. Середа Г. Актуальні проблеми професійної підготовки суддів, прокурорів та працівників правоохоронних органів / Г. Середа // Європейські стандарти професійної підготовки прокурорів і суддів: матер. міжнар. конф. (Київ, 25–26 листопада 2010 року): Нац. академія прокуратури України. – К., 2011. – С. 16–19.

Анотація

Подкопаєв С. В. **Основні компоненти кадрового забезпечення прокурорської діяльності.** – Стаття.

Статтю присвячено аналізу правової основи основних компонентів кадрового забезпечення прокурорської діяльності в Україні та практики її реалізації.

Ключові слова: прокуратура, прокурорська діяльність, кадрове забезпечення, відомча нормативна база.

Аннотация

Подкопаев С. В. **Основные компоненты кадрового обеспечения прокурорской деятельности.** – Статья.

Статья посвящена анализу правовой основы основных компонентов кадрового обеспечения прокурорской деятельности в Украине и практике ее реализации.

Ключевые слова: прокуратура, прокурорская деятельность, кадровое обеспечение, ведомственная нормативная база.

Summary

Podkopaev S. V. **Basic components of human resourcing of procuracy activity.** – Article.

The article is devoted to the analysis of legal basis of human resourcing basic components of procuracy activity in Ukraine and practice of its realization.

Key words: procuracy, procuracy activity, human resourcing, departmental normative basis.

УДК 343.237

Р. С. Орловський

ОРГАНІЗОВАНА ГРУПА ЯК ФОРМА СПІВУЧАСТІ

Організована група є однією з форм співучасті, яка характеризується найвищим ступенем суспільної небезпеки. Вчинення злочину організованою групою передбачено в якості кваліфікуючої ознаки в 47 нормах Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – ККУ). Окрім того, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 67 ККУ «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою (ч. 2 чбо ч. 3 ст. 28)» визнається обставиною, що обтяжує покарання.

Серед науковців вивченням питання займалися П.В. Агапов, А.А. Арутюнов, Ф.Г. Бурчак, Р.Р. Галіакбаров, Л.Д. Гаухман, А.А. Герцензон, П.І. Гришаев, Н.О. Гуторова, Л.М. Демидова, А.Ф. Зелінський, Н.Г. Іванов, М.І. Ковальов, Г.А. Кригер, І.П. Малахов, А.А. Піонтковський, В.С. Прохоров, П.Ф. Тельнов, А.Н. Трайнін, М.Д. Шаргородський, М.А. Шнейдер.

Метою й завданням дослідження є розкриття поняття організованої групи як форми співучасті через характеристику її ознак.

Відповідно до ч. 3 ст. 28 ККУ злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три й більше), які попередньо зорганізувалися в стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом, з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

Організована група як форма співучасті характеризується своїми ознаками, які відрізняють її від інших форм співучасті. Правильне визначення ознак організованої групи дасть можливість відобразити зміст організованої групи, показати її відмінні ознаки.

Р.Р. Галіакбаров під організованою групою розуміє об'єднання двох чи більше осіб, які попередньо зорганізувалися для вчинення одного чи декількох злочинів. Фактично така група є більш небезпечним різновидом групи з попередньою змовою [1, с. 30].

Погодитись із таким визначенням організованої групи складно, оскільки воно фактично відтворює визначення групи з попередньою змовою.

До числа ознак, які характеризують організовану групу, учений, відповідно, відносить ті ознаки, які у своїй більшості притаманні групі осіб із попередньою змовою, а саме:

– множинність виконавців;

– участь кожного з них у виконанні дій, які охоплюються ознаками об'єктивної сторони складу злочину;

– виконання злочину об'єднаними зусиллями – спільно;

– умисел кожного зі співучасників спрямований на спільне вчинення злочину;

– погодженість дій учасників групи, які відображають їх взаємну обізнаність про спільне вчинення злочину;

– попередня змова про вчинення злочину групою [1, с. 31].

Я.Л. Алієв не ділить ознаки на об'єктивні та суб'єктивні, а називає лише обов'язкові ознаки організованої групи, до яких відносить такі:

© Р. С. Орловський, 2014

– створення групи з метою здійснення злочинної діяльності протягом тривалого часу;

– організованість, яка виражається в наявності плану вчинення злочинів, проведенні відповідних підготовчих заходів, розподілі ролей між учасниками злочинної групи, міцності зв'язків між ними;

– стійкість, яка проявляється в більш-менш тривалому існуванні злочинної групи, стабільності її складу в цілому або її основного складу, наявністю лідера [2, с. 15].

На думку П.Ф. Тельнова, ознаками організованої групи є такі:

1) розподіл злочинних ролей;

2) більш тісна взаємодія її учасників;

3) наявність керівництва;

4) об'єднання її учасників для вчинення декількох злочинів або одного, який вимагає організованої діяльності учасників [3, с. 121].

Запропонована П.Ф. Тельновим система ознак організованої групи є неповною, оскільки відсутня така ознака, як стійкість.

На стійкість як обов'язкову ознаку організованої групи вказують О.М. Джужа, Є.М. Моісеєв та Т.А. Третьякова, визначаючи організовану групу як стійку групу осіб, які заздалегідь об'єдналися для вчинення одного або кількох злочинів і мають у своєму складі організатора [4, с. 29].

В.В. Зенін та Л.О. Кругліков вважають, що організовану групу характеризує високий ступінь організованості, стійкості складу (наявність постійного «ядра»), згуртованість членів групи, детальний розподіл ролей, інколи зі своєрідною «спеціалізацією» злочинців, які входять до її складу [5, с. 13].

Серед існуючих у науці кримінального права понять організованої групи виділяється поняття, визначе І.В. Ткачовим і М.Г. Міненком. Під організованою групою вони розуміють стійке згуртоване об'єднання осіб зі спеціальними кримінальними навиками, зв'язками, досвідом, які організувалися для систематичного вчинення тотожних або однорідних злочинів [6, с. 12].

Таке визначення організованої групи викликає принципові зауваження та є неприйнятним тому, що не залишає місця організованим групам, які не наділені специфічними кримінальними навичками, зв'язками, досвідом, а також тим групам, які організувалися для вчинення одного злочину. Крім того, вказівка на тотожність учинюваних злочинів позбавляє можливості визнавати організованою групою такі об'єднання, які вчиняють неоднорідні злочини.

Ю.Х. Юнусов виділяє організовану групу серед інших форм співучасті за згуртованості, стійкості, тривалості й міцності злочинних зв'язків між її членами, психічного ставлення її членів до своєї злочинної діяльності [7, с. 104–105].

Наведені позиції вчених свідчать про те, що фактично авторами перераховуються одні ж ті самі ознаки. Різниця полягає лише в тому, що одні ознаки поглинають інші, об'єднуючись, таким чином, під однією назвою, або навпаки, дробляться на декілька, інколи тотожних одна одній.

Достатнього розуміння типових ознак організованої групи немає, тому вбачається доцільним, проаналізувавши різні позиції з цього приводу, виділити об'єктивні та суб'єктивні ознаки, притаманні організованій групі.

Поняття організованої групи, визначене в ККУ дає можливість виділити такі об'єктивні ознаки, що характеризують цю форму співучасті:

1) участь (трьох чи більше) суб'єктів злочину (кількісна ознака);

2) спільність діяльності;

3) стійкість.

Загальновідомо, що до складу організованої групи повинно входити не менше трьох осіб. Кількісна ознака за всієї своєї вдаваної простоти обумовлювала існування низки проблем.

У юридичній літературі тривалий час велась дискусія щодо того, чи є неосудний або особа, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, співучасником злочину.

Слід погодитись з думкою А.В. Пушкіна про те, що всі учасники спільної діяльності повинні бути наділеними загальними ознаками суб'єкта злочину [8, с. 37]. Крім того, ККУ в ст. 26 прямо вказує, що співучастю в злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Оскільки організована група є однією з форм співучасті, то, безумовно, їй повинні бути притаманними всі ознаки, що стосуються загального поняття співучасті. Це стосується й спільності як об'єктивної ознаки, яка також не викликає однозначної оцінки спеціалістів. Так, Л.М. Малахов свого часу писав, що співучасть – це особливий вид індивідуальної злочинної діяльності суб'єкта, а відповідно, за співучасті не може йти мова про спільність [9, с. 155].

Однак більшість учених [10, с. 140; 11, с. 12], дотримуються думки про те, що спільність – обов'язкова ознака співучасті і як наслідок такої її форми, як організована група. Ми підтримуємо цю позицію.

Злочинний результат є наслідком саме спільних винних діянь співучасників, при цьому всі вони повинні прагнути цього злочинного результату. Відсутність причинного зв'язку між діяльністю співучасників і злочинним результатом, що настав, виключає відповідальність за співучасть у злочині.

Спільність діяльності виражається в такому:

1) злочин учиняється взаємопов'язаними та взаємообумовлюючими діяннями учасників організованої групи;

2) ці діяння призводять до настання єдиного для всіх злочинного результату;

3) між діянням кожного співучасника і загальним злочинним результатом існує причинний зв'язок.

Відсутність взаємообумовлюючих діянь виключає наявність організованої групи.

У процесі об'єднання зусиль учасників організованої групи між ними встановлюється певний зв'язок, внутрішня єдність діянь і цілей. Це може проявлятись у тому, що кожний знає про участь інших осіб, розраховує на їх долю участі в злочині. Такий зв'язок може встановлюватись між учасниками організованої групи шляхом словесної або письмової угоди, шляхом яких-небудь дій і навіть у формі мовчазної згоди.

Така особливість взаємного зв'язку характерна, як вказував Б.А. Курінов, для більш небезпечних форм співучасті [12, с. 91], до яких відноситься й організована група.

В організованій групі ступінь спільності, характер об'єднання злочинців носить більш стійкий, більш небезпечний характер.

Спільність діяння означає, що члени організованої групи спрямовують свої зусилля на досягнення єдиного злочинного результату.

Організована група створюється для того, щоб досягнути спільного, єдиного злочинного результату.

Причинний зв'язок між діями кожного учасника організованої групи і злочинним результатом виражається в такому:

1) кожний член організованої групи взаємопов'язаний хоча б із двома із членів організованої групи, докладає своїх зусиль для досягнення злочинного результату, створює для цього необхідні умови таким чином, безпосередньо чи опосередковано бере участь у спричиненні шкоди об'єкту посягання;

2) їх підготовчі дії в часі передують або щонайменше співвпадають з учиненням злочину. Спільність як об'єктивна ознака, знаходить своє вираження в спричиненні злочинного результату загальними зусиллями всіх учасників організованої групи, проявляється в наявності певної психічної спільності учасників організованої групи.

Стійкість – ще одна ознака організованої групи, прямо передбачена в законі.

Я.Л. Алієв під стійкістю розуміє тривалість злочинної діяльності та певну стабільність складу учасників організованої групи [13, с. 110].

П.Ф. Тельнов до тривалості злочинної діяльності та стабільності складу учасників додає таку складову частину ознаки, як об'єднання учасників групи для вчинення декількох злочинів або одного, який вимагає організованої підготовки [3, с. 121].

Вважаючи стійкість ознакою організованої групи, Р.Р. Галіакбаров пише, що вона проявляється в тривалому, стабільному та стійкому зв'язку між учасниками [14, с. 63].

Поняття стійкості відображене в п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23 грудня 2005 р. № 13: «Стійкість організованої групи та злочинної організації полягає в їх здатності забезпечити стабільність і безпеку свого функціонування, тобто ефективно протидіяти факторам, що можуть їх дезорганізувати, як внутрішнім (наприклад, невизнання авторитету або наказів керівника, намагання окремих членів об'єднання відокремитись чи вийти з нього), так і зовнішнім (недотримання правил безпеки щодо дій правоохоронних органів, діяльність конкурентів за злочинним середовищем тощо)».

На здатність об'єднання протидіяти внутрішнім дезорганізуючим факторам указують, зокрема, такі ознаки: стабільний склад, тісні стосунки між його учасниками, їх централізоване підпорядкування, єдині для всіх правила поведінки, а також наявність плану злочинної діяльності та чіткий розподіл функцій учасників щодо його досягнення.

Тривалість існування організованої групи та кількість вчинених нею злочинів не завжди є обов'язковими ознаками організованої групи, тому що вона може створюватись і для вчинення лише одного злочину, а відповідно, існувати нетривалий час.

Стійкість як ознака організованої групи викликає найбільше критики серед спеціалістів у галузі кримінального права. Н.Г. Іванов, розглядаючи стійкість із позиції соціальної психології, визначає її як довготривалість існування групового утворення [15, с. 26]. Слід зазначити, що вчений послідовно критикує наявність такої ознаки.

Імовірно, під час визначення стійкості основний акцент слід робити не на тривалості існування зв'язків членів організованої групи, хоча й цей момент, безумовно, важливий, а на стійкому характері такого зв'язку.

В.М. Биков стійкість організованої групи вбачає в стабільності її складу [16, с. 21].

Таким чином, під стійкою групою слід розуміти об'єднання осіб із твердим наміром учинити один чи декілька злочинів. Проявляється такий намір у попередньому плануванні й вербуванні співучасників, у розподілі ролей між учасниками групи.

Правильною видається думка М.Г. Міненка та І.В. Ткачова про те, що організованій групі стійкості надає сам характер злочинної діяльності.

Очевидно, що визначення організованої групи через ознаку стійкості на сьогоднішній день є не досконалим.

Н.В. Іванцова пропонує замінити ознаку стійкості ознакою попередньої зорганізованості [17, с. 47]. Універсальність зорганізованості як ознаки полягає в тому, як пише далі автор, що вона включає в себе й елементи стійкості.

Під зорганізованістю слід розуміти об'єднання декількох суб'єктів злочину з метою спільної злочинної діяльності, яка проявляється в розробці плану вчинення злочину (злочинів) і відпрацюванні методів їх учинення, підготовці засобів, переховуванні слідів злочину, визначенні кола учасників і розподілі ролей між ними.

Таким чином, здійснення організованою групою діяльності, спрямованої на підготовку плану вчинення злочину, попередній розподіл ролей між учасниками групи, пристосування засобів для вчинення злочину, усунення можливих перешкод, дає можливість говорити про попередню зорганізованість як ознаку організованої групи.

Детальніше розглянемо суб'єктивні ознаки організованої групи.

Діяльність організованої групи як форми співучасті є умисною. Крім цього, діяння, які вчиняються організованою групою, характеризуються тільки прямим умислом. Такий умисел включає в себе усвідомлення учасниками організованої групи суспільної небезпечності спільно вчинюваного злочину, передбачення можливості або неминучості настання суспільно небезпечних наслідків спільного діяння, бажання настання цих наслідків як результату спільної діяльності.

Зміст умислу учасників організованої групи можна охарактеризувати через суб'єктивні ознаки, що характеризують організовану групу. До таких суб'єктивних ознак відносяться:

1) взаємна обізнаність про вчинюваний злочин;

2) погодженість діянь членів організованої групи.

Зміст інтелектуального моменту умислу учасників організованої групи характеризує їх взаємну обізнаність про спільне вчинення злочину та передбачення можливості або неминучості злочинного результату спільної діяльності.

Член організованої групи повинен усвідомлювати вчинення іншими членами організованої групи не будь-яких суспільно небезпечних діянь, а певного злочину або певного кола злочинів. Усвідомлення кожним членом організованої групи характеру діянь інших членів організованої групи та передбачення їх наслідків утворюють одну з особливостей інтелектуального моменту умислу під час вчинення злочину організованою групою.

Взаємна обізнаність характеризується тим, що кожний учасник організованої групи усвідомлює факт спільного вчинення злочину організованою групою, вчинення певного, а не будь-якого злочину, суспільно небезпечний характер не лише свого діяння, а й діяння інших учасників організованої групи.

Усвідомлення спільності означає поінформованість співучасника про те, що до його зусиль, спрямованих на вчинення злочину, приєднуються зусилля ще хоча б ще двох членів організованої групи. Обов'язкова поінформованість про приєднання діяльності ще хоча б двох співучасників не вимагає знання всіх, хто бере участь у вчиненні злочину.

Вольовий момент умислу учасників організованої групи виражається в погодженості їх діянь або в їх змові на вчинення злочинних діянь.

Погодженість, яка відповідає вольовому моменту умислу, полягає у взаємному вираженні наміру особи брати участь у вчиненні злочину організованою групою. Погодженість – це суб'єктивне вираження спільності вчинення злочину, той необхідний психологічний зв'язок між учасниками організованої групи, який характеризує спільність їх діяльності із суб'єктивної сторони.

Таким чином, характеризуючи зміст інтелектуального та вольового моментів умислу, слід зазначити, що учасник організованої групи повинен усвідомлювати, що він входить до складу організованої групи, бере участь у виконанні частини або всіх взаємно погоджених дій і вчиняє спільно з іншими співучасниками єдиний злочин із розподілом ролей за попередньо складеним планом, який передбачає досягнення спільного для всіх злочинного результату.

Очевидно, що законодавче визначення організованої групи повинно включати в себе як об'єктивні, так і суб'єктивні ознаки.

Література

1. Галиакбаров Р.Р. Квалификация групповых преступлений / РР. Галиакбаров. – М. : Юридическая литература, 1980. – 80 с.
2. Алиев Я. Л. Формы соучастия и их отражение в действующем уголовном законодательстве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Я.Л. Алиев ; Санкт-Петербург. юрид. ин-т МВД России. – СПб., 1996. – 17 с.
3. Тельнов П.Ф. Ответственность за участие в преступлении / П.Ф. Тельнов. – М. : Юридическая литература, 1974. – 208 с.
4. Стислий словник кримінологічних термінів : [навч. посібник] / [О.М. Джужа, Є.М. Моісеєв, Т.А. Третьякова] / за заг. ред. О.М. Джужи. – К. : НАВСУ, 2000. – 157 с.
5. Зенин В. Совершение преступления организованной группой как отягчающие ответственность обстоятельство / В. Зенин, Л. Кругликов // Советская юстиция. – 1981. – № 19. – С. 13–14.
6. Ткачев И. Объединения преступников: формы и специфические признаки / И. Ткачев, М. Миненок // Социальная законность. – 1991. – № 12. – С. 9–13.

7. Юнусов Ю.Х. Квалификация разбойных нападений по действующему уголовному законодательству: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Ю.Х. Юнусов ; Ленинградский гос. ун-т. – Л., 1991. – 209 с.
8. Пушкин А.В. Подстрекательство к совершению преступления : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / А.В. Пушкин ; Юрид. ин-т МВД России. – М., 1995. – 242 с.
9. Малахов И.П. Вопросы учения о соучастии / И.П. Малахов // Труды Академии ВПА. – 1957. – Вып. 17. – С. 142–168.
10. Кригер Г.А. Объективные и субъективные признаки соучастия в преступлении / Г.А. Кригер // Советское государство и право. – 1971. – № 8. – С. 138–140.
11. Шеслер А.В. Устойчивые преступные группы несовершеннолетних (уголовно-правовые и криминологический вопросы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Шеслер А.В. ; Томский гос. ун-т им. В. В. Куйбышева. – Томск, 1991. – 19 с.
12. Куринов Б.А Квалификация преступлений, совершенных в соучастии [Текст] / Б.А. Куринов // Советское государство и право. – 1984. – № 11. – С. 90–94.
13. Алиев Я.Л. Формы соучастия и их отражение в действующем уголовном законодательстве : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Я.Л. Алиев ; Санкт-Петербургский юрид. ин-т МВД России. – СПб., 1996. – 150 с.
14. Уголовный кодекс Российской Федерации : [науч.-практич. комментарий] / [Э.Т. Борисов, Р.Р. Галиакбаров, А.С. Горелик и др.] ; под. ред. Л.Л. Кругликова и Э.С. Тенчова. – Ярославль : Влад, 1994. – 671 с.
15. Иванов Н. Г., Ответственность за неправомерное завладение транспортным средством / Н. Г. Иванов, И.Н. Афанасьев // Российская юстиция. – 1995. – № 1. – С. 24–26.
16. Быков В. М. Психологические основы расследования групповых и организованных преступлений / В.М. Быков // Законность. – 1996. – № 4. – С. 21–24.
17. Иванцова Н. В. Понятия организованной группы в уголовном законодательстве (проблемы квалификации) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Н.В. Иванцова ; Юрид. ин.т МВД РФ. – М., 1998. – 163 с.

Анотація

Орловський Р. С. **Організована група як форма співучасті.** – Стаття.

У статті розглядається поняття організованої групи як форми співучасті. Обґрунтовується високий ступінь суспільної небезпечності злочинів, учинюваних організованою групою. Досліджуються об'єктивні та суб'єктивні ознаки організованої групи.

Ключові слова: співучасть у злочині, форма співучасті, організована група.

Аннотация

Орловский Р. С. **Организованная группа как форма соучастия.** – Статья.

В статье рассматривается понятие организованной группы как формы соучастия. Обосновывается высокая степень общественной опасности преступлений, совершаемых организованной группой. Исследуются объективные и субъективные признаки организованной группы.

Ключевые слова: соучастие в преступлении, форма соучастия, организованная группа.

Summary

Orlovsky R. S. **An organized group as a form of complicity.** – Article.

This article deals with the concept of an organized group as a form of complicity. Substantiates the high degree of social danger of crime committed by an organized group. We study the objective and subjective signes of an organized group.

Key words: complicity in the crime, form of complicity, organized group.

УДК 343.195

О. М. Скрябін, Н. Д. Тонне

СУД ПРИСЯЖНИХ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Прийняття Верховною Радою України 20 листопада 2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу [1] призвело до необхідності формування низки нових правових інститутів, серед яких є інститут суду присяжних в Україні.

Запровадження цього інституту стало важливим етапом судової реформи, дозволивши реалізувати конституційну вимогу щодо функціонування участі народу в здійсненні правосуддя. Так, ч. 4 ст. 124 Конституції України [2, с. 46] закріпила принцип судочинства, згідно з яким народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Відповідно ж до ст. 127 Конституції України правосуддя здійснюють професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі й присяжні [3].

Суд присяжних як інститут правосуддя, що відповідає вимогам прозорості, демократичності, гласності та безпосередньої участі народу в судочинстві, досліджувався такими вченими як Н. Ахтирська [4], А. Борисенко [5], О. Культенко [6], С. Оверчук [3], С. Теньков [7], В. Тертишник [8], Б. Футей [9; 10]. Однак у сучасних умовах реформування судової системи та прийняття нового кримінально-процесуального кодексу України суд присяжних заслуговує особливого вивчення.

Метою статті є аналіз історичної спадщини та визначення змісту механізму впровадження й функціонування суду присяжних за новим Кримінально-процесуальним кодексом України.

Засади інституту суду присяжних з'явилися в слов'янських народів ще в XV ст. Згідно зі ст. 38 Судебника 1497 р., прийнятого Іваном III спільно з Боярською Думою, у судах, які розглядали найбільш важливі справи, мали бути присутні «староста та кращі і добрі люди», без яких «суду не чинити».

У 1533 р. жителі Новгорода вибрали 48 цілувальників (добрі люди, які приносили клятву, цілуючи хрест), четверо з яких кожний місяць засідали в суді як представники громади. Без них закон наказував «суду не чинити». Цілувальникам же наказувалось «у суді сидіти і правду стерегти».

Заснування суду присяжних у його класичному розумінні в період судової реформи 1864 р. було найважливішим демократичним завоюванням у дореволюційній Росії, у правовому полі законодавства якої знаходились Україна, Польща, Фінляндія.

Прихильники суду присяжних у період підготовки в Росії судової реформи 1864 р. висловлювали такі аргументи на користь його заснування. Якщо визначення винності та призначення покарання належить одним і тим же суддям, то суди часто можуть визначити ступінь провини так, щоб підсудний підлягав тому покаранню, якому судді бажали б його піддати. У суді присяжних повноваження щодо визнання провини й повноваження щодо призначення покарання розділені, що обмежує свавілля суддів. Ці аргументи не втратили свого значення й нині.

© О. М. Скрябін, Н. Д. Тонне, 2014

На підставі таких положень було підготовлено Статут кримінального судочинства та Устав про покарання, що накладаються мировими суддями, які були затверджені імператором Олександром II 20 листопада 1864 р.

Присяжні засідателі для роботи в окружних судах обиралися земськими комісіями. Як правило, до списку присяжних включалися люди, які мали повагу й довіру співвітчизників. Загальний список присяжних публікувався в місцевих відомостях. Функцію захисника виконували присяжні повірені.

Для участі в роботі суду пропонувалося тридцять присяжних засідателів. Прокурор міг відвести не більше шести засідателів. Підсудні могли заявляти відвід із тією умовою, щоб залишилось не менше вісімнадцяти присяжних. З переліку останніх жеребкуванням визначалося чотирнадцять засідателів, які повинні були брати участь у роботі суду (дванадцять основних і двоє запасних).

Таким чином, суд присяжних складався із судді та дванадцятьох присяжних засідателів, які не лише розглядали політичні справи, а й судили звичайних «побутових» вбивць, шахраїв, розпусників, хабарників.

За результатами судового слідства присяжні виносили вердикт, у якому давали відповіді на питання про те, чи мав місце злочин, чи винний у ньому підсудний, чи з умислом він діяв, чи заслуговує підсудний на поблажливість?

«Вердикт» означає «вірно сказане» і є висновком суду присяжних про винність або невинуватість підсудного. Він являє собою узагальнену відповідь присяжних на поставлені перед ними питання.

У подальшому розгляд справи здійснював суддя. Він отримував вердикт присяжних і в разі згоди продовжував судочинство в загальному порядку, виносячи вирок. У разі незгоди з вердиктом суддя міг направити справу на новий розгляд судом присяжних в іншому складі [8, с. 221–222].

Для України історія суду присяжних у традиційному розумінні цього поняття починається з 1864 р. Це була одна з найбільш відомих реформ, які проводив російський царат, щоб модернізувати неспокійну імперію. На той час присяжні засідателі обиралися з місцевих обивателів усіх станів, що перебували в російському підданстві, віком від 25 до 70 років і не менше 2 років проживання в цій місцевості. Не підлягали внесенню до списків присяжних особи духовного звання, ченці, військові, учителі народних шкіл, особи, які перебували на службі в приватних осіб. Жінок до суду присяжних не брали. Списки розглядалися губернатором, який мав право викреслити небажаних йому осіб.

Тогочасний суд присяжних став яскравим явищем не лише судової практики, а й усього суспільного життя імперії, навіть прогресивні вчені висловлювали свою думку про суд присяжних як про продукт національного генія слов'янських народів [7, с. 10].

У незалежній Україні питання щодо здійснення судочинства судом присяжних залишалося предметом наукових дискусій, адже за конституційними положеннями, зокрема відповідно до ст. 124 Конституції України [2], правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Відповідь на питання щодо здійснення судочинства судом присяжним в Україні дав Закон України

«Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. [11], який визначав, що присяжними визнаються громадяни України, які у випадках, передбачених процесуальним законом, залучаються до здійснення правосуддя. Таким чином, на законодавчому рівні в Україні було закріплено суд присяжних.

У кримінальному судочинстві України участь присяжних не передбачалася, у процесі судового пізнання брали участь народні засідателі, проте з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України від 20 листопада 2012 р. [1] інститут народних засідателів у кримінальному судочинстві було ліквідовано, натомість упроваджено інший механізм колегіального розгляду кримінальних справ – інститут суду присяжних [4, с. 85].

20 листопада 2012 р. набув чинності новий Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК) України [1], який підтвердив введення на території України раніше задекларованого інституту суду присяжних. Новим кодексом було встановлено коло злочинів, рішення за якими може виносити суд присяжних, до таких відносяться ті злочини, за які передбачена найвища міра покарання – довічне позбавлення волі, умисне вбивство, посягання на життя державного чи громадського діяча, терористичний акт, фальсифікація лікарських засобів, застосування зброї масового вбивства, геноцид тощо.

Суд присяжних утворюється при місцевому загальному суді першої інстанції. Обвинувачений у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у вигляді довічного позбавлення волі, під час підготовчого судового засідання має право заявити клопотання про розгляд кримінального провадження щодо нього судом присяжних.

Нормами кодексу передбачено, що до складу суду присяжних входять два професійні судді та три присяжні. Список осіб, які можуть бути присяжними, формує й затверджує місцева рада один раз на два роки. Такий список може бути переглянуто за потреби на прохання територіального управління Державної судової адміністрації України.

Присяжним може бути громадянин України, 30-65 років, який постійно проживає на території, на яку поширюється юрисдикція суду, та погодився бути присяжним. Не можуть бути включені до списку присяжних громадяни, визнані судом обмежено дієздатними або недієздатними, які мають хронічні психічні або інші захворювання, що перешкоджають виконанню обов'язків присяжного, мають непогашену судимість, народні депутати України, члени Кабінету Міністрів України, судді, прокурори, працівники органів внутрішніх справ та інших правоохоронних органів України, військовослужбовці, працівники апаратів судів, адвокати, нотаріуси, особи, які не володіють державною мовою.

Психологічним прийомом підготовки присяжного до виконання його обов'язків у сфері судочинства та сумлінного виконання обов'язків є приведення до присяги [4, с. 86].

Після призначення судового розгляду судом присяжних голова дає секретареві судового засідання розпорядження про виклик семи присяжних, які визначаються автоматизованою системою документообігу суду з переліку осіб, внесених до списку присяжних. Письмовий виклик повинен бути вручений присяжному під розписку не пізніше, ніж за п'ять днів до судового засідання.

Після відкриття судового засідання проходить відбір присяжних, де голова, а також учасники судового розгляду з'ясовують наявність підстав, що перешкоджають залученню громадянина в якості присяжного, або підстави для звільнення окремих присяжних від виконання обов'язків. Крім трьох основних присяжних відбираються двоє запасних.

Усі питання, пов'язані із судовим розглядом, професійні судді та присяжні вирішують спільно. Для винесення вироку проводиться нарада суду присяжних, яким керує голова – професійний суддя. Під час наради голова послідовно ставить на обговорення питання, передбачені ст. 368 КПК України [1], проводить відкрите голосування та веде відкритий підрахунок голосів. Голова голосує останнім. Рішення з питань приймаються простою більшістю голосів [5, с. 19].

Присяжний має право брати участь у дослідженні всіх відомостей та доказів у судовому засіданні, робити нотатки під час судового засідання, з дозволу головуючого ставити питання обвинуваченому, потерпілому, свідкам, експертам, іншим особам, які допитуються, просити головуючого роз'яснити норми законодавства, що підлягають застосуванню під час вирішення питань, тощо [4, с. 87].

Зважаючи на спектр повноважень, якими наділені присяжні, постає питання, про можливість розвитку корупції внаслідок наділення такими повноваженнями присяжних про законність і справедливість прийнятих рішень. Адже на сьогоднішній день у нормах Кримінально-процесуального кодексу України [1] хоч і прописана заборона на спілкування присяжних із третіми особами, проте закон передбачає лише відсторонення від подальшої участі в судовому розгляді присяжних, які порушили законодавство. Ми вважаємо, щоб задля уникнення таких проблем треба звернутися до законодавства іноземних країн. Так, наприклад, за законодавством Японії присяжний не має права поширювати інформацію, яка стала йому відома під час судового розгляду справи, до кінця життя під загрозою смертної кари, а в Великобританії гарантіями забезпечення законності рішень суду присяжних слугує впровадження контролю за контактами присяжних та їх технічними засобами. С. Комберянова зазначає: «Поки що складно сказати, чи приживеться у нас інститут присяжних засідателів і чи буде він ефективним, але аналізуючи закордонну практику, можна припустити, що він, можливо, стане гарантією законності кримінального процесу» [4, с. 88].

Окремо потрібно розглянути питання щодо проблем розвитку та дії суду присяжних, оскільки на сучасному етапі спостерігається світова тенденція запровадження інституту присяжних як в Україні, так і в інших країнах світу.

Суд присяжних уже діє в таких країнах, як Австрія, Англія, Бельгія, Греція, Італія, Німеччина, Росія та інші, проте такі держави, як Японія, Іспанія, Фінляндія, Люксембург, відмовились від суду присяжних, посилаючись на його неефективність та анархізм.

В іноземних державах під час розгляду справ за участю суду присяжних одна зі сторін (чи обидві сторони) наймають спеціальних консультантів. Ці консультанти працюють у компанії, де спеціалісти використовують величезні бази даних та результати дослідів для розуміння людської передбачуваності. Залежно від

фінансових ресурсів та етики наймача ці компанії надають ґрунтовний звіт про кожний аспект життя присяжного засідателя та вираховують його рішення [6, с. 339].

Проаналізувавши проблематику дії суду присяжних в інших країнах, ми знайшли головну проблему, яка постає на шляху розвитку суду присяжних в Україні порівняно з іншими країнами, – це те, що фінансове забезпечення інституту суду присяжних в Україні перебуває на низькому рівні. Наприклад, судочинство в більшості американських судів обходиться в день більше 1500 доларів, а розгляд справи в суді присяжних як мінімум у 54 тис. доларів на місяць. Ще одна проблема, яка буде поставати з недостатнього фінансування суду присяжних, полягатиме в браку раціонального відбору кандидатів до суду присяжних, ухиленні від виконання покладених на них обов'язків. Для прикладу ми наведемо річну зарплату суддів у країнах Європи [6, с. 335–337].

Таблиця 1

Річна зарплата суддів на початку кар'єри в країнах Європи (євро, 2010 р.)

Країна	Річна зарплата судді до податків	Відношення річної зарплата судді до середньої в країні	Річна зарплата судді після сплати податків
Австрія	47713	1,7	30499
Бельгія	62367	1,6	33925
Італія	50290	2,1	31729
Франція	40660	1,2	31599
У середньому	32704	2,1	16564

В Україні суд присяжних уже мав практичне застосування. Так, у районному суді Сум суд присяжних у складі двох професійних суддів, співробітника бібліотеки та вихователькі дитячого садка вперше в історії України виправдав чоловіка (О. Бондаренка), якого звинувачували у вбивстві. Суд виніс рішення, що чоловіка катували та змусили зізнатися у вбивстві двох односельчанок.

Також 4 березня 2014 р. завершився ще один суд присяжних, який було розпочато 30 квітня 2012 р. в Личаківському районному суді міста Львова. Підсудним був 27-річний громадянин Марокко Ш. Отмана, якого звинувачували у вбивстві відомого львівського лікаря Л. Фрайфельда. У ході судового слідства були надані всі докази винуватості Ш. Отмана. Троє присяжних визнали марокканця невинним, хоча двоє суддів, які теж визначали вирок, мали іншу думку. Рішення прийняли більшістю голосів, Ш. Отмана звільнили з-під варти в залі суду з підпискою про невиїзд.

Звертаємо увагу, що суть суду присяжних полягає в тому, що присяжні, не будучи професіональними суддями, приймають рішення, ґрунтуючись лише на своєму життєвому досвіді та сформованих у суспільстві уявленнях про справедливість, законність і неупередженість. Тому основне завдання, яке ставиться перед

присяжними, – встановлення факту, тобто вирішення питань про те, чи був саме злочин, чи здійснював його підсудний, чи винен він у його вчиненні та чи заслуговує на поблажливість.

Необхідно розуміти, що присяжні не можуть приймати рішення з питань, які вимагають від них правової кваліфікації діяння, юридичної кваліфікації статусу підсудного, а також інших питань, вирішення яких вимагає юридичної оцінки. Такі питання можуть розглядати та приймати рішення лише професійні судді, які зобов'язані стояти на сторожі закону, а також прав та інтересів учасників судочинства.

Викликає сумніви положення кодексу, що рішення в справі судом присяжних повинні прийматися спільно професійними суддями та присяжними. З одного боку, видається зрозумілим намагання законодавця передати керівництво процесом професійному судді з метою ефективної організації процедури винесення вироку та уникнення затягування голосування. Однак з іншого боку, не виключається ненавмисний вплив суддів на внутрішні переконання присяжних і процес винесення рішення в цілому, що спотворює специфіку інституту присяжних як інструменту боротьби з винесенням незаконних та необґрунтованих рішень.

Таким чином, беручи до уваги, вимоги ст. 391 КПК України [1], виникає головне питання: чи зможуть присяжні самостійно приймати рішення в справах, які явно вимагають розуміння юридичних конструкцій і виходять за межі встановлення факту? Чи не будуть присяжні в таких ситуаціях покладатися на авторитет та думку професійного судді? В іншому випадку існує ризик перетворення суду присяжних на суто формальний інститут без реальних важелів впливу на прийняття рішень.

Таким чином, із прийняттям нового КПК України та запровадженням інституту суду присяжних у кримінальному судочинстві України ми зробили перший крок до демократизації кримінального провадження. Практичне застосування його норм щодо суду присяжних виявить переваги й недоліки кримінально-процесуального законодавства та інституту суду присяжних, що надасть можливість зробити висновки та знайти шляхи для його вдосконалення.

Суд присяжних загалом надає можливість створити необхідні умови для подальшого втілення ідей правової держави у сфері правосуддя, зміцнити довіру до суду, гарантувати справедливість, захист прав і свобод людини. Однак сьогодні неможливо остаточно визначити, чи потрібен суд присяжних в Україні. Існує чимало проблем, які затримують остаточне вирішення цього питання. Створювати в Україні повноцінні суди присяжних слід виважено, враховуючи досвід західних країн, а краще – спочатку у вигляді окремих експериментальних судів. Звісно, необхідно в цілому підвищувати правосвідомість і моральність нації, тому що такий суд насамперед повинен спиратися на моральні фактори, на почуття справедливості та неупередженості.

Перспективою подальшого дослідження, на нашу думку, можуть стати проблемні питання участі адвоката-захисника в змагальному кримінальному процесі на прикладі суду присяжних.

Література

1. Кримінально-процесуальний кодекс України : Закон України зі змінами та доповненнями станом на 10 вересня 2013 р. : – К. : Паливода А.В., 2013. – 328 с.
2. Конституція України : прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. – Х. : Ранок, 2014. – 65 с.
3. Оверчук С.В. Становлення інституту присяжних в умовах набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України / С.В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2012. – № 2 (6). – [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/8213/%D1.
4. Ахтирська Н.М. Становлення суду присяжних в Україні: від конституційного принципу до процесуальної регламентації / Н.М. Ахтирська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 5. – С. 83–89.
5. Борисенко А. Присяжная правда: введение института присяжных на территории Украины – первый шаг в сторону демократизации уголовного производства / А. Борисенко // Юридическая практика. – 2012. – 11 декабря. – № 50. – С. 19.
6. Культенко О.В. Потенційні проблеми впровадження інституту присяжних на прикладі правової системи України / О.В. Культенко, Б.В. Улюшев // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 4. – С. 334–340.
7. Теньков С. Чи дочекаємося суду присяжних? / С. Теньков // Юридичний вісник України. – 2012. – 17–23 березня. – № 11. – С. 10.
8. Тертишник В.М. Суд присяжних: суть ідеї та її мімікрія при реформуванні кримінального судочинства України / В.М. Тертишник, Н.С. Солнишкіна // Право і суспільство. – 2012. – № 3. – С. 221–224.
9. Футей Б.А. Роль суду присяжних у США та Україні: порівняльний аналіз / Б.А. Бутей // Юридичний вісник України. – 2012. – 17–23 листопада. – № 46. – С. 6.
10. Футей Б.А. Роль суду присяжних у США та Україні: порівняльний аналіз / Б.А. Футей // Юридичний вісник України. – 2012. – 24–30 листопада. – № 47. – С. 4.
11. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
12. Присяжні визнали Отмана Шакіба невинним у справі про вбивство відомого професора Леона Фрайфельда [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lviv.tv/home/goverment/25112-prysiazhni-vyznaly-otmana-shakiba-nevynnym-u-spravi-pro-vbyvstvo-vidomoho-profesora-leona-fraifelda17:53.

Анотація

Скрябін О. М., Тонне Н. Д. **Суд присяжних за новим Кримінально-процесуальним кодексом України.** – Стаття.

У науковій статті досліджується історія становлення суду присяжних, проблематика його функціонування, механізм роботи та практичне застосування в кримінальному процесі України.

Ключові слова: суд присяжних, присяжні, народні засідателі, кримінальний процес, кримінальне судочинство.

Аннотация

Скрябин А. Н., Тонне Н. Д. **Суд присяжных по новому Уголовно-процессуальному кодексу Украины.** – Статья.

В научной статье исследуется история становления суда присяжных, проблематика его функционирования, механизм работы и практическое применение в уголовном процессе Украины.

Ключевые слова: суд присяжных, присяжные, народные заседатели, уголовный процесс, уголовное судопроизводство.

Summary

Scryabin A. N., Tonne N. D. **A jury trial according to the new Criminal Procedure Code of Ukraine.** – Article.

This scientific article presents the history of formation of the jury, issues on its functioning, operating principle and practical application in the criminal trial of Ukraine.

Key words: trial by jury, jury, lay judges, criminal procedure, criminal justice.

УДК 343.985

О. А. Калганова, Т. М. Балицький

ПІДГОТОВЧІ ДІЇ ДО ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ

Досягнення високого результату в розслідуванні та розкритті злочинів можливе лише за умови ефективного планування й організації як розслідування в цілому, так і кожної слідчої дії з використанням загальнотеоретичних положень і принципів НОП, науки управління та криміналістичних рекомендацій.

Ретельне планування проведення тієї або іншої слідчої дії значною мірою забезпечує тактику її провадження, сприяючи цілеспрямованості останньої та в підсумку, економії процесуальних засобів, оскільки дозволяє під час провадження однієї слідчої дії з'ясувати множинність обставин, необхідних для розслідування.

Основні правила планування, які розроблені криміналістикою, сприяють виконанню вимог закону до досудового слідства, зокрема – об'єктивності, повноти та всебічності.

Криміналістична наука визначає планування як один із найбільш важливих елементів тактичного забезпечення організації розслідування в цілому [1, с. 345].

Проведенню слідчого експерименту передує комплекс підготовчих заходів, здійснюваних слідчим після прийняття ним рішення про постановку тих або інших дослідів.

Теоретично спірним є питання про те, чи має прийняте слідчим рішення про провадження слідчого експерименту процесуальну форму, тобто чи виноситься про це спеціальна постанова, аналогічна до постанови про проведення обшуку, про обрання запобіжного заходу тощо.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) такої вимоги не містить (ст. ст. 223, 240). Разом із тим, у ч. 6 ст. 240 КПК України передбачається, що про проведення слідчого експерименту слідчий, прокурор складає протокол згідно з вимогами КПК України. Крім того, у протоколі докладно викладаються умови й результати слідчого експерименту [2, с. 90, 99–100].

Р.С. Бєлкін та А.Р. Бєлкін вважають, що немає жодних підстав для виділення слідчого експерименту серед таких слідчих дій, як огляд, допит, пред'явлення для впізнання, провадження яких не потребує попереднього винесення постанови слідчим. Слідчий експеримент не є виключенням, тому не потребує й виключного порядку проведення [3, с. 42].

Ефективність результатів слідчої дії залежить від ретельності її підготовки. Підготовчі дії слідчого можна розділити на два етапи: підготовка до виїзду на місце проведення експерименту та безпосередньо на місці проведення відповідних дослідних дій.

На першому етапі слідчий повинен визначити мету експерименту: що саме потрібно з'ясувати шляхом його проведення, що є істотним для цієї події, які факти, яким способом і за яких умов підлягають перевірці. Ці дані можуть бути отримані з матеріалів досудового розслідування, результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій або поставати зі слідчих версій. Ретельне вивчення

© О. А. Калганова, Т. М. Балицький, 2014

цих матеріалів і даних дозволяє встановити місце, час та умови проведення слідчого експерименту, коло його учасників і роль кожного з них. Важливо визначити, які предмети будуть використовуватися під час його проведення [4].

При цьому КПК України (ч. 4 ст. 240) закріплює, що проведення слідчого експерименту допускається за умови, що при цьому не створюється небезпека для життя та здоров'я осіб, які беруть у ньому участь, або оточуючих, не принижується їх честь і гідність, не завдається шкода [2, с. 99].

Водночас для проведення розглядуваної слідчої дії необхідні відповідні обов'язкові умови: а) отримані показання вимагають перевірки або уточнення; б) за допомогою інших слідчих дій це зробити неможливо; в) особа погоджується взяти участь у перевірці; г) ця особа запам'ятала обстановку та зможе впізнати й показати місце, про яке вона повідомила у своїх показаннях; ґ) обстановка на місці не зазнала змін, що перешкоджають упізнаванню її допитаною особою [5, с. 309].

Крім того, підготовка експерименту вимагає деяких організаційних заходів. Необхідно вжити заходів із забезпечення охорони місця експерименту, відновити за можливості колишню обстановку, якщо вона була порушена, попередити власників відповідних приміщень про час передбачуваної процесуальної дії. У деяких випадках бажано попередньо ознайомитися з місцем проведення експерименту, щоб визначити найбільш доцільну розстановку його учасників і вид зв'язку між ними.

Після з'ясування всіх цих питань слідчий складає план експерименту, у якому передбачає місце й час його проведення; коло питань, які підлягають вирішенню; конкретних учасників, роль і місце кожного; зміст дослідних дій, їх послідовність і можливі варіанти; заходи щодо забезпечення явки учасників; предмети й матеріали, необхідні для експерименту; заходи щодо відновлення порушеної обстановки на місці його проведення; необхідні науково-технічні засоби та засоби зв'язку; заходи безпеки [4].

О.Я. Баєв вважає, що перед проведенням слідчого експерименту недостатньо тільки рішення про його проведення та складання плану проведення. Слідчий повинен скласти сценарій слідчого експерименту: де, ким та які дослідні дії будуть проводитись, участь у них учасників, які засоби фіксації будуть використані тощо [6, с. 188–189].

Результати анкетування слідчих прокуратури й МВС України показують, що доцільними елементами підготовки до перевірки показань на місці, на думку респондентів, є такі: 1) попередній допит особи, чиї показання перевірятимуться, з метою одержання детальної інформації про обстановку й пов'язані з нею обставини події (назвали його 92,7% опитаних); 2) вивчення матеріалів кримінальної справи (75,3% опитаних); 3) підготовка допоміжних засобів (манекен, трафарети, макети предметів тощо) (63,3% опитаних); 4) підготовка технічних засобів (59,3% опитаних); 5) добір допоміжно-технічного персоналу (58% опитаних); 6) добір учасників слідчої дії (57,3% опитаних); 7) підготовка транспортних засобів (56,7% опитаних); 8) допити інших очевидців та учасників події (43,3% опитаних); 9) забезпечення безпеки під час проведення перевірки показань на місці (41,3% опитаних); 10) складання плану слідчої дії (38,7% опитаних); 11) одержання інформації про обстановку місця, де передбачається провести перевірку показань, – плану,

схеми місця події тощо (31,3% опитаних); 12) вибір місця збору учасників слідчої дії (28,7% опитаних); 13) проведення оперативно-розшукових заходів із метою отримання додаткової інформації про обстановку й обставини події (14% опитаних); 14) попередній огляд території (приміщення), де передбачається провести цю слідчу дію (9,3% опитаних слідчих) [7, с. 94–95].

Визначення змісту та способу проведення дослідів – найважливіша складова в підготовчій роботі слідчого. Це планування експерименту.

Слідчий повинен передбачити всі можливі варіанти дослідів, мету кожного з них, їх послідовність. Порушення необхідної послідовності може призвести до того, що експеримент у цілому не досягне мети.

Визначаючи час проведення експерименту, потрібно, вирішити, по-перше, коли, на якому етапі розслідування доцільно провести експеримент, по-друге, у який час доби проводити його. Хронологічний момент, коли буде проводитися слідчий експеримент, визначається ходом розслідування [3, с. 42–48].

Після прибуття на місце проведення експерименту, до його початку слідчий з'ясовує, чи змінена обстановка та чи є необхідність її реконструювати; реконструює обстановку в разі необхідності; за необхідності фотографує місце проведення експерименту чи реконструйовану обстановку; встановлює сигнали та засоби зв'язку між учасниками експерименту; відшукує понятих; інструктує всіх учасників експерименту про місце, дії, які необхідно здійснити; організує охорону місця проведення слідчого експерименту тощо.

Разом із тим окремі автори вважають, що викликає певний сумнів виокремлення як елементу вирішення питання про безпеку. На їх думку, вирішення питання про безпеку є не етапом підготовки до слідчого експерименту, а швидше вимогою, що ставиться до слідчої дії [1, с. 348].

Особливої уваги заслуговує питання про інструктаж учасників експерименту. Як правило, перед слідчим виникає питання про те, у яких межах кожна категорія учасників експерименту повинна бути ознайомлена зі змістом майбутніх дослідів, зі своїми обов'язками під час проведення слідчого експерименту.

Немає сумніву, що всі учасники експерименту повинні чітко уявляти, де вони знаходитимуться під час дослідів. Безперечно також те, що фахівці, які беруть участь в експерименті, і поняті мають бути обізнані про всі задуми слідчого та ознайомлені з метою експерименту.

Зі змістом дослідів ці особи мають бути ознайомлені в тих межах, у яких останнє потрібне для того, щоб ця особа могла взяти участь в експерименті. Це питання швидше тактичне, ніж організаційне, і під час його вирішення потрібно керуватися тим, яке значення має для результатів експерименту знання його учасниками того, що станеться в них на очах або за їх участю, коли це станеться.

Це питання тісно пов'язане з питаннями про підготовленість учасників експерименту до того, що повинна статися певна подія, і про значення такої підготовленості для результатів експерименту.

На думку Р.С. Бєлкіна та А.Р. Бєлкіна, учасникам експерименту (щодо встановлення можливості спостереження, сприйняття якого-небудь факту, явища), від яких залежать його результати, зміст дослідів повинен повідомлятися

в найзагальнішій формі. Так само потрібно вчиняти й під час проведення експерименту щодо встановлення можливості здійснення якої-небудь дії, якщо ця дія повинна статися несподівано [3, с. 42–48].

В.В. Негребецький вважає, що поняття «інструктаж» бажано наповнити новим змістом. Терміном «інструктаж» необхідно охоплювати не лише технічну сторону підготовки до слідчої дії, тобто інформування учасників про те, що саме вони повинні робити й у який спосіб. Перевірка та уточнення відомостей заснована на специфічному методі отримуваної інформації – методі зіставлення, має достатньо складну структуру одержуваної інформації. Учасникам перевірки належить розуміти, яким чином вона буде відбуватися та яка інформація може бути отримана під час її проведення [7, с. 101].

Говорячи про доцільність знання учасниками перевірки показань суті обставин, що перевіряються, зазначимо, що це повинно стосуватись, зокрема, понятих, спеціаліста, яким варто пояснити, які саме відомості будуть перевірятися й на що вони повинні звертати увагу під час слідчої дії. Зі спеціалістом, який буде використовувати фотозйомку або відеозапис, важливо визначитися щодо сигналів, відповідно до яких він буде починати чи припиняти фотозйомку або відеозапис. Допоміжним учасникам потрібно пояснити, які роботи будуть проведені й у якій послідовності. Оперативних працівників, які забезпечуватимуть охорону й порядок на місці проведення слідчої дії, треба теж проінформувати про її послідовність, передбачуваний маршрут, а також з'ясувати з ними, яким чином будуть забезпечуватися охорона й порядок на місці перевірки показань підозрюваного.

Якщо в цій слідчій дії бере участь перекладач, необхідно йому вказати на важливість синхронного перекладу. Ця вимога має особливе значення. Наприклад, особа, показання якої перевіряються, у перебігу слідчої дії жестикулює, демонструє дії, показує окремі об'єкти, одночасно пояснює їх значення й роль у розслідуваній події. Якщо переклад буде відставати від пояснень, то учасники не встигатимуть стежити за перебігом слідчої дії, тому деякі важливі деталі можуть виявитися незрозумілими, унаслідок чого може виникнути небезпека хибного та перекрученого сприйняття пояснень і дій підозрюваного [7, с. 102–103].

Типова помилка, яку допускають у слідчій практиці, – це недбалий, поверхневий інструктаж учасників експерименту, внаслідок чого вони діють несистемно й довільно.

Ми підтримуємо позицію О.К. Чернецького щодо основних елементів підготовчих дій до проведення слідчого експерименту, а саме:

1) визначення мети слідчого експерименту;

2) вивчення матеріалів справи;

3) визначення часу, місця та обстановки слідчого експерименту;

4) підготовка науково-технічних, сигнальних та транспортних засобів; засобів зв'язку та фіксації;

5) підготовка предметів, знарядь, засобів та речових доказів;

6) визначення змісту та послідовності дослідів (дослідних дій);

7) визначення процесуальних правил (визначення кола осіб, які будуть брати участь), а саме: а) питання про понятих та їх кількість; б) питання залучення

спеціаліста, експерта; в) питання доцільності участі свідків, які спостерігали події, явища, дії, що перевіряються; г) питання доцільності участі підозрюваного, обвинуваченого або потерпілого; д) питання доцільності участі осіб, показання яких перевіряються;

8) прогнозування дослідних дій, результатів, а також моделювання кінцевих висновків у вигляді версій;

9) складання письмового плану.

Позитивним є те, що значення того чи іншого із запропонованих елементів може бути різним, проте кожен з елементів потребує врахування, аналізу слідчим під час підготовки до проведення слідчого експерименту [1, с. 348–349].

Таким чином, розглядаючи підготовчий етап слідчого експерименту, можна констатувати, що крім типових рекомендацій із визначення цілей, послідовності, учасників та інших моментів проведення відповідної слідчої дії мають місце й інші елементи, які в окремих випадках носять спірний характер як із кримінально-процесуальної, так і з тактичної точок зору.

На підготовчому етапі знаходять своє відображення як загально-тактичні рекомендації, що стосуються більшості слідчих дій, так і специфічні, зумовлені правовою та тактичною природою слідчого експерименту.

Отже, підготовчий етап можна розглядати як створення технічних, психологічних і тактичних умов для досягнення результативності в проведенні відповідної слідчої дії.

Література

1. Чернецький О.К. Підготовка до проведення слідчого експерименту / О.К. Чернецький // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2011. – Том 24 (63). – № 1. – С. 345–350.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : станом на 18 січня 2013 р. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 290 с.
3. Белкин Р.С., Эксперимент в уголовном судопроизводстве : [методическое пособие] / Р.С. Белкин, А.Р. Белкин. – М. : НОРМА – ИНФРА-М, 1997. – 160 с.
4. Криминалистика : [учебник для студ. высш. учеб. завед.] / под редакцией Е.П. Ищенко. – М. : Юристъ, 2000. – 751 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://bibliotekar.ru/criminalistika-1/index.htm.
5. Криминалистика : [учебник] / [И.Ф. Герасимов, Л.Я. Драпкин, Е.П. Ищенко и др.] ; под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. – М. : Высшая школа, 1994. – 528 с.
6. Баев О.Я. Тактика следственных действий : [учебное пособие] / О.Я. Баев. – Воронеж : НПО «Модэк», 1995. – 224 с.
7. Негребецький В.В. Перевірка показань підозрюваного на місці: тактика і психологія : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В.В. Негребецький ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2005. – 197 с.

Анотація

Калганова О. А., Балицький Т. М. **Підготовчі дії до проведення слідчого експерименту.** – Стаття.

У статті розглядаються основні елементи підготовчих дій до проведення слідчого експерименту, як на етапі підготовки до виїзду на місце проведення експерименту, так і безпосередньо на місці до проведення відповідних дослідних дій.

Ключові слова: слідчий експеримент, планування, слідча дія, розслідування злочинів, Кримінальний процесуальний кодекс України.

Аннотация

Калганова Е. А., Балицкий Т. Н. **Подготовительные действия к проведению следственного эксперимента.** – Статья.

В статье рассматриваются основные элементы подготовительных действий к проведению следственного эксперимента, как на этапе подготовки до выезда на место проведения эксперимента, так и непосредственно на месте проведения соответствующих исследовательских действий.

Ключевые слова: следственный эксперимент, планирование, следственное действие, расследование преступлений, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

Summary

Kalganova E. A., Balytskyy T. N. **Preparatory actions for realization of investigative experiment.** – Article.

In article basic elements of preparatory actions for realization of investigative experiment, as at a preparation stages before departure on an experiment venue, and directly on a venue of the corresponding research actions are considered.

Key words: investigative experiment, planning, investigative action, investigation of crimes, Criminal procedural code of Ukraine.

УДК 342.951:351.82

І. В. Коруля

ПОНЯТТЯ ПРОФЕСІОНАЛІЗМУ ПРАЦІВНИКІВ МІЛІЦІЇ ЯК НЕОБХІДНОЇ УМОВИ ЇХ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Сучасне суспільство не може нормально функціонувати й розвиватися поза державою, незалежно від її цілеспрямованого впливу на розвиток найважливіших суспільних відносин. Побудова в Україні громадянського суспільства та курс на розвиток і зміцнення правової держави вимагають нових підходів до професійної підготовки персоналу органів внутрішніх справ, зокрема міліції, і потребують переорієнтації силової діяльності на встановлення партнерських стосунків із громадянами, налагодження для них системи консультативної допомоги. Слід пам'ятати, що вирішити ці та інші нагальні завдання можуть лише висококваліфіковані професіонали, які мають не лише відповідні знання, вміння, навички професійної діяльності, а й таку мотивацію та самосвідомість, що потребують ставлення до людини як до найвищої цінності. Чинне законодавство надає працівникам міліції значне коло повноважень щодо застосування примусових заходів у ході виконання своїх завдань, що у свою чергу передбачає для працівників правоохоронних органів підвищені вимоги до фізичних, розумових, психологічних, професійно-етичних та інших якостей, які потребують належним чином обґрунтованої, врегульованої правовими нормами системи їх професійної підготовки.

Саме необхідність у професіональних кадрах та спеціалізація співробітників міліції пов'язана з низкою об'єктивних і суб'єктивних факторів. На жаль, для міліції в Україні на сьогодні притаманні такі недоліки, які потрібно поступово усувати, а саме: некомплект персоналу, постійний відтік кадрів; недостатня матеріальна забезпеченість і соціальна захищеність; слабкі навички роботи, погано навчені співробітники; нераціональне використання кадрового потенціалу.

© І. В. Коруля, 2014

У межах статті ми ставимо за мету проаналізувати поняття професіоналізму працівників міліції, окреслити основні ознаки та професійні функції професіоналізму, розкрити особливості професіоналізму працівників міліції.

На професіоналізм як невід'ємну складову діяльності правоохоронців указують багато вчених, а саме: О.М. Бандурка, І.В. Банікевич, В.Л. Бєлоліпецький, В.С. Венедиктов, О.П. Єгошин, М.І. Іншин, В.Л. Лапшина, О.Є. Малиновський, О.М. Музичу, М.П. Пихтін, В.М. Плішкін, О.В. Поволоцький, В.В. Посметний, О.В. Савельєв та інші.

Так, О.М. Бандурка відзначає: «Цілеспрямована діяльність міліції на виконання поставлених завдань можлива тільки за забезпечення ефективного управління та високого професіоналізму її працівників» [1, с. 51]. В.М. Плішкін переконаний, що чим вищі громадянська зрілість, професіоналізм, майстерність співробітника, тим ефективніші наслідки його праці, тим вищий його культурний рівень [2, с. 613]. О.В. Поволоцький до цього додає, що сьогодні необхідно не лише на високому професійному рівні вміти розкривати злочини, а ще й працювати з громадськістю, встановлювати партнерські відносини з органами місцевого самоврядування, державними й приватними органами та організаціями, громадськими організаціями, місцевими жителями, засобами масової інформації та іншими. [3, с. 405]. Тому потреба у фахівцях-професіоналах для забезпечення охорони громадського порядку та боротьби зі злочинністю не втрачає своєї актуальності.

Саме слово «професіоналізм» безпосередньо пов'язане з такими термінами як «професія», «професіонал», «спеціальність», «кваліфікація» того чи іншого працівника. У зв'язку з цим не зайвим буде коротко зупинитися на розумінні їх суті. У довідковій літературі поняття «професіонал» визначається як «той, хто зробив яке-небудь заняття предметом своєї постійної діяльності; добрий фахівець своєї справи» [4, с. 565].

В. В. Посметний визначає професію як відносно самостійний, конкретно-історичний, спеціалізований та інституціолізований рід занять, який виник під впливом соціального поділу праці. До важливих ознак професії як виду діяльності він відносить довготривале, а найчастіше довічне виконання певних функцій; наявність спеціальних знань, освіти, вмінь і навичок, здобутих у процесі роботи. Під професіоналізмом в органах внутрішніх справ (ОВС) він розуміє здатність працівника міліції, колективу працівників визначати найбільш ефективні шляхи та способи реалізації поставлених перед ними правоохоронних завдань у межах нормативно визначених повноважень [5, с. 181, 183].

Разом з тим більшість дослідників визначають професіоналізм працівника міліції як сукупність знань, умінь, навичок, що дозволяють виконувати відповідні професійні функції. До них відносять належний обсяг знань та інтелектуальний рівень, тривалий термін навчання й підготовки, відповідність функцій, що виконуються, системі загальносоціальних цінностей, адекватну мотивацію, спрямовану на досягнення кінцевої мети, бажання служити людям, охороняти й захищати їх життя та власність [6, с. 129].

У багатьох визначеннях професіоналізму підкреслюється, що професіоналізм – це не лише досягнення людиною високих професійних результатів, не лише висока

продуктивність праці, а й обов'язково наявність його психологічних компонентів: внутрішнього ставлення людини до своєї праці, до професії, її психічних станів та якостей [7, с. 352].

Таким чином, серед основних ознак професіоналізму працівника міліції крім професійних здібностей і вмінь слід також розглядати професійну правосвідомість, професійну культуру та професійну освіту.

Саме професійна правосвідомість працівників міліції є головним інструментом їх діяльності, має свої особливі умови, середовище, засоби, методи формування. Якщо говорити про формування свідомості людини, то, напевно, доцільно це поняття розглядати з позицій зовнішньої та внутрішньої діяльності. Зовнішня – це не саме формування, а процес впливу зовнішнього середовища на формування свідомості людини. Внутрішня – це діяльність індивіда, властива його психічному відображенню, з формування й використання психічного уявлення, пов'язаного єдністю пізнавальних та емоційних процесів, роботи пам'яті й активності вольової сфери психіки. Формування фахової правосвідомості працівника міліції пов'язане з об'єктивними й суб'єктивними чинниками, що мають вплив на його правосвідомість, з одного боку, і безпосереднє формування правосвідомості з позицій особливостей і тенденцій чуттєвої діяльності, пізнання особистості в єдності з формами розумової діяльності – з іншого.

Професійна культура проявляється насамперед у розумінні сутності своєї професії, в умінні застосувати різні методи та форми управління, у здатності передавати свої знання, виконувати роботу свідомо, творчо, не шаблонно. Професійна культура розкривається у вмінні передбачати результати своєї діяльності, в її прогнозуванні, у здатності відтворювати й висловлювати загальнонаціональні інтереси, бачити перспективу їх розвитку [8, с. 448], це ступінь оволодіння працівником міліції знаннями, способами й методами правоохоронної діяльності та використання їх на практиці відповідно до рівня розвитку власної мікрокультури [9, с. 112].

Професійна освіта – це оволодіння визначеними знаннями та навичками для конкретної професії або спеціальності. Для отримання професійної освіти впроваджені основні шляхи її отримання: у професійно-технічних навчальних закладах, у середньо-спеціальних навчальних закладах та у вищих навчальних закладах. Так, у Програмі зміцнення кадрового потенціалу МВС на 2012–2016 роки зазначається, що для досягнення оптимального рівня кадрового забезпечення органів та підрозділів внутрішніх справ є підвищення престижу професії правоохоронця, посилення якісного складу органів внутрішніх справ, високого рівня професійної підготовки працівників ОВС [10]. Окрім цього, у навчальних закладах системи МВС післядипломна освіта працівників ОВС включає перепідготовку, спеціалізацію, підвищення кваліфікації, стажування [11]. Завдання й зміст навчання працівників органів внутрішніх справ визначаються вимогами законів України «Про міліцію», «Про освіту», «Про вищу освіту», «Про професійно-технічну освіту», міжнародними угодами, ратифікованими Україною, нормативними актами МВС України, Положенням з організації професійної підготовки осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України, а також безпосередньо відображаються в навчальних, тематичних планах, програмах, розкладах занять.

Також слід зазначити, що система професійної підготовки є складовою професійної освіти, яка включає основні організаційні види навчання, які забезпечують його безперервність: початкову підготовку вперше прийнятих на службу в ОВС працівників (училища професійної підготовки працівників міліції, вищі навчальні заклади МВС України); підготовку у вищих навчальних закладах МВС України; післядипломну освіту; службову підготовку [12].

Отже, професійна підготовка осіб рядового та начальницького складу ОВС – це організований безперервний і цілеспрямований процес з оволодіння знаннями, спеціальними вміннями й навичками, необхідними для успішного виконання оперативно-службових завдань. У широкому розумінні під професійною підготовкою розуміється сукупність спеціальних знань, умінь та навичок, якостей, трудового досвіду й норм поведінки, які забезпечують можливість успішної роботи в певній галузі, а також процес доведення тим, хто навчається, відповідних знань та вмінь. До основних завдань професійної підготовки відносять такі: 1) підготовку кваліфікованих фахівців правоохоронної діяльності, здатних на належному рівні забезпечувати охорону громадського порядку, проводити заходи з боротьби зі злочинністю та захисту законних прав, свобод людини і громадянина, передбачених Конституцією України; 2) набуття працівниками знань і спеціальних навичок, необхідних для успішного виконання оперативно-службових завдань, та постійне їх удосконалення; 3) зміцнення зв'язків із населенням, забезпечення працівниками ОВС прав людини та громадянина під час виконання ними службових обов'язків; 4) розвиток у працівників ОВС особистих моральних якостей, почуття відповідальності за власні дії, прагнення до постійного вдосконалення свого професійного та загальнокультурного рівня [12].

З огляду на специфіку, яка має місце у визначеннях «професійна правосвідомість», «професійна культура» та «професійна освіта», можна виокремити такі обов'язкові ознаки професіоналізму працівників міліції: 1) це одна з найважливіших сторін їх професійної діяльності; 2) визначає ділову надійність, здатність успішно й безпомилково здійснювати конкретну правоохоронну діяльність як у звичайних умовах, так і в екстремальних, нестандартних ситуаціях; 3) обумовлюється певними досягненнями в процесі службово-трудової діяльності, високим рівнем сформованості професійної й духовної культури в усій її досконалості; 4) досягається в результаті реалізації специфічної професійної підготовки працівників міліції.

На нашу думку, професіоналом не народжуються, таке визнання людина може отримати шляхом кропіткого навчання та праці. Міліціонером-професіоналом неможливо стати водночас, це досить тривалий процес, який можна умовно поділити на три етапи: людина – якісна освіта – робочий колектив.

Так, перший етап починається з добору кандидатів на службу в ОВС України. У цьому контексті велику увагу слід приділяти тому, який загальноосвітній рівень підготовки майбутнього кандидата, його особисті (моральні) якості. М.П. Пихтін, досліджуючи питання підбору кадрів у поліцію Швеції, відмічає, що основним елементом професіоналізації майбутнього працівника є саме «високий рівень стандартів підбору кадрів з виокремленням мінімального освітнього рівня» [13, с. 68].

Другий етап формування професіонала відбувається вже в ході навчання в навчальному закладі, що здійснює підготовку майбутніх працівників міліції. На цьому етапі важливим є поєднання отримання теоретичних знань і оволодівання практичними навичками роботи. У цей час формується майбутній професіонал, виявляються ті особи, які не здатні чи не бажають у майбутньому працювати в міліції.

Третім етапом формування професіонала слід назвати початковий період адаптування до посади, входження молодого працівника міліції в колектив, в якому він працює. Хотілося б відзначити, що в будь-якому випадку важливе значення мають внутрішні якості окремо взятої людини, її бажання самовдосконалюватися.

Отже з вищесказаного можна зробити висновки, що професіоналізм працівника міліції характеризується такими особливостями: 1) це одна з найважливіших сторін його професійної діяльності; 2) це фактор визначення його ділової надійності, здатності успішно й безпомилково здійснювати конкретну правоохоронну діяльність як у звичайних умовах, так і в екстремальних, нестандартних ситуаціях; 3) обумовлюється певними досягненнями в процесі службово-трудової діяльності, високим рівнем сформованості професійної й духовної культури в усій її досконалості; 4) досягається в результаті реалізації специфічної професійної підготовки працівників міліції. Підвищувати свій професіоналізм працівник міліції повинен упродовж усієї роботи в ОВС.

Література

1. Бандурка О. М. Теорія і практика управління органами внутрішніх справ України / О. М. Бандурка. – Х. : Основа, 2004. – 780 с.
2. Теорія управління органами внутрішніх справ : [підручник] / В. М. Плішкін ; за ред. Ю. Ф. Кравченка. – К. : НАВСУ, 1999. – 702 с.
3. Поволоцький О. В. Професіоналізм міліції: сучасний стан та нові вимоги / О. В. Поволоцький // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2004. – № 28. – С. 396-405.
4. Тучак Р. М. Адміністративно-правові засади боротьби з корупцією : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право та процес; фінансове право; інформаційне право» / Р. М. Тучак ; Харківський нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2007. – 21 с.
5. Посметний В. В. Поняття професіоналізму працівників ОВС як визначальної категорії їх професійної підготовки / В. В. Посметний // Форум права. – 2007. – № 2. – С. 179–184.
6. Бандурка О. М. Партнерські взаємовідносини між населенням і міліцією : [підручник] / О. М. Бандурка, В. О. Соболєв, В. І. Московець. – Х. : НУВС, 2003. – 346 с.
7. Жданов І. В. Мотиваційна складова професіоналізму працівників органів внутрішніх справ / І. В. Жданов // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2004. – № 28. – С. 351–356.
8. Музичук О. М. Сутність професійної підготовки персоналу ОВС / О. М. Музичук // Форум права. – 2007. – № 1. – С. 125–130.
9. Савельєв О. С. Адміністративно-правові засади атестації працівників органів внутрішніх справ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.С. Савельєв ; Дніпропетровський держ. ун-т внутр. справ. – Дніпропетровськ, 2008. – 199 с.
10. Про оголошення рішення колегії МВС України : наказ МВС України від 12.07.2012 р. № 618. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minjust.gov.ua
11. Про затвердження Положення про організацію післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ : наказ МВС України від 5 березня 2013 р. № 219. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minjust.gov.ua
12. Про затвердження Положення з організації професійної підготовки осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України : наказ МВС України від 13 квітня 2012 р. № 318. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minjust.gov.ua
13. Пихтін П. М. Організаційно-правові основи діяльності поліції Швеції (порівняльно-правовий аналіз) : [монографія] / П. М. Пихтін. – К. : Прецедент, 2010. – 183 с.

Анотація

Коруля І. В. **Поняття професіоналізму працівників міліції як необхідної умови їх професійної діяльності.** – Стаття.

Статтю присвячено вивченню професіоналізму працівників міліції як необхідної умови їх професійної діяльності. Виділено основні ознаки та функції професіоналізму працівників міліції. Розкрито особливості професіоналізму працівників міліції. Визначено основні етапи становлення міліціонера-професіонала.

Ключові слова: професіоналізм, професійна правосвідомість, професійна культура, професійна освіта, професійна підготовка.

Аннотация

Коруля И. В. **Понятие профессионализма сотрудников милиции как необходимого условия их профессиональной деятельности.** – Статья.

Статья посвящена изучению профессионализма сотрудников милиции как необходимого условия их профессиональной деятельности. Выделены основные признаки и функции профессионализма сотрудников милиции. Раскрыты особенности профессионализма сотрудников милиции. Определены основные этапы становления милиционера-профессионала.

Ключевые слова: профессионализм, профессиональное самосознание, профессиональная культура, профессиональное образование, профессиональная подготовка.

Summary

Korulya I. V. **Concept of professionalism of workers of militia as necessary condition for their professional activity.** – Article.

The article is sanctified to the study of professionalism of workers of militia as a necessary condition them professional activity. Distinguished basic signs and functions of professionalism of workers of militia. The features of professionalism of workers of militia are exposed. Certain basic stages of becoming of militiaman-professional.

Key words: professionalism, professional sense of justice, professional culture, trade education, professional preparation.

УДК 347.965.982

К. Г. Книгін

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ФОРМИ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ АДВОКАТОМ ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Значення інституту адвокатури як одного з найважливіших елементів у системі забезпечення захисту прав і законних інтересів особи важко переоцінити на будь-якому етапі розвитку суспільства. Діяльність адвоката як професійного захисника особи або її представника повинна забезпечуватися чіткою законодавчою регламентацією. Прийняття Верховною Радою України 5 липня 2012 року Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» значною мірою сприяло вирішенню цілої низки проблемних питань, пов'язаних із недостатністю правового регулювання діяльності інституту адвокатури. Однак очевидним є той факт, що й новий закон не повністю усунув прогалини, пов'язані з визначенням деяких понять, необхідних для забезпечення чіткого розуміння особливостей договірних відносин із клієнтом залежно від організаційно-правової форми здійснення адвокатської діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання дослідження організаційно-правових форм юридичних осіб, зокрема суб'єктів надання правових послуг

© К. Г. Книгін, 2014

досліджувалися в наукових працях таких учених, як В.М. Богославець, В.І. Борисова, А.В. Іванцова, В.М. Кравчук, Г.М. Ярошевська та інші.

Метою статті є аналіз організаційно-правових форм здійснення адвокатської діяльності за чинним законодавством України, дослідження особливостей договірних відносин адвокатів, адвокатських бюро та адвокатських об'єднань із клієнтом, виявлення проблемних питань законодавчого регулювання та шляхів їх можливого усунення.

Виклад основного матеріалу. Загальновідомо, що адвокатська діяльність є специфічним видом діяльності фізичної особи, яка визначається як незалежна професійна діяльність (ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Визначення незалежної професійної діяльності міститься в ст. 14.1.226 Податкового кодексу України і передбачає, що це участь фізичної особи в науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, адвокатів, арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), аудиторів, бухгалтерів, оцінювачів, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою-підприємцем, використовує найману працю не більше чотирьох фізичних осіб. Із цього приводу варто зазначити, що на відміну від Закону України «Про адвокатуру», який утратив чинність, у чинному законі усунена прогалина щодо визначення поняття адвокатської діяльності. Вона визначається як незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Безсумнівно, що ця законодавча новела гармонізує Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» з Податковим кодексом України. Особливого значення в такій ситуації набуває необхідність детальної та гармонічної правової регламентації організаційно-правових форм здійснення адвокатської діяльності.

Відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат може здійснювати свою професійну діяльність індивідуально або в організаційно-правових формах адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання (організаційні форми адвокатської діяльності). На перший погляд, зазначена норма закону є вдалою спробою законодавця встановити певний правовий порядок існування адвокатських утворень з метою їхньої уніфікації на загальнодержавному рівні. Очевидно, що на практиці потенційним споживачам адвокатських послуг, якими, як правило, є пересічні громадяни, більш зрозуміло мати справу з досить невеликим і вичерпним переліком видів надавачів послуг, аніж із великою кількістю різноманітних колегій, фірм, контор та інших утворень, правовий статус яких досить важко, а часто навіть неможливо встановити з їхньої назви. Однак за більш детального аналізу специфіки діяльності законодавчо встановлених форм адвокатської діяльності постає суттєва проблема, пов'язана з наявністю певних прогалин у законодавстві щодо здійснення діяльності деякими з них.

Доцільним здається звернути увагу на здійснення адвокатської діяльності індивідуально особою, яка має статус адвоката. Виходячи з позицій законодавчого

підходу та самої суті інституту адвокатури, спираючись на багатовікові традиції здійснення адвокатської діяльності, не викликає сумнівів той факт, що така організаційно-правова форма є найбільш природною. Підтвердженням цієї позиції може виступати наявність довірчої складової в договірних відносинах клієнта йадвоката. Загальновідомо, що людина, яка звертається за правовою допомогою, зіткнулася з певними проблемами, вирішення яких для неї набуває важливого значення, особливо якщо це стосується захисту в кримінальному провадженні. У подібних випадках сподівання підзахисного покладаються на рівень професійної підготовки й високі моральні якості захисника. Зрозуміло, що незалежно від того, з яким адвокатським бюро чи об'єднанням укладено договір про надання правової допомоги, для клієнта найважливішою є особа, яка безпосередньо його захищає.

Крім того, пріоритетність індивідуальної форми здійснення адвокатської діяльності порівняно з іншими формами підтверджується статусом адвоката як суб'єкта процесуального права. Чинні процесуальні кодекси України регулюють правове положення адвоката як учасника юридичного процесу, при цьому не містять жодного припису щодо інших організаційно-правових форм адвокатської діяльності.

Ще одними формами адвокатської діяльності є адвокатські бюро та об'єднання. Відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатське бюро – це юридична особа, створена одним адвокатом, а адвокатське об'єднання – юридична особа, створена шляхом об'єднання двох або більше адвокатів (учасників). Варто зазначити, що попередній закон також передбачав можливість існування різноманітних утворень шляхом відкриття адвокатом свого бюро або об'єднання з іншими адвокатами в колегії, фірми, контори та інші адвокатські об'єднання. Недоліком попереднього закону, на наш погляд, була недостатня правова регламентація щодо визначення ряду принципових питань. Зокрема, щодо адвокатського бюро закон не надавав ясного розуміння того, чи є таке бюро юридичною особою. Більше того, незрозумілим було також положення адвокатського бюро в договірних відносинах з клієнтом. Як уже зазначалося вище, чинний закон усунув недоліки старого з багатьох питань і не лише встановив статус бюро як юридичної особи, а й чітко визначив, що подібне утворення є стороною договору про надання правової допомоги.

Детальний аналіз норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» дозволяє з'ясувати мету, яку ставив перед собою законодавець, закріплюючи таку форму адвокатської діяльності, як адвокатське бюро. Адже, на перший погляд, індивідуальна діяльність адвоката й діяльність у формі бюро відрізняються лише статусом останнього як юридичної особи. Однак доцільність надання права адвокату створювати власне бюро полягає в більш широкому колі можливостей організації своєї діяльності. Так, на підставі приписів Податкового кодексу України адвокат як особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність індивідуально, може використовувати найману працю не більше чотирьох фізичних осіб, у той час як адвокатське бюро законодавчо не обмежене в кількості найманих працівників. Зрозуміло, що для адвоката, який має широку клієнтську базу, можливість використовувати найману працю більшої кількості помічників та інших працівників у певних випадках є важливим фактором.

Крім того, суттєвою відмінністю індивідуальної діяльності адвоката від діяльності адвокатського бюро можна зазначити право останнього залучати до виконання укладених договорів про надання правової допомоги інших адвокатів на договірних засадах.

Аналогічно до діяльності адвокатських бюро діють й адвокатські об'єднання. Різниця полягає лише в тому, що останнє створюється шляхом об'єднання двох або більше адвокатів (учасників). Функціонування на практиці таких юридичних осіб пов'язане з широким колом проблемних питань, які недостатньо, на наш погляд, урегульовані чинним законодавством України. Насамперед, це стосується визначення виду юридичних осіб, до яких слід було б віднести адвокатські бюро й об'єднання.

Виходячи з положень ст. 81 Цивільного кодексу України адвокатські бюро та адвокатські об'єднання є юридичними особами приватного права з огляду на той факт, що створюються вони на підставі установчих документів (статуту), а не розпорядчим актом посадової особи, органу державної влади або органу місцевого самоврядування. Проблема постає з визначенням організаційно-правової форми такої юридичної особи з точки зору цивільно-правової класифікації. Приписом ч. 1 ст. 83 Цивільного кодексу України встановлено такі форми юридичних осіб, як товариства, установи та інші форми, установлені законом. Доцільним вбачається проаналізувати особливості товариств та установ з позиції особливостей цивільно-правового регулювання з метою встановлення належності адвокатських бюро та адвокатських об'єднань до того чи іншого виду юридичних осіб.

Частина 3 ст. 83 Цивільного кодексу України передбачає, що установою є організація, створена однією або кількома особами, які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їх майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Отже, очевидним є те, що віднесення адвокатських об'єднань та адвокатських бюро до такого виду юридичних осіб, як установа, є неможливим, тому що адвокати, які засновують бюро або об'єднання, не можуть не брати участі в їх управлінні.

Більш вдалою видається ідея віднесення адвокатських бюро й об'єднань до такого виду юридичних осіб, як товариства. Визначення поняття товариства, яке закріплене в ч. 2 ст. 83 Цивільного кодексу України, можливо застосувати до досліджуваних утворень з огляду на те, що відповідно до норми законодавства їх учасники можуть брати участь у такому утворенні. Крім того, зазначена норма надає можливість створення товариства однією особою, що допускає віднесення адвокатського бюро до такого виду юридичних осіб. Розвиваючи наведену ідею слід зазначити, що відповідно до цивільного законодавства України товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі.

Під час дослідження особливостей підприємницького товариства очевидним стає той факт, що адвокатські бюро й адвокатські об'єднання неможливо віднести до цієї групи товариств. По-перше, ст. 84 Цивільного кодексу України вказує на те, що такі товариства мають здійснювати підприємницьку діяльність. Слід погодитися з Г.М. Ярошевською, яка зазначає, що одним із постулатів адвокатської діяльності є невизнання останньої в якості підприємницької [9, с. 484]. Необхідно зауважи-

ти, що податкове законодавство не дає однозначного розуміння того, чи потрібно відносити діяльність адвокатського бюро та об'єднання до підприємницької. Зазначена вище норма ст. 14.1.226 Податкового кодексу України містить обмеження лише щодо адвоката в сенсі неможливості набуття ним статусу фізичної особи-підприємця.

По-друге, головним фактором, який унеможливлює віднесення досліджуваних адвокатських утворень до підприємницьких товариств є те, що ст. 84 Цивільного кодексу України надає вичерпний перелік видів товариств, існування яких можливе на території України, зокрема, це господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи.

У науковій літературі нерідко зустрічається припущення щодо віднесення адвокатських утворень до непідприємницьких товариств. Так, В.М. Богославець робить висновок, що адвокатські об'єднання – це неспецифічні види непідприємницьких товариств [6, с. 5]. Г.М. Ярошевська наголошує на необхідності визнання в законодавстві адвокатських об'єднань як непідприємницьких товариств [9, с. 484]. Слід зауважити, що зазначені автори критикують сучасний стан законодавства України щодо відсутності чіткого розуміння видів організаційно-правових форм юридичних осіб, з використанням статусу яких можна здійснювати адвокатську діяльність [5, с. 45–47]. Цілком підтримуючи таку критику, взагалі важко погодитися з припущенням щодо визнання адвокатських бюро й адвокатських об'єднань непідприємницькими товариствами. Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 85 Цивільного кодексу України непідприємницькими є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. У той час як кошти, отримані бюро чи об'єднанням, є гонораром для адвокатів (учасників) за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги.

Однією з найбільших проблем для діяльності адвокатських бюро та об'єднань є питання оподаткування таких юридичних осіб. З огляду на те, що Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що в разі здійснення адвокатської діяльності у формі бюро або об'єднання стороною договору з клієнтом є саме юридична особа, виникає питання про те, що саме є базою оподаткування такої юридичної особи й за якою системою таке оподаткування має здійснюватися. Чинним законодавством України не врегульовано статус таких юридичних осіб як неприбуткових. Хоча це, видається, було б логічним з огляду на ідею невизнання адвокатської діяльності як підприємницької.

Доречним також здається звернути увагу на певну неузгодженість норм закону щодо такої важливої категорії, як гонорар. У ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначається, що гонорар є формою винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. При цьому законодавець обходить увагою як адвокатське бюро, так і адвокатське об'єднання в якості одержувачів гонорару. З іншого боку, ст. 29 передбачає обов'язок клієнта в разі припинення або розірвання договору оплатити адвокату (адвокатському бюро, адвокатському об'єднанню) гонорар (винагороду) за всю роботу, що була виконана або підготовлена до виконання. За відсутності офіційного тлумачення вказаної норми закону логічним було б допустити, що гонорар – це поняття,

яке слід застосовувати до відносин «адвокат – клієнт», а винагорода – це кошти, які клієнт сплачує бюро або об'єднанню в разі укладення договору з такими утвореннями. У такому випадку можна було б зрозуміти, що винагорода складається з гонорару, який отримує адвокат (адвокати), і коштів, які є доходом юридичної особи, що спрямовуються на її внутрішні потреби. Однак за відсутності чіткого нормативного закріплення в профільному законі або в податковому законодавстві цих понять оподаткування адвокатських бюро та адвокатських об'єднань на практиці є недостатньо врегульованим.

Висновки. Підводячи підсумки дослідження організаційно-правових форм адвокатської діяльності, можливим видається зробити певні узагальнення. З огляду на задовільний стан законодавчої регламентації більш прийнятним є здійснення адвокатської діяльності індивідуально особою, яка має статус адвоката. Зазначена форма діяльності є більш зрозумілою для клієнта, виходячи з довірчого характеру відносин як на стадії укладення договору про надання правової допомоги, так і в процесі його реалізації. Крім того, адвокат як самозайнята особа позбавлений проблем з оподаткуванням своєї діяльності у відносинах з державою. Сучасний стан податкового законодавства достатньою мірою регулює питання сплати податків та інших обов'язкових платежів до Державного бюджету України.

Вважаємо доцільним зазначити, що чинна редакція Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» виправдано обмежує перелік форм адвокатської діяльності у вигляді адвокатських бюро та адвокатських об'єднань. Однак залишається відкритим питання щодо віднесення таких утворень до певних видів юридичних осіб у контексті цивільно-правового регулювання. Автор робить висновок про неможливість віднесення адвокатських бюро й об'єднань до установ і товариств, як підприємницьких так і непідприємницьких. У свою чергу подібний «правовий вакуум» породжує цілу низку проблемних питань з приводу оподаткування діяльності адвокатських бюро й об'єднань та розмежування понять «винагорода» та «гонорар».

Автор робить висновок про те, що адвокатські бюро й адвокатські об'єднання є специфічними видами юридичних осіб, існування яких передбачається нормами ст. 83 Цивільного кодексу України, як інші форми, встановлені законом. Проте відсутність достатнього правового регулювання цього питання в профільному законі свідчить про необхідність подальшого вдосконалення законодавчої бази на підставі проведення глибоких наукових досліджень із метою розробки зрозумілої моделі організаційних форм адвокатської діяльності.

Література

1. Цивільний кодекс України : [науково-практичний коментар] / за ред. Є.О. Харитонова, – Х. : Одіссей, 2009. – 244 с.
2. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13. – Ст. 112.
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013 р. – № 27. – Ст. 282.
4. Про адвокатуру : Закон України від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 62
5. Богославець В.М. Цивільно-правова характеристика кола суб'єктів надання правової допомоги / В.М. Богославець // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 7. – С. 44–47.

6. Богославець В.М. Договори про надання правових послуг : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В.М. Богославець ; Прикарпатський нац. ун-т ім. В. Стефаника. – Київ, 2008. – 19 с.
7. Варфоломєєва Т. Адвокат – правозахисник чи підприємець / Т. Варфоломєєва // Юридичний вісник України. – 2001. – № 14 – С. 1–8.
8. Іванцова А.В. Організаційні форми діяльності адвокатури : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратуру та адвокатура» / А.В. Іванцова ; Нац. юрид. академія України ім. Я. Мудрого. – Харків, 2010. – 20 с.
9. Ярошевська Г.М. Сторони договору про надання юридичних послуг / А.М. Ярошевська //Учёные записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия : «Юридические науки». – 2013. – Т. 26(65). – № 1. – С. 480–486.

Анотація

Книгін К. Г. **Організаційно-правові форми надання правової допомоги адвокатом за чинним законодавством України.** – Стаття.

У статті висвітлені проблемні питання здійснення адвокатської діяльності в різних організаційно-правових формах, проаналізовано особливості внутрішньої організації діяльності адвоката, адвокатського бюро та адвокатського об'єднання. Автором зроблено висновки про недостатню цивільно-правову регламентацію статусу адвокатських бюро та адвокатських об'єднань як юридичних осіб приватного права.

Ключові слова: адвокатська діяльність, форми адвокатської діяльності, договір про надання правової допомоги.

Аннотация

Книгин К. Г. **Организационно-правовые формы оказания правовой помощи адвокатом по действующему законодательству Украины.** – Статья.

В статье рассмотрены проблемные вопросы осуществления адвокатской деятельности в различных организационно-правовых формах, приведён анализ особенностей внутренней организации деятельности адвоката, адвокатского бюро и адвокатского объединения. Автор приходит к выводам о недостаточной гражданско-правовой регламентации статуса адвокатских бюро и адвокатских объединений в качестве юридических лиц частного права.

Ключевые слова: адвокатская деятельность, формы адвокатской деятельности, договор об оказании правовой помощи.

Summary

Knyhin K. G. **Organizational forms of legal assistance by attorney under the current legislation of Ukraine.** – Article.

The article discusses the problematic issues in the implementation of advocacy different legal forms, an analysis of the internal organization of the features of a lawyer, law office and the bar association. The author makes the conclusion on the lack of regulation of status law firms and bar associations as legal entities of private law.

Key words: advocacy, forms of advocacy, contract for legal assistance.

УДК 343.9:351. 74 (4-11)

Н. В. Бочарова

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ БОРОТЬБИ СВІТОВОЇ СПІЛЬНОТИ З ІНТЕЛЕКТУАЛЬНИМ ПІРАТСТВОМ І КОНТРАФАКЦІЄЮ

На етапі розвитку економіки знань, коли головним ресурсом людства стають наукові знання й здобутки творчої діяльності, проблеми правового забезпечення інтелектуальної власності торкаються всіх сфер життя суспільства, зокрема промислової політики, торгівлі, охорони здоров'я, освіти, безпеки продуктів харчування й ліків, біотехнології, діяльності й розвитку інформаційно-комунікаційних систем тощо. За цих умов виробництво й реалізація контрафактної та піратської продукції перетворилися в одну з глобальних проблем, яка загрожує світовій спільноті.

Порушення прав інтелектуальної власності не тільки впливає на розвиток міжнародної торгівлі та стабільність національних економік, але й гальмує інновації, знижує рівень зайнятості, скорочує податкові надходження. Виявилася тенденція диверсифікації продукції, яка є предметом контрафакції. До традиційних видів (одяг, продукти харчування, електроніка, предмети розкоші) додаються нові (іграшки, взуття, деталі автомашин, сонцезахисні окуляри). Але найбільш небезпечною є тенденція зростання підробок, які загрожують здоров'ю й безпеці людей. На кордонах вилучається все більше медпрепаратів, контрафактних косметичних товарів і предметів особистої гігієни. Їх кількість постійно зростає, а висока якість робить неможливою їх ідентифікацію без спеціальної експертизи. Новими явищами стали використання Інтернету в торгівлі продукції, яка є копією відомих марок виробників, а також транспортування малих партій літаками й поштою (повітряний та поштовий трафік) [1].

Висока прибутковість та мінімальний ризик призвели до залучення у виробництво та торгівлю піратською та контрафактною продукцією організовані злочинні угруповання міжнародного характеру [2]. Особливу стурбованість світової громадськості та правоохоронних органів викликає новітня тенденція фінансування міжнародного тероризму з джерел, пов'язаних із розповсюдженням підроблених товарів [3]. У спеціальній доповіді Управління ООН з наркотиків та злочинності (UNODC) констатується, що більшість організованих злочинних угруповань мають стосунок до обігу контрафактної продукції [4].

Реакцією світової спільноти на ці явища стало посилення боротьби з порушенням прав інтелектуальної власності на глобальному рівні. Наприклад, з 2004 року регулярно на високому міжнародному рівні проводяться глобальні конгреси з боротьби з контрафакцією й інтелектуальним піратством. Їх організаторами виступають такі впливові міжнародні міждержавні організації, як Всесвітня організація інтелектуальної власності, Всесвітня митна організація, Інтерпол, а також низка організацій приватного сектору, включаючи Міжнародну асоціацію товарних знаків і Міжнародну торговельну палату. Всього було проведено сім таких заходів, останній конгрес відбувся у травні 2013 р. у Стамбулі. Ці міжнародні форуми сприяють координації й ще більшій мобілізації зусиль і ресурсів, спрямованих на боротьбу

© Н. В. Бочарова, 2014

бу з ескалацією контрафакції й піратства, які підривають сталий економічний розвиток сучасної цивілізації.

В останні роки активізувалась боротьба з інтелектуальним піратством і контрафакцією в рамках міжнародних міждержавних організацій. Так, під егідою ЮНЕСКО створено міжнародний інформаційно-аналітичний центр – Всесвітню обсерваторію з боротьби з піратством у сфері культури (World Anti-Piracy Observatory). Це онлайнова платформа з відкритим доступом, яка містить інформацію про національну політику держав-членів ЮНЕСКО з боротьби з інтелектуальним піратством, а також узагальнення новітнього досвіду протидії контрафакції й способів посилення захисту авторських прав.

Члени Світової організації торгівлі прийняли зобов'язання надавати країнам допомогу у виконанні положень Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС – один з базових документів СОТ) стосовно налагодження координації зусиль у боротьбі з підробками товарів.

Міжнародна організація кримінальної поліції (Інтерпол) затвердила спеціальну програму боротьби зі злочинами проти інтелектуальної власності. У структурі секретаріату Інтерполу сформований підрозділ штатних працівників, які займаються питаннями злочинності у сфері інтелектуальної власності (Interpol IPCrime Unit – IIPC) [5].

Організація економічного співробітництва й розвитку (OECD) зосереджує зусилля на дослідженні проблем інтелектуальної власності, накопиченні баз даних та інших інформаційних ресурсів про масштаби й наслідки крадіжок інтелектуальної власності для міжнародної економіки.

За останні роки значно активізувалась діяльність Всесвітньої організації інтелектуальної власності (WIPO) стосовно захисту прав інтелектуальної власності, плідно працює спеціальний консультативний комітет з цього напрямку.

Власну програму протидії інтелектуальному піратству й контрафакції розроблено в Європейському Союзі, який налагоджує тісну співпрацю в цьому напрямку зі Сполученими Штатами Америки [6].

Питання захисту інтелектуальної власності неодноразово включалися до порядку денного нарад «Великої вісімки» (G 8). Саміти голів провідних країн світу, як відомо, слугують для узгодження підходів до актуальних міжнародних проблем. Рішення, прийняті під час цих міжнародних зустрічей, визначають стратегічні напрямки світового розвитку, містять базові методологічні підходи до розв'язання глобальних проблем сучасності. Такі методологічні підходи окреслені в документах «Великої вісімки» стосовно протидії інтелектуальному піратству й контрафакції.

Оскільки системний аналіз цих документів практично відсутній у спеціальній юридичній літературі, стаття має на меті заповнити цю прогалину.

Проблема концентрації зусиль світової спільноти на боротьбі з піратством і контрафакцією була зазначена в підсумковій заяві саміту G-8 на Сі-Айленді (США) у червні 2004 р. Але програмного характеру для діяльності світового співтовариства набули положення «Заяви «Групи вісімки» з боротьби з інтелектуальним піратством і контрафактною продукцією за допомогою більш ефективного правозастосування» [7]. Цей міжнародний документ був прийнятий під час саміту «Великої вісімки» 8–10 липня 2005 р. у шотландському містечку Глініглсі. Лідери провідних

держав світу засвідчили свої наміри з нарощування зусиль для суттєвого скорочення світової торгівлі піратською й контрафактною продукцією, а також для ефективної боротьби проти транснаціональних мереж, які сприяють цій торгівлі. У документі були визначені такі шляхи протидії інтелектуальному піратству: 1) публікація й підвищення якості аналітичних матеріалів, присвячених дослідженням глибинних тенденцій, проблем і заходів, які використовуються в окремих країнах і на міжнародному рівні; 2) розробка й дотримання законодавств, правил та/або процедур із метою більш ефективного застосування правових норм у сфері інтелектуальної власності; 3) нарощування зусиль для виявлення й припинення розповсюдження й продажу контрафактної продукції за допомогою Інтернету й для скорочення піратства в режимі онлайн; 4) поліпшення координації стратегій із боротьби зі злочинами у сфері торгівлі контрафактною продукцією й інтелектуального піратства, а також підвищення узгодженості дій між правоохоронними органами, включаючи спільний аналіз ризиків, обмін кращою практикою, вдосконалення існуючого співробітництва на державних кордонах, а також між урядами й приватним сектором; 5) підвищення інформованості офіційних осіб і громадськості відносно ризику для здоров'я людей, а також розмірів економічних збитків у результаті розповсюдження злочинними угрупованнями контрафактної продукції й інтелектуального піратства; 6) більш тісне співробітництво з партнерами з країн, що розвиваються, з метою укріплення їх національного законодавства, створення й сприяння вдосконаленню потенціалу правоохоронних органів у сфері боротьби з контрафактною продукцією й інтелектуальним піратством за допомогою обміну кращою практикою, навчання персоналу, надання технічного сприяння для досягнення спільних цілей.

За рішенням саміту в Глініглсі питання пошуків більш дієвих засобів впливу на припинення порушень прав інтелектуальної власності були передані для вивчення групи експертів (G8 Research Group), яка працює з 1996 р. в межах Інформаційного центру G8 при університеті Торонто (Канада).

Під час наступного саміту G8 у Петербузі (Росія) 16 липня 2006 р. був прийнятий новий документ під назвою «Боротьба з інтелектуальним піратством і контрафактною продукцією» [8]. У його шести пунктах окреслювалися принципові підходи світової спільноти в протидії цим явищам. Наголошувалося, що боротьба з торгівлею піратською та контрафактною продукцією в умовах глобалізації світових торговельних зв'язків повинна мати транскордонний характер і потребує сумісних зусиль усіх країн і відповідних міжнародних організацій. Крім того, пріоритетна увага повинна бути приділена вдосконаленню й прийняттю законів, правил і процедур для забезпечення прав інтелектуальної власності. Велике значення має також співробітництво правоохоронних органів країн, включаючи митні органи.

У документах саміту G8 в німецькому містечку Хайлігендем (червень 2007 р.) проблема захисту прав інтелектуальної власності розглядалася в контексті сприяння розвитку досліджень і інновацій. Відзначаючи вирішальну роль у світовій економіці інновацій, лідери країн G8 наголосили на необхідності подальшого визначення світових стандартів захисту прав інтелектуальної власності [9].

Напередодні саміту G8 у Японії (Тояко, Хоккайдо) 2008 р. міністр закордонних справ цієї країни провів спеціальну консультативну зустріч із групою експертів

із питань інтелектуальної власності [10]. Результати обговорення стали основою для відповідних рішень саміту в Тояко. Вперше лідери «Великої вісімки» розглянули питання підготовки спеціальної міжнародної угоди «Anti-Counterfeiting Trade Agreement» (ACTA) та підтримали кроки з гармонізації патентних систем і розширення міжнародного співробітництва в цій сфері. У підсумковій заяві стосовно світової економіки наголошувалося, що захист прав інтелектуальної власності є критично важливим для економічного зростання [11].

Напередодні наступного саміту 2009 р. в Аквілі (Італія) було оприлюднено вельми показове звернення Міжнародної торговельної палати (ICC) від імені світового бізнесу до голів держав і урядів Великої вісімки. У ньому, зокрема, відзначалася роль захисту інтелектуальної власності в подоланні глобальної рецесії, яка охопила світову економіку в 2008 р. Наголошувалось, що укріплення режимів захисту інтелектуальних прав потрібно розглядати як інвестиції, які приносять відчутні дивіденди в економічний і соціальний розвиток. Тому в умовах світової економічної кризи необхідно нарощувати, а не зменшувати зусилля й ресурси, направлені на зупинення нелегальної торгівлі контрафактною й піратською продукцією [12].

За встановленою традицією напередодні саміту в Аквілі Міністерство закордонних справ головуючої країни двічі збирало для консультацій G8 Intellectual Property Experts Group [13]. Висновки й аналітичні матеріали цих зустрічей були покладені в основу спеціального підрозділу «Інновації й права інтелектуальної власності» підсумкової декларації лідерів G8.

У документі зазначалося, що контрафакція та інтелектуальне піратство продовжують бути загрозою для світової економіки, охорони здоров'я та добробуту. Підкреслювалося, що міжнародне співробітництво повинно продовжуватися, зокрема, під час підготовки ACTA, у співпраці митниць, а також у проведені досліджень Організації економічного співробітництва та розвитку стосовно впливу торгівлі контрафактною продукцією на світову економіку [14].

Наступні саміти «Великої вісімки» в Хантсвілі (Канада, 2010 р.), Довілі (Франція, 2011 р.), Кемп-Девіді (США, 2012 р.) та Лохерні (Великобританія, 2013 р.) переважну увагу надавали проблемам захисту інтелектуальної власності в мережі Інтернет.

Але напрацювання самітів G8 з 2005 р. по 2009 р. стосовно протидії торгівлі контрафактною й піратською продукцією не втрачають своєї актуальності й у подальшому будуть слугувати для світової спільноти орієнтирами в боротьбі з контрафакцією та інтелектуальним піратством.

Література

1. Пентьер Д. Живучесть пиратства и его последствия для творчества, культуры и устойчивого развития / Д. Пентьер // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. – 2005. – Июль-сентябрь. – С. 2–20.
2. Максичева М. Интеллектуальное пиратство как транснациональное преступление / М. Максичева // Международное публичное и частное право. – 2007. – № 3. – С. 52–54.
3. Ця тенденція відмічена у відомих міжнародних дослідженнях: «Intellectual Property Theft and Organized Crime – IPTOC», RAND Research «Film Piracy, Organized Crime and Terrorism», «Fake Nations : A Study into an Everyday Crime – IPTOC 2005» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://link.springer.com/.

4. United Nations Office on Drugs and Crime. Promoting helth, security and justice / Cutting the threads of drug, crime and terrorism [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ww.unodc.org/documents/frontpage/UNODC_Annual _Report_2010_ LowRes.pdf.
5. Intellectual Property Rights (IPR) Programme [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: //www. interpol.int/Public/FinancialCrime/IntellectualProperty/Default.asp.
6. Бочарова Н. Становлення сучасної стратегії Європейського Союзу у боротьбі з інтелектуальним піратством і контрафакцією (1998–2006 рр.) Н. Бочарова // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2010. – № 2. – С. 47–56.
7. Official Documents Gleneagles Summit July 6–8, 2005 – «Reducing IPR [Intellectual Property Rights] Piracy and Counterfeiting through more Effective Enforcement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca /summit /2005gleneagles/index.html.
8. Combating IPR Piracy and Counterfeiting St Petersburg, July 16, 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca/summit/2006 stpetersburg/ipr.html.
9. Growth and Responsibility in the World Economy Summit Declaration, Heiligendamm, June 7, 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca/summit/2007heiligendamm/g8-2007-economy.html.
10. Report of Discussions: G8 Intellectual Property Experts' Group Meeting [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca/summit/2008hokkaido/index.html.
11. G8 leaders'statement on World Economy, Hokkaido, July 8, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca/summit/2008hokkaido/2008-economy.html.
12. Обращение ICC от лица мирового бизнеса главам государств и правительств в преддверии саммита G8 в Л'Аквиле, 8–10 июля 2009 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iccwbo.ru/deatelnost/icc_documents/.
13. Report of Discussions: G8 Intellectual Property Experts Group Meeting, July 9, 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca/summit/2009laquila/index.html.
14. G8 Leaders Declaration: Responsible Leadership for a Sustainable Future [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.g8.utoronto.ca/summit/2009laquila/2009-declaration.html.

Анотація

Бочарова Н. В. **Методологічні засади боротьби світової спільноти з інтелектуальним піратством і контрафакцією.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню методології підходів світового співтовариства до боротьби з незаконною торгівлею піратською та контрафактною продукцією, яка визначена в документах нарад «Великої вісімки».

Ключові слова: «Велика вісімка», міжнародні організації, інтелектуальна власність, контрафакція, інтелектуальне піратство, глобальні проблеми сучасності.

Аннотация

Бочарова Н. В. **Методологические основы борьбы международного сообщества с интеллектуальным пиратством и контрафакцией.** – Статья.

Статья освещает методологии подходов мирового сообщества к борьбе с незаконной торговлей пиратской и контрафактной продукцией, которая определена в документах совещаний «Большой восьмерки».

Ключевые слова: «Большая восьмерка», международные организации, интеллектуальная собственность, контрафакция, интеллектуальное пиратство, глобальные проблемы современности.

Summary

Bocharova N. V. **Methodological bases of fight of world community with intellectual piracy and conterfeits.** – Article.

Key words: Great Eight, international organizations, intellectual property, counterfaction, intellectual piracy, global modern problems.

УДК 351.87:004.09

Н. І. Логінова

УПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ПРАВОСУДДЯ В СИСТЕМУ СУДОЧИНСТВА

Постановка проблеми. Інформатизація системи судочинства за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ) є одним із головних напрямків розвитку інформаційного суспільства [1]. Основні принципи, завдання та напрямки інформатизації системи судочинства визначені в законах України «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 рр.» [2], «Про судоустрій і статус суддів» [3], в «Концепції галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції, інших органів та установ судової системи» [4] та інших нормативно-правових актах. Важливим фактором підвищення ефективності відкритості та прозорості правосуддя є використання ІКТ, що сприяє спрощенню судових процедур, скороченню термінів розгляду судових справ, процесуальних термінів та експлуатаційних витрат. ІКТ дозволяють збільшити обмін інформацією, швидкість та обсяги передачі даних, що обробляються в судах, поліпшити якість роботи судових органів, а також реалізувати права громадян на вільний доступ до судової інформації.

Для ефективного функціонування судової влади активно впроваджуються та використовуються в галузі судоустрою нові медіатехнології, зокрема телеінформаційні та телекомунікаційні [5]. Розвиток інформаційного суспільства пропонує інший варіант правосуддя – електронний, тобто на базі ІКТ, що містить автоматизацію певних судових процедур та спрощення інформування зацікавлених осіб через Інтернет, засоби мобільного зв'язку тощо. Активне використання ІКТ та їх законодавче закріплення сприяли появі в юриспруденції нових понять: електронне правосуддя, електронне судочинство, електронний суд або суд онлайн тощо [6]. Тому сьогодні досить актуальними є питання щодо вдосконалення існуючої інформаційно-комунікаційної системи судів в Україні шляхом упровадження сучасних принципів електронного правосуддя.

Ступінь наукової розробки. Аналіз останніх досліджень і наукових публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми, свідчить, що тема електронного правосуддя, зокрема проект «Електронний суд», ще не отримала широкого висвітлення в науковій літературі. Деякі аспекти інформатизації судів у своїх працях досліджують українські та зарубіжні вчені, такі як І.Л. Бачило, В.В. Білоус, П. Гіллес, О.О. Денисова, Р.А. Калюжний, Ю.А. Климашевський, Н.В. Кушакова-Костицька, А.І. Марущак, М.Я. Сегай, М.Я. Швець та інші.

Мета статті полягає в розкритті сутності та змісту поняття «електронне правосуддя», виявленні проблем і перспектив упровадження проекту «Електронний суд» в системі судочинства України.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні інформація є основою соціального порядку. Закони як прояв і продукт суспільного життя також залежать від потоків інформації. Форма й зміст права безперервно змінюється залежно від доступних

© Н. І. Логінова, 2014

комунікативних інструментів. Судова система заснована на обміні інформації, швидкість та обсяг якої можна збільшити шляхом використання ІКТ.

Сучасні технології повинні гарантувати дотримання основних правових принципів, цілісності та автентичності документів, конфіденційності даних і незалежності судової системи [7]. Для цього необхідно впроваджувати в систему судочинства не лише системи фіксації судових рішень, а й системи комунікації учасників судочинства, проведення дистанційного розгляду судових справ, автоматизовані банки даних справ і судових рішень, інформаційно-пошукові системи, автоматизовані робочі місця судді, помічника судді, системи автоматичного ухвалення рішень тощо [8].

Інформатизація системи судочинства є складовою Національної програми інформатизації України. Пріоритетними напрямками інформатизації в цій галузі є розробка мережевих технологій для органів судової влади, створення, упровадження та вдосконалення системи електронного документообігу, створення автоматизованих систем узагальнення судової практики та аналізу діяльності судів, розробка сучасної телекомунікаційної структури судів, створення єдиної судової бази даних тощо.

Забезпечення інформатизації системи судочинства та подальший розвиток цього напрямку здійснюється на основі Концепції галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції, інших органів та установ судової системи» [4], розробленої Державною судовою адміністрацією (ДСА) України. Головною метою концепції є формування умов для створення та функціонування єдиної судової інформаційної системи, надання інформаційної та технологічної підтримки судочинства на принципах дотримання балансу між потребою громадян, суспільства та держави у вільному обміні інформацією й необхідними обмеженнями на її поширення. Концепція ґрунтується на сукупності нормативно-правових, організаційно-розпорядчих, програмно-технічних і телекомунікаційних засобів, які забезпечують збір, опрацювання, накопичування, аналіз і зберігання інформації.

Міжнародний досвід інформатизації системи судочинства показує, що протягом останніх років у різних країнах світу активно впроваджується в практику електронне правосуддя, яке засноване на всебічному використанні ІКТ у процесі відправлення правосуддя [5–9].

Згідно з рекомендаціями Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec (2009)1 державам-учасницям Ради Європи з електронної демократії від 18.02.2009 р., під електронним правосуддям розуміється використання ІКТ у реалізації правосуддя усіма зацікавленими сторонами в юридичній сфері з метою підвищення ефективності та якості державних служб, зокрема, для приватних осіб і підприємств. Воно включає в себе електронне спілкування та обмін даними, а також доступ до інформації судового характеру. Так як судова влада є ключовим компонентом демократії, електронне правосуддя є найважливішою гранню електронної демократії. Його головна мета полягає в підвищенні ефективності судової системи та якості правосуддя. Доступ до правосуддя – це один з аспектів доступу до демократичних інститутів і процесів [10].

Електронне правосуддя передбачає подачу позовної заяви, додатків до неї та надання відгуків на позови в електронному вигляді, доступ до судових актів, надання

«електронних» доказів, розгляд справи онлайн, розсилку учасникам процесу через Інтернет або через sms-повідомлення інформації щодо поточної справи, функціонування сайтів судів тощо [6].

Таким чином, електронне правосуддя передбачає використання в системі судочинства ІКТ не лише в якості засобів виробництва, а й як процесуальних засобів. Елементи електронного правосуддя (розсилка повідомлень електронною поштою, електронний цифровий підпис, відеоконференцзв'язок тощо) спрямовані на поліпшення роботи судових органів.

За останнє десятиліття в області інформатизації судової системи нашої країни було зроблено чимало. Розроблено офіційні веб-сайти всіх судових органів, які забезпечують вільний доступ громадян до судової інформації. Для забезпечення принципів відкритого судочинства та гласності судових процесів створено Єдиний державний реєстр судових рішень України, до якого заносяться всі судові рішення загальної юрисдикції. Для організації та забезпечення процесів електронного документообігу використовуються автоматизовані комп'ютерні системи «Діловодство-3» («Д-3») в апеляційних і місцевих загальних судах та «Діловодство спеціалізованого суду» («ДСС») у спеціалізованих судах. Уведено Єдину базу даних електронних адрес, номерів факсів (телефаксів) суб'єктів владних повноважень. Проводяться судові засідання за допомогою відеоконференцзв'язку. Працює інформаційне вікно суду. Для спілкування суддів та працівників апарату судів створено соціальну професійну мережу «Феміда» тощо.

Для вдосконалення існуючої інформаційно-комунікаційної системи судів в кінці 2012 р. було розроблено Стратегічний план інформатизації судової системи України [11], який визначає першочергові завдання розвитку та використання ІКТ у судах, а саме:

– удосконалення порядку роботи з документами;

– інтеграція всіх програмних продуктів, що використовуються в системі судочинства;

– розробка плану інформатизації судів і з визначенням єдиних принципів, стандартів, тимчасових меж та бюджетних розрахунків, необхідних для функціонування єдиної судової інформаційної системи;

– удосконалення програмного забезпечення автоматизованих систем діловодства в судах та забезпечення системного контролю за їх функціонуванням тощо.

Для реалізації цього плану, упровадження світових ідей електронного правосуддя та необхідності подальшого розвитку ІКТ в галузі судочинства було розроблено декілька пілотних проектів, основним з яких є проект «Електронний суд».

Основна мета проекту полягає в такому:

– забезпечення відкритого доступу всіх учасників судового процесу до інформації за допомогою інтернет-ресурсів та інформаційно-довідкових кіосків;

– перехід до відправки та прийому всіх документів, що обробляються в судах, в електронному вигляді;

– налагодження системи електронного обміну з базами даних різних державних органів;

– повна комп'ютеризація процесів судового діловодства та створення єдиного електронного архіву судових документів.

Проект «Електронний суд» призначений для автоматизації процесів судового діловодства, забезпечення повноцінного поширення інформації щодо судового розгляду, правової інформації, узагальнення судової практики, публікації цієї інформації для громадян, а також забезпечення дотримання процесуальних строків [12]. Тобто це сукупність ІКТ, що дозволяють здійснювати процесуальні дії в електронній формі.

Основний принцип проекту «Електронний суд» полягає в налагодженні процесу оперативного обміну інформацією в електронному вигляді між судовими установами, учасниками судового процесу, а також іншими державними структурами з метою забезпечення справедливого та неупередженого правосуддя в Україні [13].

Для реалізації цього проекту в 2012 р. державним підприємством «Інформаційні судові системи» була розроблена концепція «Електронний суд», в якій побудова системи електронного суду України має на меті побудову комплексу технічних рішень, які виконують такі завдання:

– надання можливості громадянину або організації направляти до будь-якого суду країни підписану електронним цифровим підписом позовну заяву, апеляційну або касаційну скаргу разом із пакетом супутніх документів за допомогою мережі Інтернет;

– надсилання сторонам процесу електронної копії процесуального документа або повістки засобами електронного чи мобільного зв'язку (e-mail або sms);

– розробка та впровадження універсального формату обміну даними, завдяки якому стане можливою передача справ і документів між автоматизованими системами документообігу суду різних розробників [14].

На виконання завдань, визначених у концепції ДСА України, прийнято ряд нормативних актів, на основі яких вжито низку заходів.

Було затверджено наказ ДСА України № 72 від 31.05.2013 р. «Про реалізацію проекту щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу» зі змінами, внесеними наказом ДСА України № 81 від 14.06.2013 р., які визначають порядок подання документів до суду в електронному вигляді, а також надсилання всім учасникам судового процесу процесуальних документів в електронному вигляді (паралельно з документами в паперовому вигляді). Для цього необхідно зареєструватися в системі обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу, роздрукувати заявку про отримання процесуальних документів в електронному вигляді у справі та подати її до суду.

Згідно з даними, розміщеними на сайті судової влади України (http://court.gov.ua/emailec), із червня 2013 р. у всіх місцевих та апеляційних судах загальної юрисдикції вже запроваджено порядок щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу.

Із жовтня 2013 р. засобами електронного або мобільного зв'язку здійснюється надсилання всім сторонам судового процесу повісток. Це здійснюється у справах цивільного та кримінального судочинства відповідно до вимог ч. 1 ст. 135 Кримінального процесуального кодексу України та ч. 6 ст. 74 Цивільного процесуального кодексу України, в яких визначено, що повістка про виклик може бути повідомлена електронною поштою, факсом або за телефоном чи за допомогою

інших засобів зв'язку, що забезпечують фіксацію виклику. Для реалізації цього проекту в судах затверджено наказ ДСА України № 119 від 20.09.2013 р. «Про реалізацію проекту щодо надсилання судами sms-повідомлень учасникам судового процесу (кримінального провадження) у місцевих та апеляційних загальних судах». Для отримання тексту судової повістки в електронній формі за допомогою sms-повідомлення учаснику судового процесу потрібно подати до суду заявку, бланк якої розміщений на сайті судової влади України (http://court.gov.ua/registration/zayavasms.html).

Перевагами надсилання судової повістки у вигляді sms-повідомлення є економія коштів на поштових розсилках та витратних матеріалах (конверти, папір, поштові марки тощо.), оперативність отримання інформації для всіх учасників судового процесу, а також зменшення ризику втрати інформації про час і місце проведення судового процесу.

Запровадження сучасних технологій приведе до скорочення термінів розгляду судових справ та покращення доступу до правосуддя, а також дозволить забезпечить безперервність судового процесу та в майбутньому організувати повний цикл електронного документообігу.

Згідно зі звітом «Підсумки роботи Державної судової адміністрації України за 9 місяців 2013 р.» [15] із метою забезпечення завдань концепції «Електронний суд» ДСА України вже розпочато експлуатацію «Електронний суд». Завдяки впровадженню цього проекту сторони судового процесу мають можливість у максимально стислий термін отримувати копії всіх процесуальних документів у справі в електронному вигляді. Наразі всі місцеві та апеляційні суди загальної юрисдикції із застосуванням автоматизованої системи документообігу суду здійснюють відправку електронних копій процесуальних документів сторонам у справі за їх замовленням.

Таким чином, розглянуті елементи електронного правосуддя, що впроваджуються в системі судочинства нашої країни, спрямовані на оптимізацію роботи судів за рахунок інформатизації процесів електронного документообігу, заощадження державних коштів та часу працівників судів, покращення доступу громадян до судової інформації тощо.

Незважаючи на вищевикладені позитивні риси інформатизації системи судочинства, існують також і проблемні моменти, що стримують реалізацію всіх принципів електронного правосуддя. Досі немає єдиного формату обміну даними, завдяки якому стане можливою передача справ та документів між автоматизованими системами документообігу суду різних розробників. Не вдосконалено систему захисту інформації, що обробляється в системі судочинства. Унаслідок фінансової та економічної кризи проекти електронного правосуддя недостатньо фінансуються.

Висновки. Інформатизація системи судочинства в нашій країні здійснюється на світовому досвіді використання ІКТ. Реалізація проекту «Електронний суд» допоможе вирішити існуючі проблеми в системі судочинства, а саме: забезпечити доступність правосуддя за рахунок обміну електронними документами між усіма учасниками судового процесу, скоротити судові витрати на поштові відправлен-

ня та виготовлення паперових документів, удосконалити та прискорити передачу судових документів між судами тощо. Електронне правосуддя спрямоване на забезпечення прозорості та доступності правосуддя, на підвищення якості роботи судів та значну економію державних коштів. Подальша реалізація розглянутих проектів є одним з напрямків підвищення ефективності роботи правосуддя в Україні.

Література

1. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.05.2013 р. // Офіційний вісник України. – 2013. – № 44. – С. 79. – Ст. 1581.
2. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки : Закон України від 09.01.2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 12. – Ст. 102.
3. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–45. – Ст. 529.
4. Концепція галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції, інших органів та установ судової системи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/userfiles/concept.pdf. – Назва з екрану.
5. Гиллес П. Электронное судопроизводство и принцип устности [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.justicemaker.ru/view-article.php?id=3&art=2694. – Назва з екрану.
6. Кушакова-Костицька Н. В. Електронне правосуддя: українські реалії та зарубіжний досвід / Н. В. Кушакова-Костицька // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 103–109.
7. Gerrillo A. E-Justice: Using Information Communication Technologies in the Court System / A. Gerrillo? H. Fabra. – Hershey ; New York : Information science reference, 2009. – P. 13.
8. Білоус В. В. Інноваційні напрямки інформатизації судочинства / В. В. Білоус // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики : збірник наукових праць / редкол. : М.Л. Цимбал, В.Ю. Шепітько та ін.– Харків : Право, 2011. – Вип. 11 – С. 97–106.
9. Приходько Л. В. Зарубежный опыт внедрения использования системы «электронный суд» (e-court) / Л. В. Приходько // Государство и право. – М. : Наука, 2007. – № 9. – С. 82–86.
10. Рекомендации Комитета министров Совета Европы CM/Rec(2009)1 государствам-участникам Совета Европы по электронной демократии от 18.02.2009 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://idemocracy.ru/projects/стандарты/42-ec2009edem.html. – Назва з екрану.
11. Стратегічний план інформатизації судової системи України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.court.gov.ua/userfiles/ Strateg% 20 plan.doc. – Назва з екрану.
12. Смирнова В.О. Проблеми впровадження «Електронного суду» в Україні / В.О. Смірнова, М.М. Пархоменко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ea.donntu.edu.ua:8080/jspui/bitstream/123456789/6124/1/ Смірнова,% 20Пархоменко.pdf. – Назва з екрану.
13. Кирилюк Р. Електронний суд – це суд, двері якого відкриті цілодобово для кожного [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/ 37556/. – Назва з екрану.
14. Концепція електронного суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kbs.org.ua/files/koncept_d.pdf. – Назва з екрану.
15. Підсумки роботи Державної судової адміністрації України за 9 місяців 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rva.arbitr.gov.ua/dsa/1233/lfdhdkfh/. – Назва з екрану.

Анотація

Логінова Н. І. **Упровадження електронного правосуддя в систему судочинства.** – Стаття.

У статті проаналізовано сутність та зміст поняття «електронне правосуддя», визначено основні завдання та напрямки впровадження проекту «Електронний суд» у систему судочинства.

Ключові слова: інформатизація, система судочинства, електронне правосуддя, електронний суд.

Аннотация

Логинова Н. И. **Внедрение электронного правосудия в систему судопроизводства.** – Статья.

В статье проанализированы сущность и содержание понятия «электронное правосудие», определены основные задачи и направления внедрения проекта «Электронный суд» в систему судопроизводства.

Ключевые слова: информатизация, система судопроизводства, электронное правосудие, электронный суд.

Summary

Loginova N. I. **Implementation of e-justice in the court system.** – Article.

The article analyzes of essence and content of the concept of «e-justice». This article defines the main tasks and directions of the project «E-court» in the court system.

Key words: informatization, court system, e-justice, e-court.

УДК 347.151:179.7

А. О. Запорожченко

ПРАВОВАЯ ТАНАТОЛОГИЯ КАК НОВОЕ НАУЧНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ

Постановка проблемы. Открытия и технологии в области медицины и генетики влекут за собой необходимость применения интеграционных усилий исследователей в различных сферах знаний. Оптимальные решения научных и прикладных задач нередко возникают на стыке междисциплинарных исследований. В связи с этим проблемы, связанные с жизнью и смертью, затрагивают фундаментальные права человека.

Проблемы танатологии (танатос – греч. бог смерти) – древней науки о смерти – ля права имеют особый смысл. Именно с позиций права, закона необходимо решать многие актуальные задачи этой старой и вместе с тем новой области человеческих знаний. Характерно, что определение причин смерти влияет, например, на квалификацию преступления (судебно-медицинская танатология), гражданский процесс регулирует процедуру объявления лица умершим, в обществе активно обсуждается правовой аспект эвтаназии, то есть легализации права на легкую и «достойную» смерть, практика абортов, определение правомерности суицидов, распоряжение своим телом – реализации соматических прав. Поэтому такие данные необходимо учитывать в праве.

Степень научной разработки. На развитие медицинского права и биоэтики существенно повлияли научные труды Н. Вейса, Х. Вольской-Липец, Р. Токарчука (Польша), В. Круса, М. Малеиной, М. Матузова, Е. Старовойтовой, Г. Романовского (Россия), О. Мережка, В. Плавича, Р. Стефанчука, И. Синюты (Украина).

Эпистемологическими проблемами танатологии занимаются в первую очередь медики, криминалисты (судебно-медицинская танатология), а также философы с позиции важного составляющего культуры – смерти – как центрального объекта научных исследований танатологии. Не стоит забывать о собственно историко-культурологическом аспекте смерти. При этом правовая сторона предсмертного состояния жизни человека из правового поля упущена. В целом в отечественной юридической науке проблемы танатологии не привлекли еще достаточного внимания исследователей. Комплексный анализ правовых проблем танатологии проведен в Украине впервые.

Научная новизна статьи обусловлена прежде всего тем, что она является первым научным исследованием в Украине, охватывающим основные проблемные стороны танатологии с точки зрения права и рассматривающим ее как новое направление правовых научных исследований.

Целью исследования является обоснование концептуальной необходимости развития правовой танатологии как нового научного направления правовых научных исследований и очертание основных правовых проблем танатологии.

© А. О. Запорожченко, 2014

Основной материал. Термин «танатология» в обиход медицинской и биологической науки был введен по предложению И. Мечникова. У истоков танатологии стояли выдающиеся ученые-медики и биологи М. Биша, К. Бернар, И. Мечников и другие, положившие начало изучению смерти как закономерного завершения жизни. Термин «танатология» был образован от греч. thanotos – смерть, logos – учение, таким образом, точный перевод означает «учение о смерти» [2].

Собственно танатологическая методология направлена на изучение причин умирания, механизма наступления смерти (танатогенез), посмертных изменений в трупе, понятий, признаков и видов смерти, а также вопросов врачебного вмешательства в процесс умирания (реаниматология).

Танатология – наука о смерти, является многопрофильной наукой, объединяющей различные сферы знаний в этой области. Ее истоки ведут к мыслителям древней Эллады. Однако как самостоятельная наука танатология формируется в конце XIX – начале XX в. [1].

Считается, что предметом танатологии является понятие смерти, изучение ее причин, процесса и проявлений.

В свое время проблемами танатологии занимались В. Неговский, Н. Пирогов, В. Соловьев, Е. Трубецкой, И. Мечников и другие. Вопрос об отношении человека к смерти был глубоко проанализирован известными французскими историками, философами и антропологами Ф. Ариесом, Ж. Батаем, М. Вовелем, О. Тибо, Л.-В. Тома и многими другими.

Центральным понятием в понятийно-категориальном аппарате танатологии является понятие «смерть». Смерть с позиции медицины представляет собой необратимое прекращение жизнедеятельности организма, неизбежный естественный конец существования всякого живого существа [4]. Именно так определяет это понятие современная наука. Неоднозначность этого определения очевидна хотя бы потому, что выделяют несколько видов смерти. Существует смерть клиническая и смерть биологическая (или истинная), смерть социальная и смерть мозга, предсмертные состояния, вводящие врачей в заблуждение. Сам по себе факт неоднозначности понятия смерти ставит перед врачами чрезвычайно сложные этические, философские, экономические и правовые проблемы, связанные с констатацией смерти, объемом реанимационных мероприятий, легализацией эвтаназии и принятием решения о продолжении или прекращении оказания медицинской помощи. Насколько сложны и опасны для врача возникающие при этом вопросы, иллюстрируют случаи, о которых сообщает СМИ. Хотелось бы привести несколько примеров, подтверждающих необходимость правового «вмешательства» в эту сферу общественных отношений.

Первый случай произошел в ФРГ. У 72-летней женщины после остановки сердца и проведения реанимационных мероприятий, к сожалению, наступили необратимые изменения головного мозга, и в состоянии мозговой комы она пролежала в течение трех лет при постоянно подключенной системе жизнеобеспечения. Лечащий врач получил согласие сына несчастной женщины на прекращение искусственного питания и жизнеобеспечения. Персонал больницы воспротивился решению врача и обратился в суд. Женщина в состоянии комы находилась еще девять месяцев,

после чего умерла. Между тем суд приговорил врача и сына к крупным денежным штрафам за попытку убийства («Известия» от 24.09.1994 г.).

Второй случай связан с практикой врачей в Великобритании. В апреле 1989 г. футбольный фанат во время столкновения после матча получил тяжелую черепно-мозговую травму и в состоянии мозговой комы находился до марта 1993 г. Его жизнедеятельность также поддерживалась искусственно. Просьбы родственников об ускорении смерти несчастного не получили отклика со стороны врачей, так как подобные действия по законам Великобритании являются убийством. Проблема Т. Бленда (именно так звали этого футбольного фаната) рассматривалась палатой пэров, которая приняла решение о необходимости отключить искусственное питание, так как ускорение наступления смерти путем введения каких-либо веществ считается убийством. После этого несчастный умирал в течение 20 дней [4].

Значимость танатологии для правовой науки значительно увеличилась в связи с научно-технической революцией XX в., которая внесла существенные изменения в наши представления о смерти вследствие развития реаниматологии.

Правовую танатологию следует рассматривать как самостоятельное направление в современном правоведении в рамках общетеоретической юриспруденции. Оно не столько противопоставляет себя таким научным направлениям, как медицинская биоэтика, медицинское право, сколько выявляет существующие в правоведении и медицине пробелы и по возможности устраняет последние. Правовая танатология представляет собой своего рода «мост» и «фильтр» достижений в области медицины и правовой науки, что в дальнейшем помогает праву «идти в ногу» с медициной.

Правовая танатология – это, по существу, медицина в праве.

Проблема смерти имеет особое значение как в жизни отдельного человека, так и в человеческой культуре в целом. С точки зрения права и закона смерть также вполне естественна. Юридический аспект танатологии включает в себя самые разнообразные проблемы, связанные со смертью, решение которых так или иначе зависит от их законодательной регламентации.

Под правовой танатологией следует понимать совокупность научных знаний, направленных на исследование конечного этапа жизни человека, процессов умирания и определенного промежутка времени, в течение которого смерть человека имеет определенные биосоциальные последствия.

Роль и место правовой танатологии в современной юриспруденции демонстрируется через теоретико-правовой анализ танатологических прав.

Танатологические права представляют собой две большие группы: права умирающего и права умершего. В данной структуре автор выделяет отдельный компонент, находящийся на стыке двух групп. Речь идет о крионике как результате технического прогресса в области медицины, подрывающем сложившиеся представления о смерти. С точки зрения биологии крионическая процедура является прямым основанием констатации смерти человека на биологическом уровне, с точки зрения права, следует констатировать, по мнению автора, наступление стадии «долгого сна», но не смерти. К правам умирающего следует отнести такие права, как право на легкую и достойную смерть (реализуется путем процедуры эвтаназии),

право распоряжаться своими органами или тканями до наступления социальной или биологической смерти, право на паллиативную медицинскую помощь, право на отказ от проведения реанимационных мер, право на социальную справедливость и равенство между людьми в сфере получения медицинской помощи, право на употребление безопасных лекарственных средств, право на бесплатную медицинскую помощь и квалифицированное обслуживание больных и пациентов, право на сохранение психологической целостности человека, право на уважение человеческого достоинства. К правам умершего относятся такие права, как право на сохранение телесной целостности человека после констатации смерти, право на уважение человеческого достоинства (речь идет о человеческом зародыше и на человеческих останках), право быть похороненным или кремированным и другие.

По мнению автора, под объектом данного научного направления правовых научных исследований следует понимать общественные процессы и отношения, связанные с правовым регулированием в сфере жизни, здоровья и смерти человека.

Предметом выступают теоретико-правовые проблемы танатологии, их пути разрешения в законодательстве Украины через нормативно-правовое закрепление танатологических прав с учетом исторического и зарубежного опыта.

Автор предлагает выделить такие блоки проблем.

Самая центральная проблема (первый блок) – это определение смерти, четкая разработка критериев смерти, смерть как юридический факт. А также анализ восприятия смерти и отношение к ней граждан и государства в целом, что формируется в «культуре смерти». Для правовой науки эти проблемы представляются актуальными, что способствует, как следствие, разрешению следующих, вытекающих из первого блока, проблем (второй блок), а именно:

– пределы медицинского вмешательства и проведение научных опытов и экспериментов;

– пределы проведения реанимационных действий;

– правовое регулирование в сфере трансплантологии;

– правовое регулирование искусственных абортов;

– проблема легализации права на легкую и достойную смерть (речь идет об эвтаназии);

– установление причин смерти, в конечном итоге затрагивающее юрисдикцию уголовного права;

– ряд других проблем, непосредственно связанных с соматическими правами человека;

– крионика (в научных кругах актуальной становится проблема крионики, которая подрывает сложившиеся представления о смерти, поэтому будет логичным включить ее в блок проблем правовой танатологии).

Привлечение внимания теоретиков права к исследованию правовых проблем танатологии полезно для дальнейшей комплексной разработки таких сложных вопросов, как понятие смерти, критерии смерти, смерть как юридический факт и другие.

В теории права определение смерти как юридического факта имеет особый смысл. Смерть может быть рассмотрена как юридический факт (событие) и юри-

дический факт (действие). Волевой признак – не единственный, позволяющий отличать событие от действия. В ряде случаев действия могут быть импульсивными, бессознательными (убийство, совершенное в состоянии аффекта), а закон признает их как противоправные действия. Однако самоубийство, с точки зрения закона нельзя назвать ни противоправным, ни правомерным действием. К тому же смерть как юридический факт порождает юридические последствия лишь тогда, когда он зафиксирован и удостоверен в надлежащей процедурно-процессуальной форме. Вопрос о системе фиксации и удостоверения юридических фактов в отечественной общей теории права разработан недостаточно.

К тому же развитие правовой танатологии как нового научного направления правовых научных исследований должно способствовать повышению культуры законотворчества, разработке и принятию более совершенных законов, регулирующих данную сферу человеческого бытия и вместе с тем более полно защищающих интересы и потребности человека и общества. Законодательные гарантии обеспечения интересов людей, завершающих свой жизненный цикл, охрана и сохранение памяти о них со стороны общества и государства являются необходимыми компонентами, характеризующими цивилизованное общество и правовое государство.

Выводы. Показано, что становление правовой танатологии как нового междисциплинарного научного направления правовых научных исследований не вызывает сомнений. Поэтому следует расширить круг поисков по этой теме, объединив усилия не только теоретиков права, но и представителей уголовного права, криминалистики, гражданского права, административного права, а также специалистов в области медицины, философии, биоэтики, психологии и других наук.

В узком смысле предметом правовой танатологии является понятие смерти, изучение ее причин, процесса и проявлений, а в широком – правовое регулирование правовых проблем танатологии с учетом исторического и зарубежного опыта. В предметную сферу входит также анализ восприятия смерти и отношения к ней граждан и государства в целом.

Развитие правовой танатологии призвано решать ряд таких проблем:

– юридическое определение смерти (обновленное) и ее критериев;

– анализ современного состояния «культуры смерти», которая должна находить свое отражение и в законодательстве;

– усовершенствование системы фиксаций и удостоверения юридического факта смерти;

– рассмотрение эвтаназии как одной из форм ухода из жизни в контексте танатологического знания;

– исследование эпистемологической саморефлексии права на смерть в системе соматических прав, что способствует более четкому определению пределов реализации данного права;

– правовое регулирование трансплантации органов и тканей человека в контексте танатологического знания. Актуален теоретико-правовой анализ состава правоотношений в сфере трансплантации;

– проблема искусственного прерывания беременности. С точки зрения правовой танатологии проблема абортов рассматривается под особым, специфическим

ракурсом: определение значимости или материнской жизни, или неродившегося ребенка с позиции спасения жизни либо констатации смерти. Необходим закон, который охранял бы право на жизнь неродившегося ребенка. Вопрос о правах нерожденных, особенно их праве на жизнь и телесную неприкосновенность, является по сути вопросом о юридическом статусе человеческого утробного плода на различных стадиях его развития;

– определение места и роли судебно-медицинской танатологии в контексте танатолого-правового знания.

Развитие правовой танатологии как нового научного направления должно способствовать повышению культуры правотворчества, разработке и принятию новых эффективных нормативно-правовых актов в этой области.

Литература

1. Варава В.В. Современная российская танатология (опыт типологического описания) / В.В. Варава // Credo new : [теоретический журнал]. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://credonew.ru/content/view/490/30.
2. Старовойтова О.Э. Понятие танатологии / О.Э. Старовойтова // История государства и права. – 2000. – № 4. – С. 32–37.
3. Судебно-медицинская танатология // Конспект лекций по медицинскому праву / С.А. Корсаков [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.med-pravo.ru/SudMed/Lectures/Lecture-3.htm.
4. Эволюция концепции смерти мозга в нашей стране // Медицинское право и этика. – 2003. – № 1. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.worklib.ru/laws/ml02/pages/10017451.

Аннотация

Запорожченко А. О. **Правовая танатология как новое научное направление.** – Статья.

В работе произведена попытка обоснования концептуальной необходимости развития правовой танатологии как нового научного направления правовых научных исследований в рамках общетеоретической юриспруденции и очертание основных правовых проблем танатологии. Автор дает определение предмета правой танатологии. Особая ценность работы представляется в идентификации и обособлении такой группы прав человека, как танатологические права человека.

Ключевые слова: правовая танатология, танатологические права, эвтаназия, трансплантология, право на легкую и достойную смерть.

Анотація

Запорожченко А. О. **Правова танатологія як новий науковий напрям.** – Стаття.

У роботі проведена спроба обґрунтування концептуальної необхідності розвитку правової танатології як нового наукового напрямку правових наукових досліджень у межах загальнотеоретичної юриспруденції та обрис основних правових проблем танатології. Автор дає визначення предмета правої танатології. Особлива цінність роботи полягає в ідентифікації та відокремленні такої групи прав людини, як танатологічні права людини.

Ключові слова: правова танатологія, танатологічні права, евтаназія, трансплантологія, право на легку й гідну смерть.

Summary

Zaporozhchenko A. O. **Legal thanatology as a new scientific direction.** – Article.

In this article it is attempted to produce justifications of conceptual necessity of legal thanatology's development as a new scientific direction of scientific and legal researches within a framework of general theoretical jurisprudence and outline of the main problems of thanatology. The author defines the subject of legal thanatology. Particular value of this article is produced via identification and isolation of such a group of human rights as thanatological human rights.

Key words: legal thanatology, thanatological rights, euthanasia, transplantation, right to die with dignity and easy.

УДК 343.3.7

М. В. Комарницький

НЕЗАКОННЕ ВИДОБУВАННЯ КОРИСНИХ КОПАЛИН ЗАГАЛЬНОДЕРЖАВНОГО ЗНАЧЕННЯ, УЧИНЕНЕ ПОВТОРНО

Одним з основних засобів диференціації кримінальної відповідальності за незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення (ч. 2 ст. 240 Кримінального кодексу України) виступає система кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак, закріплених у ч. 3 і 4 ст. 240 Кримінального кодексу України (далі – КК України), чільне місце серед яких посідає така обставина, як вчинення цього злочину повторно.

В українській кримінально-правовій літературі на зміст цієї ознаки та утворений нею кваліфікований вид незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення звертали увагу такі науковці, як В.І. Андрейцев, В.І. Антипов, П.С. Берзін, А.Б. Благой, С.Б. Гавриш, О.О. Дудоров, М.Й. Коржанський, В.К. Матвійчук, Н.В. Нетеса, С.І. Селецький, О.П. Шем'яков, А.М. Шульга, М.І. Хавронюк та деякі інші криміналісти. Поряд з цим значна частина проблем кримінальної відповідальності за незаконне видобування корисних копалин, вчинене повторно, залишилися до кінця невирішеними.

Метою пропонованої статті є комплексний аналіз ознак повторності під час вчинення незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення та визначення точного змісту злочину «незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення, вчинене повторно».

Для зручності характеристики цієї кваліфікуючої ознаки та надання її аналізу певної алгоритмічної стрункості ми проаналізували основні ознаки повторності, що виділяються в теорії кримінального права [1, с. 347–348; 2, с. 19, 26; 3, с. 94; 4, с. 254–255; 5, с. 75; 6, с. 114–116], та сформулювали систему тих ознак, які мають суттєве значення для розуміння змісту розглядуваного кваліфікованого виду незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення, а також правильної кваліфікації цього злочину.

При цьому ціла низка ознак повторності виписана самим законодавцем у межах ч. ч. 1 і 3 ст. 32 КК України, зі змісту яких постає, що повторність передбачає вчинення особою двох чи більше злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК України, а у випадках, безпосередньо передбачених в Особливій частині КК України, – різними статтями. Таким чином, перші дві ознаки розглядуваного виду множинності полягають у тому, що повторність може утворювати *два чи більше тотожні або однорідні злочини, що вчиняються однією й тією ж особою.*

У зв'язку з цим перше, що слід зробити, так це звернути увагу на специфіку конструювання ч. ч. 1 і 2 ст. 240 КК України щодо опису основних складів злочину, а також на форму опису та зміст розглядуваної кваліфікуючої ознаки в межах ч. 3 ст. 240 КК України[1]. Із системного аналізу приписів ч. ч. 1, 2, 3 ст. 240 КК України постає, що кваліфікуюча ознака «вчинені повторно» в межах

© М. В. Комарницький, 2014

ч. 3 ст. 240 КК України має відношення до всіх трьох складів злочинів, що описуються ч. ч. 1 і 2 ст. 240 КК України, а отже, і охоплює собою повторність як тотожних, так і однорідних злочинів, хоч останні текстуально й передбачені однією й тією ж статтею.

На аналогічні міркування щодо змісту цієї кваліфікуючої ознаки натрапляємо й у працях Н.В. Нетеси, котра стверджує, що «виходячи з того, що ст. 240 КК об'єднує три різновиди діяння, які передбачені як альтернативні, повторність можуть утворювати *будь-які комбінації цих діянь* незалежно від того, чи була раніше особа судима за будь-яке з них» [7, с. 159; 8, с. 225] (курсив наш – *М.К.*).

Говорячи про те, що повторність передбачає вчинення особою двох чи більше самостійних одиничних злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК України, науковці звертають увагу на те, що *прояв цієї ознаки повторності може полягати в найрізноманітнішому поєднанні злочинів: вони можуть бути простими чи ускладненими, умисними чи необережними, закінченими чи незакінченими, вчиненими особисто чи у співучасті* [4, с. 254–255; 6, с. 114–155]. Думаємо, що з такими міркуваннями слід погодитися, оскільки вони не лише не суперечать положенням ст. 32 КК України, а й знайшли своє відображення у п. 3 постанові Пленуму Верховного Суду України (далі – ППВСУ) «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» від 04 червня 2010 року № 7 [10] та у деяких інших постановах Пленуму ВСУ (наприклад, у п. 17 ППВСУ «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 7 лютого 2003 року № 2). Виходячи з цього, є всі підстави стверджувати, що «повторність» як кваліфікуючу ознаку незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення можуть утворювати як прості, так і ускладнені злочини, передбачені ч. ч. 1 і 2 ст. 240 КК України; вчинені як умисно, так і з необережності; як закінчені, так і незакінчені види цих злочинів; вчинені як одноособово, так і в співучасті (незалежно від ролі, виконуваної винним).

Слід відзначити, що повторність передбачає вчинення особою двох чи більше *самостійних одиничних* злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК України. Саме тому в ч. 2 ст. 32 КК України законодавець визначив, що *повторність відсутня під час вчинення продовжуваного злочину,* який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром.

Із цього припису кримінального закону постає, що незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення у формі продовжуваного злочину має місце тоді, коли одним і тим самим суб'єктом злочину в різний час вчиняється два чи більше факти протиправного вилучення корисних копалин загальнодержавного значення, однак усі вони є реалізацією єдиного злочинного наміру винної особи.

---

[1] Так, у межах ч. 1 ст. 240 КК України законодавець передбачив кримінальну відповідальність за «порушення встановлених правил охорони надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля», а у межах ч. 2 ст. 240 КК України – за «порушення встановлених правил використання надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля» та «незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення». Частина 3 розглядуваної статті має таку редакцію: «*Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті*, … вчинені *повторно*» (курсив наш – *М.К.*).

Традиційно вважається, що *єдиний злочинний намір,* який об'єднує злочинні діяння під час вчинення продовжуваного злочину, як особливий вид умисної форми вини має місце тоді, коли винний, за наявності загальних ознак умислу, реалізовує свій задум, розраховуючи вчинити в різний час не одне, а декілька (два чи більше) тотожних за своїми ознаками злочинних діянь, спрямованих на досягнення загального результату[2].

Встановлення ознак продовжуваного злочину під час розслідування фактів незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення означає, що правоохоронні органи та суд повинні розглядати їх як одиничний злочин, а отже, кваліфікувати за ч. 2 ст. 240 КК України. Утім не слід забувати, що вчинення особою двох чи більше самостійно продовжуваних злочинів (йдеться про кілька груп тотожних діянь, об'єднаних різними злочинними намірами винного)[3], передбачених ч. 2 ст. 240 КК України, слід розглядати як повторність злочинів, а отже, кваліфікувати все вчинене за ч. 3 ст. 240 КК України.

Під час вирішення питання про відмежування незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення як продовжуваного злочину від повторності цих (тотожних) злочинів правоохоронні органи та суд, насамперед мають брати до уваги ту обставину, що під час продовжуваного злочину винна особа вчиняє кілька фактів незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення (як правило, вчинених одним способом, у одному місці та з незначною перервою в часі), які об'єднані єдиним злочинним наміром (загальною метою), а під час повторності тотожних злочинів такі діяння можуть вчинятися в різних місцях, різним способом, з великим проміжком часу та, що головне, не охоплюються єдиним наміром винного.

Продовжуючи характеристику цього виду множинності слід наголосити на тому, що до складу повторності можуть входити виключно *злочини*, а тому її не можуть утворювати ті факти незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення або порушення встановлених правил охорони надр чи їх використання, які не є злочинами та/або не тягнуть кримінальної відповідальності[4].

Продовжуючи характеристику ознак повторності вчинення незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення хотілося б звернути

---

[2] Єдиний злочинний намір, за твердженнями А.М. Ришелюка, може виникнути у винного або ще до вчинення першого з діянь, які складають продовжуваний злочин, або безпосередньо в процесі вчинення першого діяння [11, с. 117]. Дещо іншої точки зору із цього приводу дотримується ВСУ, який у п. 6 ППВСУ «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» від 04 червня 2010 року № 7 звертає увагу на те, що об'єднання тотожних діянь єдиним злочинним наміром означає, що ***до*** *вчинення першого з низки тотожних діянь* особа усвідомлює, що для реалізації її злочинного наміру необхідно вчинити декілька таких діянь, кожне з яких спрямоване на реалізацію цього наміру [10]. Вважаємо, у вирішенні питання про час виникнення єдиного злочинного наміру слід підтримати найвищий судовий орган у системі судів України загальної юрисдикції, оскільки в іншому разі (у випадку виникнення наміру на вчинення ще одного тотожного діяння безпосередньо в процесі вчинення першого діяння або вже після його закінчення) зникає та «об'єднаність» тотожних діянь, про яку говорить законодавець у ч. 2 ст. 32 КК України.

увагу на те, що термін «повторність», що вживається як у Загальній, так і в Особливій частинах КК України, уживається в суто юридичному, а не буденному («звичайному») значенні, а тому *повторність можуть утворювати лише ті злочини, що мають юридичне значення.*

Саме тому в ч. 4 ст. 32 КК України звертається увага нате, що повторність відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом, або якщо судимість за цей злочин було погашено або знято. Наведені вище положення пояснюється тим, що особа, звільнена від кримінальної відповідальності, не лише не зазнає подальшого осуду з боку держави, до неї не застосовується покарання, а й вважається такою, що не має судимості. Відсутність же судимості у свою чергу означає, що з юридичної точки зору особа, звільнена від кримінальної відповідальності, є такою, що не вчиняла того злочину, від кримінальної відповідальності за який її було звільнено. Звернення ж до розділу XIII Загальної частини КК України, що має назву «Судимість», дозволяє стверджувати, що судимість за незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення (як і вчинення будь-якого іншого злочину) як певний правовий стан засудженої особи, який має правове значення в разі вчинення нею нового злочину, а також інших випадах, передбачених законами України (ч. 2 ст. 88 КК України), відсутня не лише у випадку її зняття чи погашення (як про це зазначено у ч. 4 ст. 32 КК України), а й у випадках, коли: а) особу засуджено без призначення покарання; б) особу засуджено, але звільнено від покарання; в) особа відбула покарання за діяння, злочинність і караність якого усунута законом; г) особу реабілітовано (ч. ч. 1, 3 і 4 ст. 88 КК України). Це, зокрема, означає, що в усіх перелічених вище випадках факт учинення злочину також вже не має жодного юридичного значення, а отже, і не може утворювати повторності.

---

[3] Наприклад, першим наміром винного охоплювалося вчинення 5 тотожних діянь, спрямованих на вилучення 5 тон піщанику з місцевої скелі, а другим, що виник через деякий час, – 10 аналогічних діянь, спрямованих на вилучення ще 10 тон піщанику з цієї ж скелі.

[4] Йдеться, зокрема, про те, що кримінальна відповідальність за порушення встановлених правил охорони надр чи їх використання (ч. ч. 1 або 2 ст. 240 КК України) настає лише за умови створення цими діяннями небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля. Відсутність же такої небезпеки свідчить й про відсутність у діянні особи складу відповідного закінченого злочину. За певних умов незаконне видовбування корисних копалин (наприклад, на загальну суму 2 гривні) може бути визнане малозначним діянням, а останнє, як відомо, не є злочином. Не є злочином і вчинення суспільно небезпечних діянь, описаних ч. ч. 1 або 2 ст. 240 КК України, особою в стані неосудності, а також особою, яка не досягла 16-річного віку. Крім того, не є злочином і вчинення зазначених діянь за відсутності вини особи (казус). Згідно з приписами ч. 2 ст. 14 КК України готування до злочину, передбаченого ч. 1 ст. 240 КК України, не тягне кримінальної відповідальності, оскільки останній є злочином невеликої тяжкості. Остаточне ж припинення особою за своєю волею готування до злочинів, передбачених ч. ч. 1 і 2 ст. 240 КК України, або замаху на них, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця, відповідно до чинного кримінального законодавства є добровільною відмовою. Особа ж, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, не підлягає кримінальній відповідальності за готування або замах на нього.

Слід мати на увазі, що не мають юридичного значення й діяння, кваліфіковані органами досудового слідства як «незаконне видобування корисних копалин» (ч. 2 ст. 240 КК України), якщо за цим обвинуваченням особу було виправдано. Повторність відсутня й у тому випадку, коли діяння особи за раніше пред'явленим обвинуваченням у вчиненні одного зі злочинів, передбачених ст. 240 КК України, суд перекваліфікував за іншою статтею Особливої частини КК України (наприклад, за ст. 197-1, 239-1, 239-2 чи 252 КК України). Аналогічна ситуація має місце й тих випадках, коли кримінальне провадження, відкрите за ст. 240 КК України, було закрито з підстав, передбачених у ст. 284 КПК України 2012 року (зокрема, якщо не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді й вичерпані можливості їх отримати; набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою; встановлена відсутність в діянні складу кримінального правопорушення).

Ще одна ознака повторності, що виділяється переважною більшістю дослідників інституту множинності, полягає в тому, що *всі злочини, з яких складається повторність, вчиняються винним неодночасно (у різний час)* [2, с. 29; 3, с. 94; 5, с. 75; 6, с. 115][5].

Виходячи ж з приписів п. 4 ППВСУ «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» від 04 червня 2010 року № 7 маємо констатувати, що під час повторного вчиненні незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення неодночасність означає, що не збігаються за часовими показниками початкові моменти вчинення кожного зі злочинів, що утворює таку повторність. У зв'язку із цим повторність незаконного видобування корисних копалин можуть утворювати злочини, один з яких був вчинений у період, коли інший злочин уже розпочався, але ще не закінчився. У такому разі вчиненим повторно вважається злочин, розпочатий пізніше.

Продовжуючи характеристику повторності як кваліфікуючої ознаки незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення, слід відзначити, що *повторність виникає незалежно від того, чи була винна особа, засуджена за вчинення будь-якого зі злочинів, що утворюють повторність*[6].

При цьому слід пам'ятати, що за певних умов, навіть після засудження особи, факт вчинення нею злочину може втрачати юридичне значення (зокрема під час зняття чи погашенні судимості), а отже, і не може утворювати повторності.

Підбиваючи підсумки проведеного дослідження, слід відзначити, що під *незаконним видобуванням корисних копалин загальнодержавного значення, вчиненим повторно,* слід розуміти *одноосібне або в співучасті вчинення закінченого або незакінченого виду незаконного видобування корисних копалин загальнодер-*

[5] Ця ознака постає як безпосередньо зі змісту ст. 32 КК України, так і з буквального тлумачення терміну «повторність», який використовується для позначення цього виду множинності. Цілком очевидно, що «повторно» особа може вчинити злочин лише тоді, коли вона «попередньо» вже вчиняла тотожний або однорідний злочин. Саме тому для позначення злочинів, що утворюють повторність, В.О. Навроцький використовує такі взаємопов'язані категорії, як «попередній злочин» і «наступний злочин» [1, с. 356].

жавного значення особою, яка раніше одноосібно або в співучасті вже вчиняла закінченийабонезакінченийвиднезаконноговидобуваннякориснихкопалинзагальнодержавного значення (повторність тотожних злочинів) *або порушення встановлених правил охорони надр чи їх використання* (повторність однорідних злочинів), за винятком випадків, коли:

1) однієї і тією ж особою в різний час вчинено два чи більше факти незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення, кожен з яких містить усі ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 240 КК України, однак усі вони є реалізацією єдиного злочинного наміру винної особи (продовжуваний злочин);

2) закінчений або незакінчений вид незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення або порушення встановлених правил охорони надр чи їх використання згідно із чинним кримінальним законодавством не є злочинами або не тягнуть кримінальної відповідальності (готування до порушення встановлених правил охорони надр; порушення встановлених правил охорони надр чи їх використання, що не створило небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля; добровільна відмова від доведення до кінця злочинів, передбачених ч. ч. 1 або 2 ст. 240 КК України; малозначність незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення або порушення встановлених правил охорони надр чи їх використання; вчинення діянь, описаних ч. ч. 1 або 2 ст. 240 КК України, особою в стані неосудності, або особою, яка не досягла 16-річного віку, або невинно тощо);

3) особа хоч раніше й учиняла діяння, що підпадають під ознаки одного зі злочинів, описаних ч. ч. 1 або 2 ст. 240 КК України, однак: а) була виправдана судом за пред'явленим обвинуваченням; б) у встановленому законом порядку була звільнена від кримінальної відповідальності; в) була засуджена без призначення покарання або звільнена від покарання; г) діяння особи за цим обвинуваченням суд перекваліфікував за іншою статтею Особливої частини КК України; д) кримінальне провадження, відкрите щодо неї за ст. 240 КК України, було закрито; е) відбула покарання за діяння, злочинність і караність якого усунута законом; є) була реабілітована; ж) судимість за ці злочини було погашено або знято.

Література

1. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : [навчальний посібник] / В.О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
2. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів : [навчальний посібник] / М.Й. Коржанський. – 3-є вид., переробл. і допов. – К. : Атіка, 2007. – 592 с.

[6] Цей висновок постає як безпосередньо зі змісту ч. 1 ст. 32 КК України (де відсутня вказівка на засудженість винної особи за вчинення будь-якого зі злочинів, що утворюють повторність), так і опосередковано з положень ст. 34 КК України, відповідно до яких рецидивом злочинів визнається вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин (із цього постає, що рецидив є неєдиною формою повторності). Таку ж думку висловив й ПВСУ у п. 3 ППВСУ «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» від 04 червня 2010 року № 7 [10].

3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2 т. / [П. П. Андрушко, Т. М. Арсенюк, О. Ф. Бантишев та ін.] ; за заг ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – 3-тє вид. переробл. та допов. – К. : Алерта ; КНТ ; Центр учбової літератури, 2009 – . Т. 1. – 2009. – 964 с.
4. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.] ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
5. Зінченко І.О. Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини у питаннях і відповідях : [науково-практичний посібник] / І.О. Зінченко, В. Б. Харченко. – К. : Атіка, 2013. – 240 с.
6. Кримінальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.] ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-е вид., допов. – Х. : Право, 2013 – . – Т. 1 : Загальна частина / за ред. Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.]. – 2013. – 376 с.
7. Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право»
8. Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр / Н.В. Нетеса. – Х. : Право, 2013. – 304 с.
9. Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 04 червня 2010 року № 7 / Верховний Суд України // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v 000 7700-10.
10. Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2 / Верховний Суд України // Інформаційний сервер Верховного Суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/ vs.nsf/0/07062765C3315954C2256CDA00538ED6?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=07062765C3315954C2256CDA00538ED6&Count=500&.
11. Кримінальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / [А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Грищук та ін.] ; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.

Анотація

Комарницький М. В. **Незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення, учинене повторно.** – Стаття.

Стаття присвячена комплексному аналізу ознак повторності під час вчинення незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення та визначенню змісту злочину «незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення, вчинене повторно».

Ключові слова: незаконне видобування корисних копалин, кримінальна відповідальність, склад злочину, кваліфікуюча ознака, повторно.

Аннотация

Комарницкий М. В. **Незаконная добыча полезных ископаемых общегосударственного значения, совершенная повторно.** – Статья.

Статья посвящена комплексному анализу признаков повторности при совершении незаконной добычи полезных ископаемых общегосударственного значения и определению содержания преступления «незаконная добыча полезных ископаемых общегосударственного значения, совершенная повторно».

Ключевые слова: незаконная добыча полезных ископаемых, уголовная ответственность, состав преступления, квалифицирующий признак, повторно.

Summary

Komarnitsky M. V. **Illegal extraction of minerals of national value, committed iteratively.** – Article.

The article is dedicated to the complex analyses of replication features while committing illegal extraction of minerals of national value and to identifying the substance of crime "illegal extraction of minerals of national value, committed iteratively".

Key words: illegal extraction of minerals, criminal liability, crime set, qualification feature, iteratively.

УДК 343.242.3

О. Д. Комаров

ЗНАЧЕННЯ ФАКТИЧНОЇ ПОМИЛКИ ВИННОГО ПІД ЧАС ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Постановка проблеми. Проблема призначення покарання за злочини, під час вчинення яких суб'єкт припустився фактичної помилки, є мало дослідженою в сучасній юридичній науці. Вчені, які розглядають фактичну помилку, зазвичай обмежуються вивченням її значення для кваліфікації злочинів. Так само не вбачають певної специфіки наявності такої помилки й дослідники, які присвячують свої праці питанням призначення покарання.

Проте менше фактична помилка, на наш погляд, є тим фактором, який має істотно впливати й на вид та міру покарання, що обирається судом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У кримінально-правовій науці вирішенню питань про значення фактичної помилки присвячені праці З.Г. Алієва, Т.І. Безрукової, Ю.А. Вапсви, П.С. Дагеля, А.А. Кочеткова, В.Ф. Кривоченка, Б.І. Мелиха, О.І. Рарога, М.Б. Фаткуліної, В.А. Якушина. Дослідженню питань призначення покарання присвячені роботи М.І. Бажанова, Є.В. Благова, С.А. Велієва, Д.С. Дядькіна, Т.В. Непомнящої, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, О.П. Чугаєва тощо. Роботи, присвячені вивченню значення фактичної помилки винного призначення йому покарання, відсутні.

Формулювання цілей статті. Метою статті є дослідження значення фактичної помилки під час призначення судом покарання, виокремлення чинників, які мають бути враховані судом у такому випадку, та аналіз положень Кримінального кодексу України на їх відповідність реалізації принципів справедливості та індивідуалізації покарання під час його призначення.

Виклад основного матеріалу. Одним із ключових принципів кримінального права є принцип справедливості. М.І. Бажанов писав, що під час призначення покарання справедливість полягає насамперед у тому, що воно має правильно відбивати правосвідомість і мораль суспільства й передбачати покарання залежно від тяжкості злочину його суспільної небезпечності [1, с. 79-80]. С.А. Велієв зазначає, що відступ від принципу справедливості під час призначення покарання може виявлятись у надмірній м'якості, а також зайвій суворості покарання. Принцип справедливості вимагає від суду врахування думки трьох суб'єктів: а) підсудного; б) потерпілого; в) суспільства. Ці думки формуються на основі тих самих обставин, урахування яких вимагається під час призначення покарання (суспільна небезпечність злочину, особистість винного та інші обставини) [2, с. 309, 313].

В українському законодавстві цей принцип знайшов відображення в п. 3 ч. 1 та ч. 2 ст. 65 Кримінального кодексу України (далі – КК України) під час формулювання однієї з засад призначення покарання. Зокрема, суд під час призначення покарання повинен урахувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, чинники, що характеризують особистість винного, та обтяжуючі й пом'якшуючі покарання обставини. Обрана судом

© О. Д. Комаров, 2014

міра покарання, що призначається винному, має бути насамперед спрямована на реалізацію виправної та превентивної (причому як загальної, так і спеціальної) функцій.

Специфікою фактичної помилки є те, що, по суті, з одного боку, ми маємо повністю виконану об'єктивну сторону одного злочину (фактично закінчене діяння), вчинення якого не охоплювалося умислом винного, а з іншого – неповну реалізацію або взагалі відсутність об'єктивної сторони того злочину, на який було спрямовано умисел злочинця. Так, під час помилкового викрадення ліків з аптеки замість наркотичних речовин повністю виконується об'єктивна сторона крадіжки. Але оскільки кваліфікація умисних злочинів має відбуватися за спрямованістю умислу, а останній було спрямовано на викрадення саме наркотиків, заволодіння якими фактично не сталося, то відсутній і закінчений злочин. Як зазначає О.І. Рарог, під час кваліфікації злочинів за наявності фактичної помилки, зокрема, в об'єкті використовується юридична фікція: злочин, який за своїм фактичним змістом було доведено до кінця, оцінюється як замах на намічений винним об'єкт [3, с. 92].

Це правило характерне не тільки для помилки в об'єкті, а й для абсолютної більшості випадків фактичної омани особи в об'єктивних ознаках злочину.

По суті, більшість суспільно-небезпечних діянь, у яких наявна фактична омана, мають кваліфікуватися як замахи на злочин, на вчинення якого було спрямовано умисел винного. КК України, у свою чергу, містить спеціальні правила призначення покарання за незакінчений злочин. Відповідно до положень ч. 3 ст. 68 КК України за вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не повинен перевищувати двох третин строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України з цього законодавчого припису випливає, що саме такими будуть межі караності більшості злочинів, під час вчинення яких винний припустився фактичної помилки.

На наш погляд, вказаний підхід навряд чи можна визнати таким, що відповідає принципу справедливості. Проілюструємо це твердження прикладом. Громадянин А, бажаючи викрасти ліки, таємно заволодів ними, проникнувши до приміщення аптеки. Його діяння має бути кваліфіковане за ч. 3 ст. 185 КК України як крадіжка з проникненням до приміщення. Санкція цієї частини статті передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до шести років. У іншому випадку громадянин Б., бажаючи викрасти з аптеки наркотичні речовини, так само проникає до неї, але замість наркотиків помилково викрадає звичайні ліки. Враховуючи правила кваліфікації злочинів за наявності фактичної помилки винного, діяння громадянина Б. має бути оцінене як закінчений замах на викрадення наркотичних речовин та кваліфіковане за ч. 2 ст. 15 та ч. 1 ст. 308 КК України. При цьому санкція ч. 1 ст. 308 КК передбачає покарання, аналогічне передбаченому в ч. 3 ст. 185 КК України – позбавлення волі на строк від трьох до шести років. Але, зважаючи на правила ч. 3 ст. 68 КК України, покарання у виді позбавлення волі громадянину Б. може бути призначене на строк не більше чотирьох років позбавлення волі.

З точки зору фактично вчиненого злочину – ми маємо два абсолютно аналогічні діяння – в обох випадках об'єктивна сторона вчиненого співпадає. І громадянин А. і громадянин Б. вчинили проникнення до приміщення аптеки, обидва фактично здійснили заволодіння ліками, шкода в обох випадках спричинена відноси-

нам власності. Але умисел А було спрямовано на заволодіння ліками, тому його умисел реалізований, а вчинений ним злочин є закінченим. Громадянин Б. натомість бажав заволодіти наркотичними речовинами, і його умисел залишився нереалізованим лише через допущену останнім помилку. З огляду на законодавчу оцінку типова суспільна небезпечність цих злочинів у цілому є однаковою. Незаволодіння наркотичними речовинами у випадку з громадянином Б також не свідчить про істотне зниження рівня суспільної небезпечності як вчиненого, так і особи винного. Якщо порівнювати об'єкти, на спричинення шкоди яким було спрямоване посягання, то навряд чи можна дійти висновку, що відносини власності є більш цінними, ніж відносини, пов'язані з обігом наркотичних речовин. Тому виникає логічне питання: з огляду на які обставини покарання у виді позбавлення волі громадянина А. може бути призначене на строк аж до 6 років, а громадянин Б. за таке ж саме із зовнішньої сторони діяння – на строк лише до 4 років? Видається, що аргументи на користь справедливості такого вирішення ситуації (крім суто формального – існування ч. 3 ст. 68 КК України) віднайти доволі складно.

Аналогічні питання виникають і в інших ситуаціях, наприклад, тоді, коли неповнолітній чи особа в 65-річному віці, вчинила посягання на життя народного депутата України. Але помилково прийнявши за народного депутата пересічного громадянина, позбавила останнього життя. На наш погляд, таке діяння має бути кваліфіковане як закінчений замах на посягання на життя державного діяча за ч. 2 ст. 15 та ст. 112 КК України. До зазначених вище осіб у силу положень ч. 2 ст. 64 КК України не може бути застосоване покарання у виді довічного позбавлення волі. У той же час, відповідно до абз. 2 п. 6-1 постанови Пленуму Верховного суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» № 7 від 24.10.2003 року, положення ч. 3 ст. 68 КК України мають застосовуватися до них, виходячи з максимального покарання у виді позбавлення волі на певний строк. Отже, зважаючи на санкцію ст. 112 КК України, яка передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічне позбавлення волі, у нашому випадку санкція для зазначених категорій осіб фактично стає абсолютно визначеною – 10 років позбавлення волі. На такий «парадокс» звертав увагу й М. І. Хавронюк, указуючи, що верхня межа покарання під час обов'язкового зниження його за незакінчений злочин може бути рівною нижній [4, с. 108]. Така ситуація не лишеобмежує, а взагалі знищує можливість прояву будь-якого судового розсуду та унеможливлює реалізацію іншого принципу призначення покарання – його індивідуалізації. Суд у таких ситуаціях фвактично позбавляється можливості врахування обставин, що характеризують як особистість винного, так і тих, що обтяжують та пом'якшують покарання.

Особливу увагу слід звернути й на те, що під час вчинення злочину, передбаченого ст. 112 КК України, умисел особи одночасно спрямований на заподіяння шкоди двом об'єктам: відносинам, що забезпечують нормальну діяльність законодавчої влади як основному об'єкту, так і тим, що забезпечують життя людини – як обов'язковому додатковому [5, с. 29]. Якщо винний замість народного депутата вбиває звичайного громадянина, то шкода фактично заподіюється лише одному об'єкту – життю громадянина. Тому абсолютно незрозумілим є той факт, чому межі

караності вбивства, поєднаного з одночасним посяганням на нормальну діяльність органу влади, можуть бути меншими, ніж у випадку так званого простого умисного позбавлення життя (санкція ч. 1 ст. 115 КК України передбачає від 8 до 15 років позбавлення волі).

Слід зазначити, що така позиція не є безспірною в сучасній науці. Так, на думку А.В. Горностай, правила ч. 3 ст. 68 КК України не можна застосовувати до осіб, яким менше 18 років або більше 65, а також до жінок, які були в стані вагітності на час вчинення злочину чи на момент постановлення вироку, якщо наявна помилка у вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 112, 348, 379, 400, 443 КК України. Аргументом на користь цієї позиції дослідниця вважає те, що оскільки конструкція цих злочинів полягає в замаху на життя, то, виходячи з підвищеної суспільної небезпечності наведених злочинів, немає необхідності пом'якшувати покарання, враховуючи наявність помилки в об'єкті під час кваліфікації та призначення покарання [6, с. 158–159]. На наш погляд, із таким підходом погодитися не можна. У цьому випадку має місце саме замах на посягання [7, с. 30–36], а на необхідність застосування ч. 3 ст. 68 прямо вказує Пленум Верховного Суду України в п. 6-1 вищезгаданої постанови.

Законодавчі приписи про обов'язкове зниження максимального розміру покарання за незакінчений злочин з'явилися в КК України внаслідок прийняття Верховною Радою України 15.04.2008 року Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності». Слід зазначити, що гуманізація відповідальності полягає в послідовному поліпшенні становища особи, що вчинила правопорушення. При цьому мають повною мірою реалізовуватися загальні засади призначення покарання, а його міра, що обирається судом, повинна відповідати ступеню суспільної небезпечності діяння та особи винного. Але навряд чи свідчать про гуманізацію ті положення закону, які дозволяють навіть за більш суспільно небезпечні діяння призначати менш суворі покарання. Крім того, зміни до КК України мали, за версією розробників законопроекту, забезпечити більш широкі можливості для суду щодо індивідуалізації покарання особам, які вчинили злочини [8]. Очевидно, на наш погляд, цього не сталося.

Вищезазначене наводить на думку про недосконалість введеної в ході реформи 2008 року в КК України системи обов'язкового зниження покарання за незакінчений злочин. Тому встановлення обов'язку для суду зменшувати покарання за незакінчений злочин було й залишається об'єктом критики вчених. Так, ще М.Д. Дурманов справедливо відзначав, що зниження судом злочинцю покарання лише на основі того факту, що винному не вдалося повною мірою реалізувати свій злочинний намір, не відповідає характеру й ступеню суспільної небезпечності як самого злочинця, так і вчиненого ним діяння [9, с. 185]. Це твердження стосується фактично завершеного, але лише в силу особливостей формулювання складу злочину в кримінальну законі юридично незакінченого діяння. І.С. Тишкевич також звертав увагу на те, що пом'якшення покарання за незакінчений злочин має бути *правом, а не обов'язком* суду. На його думку, встановлення подібного обов'язку значно обмежує можливості суду з індивідуалізації покарання [10, с. 180].

А.В. Горностай пропонує провести диференціацію між покаранням за закінчений та незакінчений замах на злочин. За перший – розмір покарання не має перевищувати трьох чвертей, а за другий – двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання [6, с. 155, 159]. На наш погляд, такий підхід викликає певні зауваження. По-перше, далеко не завжди навіть закінчений замах на злочин є менш суспільно небезпечним, ніж закінчений злочин, що видно на прикладі діянь, учинених за наявності фактичної помилки винного в об'єкті. По-друге, незрозуміло, чому автор пропонує саме такі граничні розміри покарання.

В.І. Тютюгін вважає, що доцільніше не покладати на суд обов'язок знижувати верхню межу покарання за незакінчений злочин, а надати суду право пом'якшувати покарання в межах, передбачених ч. 3 ст. 68 КК України з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого діяння, ступеня здійснення злочинного наміру та причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця [11, с. 316–317]. Таким чином, розмір у дві третини від максимуму покарання мають не обмежувати суддівський розсуд та можливості індивідуалізації покарання, а виступати своєрідним орієнтиром при призначення суддею покарання, від якого суд має право відійти з урахуванням конкретних обставин справи. На нашу думку, саме такий підхід дозволить реалізувати принцип справедливості та індивідуалізації під час призначення покарання.

Основним завданням реформи 2008 р. була гуманізація кримінального законодавства, що є одним із зобов'язань України перед Радою Європи й повинна була реалізовуватися шляхом часткової декриміналізації діянь, а також через запровадження більш диференційованого підходу до вибору мір покарання за злочини [8].

Водночас слід зазначити, що кримінальне законодавство більшості європейських держав достатньо по-різному вирішує питання про караність незакінченого злочину. У цілому їх можна поділити на три групи. До першої належать держави, КК України яких визнають караність замаху на злочин на одному рівні із закінченим злочином або не передбачають якогось зменшення міри покарання за замах. Так, відповідно до ч. 2 ст. 18 КК Республіки Болгарія за замах на злочин особа підлягає покаранню як за закінчений злочин з урахуванням ступеня здійснення наміру, а також причин, внаслідок яких злочин не було закінчено [12, с. 35]. Частина 1 § 15 КК Австрії передбачає, що покарання за умисне діяння служить санкцією не лише за закінчений злочин, а й за замах на нього [13, с. 51]. Кримінальний закон Латвійської Республіки у ст. 53 передбачає, що під час призначення покарання за готування до злочину й замах на нього суд бере до уваги характер дій, вчинених винним, розмір заподіяної ним шкоди, ступінь реалізації злочинного наміру й причини, з яких злочин не було доведено до кінця [14, с. 90–91]. При цьому вказівка на обов'язкове зниження судом верхньої межі покарання за незакінчений злочин відсутня. Немає таких вказівок і в КК Франції. Особливу цікавість викликає Кримінальний кодекс Польщі, в § 1 ст. 14 якого зазначено, що суд призначає покарання за замах в межах санкції, встановленої за цей злочин. У той же час закон залишає суду право у випадках замаху з непридатними засобами та замаху на непридатний об'єкт (види фактичної помилки – *О.К.*) надзвичайно пом'якшити покарання чи взагалі відмовитися від його застосування [15, с. 51].

Друга група країн представлена, зокрема, Іспанією та Нідерландами. Положення кримінальних кодексів цих держав містять норми, які допускають обов'язкове зниження покарання за незакінчений злочин. Так, відповідно до ст. 62 КК Іспанії замах на злочин, враховуючи небезпеку правопорушника, спрямованість умислу й ступінь завершеності діяння карається нижче на один або два ступеня, ніж передбачено за закінчений злочин [16]. Стаття 45 КК Королівства Нідерландів передбачає, що за замах на злочин максимальне основне покарання за злочин зменшується на одну третину, а якщо за злочин передбачено довічне ув'язнення, то призначається покарання у вигляді ув'язнення на строк не більше 15 років [17, с. 175].

У той же час третю групу складають кримінальні кодекси, які надають суду *право* знизити покарання за замах на злочин, формулюючи при цьому певні обмеження верхньої межі покарання лише у випадку, якщо суд дійде висновку, що пом'якшення покарання можливе. Так, у ч. 2 § 15 КК Данії зазначається, що покарання, передбачене за злочин, *може* бути зменшено в разі замаху, особливо якщо замах свідчить про невелику силу або стійкість злочинного наміру [18, с. 26]. Частина 3 § 22 КК ФРН передбачає, що замах *може* каратися м'якіше, ніж закінчений злочин [19]. Майже аналогічно вирішується питання і в КК Швейцарії, ст. 21 якого передбачає, що якщо особа після того, як розпочала вчинення злочину, не доводить свою злочинну волю до кінця, то вона *може* бути покарана м'якіше [20, с. 79]. Стаття 26 КК Сан-Марино передбачає *можливість* зменшення покарання за замах на злочин від одного до двох ступенів [21, с. 46].

Висновки. Фактична помилка, безумовно, є фактором, який має істотно впливати на призначення судом покарання. Більшість злочинів, учинених за наявності фактичної помилки, будучи фактично закінченими діяннями кваліфікуються, виходячи зі спрямованості умислу винного, як замахи. При цьому далеко не завжди вони характеризуються меншим ступенем суспільної небезпечності, ніж закінчені злочини. Судам слід враховувати, що в таких випадках саме фактична помилка винного є тим чинником, через який злочин не є юридично завершеним. Встановлене в ст. 68 КК України обмеження максимального розміру найбільш суворого виду основного покарання, що може бути призначене судом за незакінчений злочин, на наш погляд, заважає повній реалізації принципу справедливості та індивідуалізації покарання. Саме надання *права*, а не встановлення *обов'язку* зменшувати покарання за незакінчений злочин дозволить суду повністю враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особистість винного, обставини, що обтяжують та пом'якшують покарання, ступінь реалізації злочинного наміру, а також причини, з яких злочин не було доведено до кінця. Особливо це має значення, якщо наявний цілий ряд фактичних помилок.

Література

1. Бажанов М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву / М.И. Бажанов. – Киев : Вища шк., 1980. – 216 с. ; Бажанов М. И. Избранные труды / М. И. Бажанов ; [сост. : В. И. Тютюгин, А. А. Байда, Е. В. Харитонова, Е. В. Шевченко ; отв. ред. В. Я. Таций]. – Х. : Право, 2012. – 1244 с.
2. Велиев С. А. Принципы назначения наказания / С. А. Велиев. – СПб. : Юридический центр «Пресс», 2004. – 388 с.
3. Рарог А. И. Субъективная сторона и квалификация преступлений / А. И. Рарог. – М. : Профобразование, 2001. – 133 с.

4. Хавронюк М.І. Покарання за готування до злочину і замах на злочин: парадокси національного кримінального кодексу, особливо у порівнянні з іноземними / М. Хавронюк // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 108-113.
5. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.] ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
6. Горностай А. В. Кримінальна відповідальність за замах на злочин : [монографія] / А. В. Горностай. – Х. : Юрайт, 2013. – 232 с.
7. Комаров О. Д. Помилка в об'єкті злочину: поняття, класифікація та кваліфікація / О. Д. Комаров // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2013. – Вип. 23. – Ч. 1. – Т. 3. – С. 30–36.
8. Пояснювальна записка до Проекту Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30911.
9. Дурманов Н. Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву : / Н. Д. Дурманов. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1955. – 211 с.
10. Тишкевич И. С. Приготовление и покушение по советскому уголовному праву (понятие и наказуемость) / И. С. Тишкевич. – М. : Госюриздат, 1958. – 260 с.
11. Тютюгін В. І. Питання гуманізації кримінальної відповідальності та їх реалізація в деяких законодавчих новелах / В. І. Тютюгін // Проблеми законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2009. – Вип. 100. – С. 313-323.
12. Уголовный кодекс Республики Болгария / науч. ред. и предисл. А. И. Лукашов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 298 с.
13. Уголовный кодекс Австрии / науч. ред. и предисл. С. В. Милюкова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 352 с.
14. Уголовный кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и предисл. А. И. Лукашов, Э. В. Саркисова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 313 с.
15. Уголовный кодекс Республики Польша / науч. ред. и предисл. А. И. Лукашов, Н. Ф. Кузнецова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 234 с.
16. Código Penal de España [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444.
17. Уголовный кодекс Голландии / науч. ред. и предисл. Б. В. Волженкин. – 2-е изд. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 510 с.
18. Уголовный кодекс Дании / науч. ред. и предисл. С. С. Беляев. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 230 с.
19. Das Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.stgb.de/gesetzestexte.html.
20. Уголовный кодекс Швейцарии / науч. ред. и предисл. А. В. Серебренникова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 230 с.
21. Уголовный кодекс Сан-Марино / науч. ред. и предисл. С. В. Максимов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 253 с.

Анотація

Комаров О. Д. **Значення фактичної помилки винного під час призначення покарання.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню питання про значення фактичної помилки винного під час призначення покарання. Розглядаються проблеми, які можуть виникати в судовій практиці під час призначенні покарання особам, що вчинили злочин, припустившись при цьому фактичної помилки. Автор доходить висновку про неповну відповідність положень чинного Кримінального кодексу України принципу справедливості та індивідуалізації покарання. Аналізуються положення законодавства європейських країн, що стосуються призначення покарання за незакінчений злочин.

Ключові слова: фактична помилка, призначення покарання за незакінчений злочин, принцип справедливості, загальні засади призначення покарання.

Аннотация

Комаров А. Д. **Значение фактической ошибки виновного при назначении наказания.** – Статья.

Статья посвящена исследованию вопроса о значении фактической ошибки виновного при назначении наказания. Рассматриваются проблемы, которые могут возникать в судебной практике при назна-

чении наказания лицам, совершившим преступление, допустив при этом фактическую ошибку. Автор приходит к выводу о неполном соответствии положений действующего Уголовного кодекса Украины принципу справедливости и индивидуализации наказания. Анализируются положения законодательства европейских стран, касающиеся назначения наказания за неоконченное преступление.

Ключевые слова: фактическая ошибка, назначение наказания за неоконченное преступление, принцип справедливости, общие начала назначения наказания.

Summary

Komarov O. D. The significance of the mistake of fact in sentencing a criminal. – Article.

The article investigates the question of the significance of the mistake of fact in sentencing a criminal. The problems that can arise in judicial practice of sentencing persons who made the mistake of fact are described. The author concludes not full compliance of the provisions of the Criminal Code of Ukraine with the principle of justice and individualization of punishment. The provisions of European countries legislation relating to sentencing for an attempt to commit a crime are analyzed.

Key words: mistake of fact, sentencing for an attempt to commit a crime, principle of justice, general principles of sentencing.

УДК 343.624

Є. В. Корнієнко

ПОКАРАННЯ ЗА ЗАРАЖЕННЯ ВІРУСОМ ІМУНОДЕФІЦИТУ ЛЮДИНИ АБО ІНШОЮ НЕВИЛІКОВНОЮ ІНФЕКЦІЙНОЮ ХВОРОБОЮ

Покарання є мірою охорони держави проти суспільно небезпечних діянь, внаслідок скоєння яких завдається шкода або створюється реальна загроза завдання такої шкоди правам, свободам чи законним інтересам людини й громадянина, а кінцевим результатом, який держава прагне досягнути наявними засобами кримінально-правового впливу щодо особи, визнаної винною в передбаченому законом порядку, є не тільки кара, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами.

Виходячи з того, що особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів (ч. 2 ст. 65 КК України), спробуємо проаналізувати реалізацію цього законодавчого положення щодо осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 130 Кримінального кодексу України (далі – КК України).

Так, Гайсинський районний суд Вінницької області, розглянувши кримінальну справу № 1-192-2007 про обвинувачення громадянина Н., встановив, що він, перебуваючи на обліку з 19.02.2001 р. в кабінеті інфекційних захворювань Гайсинської ЦРЛ як особа, інфікована ВІЛ, 29.01.2007 р. у відділенні трансфузіології Гайсинської ЦРЛ здав кров як донор, не повідомивши медичних працівників про наявність у нього ВІЛ-інфекції, чим свідомо створив небезпеку зараження ВІЛ інших осіб (ч. 1 ст. 130 КК України). У якості пом'якшуючих покарання обставин суд врахував щире каяття, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих обставин (хворобливий стан здоров'я підсудного, наявність на утриманні вагітної співмешканки, яка є ВІЛ-інфікованою) та вирішив звільнити громадянина Н. від відбування покарання (2 роки позбавлення волі) з випробуванням (ст. 75 КК України), встановивши іспитовий строк тривалістю один рік [5].

© Є. В. Корнієнко, 2014

Незважаючи на те, що злочин, передбачений ст. 130 КК України, з процесуальної точки зору є складним щодо проведення досудового розслідування та формування доказової бази, виявляється, що під час розгляду порушеної кримінальної справи за цією статтею суди, керуючись положеннями ст. 75 КК України, звільняють суб'єктів цього злочину від відбування покарання з випробуванням, не завжди враховуючи тяжкість вчиненого злочину, особу винного та інші обставини справи (перебування в стані алкогольного сп'яніння, наявність попередніх судимостей тощо). Для характеристики такої судової практики доречно згадати думку П.Г. Пономарьова з приводу того, що попередження вчинення нових злочинів не тільки засудженими, а й іншими особами як очікуваний результат застосування покарання полягає в утриманні нестійких членів суспільства від вчинення суспільно небезпечних діянь на прикладі реального застосування покарання до осіб, винних у вчиненні злочинних діянь [9, с. 22]. Погоджуються з такою позицією й І.М. Гальперин та О.Р. Ратинов, наголошують на тому, що чим більш стереотипним, ординарним та менш засуджуваним у повсякденній свідомості людей є той чи інший злочинний еталон життя, тим менш дієві каральні заходи [2, с. 76].

Майже одиничними (5% з 150 проаналізованих кримінальних справ, порушених за ст. 130 КК України, розслідуваних органами досудового слідства та розглянутих судами України у період 2007–2011 рр..) в судовій практиці є випадки засудження винних осіб, які скоїли злочин, передбачений ст. 130 КК України, та призначення їм покарання у виді позбавлення волі з реальним його відбуванням.

Так, Апеляційний суд Миколаївської області розглянув апеляцію потерпілого громадянина С. на вирок Заводського районного суду м. Миколаєва від 16.02.2011 р., яким громадянка Л., раніше не судима, була засуджена за ч. 3 ст. 130 КК України на 4 роки позбавлення волі, за ст. 166 КК України на 2 роки позбавлення волі. На підставі ч. 1 ст. 70 КК України шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим остаточно визначено покарання – 4 роки позбавлення волі. На підставі ст. ст. 75, 76 КК України громадянку Л. звільнено від відбування призначеного покарання з випробуванням з іспитовим строком на 3 роки. В апеляції потерпілий С. просив вирок суду щодо громадянки Л. скасувати та постановити новий вирок, яким засудити її за ч. 3 ст. 130, ст. 166 КК України до позбавлення волі реально, вказуючи на те, що суд безпідставно послався на відсутність обтяжуючих покарання обставин, не врахувавши, що громадянка Л. вчинила злочин щодо малолітньої, яка знаходилася в безпорадному стані, її злочинні дії потягли смерть двох людей (своєї новонародженої дитини та чоловіка). Апеляційний суд Миколаївської області скасував вирок Заводського районного суду м. Миколаєва від 16.02.2011 р. щодо громадянки Л. у частині звільнення її від відбування призначеного цим вироком покарання з випробуванням з іспитовим строком на 3 роки на підставі ст. 75 КК України та постановив вважати громадянку Л. засудженою за цим вироком за ч. 3 ст. 130, ст. 166, ч. 1 ст. 70 КК України на 4 роки позбавлення волі [4].

Узагальнення судової практики свідчить й про те, що, призначаючи покарання за злочин, передбачений ст. 130 КК України, судді (суд) враховують наявність у винного ВІЛ-інфекції як обставину, що пом'якшує покарання, у зв'язку з чим у переважній більшості випадків застосовують положення ст. 69 КК України (призначен-

ня більш м'якого покарання, ніж передбачено законом) або обирають мінімальне покарання, передбачене в санкції за відповідний злочин, не мотивуючи при цьому, яку роль під час прийняття таких рішень відіграла ця обставина.

Так, Звенигородський районний суд Черкаської області розглянув справу № 1-92/09 про обвинувачення громадянина К. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 130 КК України. Під час призначення покарання суд врахував як пом'якшуючі обставини щире розкаяння в скоєному й те, що підсудний хворіє на тяжку хворобу та має такі діагнози як: хронічний гепатит та ВІЛ-інфекція, та обрав йому покарання в межах мінімальної санкції, передбаченої за цей злочин, у виді позбавлення волі (1 рік позбавлення волі) [6].

Відповідно до ч. 2 ст. 84 КК України, ч. 5 ст. 154 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України), а також п. 2.1 «Переліку захворювань, які є підставою для подання в суди матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання», затвердженого наказом ДДУПВП та МОЗ України № 3/6 від 18 січня 2000 р., суд, під час вирішення питання про можливість звільнення засудженого від подальшого відбування покарання враховує те, що наявність у такого засудженого ВІЛ-інфекції (стадія вторинних захворювань, ІІІ Б; СНІД, стадія вторинних захворювань, ІІІ В; СНІД, Термінальна стадія, IV) є підставою для звільнення такої особи від покарання за хворобою. Про прийняття суддею (судом) позитивного рішення щодо звільнення від подальшого відбування покарання за хворобою засуджених ВІЛ-позитивних осіб свідчить і судова практика.

Так, 18 травня 2011 р. Вільнянський районний суд Запорізької області, розглянувши подання адміністрації Софіївської ВК-55 щодо звільнення від подальшого відбування покарання у зв'язку з тяжкою хворобою засудженого Н., раніше судимого: 1) 14.11.2002 р. за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 71 КК України до 3 років 2 місяців позбавлення волі; 3) 04.06.2003 р. за ч. 2 ст. 185, ч. 4 ст. 70 КК України до 3 років 2 місяців позбавлення волі; 4) 15.08.2003 р. за ч. 1 ст. 309, ст. 71 КК України до 3 років 4 місяців позбавлення волі (звільнився 07.09.2005 р. умовно-достроково на 27 днів). За цією справою засуджений 11.09.2006 р. Джанкойським районним судом АР Крим за ч. 4 ст. 130 КК України до 6 років позбавлення волі. З 05.11.2008 р. відбував покарання в Софіївській виправній колонії УДДУПВП у Запорізькій області. За час відбування покарання засуджений Н. порушував вимоги режиму тримання, на виробництві установи не працював через хворобу, участь у програмах виховного впливу не брав. Суд постановив: на підставі ст. 84 КК України звільнити засудженого Н. від подальшого відбування покарання у зв'язку з тяжким захворюванням. Спеціальною медичною комісією встановлено діагноз: ВІЛ-інфекція ІІІ клінічна стадія, орофарінгеальний кандидоз, гіпертермічний синдром, вірусний гепатит С, хламідіоз, синдром виснаження, обумовлений ВІЛ (дефіцит ваги 17,1%) [7].

Отже, з одного боку, держава зобов'язана вживати відповідні заходи, що захищають громадян від явно негативної поведінки ВІЛ-інфікованих осіб, що створюють небезпеку для інших громадян бути зараженими цією інфекцією. Про це свідчить наявність кримінальної відповідальності за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження ВІЛ чи вірусом іншої невиліковної інфекційної хвороби,

що є небезпечною для життя людини, а також необхідність призначити покарання винним особам у виді, наприклад, позбавлення волі. Тобто з правової точки зору важливим є організація примусової ізоляції підозрюваних та обвинувачених у скоєнні злочину, передбаченого ст. 130 КК України, а також засуджених за вчинення цього суспільно небезпечного діяння до позбавлення волі. З іншого боку, проблема ВІЛ-інфекції є не тільки соціальною, медичною, кримінальною, а й кримінально-виконавчою, оскільки в місцях ізоляції підозрюваних, обвинувачених у скоєнні злочинів (у слідчих ізоляторах), а також у місцях відбування покарання засудженими (у виправних установах) міститься значна кількість ВІЛ-інфікованих осіб. Згідно з офіційною статистикою в пенітенціарних установах поширеність ВІЛ-інфекції, як мінімум у 3 рази більша, ніж у населення в цілому. Разом з тим існують дані, які свідчать про те, що в колоніях кількість ВІЛ-позитивних осіб сягає 20,0% [1].

У чинному КВК України не передбачено окреме (ізольоване) тримання ВІЛ-інфікованих осіб у пенітенціарних установах. Призначення покарання у виді позбавлення волі для осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 130 КК України, не досягає цілей покарання, а навпаки, підвищує ризик інфікування інших осіб ВІЛ або вірусом іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини. Це обумовлено такими факторами, як висока щільність засуджених, вимушеність спати по черзі на одному і тому ж ліжку, випадки мужолозтва тощо.

Враховуючи недостатню кількість кваліфікованих кадрів у медичних частинах установ виконання покарань і слідчих ізоляторів; віддаленість деяких кримінально-виконавчих установ від центрів профілактики та боротьби зі СНІДом, що позбавляє фактичної можливості користуватися деякими ресурсами установ центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, засудженим ВІЛ-інфікованим особам; складну процедуру отримання необхідних медичних препаратів для такої категорії хворих осіб, необхідно вдосконалити організацію виконання покарання у виді позбавлення волі стосовно осіб, які є носіями ВІЛ чи вірусу іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини. Зокрема, необхідно: забезпечити ізоляцію такої категорії осіб зі створенням надійних умов щодо неможливості поширення ВІЛ чи вірусу іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, у місцях позбавлення волі; законодавчо закріпити права засуджених осіб, які є носіями ВІЛ чи вірусу іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, на надання медично-санітарної допомоги та психологічної підтримки в місцях позбавлення волі через забезпечення доступності проведення різних видів імунологічних досліджень, необхідних ВІЛ-інфікованим та особам, які хворіють на іншу невиліковну інфекційну хворобу, що є небезпечною для життя людини; розробити на законодавчому рівні спрощену процедуру передачі медикаментів і доступу фахівців для проведення консультацій, обстежень і корекцій лікування даної категорії осіб. У свою чергу вжиття цих заходів призведе до створення безпечних медико-санітарних умов у виправних колоніях для здорової частини засуджених.

Окрім покарання у вигляді позбавлення волі, санкція ч. 1 ст. 130 КК України передбачає також альтернативні види покарання у вигляді арешту на строк до трьох місяців або обмеження волі на строк до п'яти років.

Як вірно зазначав І.М. Гальперин, загальна тенденція щодо розширення в боротьбі зі злочинністю покарань, непов'язаних із позбавленням волі, вимагає в той же час всебічного врахування сучасних умов застосування кожного з видів цих покарань [2, с. 132].

Соціально-правові передумови запровадження та виконання арешту зумовили специфіку цього виду покарання, яке відповідно до чинного КК України зайняло самостійне місце в системі покарань між конфіскацією майна та обмеженням волі, чим нібито підкреслюється його усереднений характер. Однак переосмислення місця арешту в системі покарань дає змогу зробити висновок, що арешт є більш суворим покаранням, ніж обмеження волі, а тому, на думку Ю.В. Шинкарьова, повинен бути переміщений у цій системі ближче до позбавлення волі, оскільки він наближений до нього як за змістом, так і за суворістю [10, с. 10].

Покарання у вигляді арешту полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції та встановлюється на строк від одного до шести місяців. Відповідно до ч. 2 ст. 51 КВК України на засуджених до арешту поширюються обмеження, встановлені кримінально-виконавчим законодавством для осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі. Отже, умови відбування покарання у виді арешту повинні визначатися в рамках режимних вимог, що встановлюються у виправних колоніях. А ці режимні вимоги є виключно суворими, тим паче в колоніях з максимальним рівнем безпеки, оскільки там відбувають покарання найнебезпечніші категорії злочинців. Але як співвіднести суворі умови тримання та ізоляції, що застосовуються до осіб, які вчинили істотно менш небезпечні злочини, для того, щоб покарання, що застосовується до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, було справедливим, тобто відповідало ступеню тяжкості вчиненого злочину, обставинам його вчинення та особі винного?

Відповідно до положень ст. 15 КВК України покарання у виді арешту виконують арештні доми, у яких тримаються повнолітні особи, а також неповнолітні, яким на момент постановлення вироку виповнилося 16 років і які засуджені за злочини невеликої тяжкості. Якщо ж говорити про практичне застосування цієї норми, то, на жаль, на сьогоднішній день держава не готова виконувати такий вид покарання, оскільки на спорудження арештних будинків (з усією необхідною інфраструктурою) необхідні значні матеріально-фінансові ресурси. Частина 1 ст. 5 КВК України встановлює, що особи, засуджені до арешту, відбувають покарання, як правило, за місцем засудження в арештних домах. А це означає, що в межах кожної адміністративної території області, де розташований суд, необхідно побудувати мінімум один арештний дім (а фактично їх потрібно буде значно більше з урахуванням територіальних особливостей конкретної області). Варто погодитися з думкою І.І. Карпеця, що будь-яка спроба перенести перспективи майбутнього на сьогоднішній день, ігноруючи соціальні умови та можливості, рівень економічного розвитку суспільства, громадської та індивідуальної свідомості людей, не має реального підґрунтя [3, с. 147]. Кількість побудованих арештних домів на території України налічує одиниці, тому цей вид покарання відбувають в окремих постах та секціях слідчого ізолятора, які й так уже давно вичерпали свій ліміт наповнення ув'язненими (засудженими).

Враховуючи те, що засуджені до арешту за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 130 КК України, є носіями ВІЛ або вірусу іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, необхідно звернути увагу на медичне обслуговування такої категорії осіб в арештних домах. Відповідно до положень ст. 53 КВК України, медичне обслуговування засуджених до арешту здійснюється відповідно до норм, встановлених для осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі. Але це суто теоретичне положення, яке не було втілоно на практиці. Наприклад, необхідні ліки для підтримання здоров'я такої категорії засуджених осіб, враховуючи суворий режим ізоляції в арештних домах, не можуть бути передані а ні близькими родичами, ні іншими особами. Наявність власних медичних частин в арештних домах на законодавчому рівні не передбачена. Враховуючи те, що засудженні відбувають покарання у виді арешту в межах слідчого ізолятора, можна було б говорити про отримання медичної допомоги в стаціонарах медичних частин СІЗО. Але процедура переведення такої категорії засуджених до медичних частин СІЗО; як і можливість проведення імунологічних досліджень, призначення АРТ, безкоштовного забезпечення медичними препаратами, доступ фахівців для проведення консультацій, обстежень та корекцій лікування даної категорії осіб, теж не передбачена.

Відповідно до ч. 2 ст. 50 КВК України засуджений відбуває весь строк покарання в одному арештному домі. Переведення засудженого до арешту з одного арештного дому до іншого допускається в разі його хвороби або для забезпечення його безпеки, а також з інших поважних причин, що перешкоджають подальшому перебуванню засудженого в цьому арештному домі. Переведення через хворобу таких осіб до закладів охорони здоров'я Державної пенітенціарної служби України на загальних для засуджених підставах зараз неможливе. Хоча переведення через хворобу в інший арештний дім законодавчо передбачено, але з урахуванням короткочасного строку самого покарання та відсутності достатньої кількості арештних домів реалізувати це вкрай складно [8, с. 183].

Враховуючи відсутність належних умов для відбування покарання у вигляді арешту, є пропозиція виключити арешт як альтернативний вид покарання з санкції ч. 1 ст. 130 КК України.

У свою чергу, введення в санкцію ч. 1 ст. 130 КК України таких альтернативних видів покарань, як штраф та (або) виправні роботи, на нашу думку, є недоцільним, оскільки, виходячи з аналізу кримінальних справ, порушених за цією частиною статті КК України, більшість засуджених осіб, які є носіями ВІЛ або вірусу іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, є безробітними (мають скрутне матеріальне становище), неодноразово судимими, ін'єкційними наркоманами.

Література

1. Жовтяк В. ВИЧ-инфицированных в украинских тюрьмах не лечат. Их убивают / В. Жовтяк //Украина криминальная [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cripo.com.ua/.
2. Гальперин И. Наказание: социальные функции, практика применения / И. Гальперин. – М. : Юрид. лит., 1983. – 208 с.
3. Карпец И. Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы / И. Карпец. – М. : Юрид. лит., 1973. – 287 с.

4. Кримінальна справа № 11-596/11 за 2011 рік // Архів Апеляційного суду Миколаївської області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudy
5. Кримінальна справа № 1-192-2007 за 2007 рік // Архів Гайсинського районного суду Вінницької області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudy.
6. Кримінальна справа № 1-92/09 за 2009 рік // Архів Звенигородського районного суду Черкаської області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudy.
7. Кримінальна справа № 5-0805-516/2011 за 2011 рік // Архів Вільнянського районного суду Запорізької області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudy.
8. Кримінально-виконавчий кодекс України : [науково-практичний коментар] / [А. Степанюк, І. Яковець] ; за заг. ред. А. Степанюка. – Х. : Одіссей, 2005. –560 с.
9. Пономарев П. Осуществление целей наказания / П. Пономарев // Советская Юстиция. – 1982. – № 15. – С. 22.
10. Шинкарьов Ю. Арешт як вид кримінального покарання та особливості правового регулювання його виконання та відбування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Ю. Шинкарьов ; Харківській національний педагогічний університет ім. Г. С. Сковороди. – Львів, 2007. – 16 с.

Анотація

Корнієнко Є. В. **Покарання за зараження вірусом імунодефіциту людини або іншою невиліковною інфекційною хворобою.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню питання щодо призначення покарання особам, які вчинили злочин, передбачений ст. 130 КК України.

Ключові слова: ВІЛ, АРТ, інші невиліковні інфекційні хвороби, пенітенціарні установи, арешт, позбавлення волі.

Аннотация

Корниенко Е. В. **Наказание за заражение вирусом иммунодефицита человека или иной неизлечимой инфекционной болезнью.** – Статья.

Статья посвящена освещению вопроса о назначении наказания лицам, совершившим преступление, предусмотренное ст. 130 УК Украины.

Ключевые слова: ВИЧ, АРТ, иные неизлечимые инфекционные болезни, пенитенциарные учреждения, арест, лишение свободы.

Summary

Kornienko E. V. **Penalties for infection with HIV or any other incurable contagious disease.** – Article.

The article is devoted to the issue of assignment of punishment to persons who committed a crime provided by Art. 130 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: HIV, antiretroviral therapy, other incurable contagious diseases, penitentiaries, arrest, deprivation of freedom.

УДК 343.825

Т. І. Вергун, В. В. Назаренко

ЗАПОБІГАННЯ НЕЗАКОННОМУ ОБІГУ СИНТЕТИЧНИХ КАННАБІНОЇДІВ ПРАВООХОРОННИМИ ОРГАНАМИ В УКРАЇНІ

Нова загроза суспільства «легальні» наркотики все більше поширюється теренами України. Сучасні відкриття вчених та технологічні розробки хімічних лабораторій доповнюють ряди існуючих природних наркотиків синтетичними аналогами, які є порівняно дешевим засобом для знищення людства.

Зростання споживання курильних сумішей останнім часом стає однією із серйозних соціальних проблем. Зростаючий попит споживачів на психоактивні речовини формує передумови для постійного розширення асортименту синтетичних каннабимиметиків. Недосконалість законодавства в питаннях контролю нових субстанції дає латентний період для тимчасового обігу речовин, які підпадають під заборону. Речовини, внесені в списки наркотичних засобів і психотропних речовин, ідуть із ринку, а на їх місце надходять нові, неконтрольовані законодавством.

Найбільша загроза – це вже не афганський героїн, а китайські синтетичні каннабіноїди. Так звані «курильні суміші» на основі сімейства речовин JWH (сленгова назва «джи ві аш») довгий час були легальними. Постійно з'являються та удосконалюються нові речовини із цього сімейства. З моменту їх появи до внесення в список заборонених проходять роки, що сприяє поширенню такого суспільно-небезпечного явища, як наркоманія, і значно ускладнює життя правоохоронним органам.

Починаючи з 2004 року в країнах Європи в продажу, головним чином через інтернет-магазини, з'явилися курильні суміші під назвами «Spice diamond», «Spice gold», «Spice silver», «Smoke», «Smoke Plus», «Sence», «Skunk», «Yucatan Fire» та ін. Ці суміші позиціонували як легальні суміші для паління. Судово-медичний скринінг біорідин, крові та сечі на виявлення в них наркотичних засобів та їх метаболітів показував негативні результати, завдяки тому ці суміші для паління отримали загальну популярність серед осіб, що вживають марихуану, у багатьох країнах світу. За словами осіб, що використовували ці суміші, вони володіють наркотичними ефектами, схожими з ефектами від вживання наркотичних засобів, що отримують із коноплі.

Вперше курильні суміші («спайси») з'явилися як пахощі в країнах Європи, Північної Америки та Нової Зеландії. Виробники «спайсів» декларували їх як суміші легальних лікарських трав. При цьому, як рекламували виробники, кожна з лікарських трав, що вживається окремо, робить слабкий ефект, а вживання суміші цих трав призводить до взаємного посилення ефектів, що дозволяє досягнути багаторазового посилення загального ефекту, схожого за своєю психоактивною дією на дію наркотичного засобу марихуана.

У зв'язку з тим, що в деяких із досліджуваних сумішей були виявлені фрагменти таких рослин, як блакитний лотос, гавайська роза та шавлія віщунів, що мають психоактивну дію, у деяких країнах було заборонено оборот курильних сумішей, що містять вищевказані компоненти.

© Т. І. Вергун, В. В. Назаренко, 2014

Листя рослини шавлії віщунів містять психоактивний галюциноген «сильвинорин А». Під час вживання сальвиноринів, наприклад, шляхом паління листя шавлії віщунів може виникати ряд виражених ефектів, прямо пов'язаних із механізмом психоактивної дії сальвинорина А.

Насіння рослини виду роза гавайська містять численні аміди лізергінової кислоти, включно й ергін (амід d-лізергінової килоти, LSA або LA-111), ерговін та ізоергін. Ефекти перорального застосування насіння гавайської рози можна порівняти з дією ЛСД. Звичайно, доза складає 7–8 насінин, яке спочатку перемелюють та (або) пережовують, а далі з'їдають. Тривалість дії варіюється від 4 до 12 годин з м'якими галюциногенними пост-ефектами, що тривають протягом дня [2].

Період 2009–2013 років характеризувався різким сплеском розповсюдження на території України широкого спектру синтетичних сполук, які, по суті, є структурними аналогами раніше відомих наркотичних засобів та психотропних речовин, зокрема так званих «синтетичних каннабіноїдів».

Синтетичні каннабіноїди реалізовуються на території України під виглядом цілком легальних: «ароматизаторів приміщень» (типу «ладану»); «курильних сумішей» (так званих «спайсів»); «солей для ван»; «засобів для підживлення рослин» тощо.

Торгівельні назви таких сумішей нараховували десятки різних брендів («Nirvana», «Tornado», «Zombie», «АК-47», «Elvis» та інші), поряд із різноманітними торговими марками зустрічались також рослинні суміші, розфасовані в пакетики без будь-яких маркувальних позначень. У теперішній час виробники та продавці відійшли від практики бренд-неймінгу та почали використовувати умовні кодові назви (А3, Е2, М1).

Природні каннабіноїди – це група терпенових сполук, які є в рослинах роду Cannabis (коноплі), що мають виражену дію на нервову та імунну системи живих організмів.

Більш широке визначення каннабіноїдів – це група сполук, які структурно подібні до тетрагідроканнабінолу (ТГК) або які утворюють зв'язок з каннабіноїдними рецепторами в організмі людини.

Два головні каннабіноїдні рецептори (СВ) були відкриті в 80-х роках минулого століття. Тип рецепторів СВ1, які знаходяться, головним чином, у центральній нервовій системі, відповідає за психоактивні ефекти, тоді як тип СВ2 відповідає за імунну систему.

Збільшений попит на синтетичні наркотики й препарати, які продаються за рецептами, перекреслює успіхи, досягнуті в боротьбі за скорочення споживання кокаїну й героїну в усьому світі, попереджає ООН. У своєму щорічному звіті Управління ООН з наркотиків і злочинності (ЮНОДК) наголошує, що в Європі спостерігається особлива прихильність певних категорій людей до психоактивних речовин [1].

Законодавче обмеження обігу найбільш поширених у 2009–2010 роках новітніх психотропних сполук реалізовано шляхом внесення змін до «Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів» (далі – Переліку) (постанови Кабінету Міністрів України від 31.05.2010 року № 373 та від 05.01.2011 року № 4), згідно з якими більшість синтетичних каннабіноїдів, які були виявлені

в незаконному обігу на території України, віднесено до списку 2 таблиці 1 «Особливо небезпечні психотропні речовини, обіг яких заборонено» [7].

Однак на зміну цим забороненим речовинам наркоділками почали поширюватись інші новітні «конструкторські препарати». Якщо на території Дніпропетровської області у 2010–2011 роках в обігу зустрічалися такі речовини, як JWH-018, JWH-210, JWH-250, AM-2201, то в 2012 році з'являються 5F-UR-144, AKB-48. У грудні 2012 року AKB-48 (N-індазол-3-карбоксомід) та 5F-UR-144 (1-[(5-флюоропентил)-1H-індол-3-іл]-(2,2,3,3-тетраметилцикло-пропіл) метанон було внесено до Переліку. У 2013 році на території Дніпропетровської області з'являються STS-135 (N-(адамантан-1-іл)-1-(5-флюропентил)-1H-індол-3-карбоксамід), ADB-PINACA (N-(1-аміно-3,3-діметил-1оксобутан-2-іл)-1-пентил-1H-індазол-3-карбоксамід) та ADBICA-BZ-F (N-(1-карбамоіл-2,2-диметилпроп-1-іл)-1-(4-флюоробензил)-1H-індол-3-карбоксамід), які до наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів не відносяться.

З 2013 року на території України з'являються синтетичні каннабимиметики, що представляють собою складні ефіри N-алкільних похідних індол-3-карбонової кислоти та 8-оксихіноліну (PB-22, PB-22F), а також похідні індазол-3-карбоксаміду, що містять карбамоїлпропільне угруповання (AB-PINACA, AB-FUBINACA).

Річний звіт EMCDDA–Europol з психоактивних речовин засвідчує, що загалом у 2012 році в ЄС системою раннього попередження (СРП) було вперше зафіксовано 26 нових психоактивних речовин [3].

Серед зафіксованих субстанцій виділяють 2 групи: синтетичні каннабіноїди (23 одиниці) та синтетичні катінони (3 одиниці). За інформацією Європейського Центру з моніторингу за наркотиками та наркоманією (EMCDDA) ці препарати разом представляють дві третини усіх зафіксованих речовин. У 2011 та 2010 роках було зафіксовано, відповідно, 41 та 24 нових субстанцій.

2012 рік став рекордсменом за кількістю та різноманітністю синтетичних каннабіноїдів, серед яких було виявлено 5 нових хімічних груп. Таким чином, починаючи з 2008 року, загальна кількість синтетичних каннабіноїдів складає 45 і є найбільшою групою, яка підлягає моніторингу СРП [6].

Вищезазначене свідчить про те, що нова загроза суспільства – «легальні» наркотики все більше поширюється теренами України. Сучасні відкриття вчених та технологічні розробки хімічних лабораторій доповнюють ряди існуючих природних наркотиків синтетичними аналогами, які є порівняно дешевим засобом для знищення людства.

Концепція реалізації державної політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів на 2011–2015 роки розглядає попередження та виявлення порушень законодавства у сфері обігу названих речовин як один із пріоритетних напрямів боротьби, що здійснюється правоохоронними органами.

Основними проблемами, які потребують розв'язання, такі: високий рівень попиту на наркотичні засоби та психотропні речовини, а також лікарські засоби, зловживання якими може викликати наркотичну залежність; низька ефективність діяльності органів виконавчої влади, спрямованої на реалізацію державної

політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів; неналежний рівень міжвідомчої координації та практичної взаємодії центральних органів виконавчої влади у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів; відсутність належного контролю за виробництвом, виготовленням, придбанням, зберіганням, відпуском, обліком, перевезенням, пересиланням наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів, а також лікарських засобів, зловживання якими може викликати наркотичну залежність; низький рівень поінформованості населення щодо наслідків розповсюдження наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів, а також лікарських засобів, зловживання якими може викликати наркотичну залежність, вживання зазначених засобів та речовин не за медичним призначенням; недостатність вжиття заходів, спрямованих на реабілітацію осіб із наркотичною залежністю; здійснення незаконного транзиту наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів територією України.

Розв'язання зазначених проблем можливе за умови вжиття на державному рівні заходів для протидії поширенню наркоманії й боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів [8].

У сучасних інноваційних умовах ефективна діяльність правоохоронних органів України щодо виявлення, розкриття, розслідування та запобігання незаконного обігу наркотичних засобів базується на системі концептуально нових наукових підходів, які обумовлюють насамперед корінні зміни організаційно-правових основ функціонування цих органів [4, с. 371–373].

Боротьба з незаконним обігом наркотичних засобів, у тому числі синтетичних каннабіноїдів, є важливим фактором стримування їх розповсюдження та незаконного вживання. Діяльність у цьому напрямі має передбачати не лише проведення оперативно-розшукових, митних, судово-адміністративних та фінансово-ревізійних заходів, а й перекриття державного кордону, у тому числі:

– зміцнення підрозділів, зайнятих безпосередньо боротьбою зі злочинністю, пов'язаною з наркотичними засобами й психотропними речовинами, кваліфікованими кадрами, оснащення їх сучасними технічними засобами;

– створення при МВС, (з підтримкою держави, громадських формувань і комерційних структур) спеціального фонду з боротьби з наркомафією;

– здійснення програм у галузі виявлення й знищення незаконних посівів наркомістких рослин із використанням сучасних науково-технічних засобів;

– виявлення й припинення злочинної діяльності окремих осіб і організацій, які займаються незаконним виробництвом, зберіганням, транспортуванням, збутом наркотичних засобів, «відмиванням» наркогрошей; припинення зрощування структур наркобізнесу з терористичними та іншими злочинними угрупованнями;

– співробітництво із зарубіжними та міжнародними правоохоронними органами й організаціями, що займаються боротьбою з наркобізнесом, а також його правове забезпечення [5, с. 198–203].

Працівникам правоохоронних органів слід звернути увагу на велику кількість інтернет-сайтів, які пропонують синтетичні каннабіноїди під виглядом як порошків, так і готових сумішей для куріння.

Користувачі подібних сайтів, безумовно, усвідомлюють суспільну небезпечність своїх діянь, замовляючи пересилання чи перевезення синтетичних каннабіноїдів, а отже, на них має бути звернена увага вітчизняних та іноземних працівників правоохоронних органів.

Література

1. BBC [Електроний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bbc.com/?ocid=global-barlesque-pinned-ie9.
2. Дослідження синтетичних каннабіноїдів : метод.реком. / В.В. Вартузов, О.М. Барікова, О.О. Посільський, С.А. Дуброва. – К. : ДНДЕКЦ, 2011. – 22 с.
3. Звіт Українського медичного та моніторингового центру з алкоголю та наркотиків МОЗ України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index211534RU.html.
4. Кириченко Г.В. Запобігання контрабанді синтетичних каннабіноїдів правоохоронними органами / Г.В. Кириченко // Актуальні проблеми правоохоронної діяльності та юридичної науки : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Дніпропетровськ, 19–20 верес. 2013 р.). – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2013. – С. 371–373.
5. Кириченко Г.В. Кримінально-правове запобігання незаконному обігу наркотичних засобів / Г.В. Кириченко // Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. – Сімферополь. – 2013. – Т. 26 (65). – № 2-1. – Ч. 2. – С. 198–203.
6. Національний звіт щодо наркотичної ситуації 2013 (дані 2012 року) для Європейського моніторингового центру з наркотиків та наркотичної залежності. Україна / ДУ УММЦАН МОЗ України, – К. 2013. – 20 с.
7. Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 № 770 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/770-2000 р.
8. Про схвалення Концепції реалізації державної політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів на 2011–2015 рр. : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2010 р. № 1808-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua.

Анотація

Вергун Т. І., Назаренко В. В. **Запобігання незаконному обігу синтетичних каннабіноїдів правоохоронними органами в Україні.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню основних засад запобігання незаконного обігу синтетичних каннабіноїдів провоохоронними органами в Україні, а також системі концептуально нових наукових підходів, які обумовлюють корінні зміни організаційно-правових основ функціонування правоохоронних органів.

Ключові слова: синтетичні каннабіноїди, наркотичні засоби, психотропні сполуки, правоохоронні органи, незаконний обіг наркотичних засобів.

Аннотация

Вергун Т. И., Назаренко В. В. **Предотвращение незаконного обращения синтетических каннабиноидов правоохранительными органами в Украине.** – Статья.

Статья посвящена освещению основных принципов предотвращения незаконного оборота синтетических каннабиноидов правоохранительными органами в Украине, а также системе концептуально новых научных подходов, которые обусловливают коренные изменения организационно-правовых основ функционирования правоохранительных органов.

Ключевые слова: синтетические каннабиноиды, наркотические средства, психотропные соединения, правоохранительные органы, незаконный оборот наркотических средств.

Summary

Verhun T. I., Nazarenko V. V. **Prevention of illicit trafficking of synthetic cannabinoids by law-enforcement agencies in Ukraine.** – Article.

The article is devoted to the basic principles of prevention of illicit trafficking of synthetic cannabinoids provoohoronnymy authorities in Ukraine , as well as the system conceptually new scientific approaches that lead to fundamental changes in the organizational and legal framework for the police.

Key words: synthetic cannabinoids, drugs, psychotropic compounds, law-enforcement, drug trafficking.

УДК 343.12:343.985(477)

Р. В. Тарасенко

ДО ПИТАННЯ ДОПУСТИМОСТІ АНОНІМНИХ СВІДЧЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Останнім часом у практичній діяльності судово-слідчі органи все більше стикаються з випадками надання анонімних свідчень, тобто показань, які надаються учасниками процесу під псевдонімом або свідками, узятими під захист, зі збереженням достовірних відомостей про їх особи. У науково-практичній літературі з кримінального процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності ці питання висвітлюються здебільшого в контексті забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства та подолання протидії здійсненню кримінального провадження з боку організованих злочинних угруповань. Проте майже відсутні наукові публікації, присвячені питанням допустимості й процесуальної придатності таких свідчень, адже проблема оцінки доказів у кримінальному процесі являє собою одну із центральних проблем теорії доказування, що має велике практичне й теоретичне значення.

Окремі проблеми забезпечення безпеки учасників процесу та їх участі в кримінальному судочинстві під псевдонімом досліджувалися в працях відомих учених, зокрема В.П. Бахіна, В.І. Галагана, О.Ф. Долженкова, В.С. Зеленецького, А.В. Іщенка, Н.С. Карпова, В.К. Лисиченка, Д.Й. Никифорчука та інших. На монографічному рівні зазначеної проблематики у своїх роботах торкалися українські дослідники І.В. Басиста, О.О. Гриньків, Г.О. Душейко, Ю.М. Крамаренко, М.В. Куркін, А.О. Ляш, Т.І. Панасюк, С.М. Пашков, Р.М. Шехавцов. Дослідженню окремих питань допустимості, належності й достовірності доказів присвятили свої праці В.П. Гмирко, Ю.М. Грошевий, М.М. Михеєнко, Ю.Ю. Орлов, Б.Г. Розовський, Н.В. Сибільова, С.М. Стахівський, В.М. Тертишник, М.І. Чверткін та інші науковці. Однак, поділяючи й поважаючи думки багатьох із цих авторів, хотілося б детальніше зупинитися на теоретичному переосмисленні процесуальної значущості та допустимості анонімних свідчень у кримінальному процесі.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України не оперує такими термінами, як «анонімність» або «псевдонім», на відміну від КПК 1960 року, який передбачав механізм нерозголошення відомостей про особу, щодо якої здійснюються заходи безпеки, та заміну справжніх даних такої особи на псевдонім (ст. 52-3); забороняв допитувати свідків, які дають показання під псевдонімом, щодо дійсних даних про їх особу, а також інших осіб щодо цих даних (п. п. 4–5 ч. 1 ст. 69) тощо.

Натомість чинний КПК України у ст. 65 узагальнено передбачає, що свідки, до яких застосовано заходи безпеки, не можуть бути допитані щодо дійсних даних про їх особу; інші особи, які мають відомості про дійсні дані осіб, до яких застосовано заходи безпеки, не можуть бути допитані щодо цих даних (п. п. 9–10 ч. 2 ст. 65). На нашу думку, таке формулювання законодавця, як «свідок, що є особою, до якої застосовані заходи безпеки», не повною мірою відображає функціональну сторону

© Р. В. Тарасенко, 2014

участі такої особи в процесі. Адже зі змісту зазначеної норми КПК України не можна зробити однозначний висновок, які саме заходи безпеки застосовуються. Чи це заходи, спрямовані на нерозголошення відомостей про особу, чи вони націлені на фізичний захист особи та охорону її житла, чи взагалі пов'язані з більш кардинальними заходами, наприклад, переселенням в інше місце проживання.

Більш-менш коректно сформульовані положення ст. 272 чинного КПК України щодо особи, яка виконує спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації. Чітко визначено, що ця негласна слідча (розшукова) дія (далі – НСРД) здійснюється зі збереженням у таємниці достовірних даних про таку особу. На практиці це положення зобов'язує слідчих і прокурорів виносити постанови про забезпечення безпеки таких осіб і збереження в таємниці достовірних відомостей про них. Цього вимагає також ч. 2 ст. 256 КПК України, що регламентує використання результатів НСРД та зобов'язує проводити допит осіб, яких було залучено до проведення НСРД, зі збереженням у таємниці відомостей про них та із застосуванням щодо них відповідних заходів безпеки, передбачених законом.

Потрібно розтлумачити, що в такому разі маються на увазі заходи безпеки, передбачені п. «ж» ч. 1 ст. 7 та ст. 15 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». Тобто заходи безпеки, спрямовані на забезпечення конфіденційності відомостей про особу, зокрема шляхом обмеження відомостей про особу в матеріалах перевірки (заявах, поясненнях тощо), а також протоколах слідчих дій та інших матеріалах кримінального провадження, заміни прізвища, імені, по батькові в цих документах псевдонімами за постановою органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора або за ухвалою слідчого судді, суду про зміну анкетних даних. У разі проведення цих заходів надалі в процесуальних документах зазначається лише псевдонім особи, якій загрожує небезпека. Однак, хоча обмеження відомостей про таких осіб і проведення слідчих дій без зазначення справжніх даних викликане потребою дотримання об'єктивності й неупередженості кримінального судочинства, знаходяться окремі дослідники-супротивники цих процесуальних положень.

Досвідчений адвокат і вчений М.І. Чверткін недвозначно стверджує, що отримання фактичних даних із невідомих джерел, перевірити які процесуальним шляхом неможливо, зумовлює їх недопустимість [15, с. 203–204]. Радянські дослідники І.Л. Петрухін, Г.П. Батуров і Т.Г. Морщакова вважають, що анонімність уподібнює кримінальний процес до інквізиції, оскільки позбавляє обвинуваченого й підсудного права знати особу, яка викрила його у вчиненні злочину [13, с. 70]. Аналогічної позиції дотримується російський науковець І.Б. Михайловська, яка вважає, що ці положення становлять явну загрозу правам особи, навіть більшу, ніж наявні на сьогодні закони [11, с. 109]. Зазначені позиції змушують замислитися над обґрунтованістю проаналізованих вище процесуальних положень. Проте в чомусь такі претензії авторів перебільшені, оскільки винуватість обвинуваченого встановлюється судом, виходячи із сукупності доказів, а не показань одного свідка, а достовірність останніх також може бути піддано сумнівам із боку суду.

Багато правозахисників та адвокатів переконані, що використання в кримінальному провадженні результатів допиту осіб під псевдонімом, анонімності учасників процесу може призвести до вкрай неприємної ситуації, коли судово-слідчі органи прямо звинуватять у фальсифікаціях доказів і використанні підставних свідків. Так вважає Г.О. Душейко, який прямо вказує на проблему порушення принципу змагальності в кримінальному судочинстві, оскільки сторона захисту обмежена в засобах відстоювання своїх тверджень та оскарження тверджень сторони обвинувачення [9, с. 215]. З іншого боку, сторона захисту має процесуальну можливість відстоювати власні інтереси в повному обсязі щодо інших доказів, які викривають обвинуваченого.

Дослідники В.І. Бояров та О.В. Рохненко також негативно відгукуються про анонімність свідків (потерпілих) у тому вигляді, у якому її закріплено в законі, що ставить обвинуваченого (підсудного) у нерівноправне становище порівняно з іншими учасниками процесу, обмежуючи деякою мірою його право на захист, зокрема, позбавляючи можливості повноцінної участі в дослідженні доказів під час розгляду справи. Згадані вчені вважають, що не знаючи, хто той «таємничий» свідок (потерпілий), захист практично не має змоги спростувати його показання, наприклад, шляхом доведення, що він не міг бути очевидцем, оскільки перебував у цей час в іншому місці [2, с. 36]. Однак вважаємо, що потрібно договорювати до кінця й зазначати про можливість отримання певної інформації про вчинені протиправні дії, лише знаходячись у певному середовищі (злочинній групі, на певному об'єкті тощо). Факт перебування в певному місці здатні довести, наприклад, сучасні телекомунікаційні технології (GSM-позиціонування тощо), які дозволяють встановити, де перебував абонент рухомого мобільного зв'язку в конкретно визначений час. А відомості про місце перебування конкретного анонімного свідка можуть підтверджуватися, виходячи із зіставлення окремих подробиць його свідчень з іншими доказами тощо.

На думку М.М. Казаренка, приховування в кримінальному процесі джерела інформації викликає обурення, оскільки це суперечить принципам кримінального судочинства, а саме безпосередності, змагальності та рівноправності сторін [10, с. 51]. Наприклад, у Німеччині (ФРН) цю проблему вирішено шляхом обмеження можливості використання цього заходу лише «під час захисту особою охоронюваних інтересів (життя та здоров'я свідків)», а, наприклад, образа не є достатньою підставою для його застосування [6, с. 60]. У цьому простежується певна виключність застосування інституту анонімного свідка та доцільність його застосування в справах, пов'язаних з учиненням тяжких та особливо тяжких злочинів. До того ж встановлення законодавством можливості анонімного надання свідчень дійсно певною мірою обмежує захист обвинуваченого, проте, з іншого боку, відсутність такої можливості ставить під загрозу законні інтереси учасників процесу, які сприяють кримінальному судочинству.

Позитивно ставиться до використання псевдонімів у кримінальному процесі Л.В. Брусніцин [4, с. 23–25], вказуючи на існуючу необхідність надання певним учасникам кримінального судочинства вигаданих анкетних даних. На думку цього автора, згідно з рішеннями Європейського суду з прав людини в Страсбурзі

використання показань, наданих анонімними свідками, як доказів узгоджується з положенням Європейської Конвенції про захист прав та основних свобод людини [3, с. 48]. Інший дослідник – Ф.Г. Григор'єв, аналізуючи практику того ж Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), акцентує увагу на тому, що суд загалом ставиться негативно до показань анонімних свідків, проте як виняток бере їх до уваги [7, с. 96–97].

Зазначені доволі суперечливі погляди науковців, дослідників, правозахисників, адвокатів, практиків судової й правоохоронної діяльності щодо оцінки допустимості та прийнятності анонімних свідчень додають неабиякої цікавості цій темі, вимагають більш детального вивчення. Звернемося до практики Європейського суду з прав людини, зокрема, рішення ЄСПЛ «Доорсон проти Нідерландів» (№ 20524/92 від 26 березня 1996 року). ЄСПЛ у ньому звертає увагу, що «торговці наркотиками часто вдаються до погроз і до прямого насильства щодо осіб, які свідчать проти них», на підставі викладених фактів встановлює, що для збереження анонімності свідків є достатні причини [8, с. 281]. А ось щодо рішення «Краснікі проти Чехії» (№ 51277/99 від 28 лютого 2006 року) ЄСПЛ «не переконався, що зацікавленість свідків у тому, щоб і далі залишатися анонімними, могла виправдати аж таке обмеження прав заявника». У цій справі ЄСПЛ зазначає: «Слідчий, мабуть, зважив на характер середовища наркоторговців, які, за словами уряду, часто вдаються до погроз або фактичного насильства щодо наркоманів та інших осіб, які проти них свідчать. І ті, отже, могли побоюватися помсти з боку наркоторговців і травмувань. Однак із протоколів, складених під час опитування свідків 11 липня 1997 року, або з протоколів суду не можна встановити <...> як слідчий і суддя, що вів справу, оцінювали обґрунтованість страху, який свідки мали щодо заявника, чи то під час їхнього допиту в поліції, чи вже під час допиту «Яна Новотного» в суді. Крайовий суд також не досліджував серйозності та обґрунтованості причин для надання свідкам статусу анонімних, коли затверджував рішення окружного суду, який ухвалив використати свідчення анонімних свідків як доказ проти заявника...» [8, с. 281].

Як бачимо, ЄСПЛ звертає увагу на обов'язкову наявність серйозності та обґрунтованості причин для надання свідкам статусу анонімних, головною з яких є наявність реальної загрози життю й здоров'ю учасника кримінального судочинства. Виходячи з аналізу прецедентних рішень ЄСПЛ, можна стверджувати, що сам факт виконання завдань поліції на негласній (конфіденційній) основі є цілком достатньою причиною для збереження анонімності свідка. У такому разі інтереси обвинуваченого є менш важливими, ніж необхідність гарантувати безпеку свідку.

Проте це не означає, що сторона захисту не може поставити анонімному свідкові запитання та піддати сумнівам достовірність його свідчень. Так, відповідно до рішення «Люді проти Швейцарії» (№ 12433/86 від 15 червня 1992 року) ЄСПЛ звертає увагу, що допит і зіставлення свідчень «можна було б зробити в спосіб, який враховував би в справі, пов'язаній із торгівлею наркотиками, законні інтереси органів поліції в збереженні анонімності їхнього агента і дав би їм змогу захистити його й використовувати в майбутньому», тобто запобігти обмеженню прав сторони захисту [8, с. 282]. Наприклад, у справі «Доорсон проти Нідерландів» адвокатові

сторони захисту дозволили *поставити запитання анонімним свідкам* (крім тих запитань, що могли призвести до розкриття їхньої особи), а сам суд і сторона обвинувачення *не спиралися тільки або значною мірою на покази анонімних свідків* [8, с. 283].

Забезпечення анонімності особи, яка потребує захисту, передбачене низкою законодавств сусідніх країн СНД. Статтею 11 КПК Російської Федерації закріплено обов'язок органу дізнання, дізнавача, слідчого, прокурора та суду вживати заходи щодо захисту осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві [14, ст. 11]. Так, у ч. 3 ст. 11 КПК Російської Федерації зазначено процесуальні заходи безпеки, що їх зобов'язані застосовувати особи, які здійснюють кримінальне судочинство, а саме можливість (необхідність) забезпечити конфіденційність даних про особу, яка потребує захисту (потерпілого, його представника, свідка, їх родичів, близьких та інших). Додамо, що можливість участі в кримінальному судочинстві анонімного свідка – це не нова ідея. Зокрема, у багатьох країнах (США, Великобританія, ФРН, Данія та інші) її застосовують уже тривалий час. Інститут анонімного свідка сформовано також у кримінально-процесуальному праві Республіки Польща. У цій державі дійшли висновку, що запровадження можливості забезпечити конфіденційність персональних (ідентифікаційних) даних свідка уможливить захист цієї особи від погроз, які можуть виникнути під час виконання нею законного обов'язку співпраці з правоохоронними органами [5, с. 40].

Зумовлені практикою питання потребують якнайскорішого вирішення шляхом деталізації у відповідних нормативних актах щодо порядку здійснення заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, що істотно зачіпає права інших його учасників. Це сприятиме також дотриманню законності як під час досудового слідства, так і під час судового розгляду справи, встановленню об'єктивної істини в справі [2, с. 37]. Так, окремі автори пропонують розробити Закон про захист прав потерпілих і свідків, у якому передбачити інститут анонімного свідка [12, с. 140]. Проте в цьому немає потреби, адже національне законодавство передбачає для цього майже всі правові засоби.

Управління Організації Об'єднаних Націй щодо наркотиків і злочинності підтверджує, що приховування частини або всієї докладної інформації про особу свідка від сторони захисту й публіки може стати ефективним засобом захисту в тих поодиноких випадках, коли сутність самих свідчень не дозволяє стороні захисту ідентифікувати свідка, а свідчення підкріплюються також іншими доказами [16, с. 38]. За кордоном до цього заходу суд зазвичай вдається на прохання свідка, і рішення може бути оскаржено й анульовано. Країни, які допускають анонімні показання свідків, зберігають дані про особу свідка окремо від стенограми судового засідання й у надійному місці, переслідують за законом за будь-яку спробу розкрити особистість анонімного свідка.

Судова практика Європейського суду з прав людини у зв'язку з дотриманням ст. 6 (право на справедливий судовий розгляд) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод дозволила встановити низку умов для використання анонімних свідків, які відображені у відповідному законодавстві й судовій практиці 46 держав-учасниць Конвенції про захист прав людини та основоположних

свобод та які обмежують вагу й доказову цінність, що можуть надаватися таким свідченнями (див. рішення ЄСПЛ «Костовські проти Нідерландів» від 20 листопада 1989 року № 11451/85, «Віндіш проти Австрії» від 27 вересня 1990 року № 12489/86; «Люді проти Швейцарії» від 15 червня 1992 року № 12433/86; «Доорсон проти Нідерландів» від 26 березня 1996 року № 20524/92) [16, с. 39].

Загалом у розвинених правових системах спостерігаються дві форми участі анонімних свідків у кримінальному процесі: часткова та повна. Якщо допускається *часткова (обмежена) анонімність,* то свідок може бути підданий стороною захисту перехресному допиту в суді, однак він не зобов'язаний називати своє справжнє ім'я або інші докладні особисті дані, наприклад, адресу, рід занять чи місце роботи. Цей захід особливо корисний під час заслуховування показань свідків – таємних агентів і членів груп спостереження, які можуть опинитися в небезпеці, якщо їх справжня особистість стане відома іншим учасниками процесу або публіці [16, с. 39]. Такі свідки зазвичай дають свідчення в суді під вигаданим ім'ям, під яким вони були відомі в ході операції, проте називають свою справжню посаду та виконувану ними функцію (працівник поліції, слідчий, спеціальний агент тощо). Кримінальне процесуальне законодавство України також передбачає можливість допиту як свідків штатних негласних працівників органів внутрішніх справ, насамперед працівників підрозділів оперативно-технічних заходів та оперативної служби. Відповідно до ст. 252 чинного КПК України (фіксація ходу й результатів негласних слідчих (розшукових) дій) відомості про осіб, які проводили НСРД або були залучені до їх проведення, у разі здійснення щодо них заходів безпеки можуть зазначатися із забезпеченням конфіденційності даних про таких осіб.

Якщо в кримінальному процесі допускається *повна (абсолютна) анонімність,* то вся персональна інформація про особистість свідка залишається в таємниці. Повна анонімність є винятковим заходом і може мати серйозні наслідки для права обвинуваченого на справедливий і відкритий судовий розгляд, на очну ставку й права на перехресний допит свідка. Вона накладає обмеження на право оскаржити справжність, точність і щирість показів свідків. Адже сторона захисту в таких випадках не в змозі перевірити будь-який зв'язок із підозрюваним (обвинуваченим), що може стати причиною упередженого ставлення; походження інформації; будь-які особисті дані, які можуть вплинути на довіру до свідка (психічний стан, кримінальне минуле, звичка брехати тощо).

Звідси вбачається, що теоретичне й нормативне розв'язання наведених проблемних аспектів не повинно приводити до крайнощів і радикальних рішень. Не можна повністю замовчувати джерела й спосіб отримання доказової інформації, ігнорувати неможливість її подальшої перевірки визначеним суб'єктом. Водночас у багатьох випадках не можна також нерозумно допускати розголошення відомостей про взятих під захист осіб, особливо тих, які конфіденційно співробітничають з оперативними підрозділами та органами досудового розслідування. Зазначене свідчить про необхідність розроблення в Україні спеціального механізму використання відомостей, що містяться у свідченнях осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні під псевдонімом.

Можна в цьому питанні перейняти досвід іноземних держав, коли суд замість конфідента допитує працівника правоохоронного органу. Так, у Німеччині в разі

прийняття рішення про повну анонімність у суді свідчення дає працівник правоохоронного органу, який доповідає те, що бачив свідок. Звичайно ж, за винятком інформації, пов'язаної з відомостями про особистість свідка, ніяких обмежень для права сторони захисту оскаржити покази немає. Крім цього, сторона захисту має право поставити в письмовій формі запитання, які передаються анонімному свідкові працівником правоохоронного органу, який згодом передає суду відповіді. Згідно з прийнятим у 1962 році рішенням сенату Верховної Судової палати ФРН використання під час судового розгляду справи відомостей, отриманих від негласних працівників, не вимагає їх присутності й виступу в якості свідків [1, с. 51]. Верховний федеральний суд виніс постанову, що, оскільки такі свідчення даються із чужих слів, вони мають обмежену цінність, якщо лише не підтверджуються іншими суттєвими доказами [17]. Тому поява в кримінальному провадженні Німеччини вигаданих працівником поліції «агентурних повідомлень» або заангажованих свідків зведена до мінімуму.

Дотримуємося думки, що у світлі того впливу, який показання анонімних свідків чинять на права підозрюваного (обвинуваченого), їх використання має встановлюватися законом із чітким визначенням умов, які забезпечать баланс між необхідністю забезпечення безпеки особи, взятої під захист, і правом підозрюваного (обвинуваченого) на справедливий судовий розгляд. Вважаємо, що на рівні постанов Пленуму Верховного Суду України цілком можливо передбачити положення про обмеження, виходячи з внутрішнього переконання суддів, ваги й доказової цінності свідчень особи, яка бере участь у кримінальному судочинстві під псевдонімом, у разі, якщо такі свідчення не підкріплюються іншими доказами.

Література

1. Ахкубеков А.Х. Правовое регулирование ОРД в Германии / А.Х. Ахкубеков // Оперативник. – 2005. – № 1. – С. 50–51.

2. Бояров В.І. Про деякі проблеми захисту окремих учасників кримінального судочинства / В.І. Бояров, О.В. Рохненко // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 5. – С. 35–37.

3. Брусницын Л.В. Как обезопасить лиц, содействующих уголовному правосудию / Л.В. Брусницын // Российская юстиция. – 1996. – № 9. – С. 48–49.

4. Брусницын Л.В. Псевдонимы в уголовном процессе / Л.В. Брусницын // Законность. – 2005. – № 1. – С. 23–25.

5. Waltoś S. Dylematy ochrony świadka w procesie karnym / S. Waltoś // Prokuratura i Prawo. – 1995. – № 4. – S. 39–48.

6. Весельський В.К. Питання захисту осіб, які мають інформацію про злочинну діяльність / В.К. Весельський // Право України. – 1999. – № 7. – С. 58–61.

7. Григорьев Ф.Г. Право свидетеля и других участников уголовного судопроизводства на обеспечение их безопасности / Ф.Г. Григорьев // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». – 2006. – № 3. – С. 91–103.

8. Макбрайд Дж. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес / Дж. Макбрайд ; пер. Д. Шкрьоба. – К. : К.І.С., 2010. – 576 с.

9. Душейко Г.О. Проблеми правового забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві / Г.О. Душейко // Вісник Запорізького юридичного інституту. – Запоріжжя, 2004. – № 2. – С. 209–218.

10. Казаренко М.М. Право свідка на імунітет та підстави його застосування / М.М. Казаренко // Право України. – 1998. – № 2. – С. 51–52.

11. Михайловская И.Б. Проект нового Уголовно-процессуального кодекса РФ / И.Б. Михайловская // Проблемы российской адвокатуры. – М., 1997. – С. 107–110.

12. Пацалова Т.В. Проблеми забезпечення безпеки потерпілих та свідків у кримінальному судочинстві / Т.В. Пацалова // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 9. – С. 138–140.

13. Петрухин И.Л. Теоретические основы эффективности правосудия / И.Л. Петрухин, Г.П. Батуров, Т.Г. Морщакова. – М. : Наука, 1979. – 392 с.

14. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakonrf.net.

15. Чверткин М.И. Данные оперативно-розыскной деятельности – фундамент доказательства или его подмена? / М.И. Чверткин // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС ім. 10-річчя незалежності України. – 2004. – № 2. – С. 203–204.

16. Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime / United Nations Office on Drugs and Crime. – New York : UNITED NATIONS, 2008. – 112 p.

17. Council of Europe. Terrorism: protection of witnesses and collaborators of justice. – Strasbourg : Council of Europe Publishing, 2006. – 500 p.

Анотація

Тарасенко Р. В. **До питання допустимості анонімних свідчень у кримінальному процесі.** – Стаття.

Статтю присвячено питанням прийнятності й допустимості анонімних свідчень, проблемам реалізації заходів безпеки, спрямованих на захист персональних даних осіб, узятих під захист, та іншої інформації, яка може їх викрити перед обвинуваченими та публікою.

Ключові слова: учасник кримінального судочинства, свідок, заходи безпеки, псевдонім, анонімність.

Аннотация

Тарасенко Р. В. **К вопросу о допустимости анонимных показаний в уголовном процессе.** – Статья.

Статья посвящена вопросам приемлемости и допустимости анонимных показаний, реализации мер безопасности, направленных на защиту данных о лицах, взятых под защиту, и другой информации, которая может их изобличить перед обвиняемыми и публикой.

Ключевые слова: участник уголовного судопроизводства, свидетель, меры безопасности, псевдоним, анонимность.

Summary

Tarasenko R. V. **The problem of the admissibility of anonymous evidence in criminal proceedings.** – Article.

Article is devoted to the acceptability of anonymous evidence, the implementation of security measures to protect the data taken under the protection of persons and other information that may incriminate them in front of the accused and the public.

Key words: party to the criminal proceedings, witness, precautions, nickname, anonymity.

УДК 343.237

Н. В. Невідома

ОБ'ЄКТИВНІ ОЗНАКИ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ

Актуальність дослідження обраної теми обґрунтована тим, що серед учених та практичних працівників немає єдиної думки, що слід розуміти під організованою групою та які ознаки становлять її зміст. Як наслідок, неоднозначність думок призводить до різного тлумачення її застосування кримінального закону, тим більше, що організована група як форма співучасті не була самостійним предметом дослідження вчених після прийняття Кримінального кодексу України (далі – КК України) 2001 р.

Дослідженням ознак організованої групи займались такі вчені, як М.І. Бажанов, В.У. Гузун, Н.О. Гуторова, Л.М. Демидова, І.В. Іваненко, С.С. Єпішин, П.М. Кубрак, М.І. Панов, Р.С. Орловський, К.О. Чаплинський, С.Д. Шапченко та інші. Проте залишається безліч недосліджених питань, які залишаються не дослідженими, і це свідчить про актуальність обраної теми та необхідність її ретельного вивчення.

Варто зазначити, що організована група як злочинне об'єднання (форма співучасті), з одного боку, має певну структурну упорядкованість, внутрішню організацію компонентів, які входять до її складу, а з іншого – є частиною загального поняття співучасті. Тому така група характеризується як загальними ознаками, обов'язковими для спільної злочинної діяльності в цілому (тобто співучасті), так і спеціальними (властивими лише організованій групі) [1, с. 13].

Відповідно до ст. 26 КК України об'єктивні ознаки співучасті полягають у тому, що декілька суб'єктів злочину спільно вчиняють умисний злочин. Із цього визначення постає, що ознаками є наявність декількох осіб – кількісна ознака, та те, що всі співучасники повинні діяти спільно, – якісна ознака.

Визначивши загальні ознаки, притаманні й організованій групі, перейдемо до аналізу власне специфічних для цього об'єднання. Існують різні підходи до їх визначення. У науці кримінального права України висловлюють загалом подібні підходи щодо їх переліку та змісту, відмінності зосередженні на рівні деталізації або, навпаки, об'єднанні декількох ознак під однією назвою. Ураховуючи чинну редакцію ч. 3 ст. 28 КК України та роз'яснення, здійснені Пленумом Верховного Суду України, ми можемо виділити власне об'єктивні та суб'єктивні ознаки організованої групи, а також пропонуємо виокремити ще й об'єктивно-суб'єктивні ознаки.

Ознаки об'єктивного характеру ми поділяємо на основні (обов'язкові) та додаткові (необов'язкові). До основних (обов'язкових) ознак об'єктивного характеру відносимо такі: 1) кількість учасників; 2) спільність; 3) учинення одного або більше злочинів; 4) існування групи певний проміжок часу; 5) наявність організатора.

Зауважимо, що деякі автори як об'єктивну ознаку виділяють ознаку зорганізованості (Н.О. Гуторова, А.А. Арутюнов, М.І. Бажанов). Не вирішує цієї проблеми й Пленум Верховного Суду України в постанові «Про судову практику у справах про корисливі злочини проти приватної власності» від 25 грудня 1992 р.

© Н. В. Невідома, 2014

№ 12 зі змінами, де вказується, що про наявність цієї кваліфікуючої ознаки можуть свідчити такі дії: розроблений і схвалений учасниками групи план злочинної діяльності або вчинення конкретного злочину, розподіл ролей, наявність організатора (керівника), прикриття своєї діяльності як своїми силами, так і за допомогою сторонніх осіб, вербування нових членів, наявність загальних правил поведінки тощо. Як бачимо, відповідна постанова не дає належного пояснення поняття «зорганізованість», розкриваючи його зміст через оціночні категорії, а також використовуючи ознаки, які законодавцем визначені як обов'язкові в ч. 3 ст. 28 КК України.

На нашу думку, «організованість» є ознакою власне об'єднання, а не специфічною властивістю організованої групи. У «Словнику синонімів російської мови» за редакцією Л.А. Чешко зазначено: «Організовувати – створювати, засновувати, утворювати, складати, будувати, формувати, зорганізовувати, об'єднувати [2, с. 317]. На думку Р.Р. Галіакбарова, щодо співвідношення ознак стійкості й організованості в характеристиці поняття організованої групи «не будь-яка організована група є стійкою, але будь-яка стійка характеризується найбільшим ступенем організованості» [3, с. 40]. Наведемо також точку зору О.О. Кваші, яка зазначає, що будь-яка група завжди певним чином організована, інакше вона б не досягла злочинної мети. Однак зовсім не обов'язково, що ця організованість буде спрямована на вчинення кількох злочинів, утілена в тривалій злочиній діяльності, у стійкості групи. Тоді ж як стійкість неминуче передбачає організованість групи, яка є інструментом здійснення плану на вчинення злочинів. Стійкість – базове поняття, вона обумовлює успішну злочинну діяльність групи, спрямовану на вчинення кількох злочинних операцій [4, с. 233]. Тому, як стверджує А.Ф. Зелінський, освячене законом і багатолітньою практикою словосполучення «організована група» є «маслом масляним», оскільки будь-яка група (якщо вона група) є організованою, а якщо вона не організована, то це не група, а тимчасове спільне виконання певних тимчасових ролей [5, с. 80].

До додаткових (необов'язкових) ознак відносимо ієрархічність та наявність зброї.

Розпочнемо з характеристики основних (обов'язкових) об'єктивних ознак. Щодо кількості учасників, які є необхідними для наявності організованої групи, зазначимо, що законодавчо визначена мінімальна кількість – троє осіб. Позиції законодавця щодо встановлення мінімального кількісного складу підтверджується міждержавними нормативно-правовими документами, прийнятими останнім часом у галузі міжнародного кримінального права. Так, 12–15 грудня 2000 р. на спеціально проведеній в італійському місті Палермо конференції було підписано Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності. Роботу над нею вели делегації більше ніж 120 країн, у тому числі й України. Під організованою групою в цій конвенції розуміється структурно оформлена група в складі трьох або більше осіб, яка існує протягом певного часу та діє згідно з метою вчинення одного чи декількох конвенційних злочинів, щоб одержати прямо чи побічно фінансову або іншу матеріальну вигоду. Цікаво, що кількісний склад організованої групи був детально розглянутий у ході роботи спецкомітету. Та в підсумку зупинилися на тому, що організовану групу можуть складати три й більше особи [6, с. 20].

Хоча не всі вчені згодні з такими підходом. Вони вважають, що підвищення кількісного цензу для організованого злочинного співтовариства, а також для організованої групи, до якої відноситься й банда, призведе до часткової декриміналізації бандитизму [7, с. 5]. На думку Л.М. Демидової, збереження в КК України для поняття організованої групи загальної ознаки співучасті – участі двох або більше осіб, що володіють ознаками суб'єктів злочинів – відповідала б не лише традиційному розумінню співучасті, а й практиці боротьби з організованою злочинністю. Тим більше, що ст. 34 Конвенції ООН з питань співробітництва у справі попередження транснаціональної злочинності й боротьби з нею закріплює принцип, відповідно до якого держава може приймати більш суворі заходи, ніж ті, що передбачені в конвенції, і дозволяє визначити мінімальний склад організованої групи в складі двох осіб [8, с. 40].

Зазначимо, що в дослідженій нами історії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за вчинення злочинів організованою групою досить розповсюдженою була думка, що для наявності такої групи достатньо не менше двох суб'єктів. Ця думка була домінуючою до прийняття нового КК України. Можемо зазначити, що за кількості двох суб'єктів група набуває ознак, які необхідні для визнання її організованою.

Ще однією ознакою є спільність. Зазначимо, що існують різні думки щодо віднесення спільності до об'єктивної чи суб'єктивної ознаки співучасті. Із цього приводу існують три основні позиції. Одні вчені дотримувалися думки, що спільність – ознака не лише об'єктивна, а й суб'єктивна. При цьому спільна злочинна діяльність передбачала наявність певної психічної єдності, психічного зв'язку між особами, що спільно діють, спільність інтересів, єдність мети злочинної діяльності тощо [9, с. 39].

Ми підтримуємо прихильником перший підхід і вважаємо спільність об'єктивною ознакою, яка полягає насамперед у спільній, об'єднаній участі учасників організованої групи у вчиненні конкретно визначеного злочину, тобто об'єднаними зусиллями вчиняється суспільно-небезпечне діяння. Дії учасників спрямовані на вчинення єдиного неподільного злочинного результату. Ці дії пов'язані зі створенням, участю, відповідно, в її складі.

Розглянемо таку ознаку, як учинення одного або більше злочинів. Так, мета створення організованої групи полягає, відповідно до ч. 3 ст. 28 КК України, у вчинені одного та іншого (інших) злочинів, тобто не менше двох (одного та іншого). Пленум Верховного Суду України (далі – ПВСУ) у п. 9 постанови від 23.12.2005 р. № 13 «Про судову практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями», прийнятої з метою однакового й правильного застосування судами законодавства під час розгляду кримінальних справ про злочини, учиненні злочинними об'єднаннями, вказав: «Під організованою групою належить розуміти внутрішньо стійке об'єднання трьох і більше осіб, яке було попередньо утворене з метою вчинення ряду злочинів або тільки одного, який потребує ретельної довготривалої підготовки. Таку групу слід вважати створеною з моменту досягнення її учасниками домовленості про вчинення першого злочину за наявності планів щодо подальшої спільної злочинної діяльності» [10].

З аналізу постанови ПВСУ та ч. 3 ст. 28 КК України постає, що у постанові та у кримінальному законі міститься певна неузгодженість. Так, у КК України

вказується, що організована група утворюється для вчинення «цього та іншого (інших) злочинів», а в постанові зазначається, що для «ряду злочинів або тільки одного, який потребує ретельної довготривалої підготовки», тобто ПВСУ обмежує зміст мети обов'язковою підготовкою до вчинення злочину та її тривалістю, що з позиції правил тлумачення законодавчих положень є неприпустимим.

Немає єдності й у науковій літературі. Так, М.І. Бажанов зазначав, що організована група, як правило, утворюється для вчинення декількох злочинів, хоча можуть бути й випадки її створення для вчинення одного злочину [11, с. 15].

На нашу думку, організована група утворюється для вчинення декількох злочинів, створення такого об'єднання для одного злочину, який потребує довготривалої підготовки, є нелогічним. Зокрема, на це вказує постійна злочинна діяльність та діяльність групи протягом тривалого часу. Наша позиція підтверджується матеріалами судової практики та офіційною статистикою Міністерства внутрішніх справ України (МВС).

Вважаємо за доцільне виключити вказівку про наявність плану, відомого всім учасникам групи, із ч. 3 ст. 28 КК України. Оскільки не всі учасники організованої групи можуть знати про злочинні наміри, а також не всі вчинювані таким об'єднанням злочини можуть бути об'єднанні єдиним планом. Серед учасників організованої групи може бути й не визначено, наприклад, конкретні умови, час діяльності та кількість злочинів, які будуть вчинюватися. Не всі співучасники можуть бути ознайомлені з планом, що розроблений організатором, деякі учасники можуть бути обізнані лише щодо тих злочинів, у готуванні або вчинені яких вони беруть участь. Тобто підхід законодавця, закріплений у ч. 3 ст. 28 КК України, стосується лише однорівневої структури організованої групи та не дозволяє віднести до такого виду стійкого злочинного об'єднання такі, яким притаманна більш складна структура та/або більш ретельна й законспірована розробка та здійснення злочинної діяльності. Проте ці об'єднання не є злочинними організаціями. А також вказівка цієї ознаки ускладнює процес доказування слідчими працівниками під час кваліфікації суспільно небезпечного діяння як вчиненого цим об'єднанням, а також передбачає можливість пом'якшення покарання особам, які не знали про дійсні плани організованої групи, проте свідомо діяли в її складі.

Ще однією ознакою, яку виділяють, є розподіл ролей. Слушно навести думку про те, що багато науковців вважають, що організована група складається зі співвиконавців, проте найчастіше в процесі попередньої змови між учасниками такого об'єднання відбувається розподіл ролей, одні з них можуть виступати в ролі організатора, другі – пособників, а треті – безпосередніх виконавців.

Загальноприйнятою є позиція вчених, які вважають, що під час вчинення злочину організованою групою всі її члени, які беруть участь у ньому, незалежно від ролі визнаються співвиконавцями злочину. Правозастосовна практика постсоціалістичного періоду дії КК України 1960 р. під організованою групою, зокрема щодо злочинів проти приватної власності, розуміла «стійке об'єднання двох і більше осіб, які спеціально зорганізувалися для спільної злочинної діяльності». На наявність цієї кваліфікуючої ознаки можуть, зокрема, указувати розроблений (хоча б у загальних рисах) і схвалений учасниками групи план злочинної діяльності або вчинення конкретного злочину, розподіл ролей, наявність організатора (керівника),

прикриття своєї діяльності як своїми силами, так і з допомогою сторонніх осіб, вербування нових членів, наявність загальних правил поведінки тощо [12].

Розподіл функцій учасників групи полягає у визначенні ролі кожного учасника групи в підготовці та вчиненні принаймні двох злочинів. Практично завжди розподіл функцій учасників групи щодо підготовки й учинення нею злочинів є складовою частиною єдиного плану злочинної діяльності групи, однак у ч. 3 ст. 28 КК України такий розподіл передбачений як самостійна ознака організованої групи. На нашу думку, в організованій групі відбувається чіткий розподіл функцій та ролей її учасників, що свідчить про підвищену суспільну небезпечність цього об'єднання, яке характеризується складною структурою.

Ще однією ознакою є час існування організованої групи, яка підтверджується даними судової практики. Зазначимо, що таке об'єднання діє на постійній основі, утворюється на тривалий час.

Ще однією ознакою, яку ми можемо виділити як основну, є наявність в організованій групі організатора. Зокрема, про стійкість та організованість групи може свідчити наявність організатора, оскільки організатор розробляє план злочинних дій, розподіляє ролі між членами групи, направляє та коригує їхні дії, підтримує дисципліну в групі, надихає інших учасників на вчинення злочину тощо. Організатор є центральною фігурою злочину, що вчинюється групою, і найчастіше саме від нього залежить характер та ефективність злочинної діяльності, а також рівень організованості та стійкості групи [13, с. 94].

Перейдемо до аналізу додаткових (необов'язкових) об'єктивних ознак – ієрархічності та наявності зброї.

Ієрархічність є оціночним поняттям, тому його зміст визначається в кожному конкретному випадку, виходячи з оцінки конкретних обставин справи. У «Сучасному тлумачному словнику російської мови» за редакцією К.С. Горбачевича та інших авторів дається таке визначення ієрархії: 1) послідовне розташування службових звань, чинів від низьких до вищих, у порядку їх підпорядкування; 2) розташування частин або елементів цілого в порядку від вищого до нижчого або від нижчого до вищого [14, с. 234]. На нашу думку, ієрархічність є похідною ознакою, яка визначається розподілом ролей та наявністю в такому об'єднанні організатора. Вона може полягати в наявності керівника, підпорядкуванні членів певному лідеру, певній структурній побудові. Зазначимо, що поняття «ієрархічність» тісно пов'язане з поняттям «структура». У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» за редакцією В.Т. Бусела структуру визначено як взаєморозміщення та взаємозв'язок складових цілого; будову; устрій, організацію чого-небудь [15, с. 1405]. З урахуванням цього зазначимо, що для організованої групи характерна внутрішня побудова, стійкість зв'язків між учасниками, підпорядкування певній дисципліні, правилам, що забезпечують стабільність та існування групи.

Ще однією ознакою є озброєність. Аналіз цієї ознаки постає з постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ППВС України) «Про судову практику в справах про бандитизм» від 07.07.1995 р. № 9 (п. 2), що визначала банду як стійку організовану й озброєну групу з двох або більше осіб, які попередньо об'єдналися для вчинення одного або кількох нападів на громадян чи підприємства, установи та організації

незалежно від форм власності. Відповідно до п. 17 ППВС України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23.12.2005 р. № 13 «бандою необхідно визнавати озброєну організовану групу або злочинну організацію, яка попередньо створена з метою вчинення кількох нападів на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб або одного такого нападу, який потребує ретельної, довготривалої підготовки».

Враховуючи вищевикладене, сформулюємо такі висновки:

1. Об'єктивними (такими, що мають прояв у реальності) ознаками організованої групи є такі основні (обов'язкові) ознаки, як: кількість учасників, спільність злочинної діяльності, спрямованість на вчинення одного або більше злочинів; існування групи певний проміжок часу, наявність організатора (організаторів).

2. Додатковими (необов'язковими) ознаками є такі, які можуть бути притаманними організованій групі як злочинному об'єднанню, а можуть бути й відсутніми. Це такі ознаки, як ієрархічність та наявність зброї.

3. Така об'єктивна ознака, як стійкість, є об'єктивно-суб'єктивною.

Література

1. Гуторова Н.О. Вчинення злочину організованою групою осіб (кримінально-правовий аспект) : автореферат дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право; кримінологія; кримінально-виконавче право / Н.О. Гуторова ; нац. юрид. академія ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Б. в., 1996. – 19 с.
2. Словарь синономов русского языка / под ред. Л.А. Чешко. Изд. 4-е, репродуцир. – М. : Русский язык, 1975. – 681 с.
3. Галиакбаров Р.Р. групповое преступление. Постоянные и переменные признаки / Р.Р. Галиакбаров. – Свердловск : СЮИ, 1973. – 244 с.
4. Кваша О.О. Вдосконалення кримінально-правової протидії організованим формам співучасті у злочині / О.О. Кваша // Університетські наукові записки. – 2009 – № 2(30) – С. 233.
5. Зелинский А.Ф. Бывает ли преступная группа неорганизованной? / А.Ф. Зелинский // Юридическая практика. – 1998. – № 4. – С. 12.
6. Михайлов В. Палермская Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности / В. Михайлов // Российская юстиция. – 2001. – № 7 (5). – С. 20.
7. Багмет А. Банда как организованная группа: теория и судебная практика / А. Багмет, В. Бычков // Уголовное право. – 2007. – № 34. – С. 5.
8. Демидова Л.Д. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації : [монографія] / Л.Д. Демидова. – Х. : СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 450 с.
9. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву : [монография] / Ф.Г. Бурчак. – К. : Наукова думка, 1969. – 216 с.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду «Про судову практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23.12.2005 р. № 13 // Збірник ППВСУ (1972–2007). – Х. : ФОП Вапнярчук Н.М., 2007. – 720 с.
11. Бажанов М.И. Понятие организованной преступной группы и преступной организации / М.И. Бажанов // Збірник наукових праць Харківського центру вивчення організованої злочинності / редкол. : В.В. Сташис та ін. – Х. : Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого, 2000. – С. 15.
12. Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності : постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 грудня 1992 р. № 12 зі змінами та доповненнями (абз. 2 п. 26) // Кримінальний кодекс України. Кримінально-процесуальний кодекс України. Постанови Пленуму Верховного Суду України із загальних питань судової діяльності та в кримінальних справах / відп. ред. В.Т. Маляренко. – К., 1999. – С. 601–602.
13. Абакумова Ю.В. До проблем визначення кримінально-правових ознак банди / Ю.В. Абакумова // Держава та регіони. – 2011. – Вип. 3. – С. 93–101.

14. Современный толковый словарь русского языка / под. ред. К.С. Горбачевича, А.Я. Дегтярева, Ф.П. Сороколетова. – СПб. : Норинт, 2002. – 984 с.
15. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : Перун, 2009 – С. 1832.

Анотація

Невідома Н. В. **Об'єктивні ознаки організованої групи.** – Стаття.
Статтю присвячено дослідженню об'єктивних ознак, які притаманні організованій групі.
Ключові слова: організована група, ознаки, об'єктивні ознаки.

Аннотация

Неведомая Н. В. **Объективные признаки организованной группы.** – Статья.
Статья посвящена исследованию объективных признаков, которые характерны для организованной группы.
Ключевые слова: организованная группа, признаки, объективные признаки.

Summary

Nevidoma N. V. **Objective evidence of an organized group.** – Article.
To research objective signs that are characteristic of an organized group.
Key words: organized group, symptoms, objective evidence.

УДК 343.7

О. В. Тарасова

УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШАХРАЙСТВО, УЧИНЕНЕ ШЛЯХОМ НЕЗАКОННИХ ОПЕРАЦІЙ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ ЕЛЕКТРОННО-ОБЧИСЛЮВАЛЬНОЇ ТЕХНІКИ (Ч. 3 СТ. 190 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)

Постановка проблеми. Практика застосування норм права, як правило, показує їх недоліки. Хоча не лише наявність недоліків зумовлює необхідність удосконалення законодавства, а й цілий ряд причин, одна з яких – розвиток суспільних відносин, науки й техніки. Тобто на певному етапі розвитку суспільства будь-яка норма може виявитися не здатною врегулювати нові суспільні відносини. Практика притягнення винних до кримінальної відповідальності за шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 Кримінального кдексу (далі – КК) України), показала низку недоліків цієї норми. Зазначене у свою чергу обумовлює актуальність обраної теми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблемних питань такого злочину, як шахрайство, присвячено наукові праці О. Смаглюка, О. Лисодєда, С. Головкіна, М. Ємельянова, О. Кравченко та інших. Проте про вдосконалення законодавства про кримінальну відповідальність за шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 КК України), окремо згадано в працях Д. Азарова, А. Савченко, В. Навроцького, Ю. Шуляк, М. Карчевського. Однак питання вдосконалення законодавства про кримінальну відповідальність за таке шахрайство залишилось недостатньо дослідженим.

© О. В. Тарасова, 2014

Отже, **метою статті** є всебічне вивчення питань, пов'язаних з удосконаленням законодавства про кримінальну відповідальність за шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки, та розробка на підставі отриманих результатів відповідних пропозицій.

Виклад основного матеріалу. Аналіз кримінального законодавства та практики його застосування свідчить, що для забезпечення ефективної боротьби з шахрайством, учиненим із використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 КК України), та подібними діяннями необхідне подальше вдосконалення норм КК України, які мають відображати особливості комп'ютерних шахрайств сучасного періоду, закріплювати визнану у світі термінологію та детальніше визначати суспільну небезпеку таких злочинів.

Насамперед слід показати розбіжності, які виникають під час кваліфікації злочинних дій за ч. 3 ст. 190 КК України. Так, вироком Кіровського районного суду м. Кіровограда від 08.11.2012 р. ОСОБА_1 визнана винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 190 КК України. Підсудний, маючи умисел на незаконне заволодіння грошовими коштами інших громадян шляхом їх обману під виглядом продажу їм через інтернет-оголошення товарів, яких насправді не мав і не планував придбати для подальшої їх реалізації, та перебуваючи в інтернет салоні, через комп'ютер, який підключений до глобальної мережі Інтернет, зареєструвався на сайтах, у яких розмістив оголошення про продаж мобільних телефонів та ноутбуків різних моделей, яких насправді не мав. Потерпілий, виявивши бажання придбати ноутбук, зателефонував підсудному. Після чого підсудний надав реквізити банківського карткового рахунку для здійснення передоплати, завіривши потерпілого в тому, що після перерахування передоплати йому буде надіслано ноутбук. Таким чином, підсудний, не виконавши зобов'язання, незаконно отримав від потерпілого гроші й розпорядився ними на власний розсуд [1].

Вироком Новомиргородського районного суду Кіровоградської області від 23.08.2011 р. ОСОБА_1 визнана винною в скоєнні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 190 КК України. Суд визнав доведеним, що ОСОБА_1 зареєструвалася на сайті інтернет-аукціону. Згодом в ОСОБА_1 виник намір незаконно заволодіти грошовими коштами інших громадян шляхом їх обману через використання оголошень у мережі Інтернет про продаж неіснуючих товарів та отримання за них оплати. У такий спосіб винний, за висновком суду, учиняв незаконні операції з електронно-обчислювальною технікою, спрямовані на досягнення злочинної мети незаконного заволодіння грошима. У своєму висновку суд вважає правильною кваліфікацію дій підсудного за ч. 3 ст. 190 КК України, тобто заволодіння чужим майном шляхом обману (шахрайства), учинене повторно, шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки [1].

Іноді суди перекваліфіковують подібні діяння на інші частини ст. 190 КК України та наводять такі обґрунтування. Вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області від 31.07.2012 р. ОСОБА_1 визнана винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 190 КК України. Органом досудового слідства дії підсудного кваліфіковані за ч. 3 ст. 190 КК України за кваліфікуючою ознакою «вчинення шахрайства шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної

техніки». На думку суду, указане не знайшло свого підтвердження. Електронно-обчислювальна техніка – це комплекс технічних засобів, призначених для автоматичної обробки інформації в процесі вирішення обчислювальних та інформаційних завдань. Операція з використанням електронно-обчислювальної техніки має бути незаконною, тобто такою, що не відповідає вимогам законодавства. Зважаючи, що підсудним таких дій учинено не було, оскільки перерахування коштів на рахунок через банківську установу або банківським переказом не є незаконною операцією, дії підсудного ОСОБА_1 у вказаних епізодах підлягають перекваліфікації з ч. 3 на ч. 2 ст. 190 КК України [1]. При цьому винний вчинив шахрайство за схемою, яка нами була вже розглянута вище, тобто шляхом розміщення неправдивої інформації про продаж неіснуючих товарів та отримання за них передоплати.

Отже, з наведеного вбачається, що суди та правоохоронні органи по-різному кваліфікують шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки. Злочинні дії з розміщення на певних сайтах неправдивої інформації про продаж неіснуючих товарів та отримання винним за них передоплати деякі суди кваліфікують як шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 КК України). Інші суди подібні діяння перекваліфіковують на ч. 1 або ч. 2 ст. 190 КК України, обґрунтовуючи це тим, що перерахування грошей потерпілими на рахунок винного не є незаконною операцією з використанням електронно-обчислювальної техніки. У таких випадках суди залишають поза своєю оцінкою сам механізм злочинної дії – реєстрацію на сайтах, розміщення неправдивих оголошень, незаконне отримання передоплати тощо. Хоча всі ці операції не можна вважати незаконними операціями з електронно-обчислювальною технікою. Ми погоджуємося з висновками судів про те, що операція з електронно-обчислювальною технікою має бути незаконною, тобто такою, що не відповідає законодавству. А в аналізованих випадках злочинець правомірно використовує можливості Інтернету. Це свідчить про необхідність виключення з ч. 3 ст. 190 КК України вказівки на «незаконні операції», щоб ч. 3 ст. 190 КК України мала таку конструкцію: шахрайство, учинене з використанням електронно-обчислювальної техніки. Таким чином, на нашу думку, суди та слідчі органи по-різному кваліфікують назване шахрайство внаслідок недосконалого конструювання норми ч. 3 ст. 190 КК України.

Задля розробки пропозицій з удосконалення законодавства про кримінальну відповідальність за аналізоване шахрайство необхідно з'ясувати думки тих учених, які розглядали проблемні питання диспозиції та санкції ч. 3 ст. 190 КК України, а також підходи до тлумачення термінів, що застосовуються в ч. 3 ст. 190 КК України.

Д. Азаров запропонував виключити з тексту ч. 3 ст. 190 КК України слова «або шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки», обґрунтовуючи це тим, що такі дії повністю охоплюватимуться незаконним втручанням у процес обробки комп'ютерної інформації, учиненим із корисливих мотивів [2, с. 14]. З такою думкою можна цілком погодитись, адже вона повністю відбиває об'єктивну сторону діяння.

Проте В. Кузнецов подібні дії, коли злочинець за допомогою комп'ютера шляхом зламу банківської електронної системи забезпечує собі доступ до банків-

ських рахунків та здійснює переведення чужих грошових коштів на свій рахунок, розцінює як крадіжку за допомогою комп'ютера безготівкових грошей та «електронних» карток. При цьому автор зазначає, що викрасти безготівкові гроші за допомогою комп'ютера неможливо без неправомірної зміни чи пошкодження інформаційних баз даних. У результаті проведеного дослідження В. Кузнецов запропонував закріпити в КК України таку норму: «Розкрадання об'єктів права власності шляхом використання електронно-обчислювальної техніки». Запропонована кримінально-правова норма, на думку В. Кузнецова, не лише сприятиме якісному вдосконаленню кримінального законодавства, а й допоможе юридично правильно кваліфікувати ці суспільно небезпечні прояви [3, с. 74–76].

А. Савченко займає протилежну позицію, зазначаючи, що чинна норма (ч. 3 ст. 190 КК України) могла б справляти необхідний ефект за умови її правильного тлумачення й застосування. За його переконанням, шахрайство в цьому випадку полягає у введенні до електронно-обчислювальних машин (комп'ютера), автоматизованої системи, комп'ютерної мережі чи мережі електрозв'язку неправдивих відомостей (зокрема, особа, отримавши доступ до автоматизованої системи банківської установи, вводить або змінює комп'ютерну інформацію, внаслідок чого грошові кошти переводяться з рахунку потерпілого на інший рахунок), при цьому відповідні захисні (охоронні) системи чи комп'ютерні програми сприймають зазначені неправдиві відомості в якості таких, що здійснені за власним бажанням потерпілого чи за його особистим дорученням. При цьому А. Савченко наголошує, що за вказаних умов такі дії становлять собою саме шахрайство, а не крадіжку, оскільки, по-перше, у комп'ютері не зберігаються грошові кошти чи майно, у ньому зберігається інформація про це майно чи рух цього майна; по-друге, якщо винний навіть таємно проникає до комп'ютерної системи з метою заволодіння грошовими коштами або майном, то це робиться ним через застосування маніпуляцій із програмами, даними або технічними засобами, що характерно, зокрема, для обману, який є специфічним для комп'ютерного шахрайства [4, с. 419–420].

В. Навроцький вважає, що в цій нормі (ч. 3 ст. 190 КК України) відбувається термінологічна розбіжність з іншими нормами. У ній говориться про використання не комп'ютерів (як в інших нормах Особливої частини КК 2001 р.), а електронно-обчислювальної техніки [5, с. 38].

Щодо шахрайства «шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки» (ч. 3 ст. 190 КК України), то ця конструкція, на думку Ю. Шуляк, видається недосконалою, оскільки за таких умов злочинці здебільшого застосовують не такого роду техніку, а спеціальні шкідливі програми чи технічні засоби (зокрема, на це орієнтує досвід Зведення законів США, КК Голландії, КК Данії або КК ФРН). На думку автора, запровадження до ч. 3 ст. 190 КК України вказівки на конструкцію «шляхом використання шкідливих програмних чи технічних засобів» слугуватиме додатковим засобом боротьби з «кіберзлочинами» [6, с. 15].

Частково схожу позицію займає А. Савченко. На його думку, маючи навіть доступ до електронно-обчислювальної техніки та рішучість на вчинення незаконної операції, спрямованої на шахрайське заволодіння майном, винна особа далеко не завжди

може досягти злочинного результату, якщо при цьому вона не використовуватиме відповідні шкідливі програмні чи технічні засоби. Отже, враховуючи особливу небезпеку шкідливих програмних чи технічних засобів під час учинення шахрайства, їх особливі, так би мовити, «руйнівні» («проникаючі») характеристики, що значно полегшують доступ до чужого майна, А. Савченко вважає за необхідне зробити законодавчу вказівку на їх використання під час учинення шахрайства (у межах ч. 3 ст. 190 КК України) поряд зі вчиненням цього злочину шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки [4, с. 420].

З висновками Ю. Шуляк та А. Савченко в межах нашого дослідження важко погодитись, оскільки там, де мова йде про маніпуляції з комп'ютерними програмами, доречно говорити про комп'ютерний злочин, який до того ж може бути способом вчинення злочину проти власності.

Шахрайство, яке вчиняється за допомогою новітніх технологій, характеризується різноманітністю форм і способів. Проте ч. 3 ст. 190 КК України не відображає всіх можливих способів учинення шахрайства, де принаймні використовуються засоби електронно-обчислювальної техніки, мережа Інтернет, мобільна телефонія тощо. У цьому сенсі пригадаємо, що не криміналізовано й телефонне шахрайство, тобто коли злочинець використовує телефонний зв'язок і засіб доступу до такого зв'язку з метою вчинення шахрайства: несанкціоноване списання коштів із рахунку чужого абонента; незаконне прохання подзвонити за певним номером телефону без попередження про зняття коштів під час такого телефонування; незаконні махінації із засобами поповнення рахунків абонентів мобільної телефонії тощо. Щодо шахрайства з використанням засобів доступу до банківських рахунків суди та правоохоронні органи неоднозначні під час кваліфікації цих дій. Хоча в засобах масової інформації міститься безліч випадків, які свідчать про значне зростання шахрайств із пластиковими картками, шахрайств із використанням банкоматів, інтернет-шахрайств тощо. Однією з причин високої латентності подібних злочинів є відсутність державних кордонів, якщо злочин учиняється за допомогою Інтернету, недосконалість законодавства і, відповідно, неможливість співпрацювати з іншими країнами під час розслідування цих злочинів у зв'язку зі значними відмінностями в законодавстві різних країн щодо такого злочину.

Наведене дає підстави стверджувати, що термін «електронно-обчислювальна техніка» є застарілим. Отже, слід з'ясувати, що думають науковці з цього приводу. Замість чотирьох термінів (електронно-обчислювальна машина (комп'ютер), автоматизована система, комп'ютерна мережа, мережа електрозв'язку) Д. Азаров запропонував вживати лише два – «комп'ютерна система» і «телекомунікаційна мережа» [7, с. 172]. Однак незважаючи на те, що цей висновок має відношення до злочинів у сфері комп'ютерної інформації, ми все ж бачимо можливість використання цих термінів щодо досліджуваного шахрайства.

М. Карчевський, обстоюючи подібну позицію, пропонує не визначати в тексті закону види засобів оброблення комп'ютерної інформації, а використовувати один загальний термін – «комп'ютерна система». Він визначається в Конвенції про кіберзлочинність, прийнятій у межах Ради Європи 23 листопада 2001 р. та ратифіко-

ваній Україною 7 вересня 2005 р. Під комп'ютерною системою в конвенції пропонується розуміти будь-який пристрій або групу взаємно поєднаних чи пов'язаних пристроїв, один або більше з яких, відповідно до певної програми, виконує автоматичне опрацювання даних. Такий термін, на думку М. Карчевського, є більш вдалим, оскільки він повністю охоплює електронно-обчислювальну машину, автоматизовану систему й комп'ютерну мережу. Його використання дозволило б зробити редакцію норми більш лаконічною, не «прив'язувати» кримінальне законодавство до певного стану розвитку інформаційних технологій, зробити його у зв'язку з цим більш стабільним [8, с. 122].

Отже, погоджуючись із думками провідних учених у галузі комп'ютерних злочинів, вважаємо за доцільне використовувати замість терміна «електронно-обчислювальна техніка» терміни «комп'ютерна система» і «телекомунікаційна мережа» щодо названого шахрайства.

Далі слід розглянути питання щодо санкції ч. 3 ст. 190 КК України. О. Кравченко визначила, що за багатолітню історію людства в законодавстві постійно вдосконалювалася норма, яка встановлювала відповідальність за шахрайство, посилюючи суворість покарання за такі дії [9, с. 5–6]. Ю. Філей у свою чергу обґрунтував, що періодичне посилення кримінальної відповідальності за злочини проти власності ефективності своєї не виявило, оскільки не були усунені передусім причини корисливої злочинності [10, с. 8].

Покарання за шахрайство, на думку С. Шалгунової, повинне мати економічний, матеріальний характер. Основним видом покарання за такі злочини повинен бути штраф, а як його альтернатива (у тих випадках, коли винний не бажає сплачувати штраф, не має коштів для його сплати або відсутнє у винного майно, за рахунок якого можна сплатити штраф) – виправні роботи [11, с. 71]. Ю. Шуляк запропонувала скорегувати нижню та верхню межі покарання у вигляді позбавлення волі в бік зменшення широти амплітуди їх коливання в ч. ч. 3 і 4 ст. 190 КК України та запровадити такі додаткові покарання: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років – для службових осіб; конфіскацію відповідних шкідливих програмних чи технічних засобів, які є власністю винної особи, якщо вони використовуються під час учинення шахрайства [6, с. 18–19].

Отже, межі покарання, визначені санкцією ч. 3 ст. 190 КК України, з нашої точки зору, є невиправдано широкими (від 3 до 8 років позбавлення волі). Доцільно було б обмежити межі судового розсуду. Для цього достатньо встановити розбіжність між нижньою та верхньою межею санкції норми в 2-3 роки позбавлення волі.

Висновки. Підводячи підсумки, маємо запропонувати таке. З метою вдосконалення законодавства щодо кримінальної відповідальності за шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки, замість терміна «електронно-обчислювальна техніка» слід запровадити терміни «комп'ютерна система» й «телекомунікаційна мережа». Увести альтернативні санкції за таке шахрайство, які мають економічний характер, та зменшити строки позбавлення волі. Діяння, учинені шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки, на нашу думку, охоплюються скла-

дами комп'ютерних злочинів. Таким чином, КК України доцільно доповнити новими складами злочинів: комп'ютерне та телекомунікаційне шахрайство, а також крадіжка, учинена шляхом незаконних операцій із використанням комп'ютерних систем та телекомунікаційних мереж.

Література

1. Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua.
2. Азаров Д.С. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері комп'ютерної інформації : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д.С. Азаров ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2003. – 18 с.
3. Кузнецов В. Комп'ютерна крадіжка: що розуміти під предметом злочину // Право України. – 1999. – № 10. – С. 74–76.
4. Савченко А.В. Щодо удосконалення кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак шахрайства / А.В. Савченко // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р.) / редкол. : Г.Є. Болдарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін. ; – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 417–422.
5. Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.) / В.О. Навроцький. – К. : Атіка, 2001. – 272 с.
6. Шуляк Ю.Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Ю.Л. Шуляк ; Нац. академія внутр. справ. – К., 2011. – 20 с.
7. Азаров Д.С. Злочини у сфері комп'ютерної інформації (кримінально-правове дослідження) : [монографія] / Д.С. Азаров. – К. : Атіка, 2007. – 304 с.
8. Карчевський М.В. Злочини у сфері використання комп'ютерної техніки : [навч. посібник] / М.В. карчевський. – К. : Атіка, 2010. – 168 с.
9. 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.
10. Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Ю.В. Філей ; Львівський нац. ун-т ім. І. Франка. – Л., 2006. – 18 с.
11. Шалгунова С. Покарання за корисливі злочини в проекті Кримінального кодексу України / С. Шалгунова // Право України. – 1999. – № 12. – С. 70–72.

Анотація

Тарасова О. В. **Удосконалення законодавства щодо кримінальної відповідальності за шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки (ч. 3 ст. 190 Кримінального кодексу України).** – Стаття.

У статті висвітлюються питання вдосконалення законодавства про кримінальну відповідальність за шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки. З метою вдосконалення законодавства щодо кримінальної відповідальності за назване шахрайство автором запропоновано замість терміна «електронно-обчислювальна техніка» запровадити терміни «комп'ютерна система» і «телекомунікаційна мережа», ввести альтернативні санкції за таке шахрайство, які мають економічний характер, та зменшити строки позбавлення волі. На думку автора, діяння, учинені шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки, охоплюються складами комп'ютерних злочинів, що передбачені в окремому розділі Кримінального кодексу України. Таким чином, автором запропоновано доповнити Кримінальний кодекс України новими складами злочинів: комп'ютерне та телекомунікаційне шахрайство, а також крадіжка, учинена шляхом незаконних операцій із використанням комп'ютерних систем та телекомунікаційних мереж.

Ключові слова: шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій із використанням електронно-обчислювальної техніки, незаконні операції з використанням електронно-обчислювальної техніки, комп'ютерна система, телекомунікаційна мережа.

Аннотация

Тарасова Е. В. **Усовершенствование законодательства об уголовной ответственности за мошенничество, совершенное путем незаконных операций с использованием электронно-вычислительной техники (ч. 3 ст. 190 Уголовного кодекса Украины).** – Статья.

В статье освещаются вопросы усовершенствования законодательства об уголовной ответственности за мошенничество, совершенное путем незаконных операций с использованием электронно-вычислительной техники. С целью усовершенствования законодательства об уголовной ответственности за указанное мошенничество автором предложено вместо термина «электронно-вычислительная техника» ввести термин «компьютерная система» и «телекоммуникационная сеть», ввести альтернативные санкции за такое мошенничество, которые имеют экономический характер, и уменьшить сроки лишения свободы. По мнению автора, деяния, совершенные путем незаконных операций с использованием электронно-вычислительной техники, охватываются различными составами компьютерных преступлений, предусмотренными в отдельном разделе Уголовного кодекса Украины. Таким образом, автором предложено дополнить Уголовный кодекс Украины новыми составами преступлений: компьютерное и телекоммуникационное мошенничество, кража, совершенная путем незаконных операций с использованием компьютерных систем и телекоммуникационных сетей.

Ключевые слова: мошенничество, совершенное путем незаконных операций с использованием электронно-вычислительной техники, незаконные операции с использованием электронно-вычислительной техники, компьютерная система, телекоммуникационная сеть.

Summary

Tarasova E. V. **Improving the legislation on criminal liability for swindling committed by means of illegal operations using electronic computer technology (part 3 of article 190 of the Criminal Code of Ukraine).** – Article.

The analysis of criminal legislation and practice of its applying by courts and law-enforcement bodies gave the author the opportunity to conclude, that further improvement of the norms of criminal legislation of Ukraine is necessary to ensure effective struggle against swindling committed by means of electronic computer technology and similar actions. With the purpose of improving the legislation on criminal liability for swindling committed by means of illegal operations using electronic computer technology, the author proposes to use instead of «electronic computer technology» the term «computer system» and «telecommunication system», to introduce alternative sanctions for the indicated swindling, which are of economic character and to reduce imprisonment terms. To the author's mind acts committed by means of illegal operations using electronic computer technology cover different formal elements of computer crimes stipulated in a separate unit of the Criminal Code of Ukraine. Thus, the author proposes to add the new elements of crimes to the Criminal Code of Ukraine: computer and telecommunication swindling, theft, committed by means of illegal operations using computer systems and telecommunication nets.

Key words: fraud committed with the help of illegal operations using the computer technologies, illegal operations using the computer technologies, «computer system», «telecommunication system».

УДК 343.98; 343.148

Д. Г. Шумаєв

АКТИВНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ПОЗИЦІЯ ЕКСПЕРТА

Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України, прийнятим Верховною Радою 13 квітня 2012 р., запроваджено змагальність сторін кримінального провадження. Для реалізації цього принципу сторони отримують рівні права на подання до суду скарг, документів, речей та інших доказів, передбачених кримінальним процесуальним законодавством. Джерелом доказів у кримінальному провадженні визнано висновок експерта. Призначати експертизу мають можливість як сторона обвинувачення, так і сторона захисту, і в цьому проявляється їх активна процесуальна позиція. Сутність активної позиції сторін кримінального процесу вивчали процесуалісти та криміналісти, такі як Т.В. Авер'янова, С.А. Альперта, А.Р. Бєлкін, Р.С. Бєлкін, Н.І. Клименко, Є.Ф. Куцова, В.К. Лисиченко, Н.П. Майліс, Ю.К. Орлов, О.Р. Россинська, М.Я. Сегай, В.Ю. Шепітько.

Теоретична актуальність теми дослідження полягає в тому, що в науковій літературі активна процесуальна позиція експерта в реалізації функції сторін в умовах нового Кримінального процесуального кодексу України не була предметом окремого вивчення науковцями. Практична значущість цього дослідження полягає в тому, що визначення змісту та можливості реалізації експертом власної активної процесуальної позиції дозволить сторонам кримінального провадження ефективно використовувати свої можливості під час розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень, а також вирішення завдань із запобігання злочинів.

Метою статті є встановлення змісту та визначення можливості реалізації експертом активної процесуальної позиції під час виконання своїх функцій сторонами кримінального провадження.

Для розгляду активної процесуальної позиції вважаємо за доцільне застосувати лінгвістичний аналіз цього поняття. Розглянемо його загальне соціальне значення. Так, у тлумачному словнику активність розглядається як процес та діяльність [1]. Позиція – як положення або місце [2]. Ми погоджуємося з ученими, які вважають, що активна життєва позиція виробляється протягом тривалого часу в процесі оволодіння соціальним досвідом, професійною майстерністю. Стрижнем активної життєвої позиції, її фундаментом є світогляд особистості, моральні переконання та ставлення до громадського обов'язку. Основними структурними компонентами активної життєвої позиції є такі: 1) нормативно-оцінний, що включає стійкі та всебічно розвинені знання, переконання, відносини особистості; 2) мотиваційно-спонукаючий, що містить соціальні й особисто значущі провідні потреби, установки, схильності, ідеали та інші характеристики особистості; 3) практично-дієвий, що відображає постійну готовність людини до дій на благо суспільства, її стійкі вольові зусилля та високу емоційну витриманість. Показниками прояву активної життєвої позиції виступають такі явища:

© Д. Г. Шумаєв, 2014

1) цілеспрямованість та усвідомленість дій і вчинків людини; 2) відповідальність та активність у різних видах діяльності незалежно від умов, за яких вони здійснюються; 3) результати діяльності та громадської активності людини, що відповідають вимогам діяльності й умов життя в суспільстві; 4) реальні дії, вчинки та спосіб життя особистості [3, с. 297].

Стратегічним напрямком у розвитку принципів кримінального процесу є орієнтир на подолання інквізиційно-розшукового начала судочинства, посилення елементу диспозитивності та, звичайно ж, будь-яка нормативна підтримка розвитку основ принципу змагальності. Визнається позитивним поширення дії принципу змагальності не лише на судові стадії, а й на більш ранні етапи судочинства, тим самим підвищення рівня соціальної активності основних гравців у кримінальному процесі. Таким чином, розвиток принципів кримінального процесу в сучасній Україні повинен здійснюватись законодавцем і науковою громадськістю на основі системного уявлення про весь загальний кримінально-процесуальний інструментарій, тобто мають враховуватись також перспективи динаміки кримінально-процесуальних феноменів статусу, процесуальних засобів тощо. [4, с. 68].

Активна правова позиція в справі конкретного процесуального суб'єкта-учасника процесу припускає розгалужену систему юридичного інструментарію, яким повинен володіти не лише безпосередній суб'єкт-носій процесуального статусу [4, с. 70]. Процесуальність активної правової позиції означає її регулювання кримінальним процесуальним законодавством, оскільки саме Кримінальний процесуальний кодекс України розкриває стадії кримінального процесу, порядок його проведення й мету. На підставі аналізу наукової літератури вважаємо необхідним внести до змісту поняття «процесуальна позиція» категорійний апарат управління, оскільки це поняття належить до управлінських. Вона проявляється в ставленні суб'єкта до керованого об'єкта, тому що суб'єкт може складати певні процесуальні документи [5]. Тому змістом активної процесуальної позиції вважаємо таке: 1) відношення до процесуальної процедури, тобто можливість втручання або управління її процесом; 2) відношення до інших учасників процесу, тобто можливість управління їхніми діями; 3) ухвалення процесуально значущих документів, які реалізують управлінський вплив.

Відповідно до цього розуміння проаналізуємо позиції основних учасників кримінального провадження з урахуванням їх функцій у кримінальному судочинстві. Правильність визначення цих функцій та їх носіїв дає можливість точно встановити місце й роль кожного учасника у вирішенні завдань судочинства. В.П. Шибіко, В.Т. Нор підтримують існування в кримінальному процесі трьох базових функцій: обвинувачення, захисту, розгляду справи. Така класифікація функцій є очевидною, адже їх існування характерне для принципу змагальності сторін, який є базовим у кримінальному процесуальному законодавстві. У результаті аналізу чинного Кримінального процесуального кодексу України можна здійснити характеристику процесуальних функцій сторін.

Функція обвинувачення являє собою діяльність, спрямовану на викриття особи, яка вчинила проступок (або суспільно-небезпечне діяння в стані неосуд-

ності). Такого значення функція обвинувачення набуває тому, що саме від волі обвинувача залежить початок процесу, і нею багато в чому визначається його результат.

Функція захисту як процесуальна діяльність має на меті захист обвинуваченого (підсудного) від висунутого проти нього звинувачення, виправдання підсудного або виявлення обставин, що пом'якшують покарання засудженого. Учасниками, які виконують функцію захисту, є обвинувачений, захисник, цивільний відповідач, його представник, а також законний представник.

Функція правосуддя є центральною в кримінальному судочинстві. Її може бути визначено як процесуальну діяльність, спрямовану на вирішення спірних ситуацій між сторонами обвинувачення й захисту під час розгляду справи, остаточне винесення судом рішення про винуватість обвинуваченого та його покарання [6, с. 154].

Відповідно до Конституції України основними засадами судочинства є рівність усіх учасників процесу перед законом і судом та змагальність сторін (ст. 129) [7].

Розподіл учасників кримінального судочинства на групи відповідно до їх правового статусу існував із прадавніх часів. Чіткого структурування інститут сторони в кримінальному процесі Російської імперії набув за часів реформ 1860 р. Видатний юрист XIX століття В.Д. Спасович звертав увагу на важливе значення в інквізиційному судовому процесі доказів, наданих його сторонами [8, с. 13–20]. Ми погоджуємося, що поняття суб'єктів кримінального процесу є значно ширшим та включає в себе його учасників як самостійний інститут. За КПК України 2012 р. у кримінальному процесі суб'єкти кримінально-процесуальних відносин, об'єднані спільними правовими позиціями, завданнями в процесі, виступають стороною, що протистоїть іншій стороні. Згідно зі ст. 36–59 нового КПК України стороною обвинувачення є прокурор, орган (керівник, слідчий) досудового розслідування, оперативні підрозділи; стороною захисту є підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений, законний представник підозрюваного, обвинуваченого, захисник. Однією із загальних засад кримінального судочинства є змагальність сторін, що закріплено в ст. 7 КПК України. Саме наявність сторін у кримінальному процесі означає реалізацію правосуддя на засадах змагальності. Лише активна позиція сторін, спрямована на доведення своїх правових позицій перед судом, зможе реально розкрити поняття змагальності, забезпечити її дієвість [9, с. 89–90]. Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та надання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також реалізацію інших процесуальних прав (ч. 2 ст. 22 КПК України). Зазначимо, що в Кримінальному процесуальному кодексі України встановлено також зміст діяльності кожного із суб'єктів виконання процесуальних функцій. Можливість реалізації функції захисту є процесом втілення правових приписів щодо здійснення захисту особи під час кримінального провадження в поведінці суб'єктів цієї функції. Завдяки реалізації правових норм, які передбачають здійснення функції захисту, досягаються мета й результати правового регулювання, що проголошуються зако-

нодавцем у процесі правотворення. Функція захисту реалізується наданням її суб'єктам необхідних правових можливостей для доведення невинуватості особи у вчиненні злочину або наведення доказів, які підтверджують обставини, що пом'якшують її вину [10, с. 224]. Зміст і можливості реалізації стороною захисту своїх функцій розкрито у відповідних нормах Кримінального процесуального кодексу України (ч. 1 ст. 22, ст. ст. 44, 45, 221, 290). Аналогічно законодавець розкриває зміст і суб'єктів функції судового розгляду, що закріплено в ч. 1. ст. 3, ч. 6 ст. 22 та інших нормах КПК України.

Проаналізувавши відповідні норми Кримінального процесуального кодексу України, позицію сторони захисту варто розуміти як активну процесуальну позицію, оскільки вона під час виконання своїх функцій втручається в діяльність інших учасників та може формувати процесуальне значуще рішення.

Згідно з чинним законодавством прокурор є основним суб'єктом виконання функції обвинувачення. Зміст його діяльності, як зазначено в ч. 4 ст. 22 КПК України, становлять «повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, звернення з обвинувальним актом та підтримання державного обвинувачення в суді». Предмет і зміст державного обвинувачення розкриті в п. 3 ч. 1 ст. 3 КПК України: «Процесуальна діяльність прокурора, що полягає в доведенні перед судом обвинувачення». Більш конкретно вони розкриті в нормах ст. 36 КПК України щодо процесуального статусу (повноважень) прокурора, напрямку й змісту його діяльності як сторони кримінального провадження (ч. ч. 1, 2 ст. 22 КПК України), а деталізовані в приписах закону щодо форм і способів реалізації ним окремих кримінальних процесуальних інститутів (ст. ст. 92, 93 КПК України) і норм у кожній окремій процесуальній ситуації на всіх без винятків стадіях та етапах кримінального провадження (ст. ст. 214, 276, 280, 284, 291, 339 КПК України). Кінцева ж мета обвинувальної діяльності прокурора сформульована в п. 3 ст. 3 КПК України: «Забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення». Її досягнення здійснюється прокурором шляхом виконання завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК України), які своєю чергою вирішуються шляхом реалізації ним і під його процесуальним керівництвом та іншими суб'єктами сторони обвинувачення наданих їм законом повноважень. Аналіз повноважень прокурора дозволяє розуміти його позицію як сторони обвинувачення як активну процесуальну позицію, оскільки він також під час виконання своїх функцій втручається в діяльність інших учасників кримінального провадження та формує процесуальне значуще рішення.

Оскільки трактування функцій у кримінальному провадженні має бути однаковим і не залежати від того, чи є вони основними (головними), наведений вище підхід до їх визначення слід застосовувати до всіх сторін кримінального процесу.

Новелою українського законодавства є запровадження інституту слідчого судді. Предметом діяльності слідчого судді під час реалізації ним тих чи інших повноважень слід визнати факти й обставини та їх правову (кримінальну й процесуальну) оцінку (кваліфікацію), що викладені сторонами, іншими учасниками провадження в поданих йому клопотаннях, скаргах, а також

факти, виявлені самим слідчим суддею, з якими закон пов'язує необхідність відповідного процесуального реагування з його боку. Змістом діяльності слідчого судді є судовий розгляд клопотань, скарг і прийняття за його результатом процесуальних рішень, а також дії та рішення як акти реагування на виявлені ним факти порушень, за загальним правилом – порушень прав, свобод та інтересів особи в ході досудового розслідування. Мета ж власне його діяльності, якщо її розглядати в узагальненому вигляді, одна – прийняття законного, обґрунтованого та справедливого рішення, учинення законної, обґрунтованої та справедливої дії. Однак слід мати на увазі, що слідчий суддя не приймає ні кінцевих (остаточних) рішень кримінального провадження, ні рішень по його суті. Усі його рішення є або допоміжними, або етапними – такими, що тягнуть за собою прийняття відповідних рішень чи виконання дій, що з них постають, іншими суб'єктами провадження (прокурором, слідчим та іншими), прийняття, здійснення яких має власну мету, досягнення якої без відповідного рішення слідчого судді неможливе. Тому вказану безпосередню мету діяльності слідчого судді під час визначення його функцій завжди слід пов'язувати з цілями (метою) процесуальних рішень чи дій, задля забезпечення досягнення яких і приймалося його рішення. Указані цілі (ніби) якби «накладаються» одна на іншу. У законодавчому визначенні слідчого судді як суб'єкта кримінального провадження («судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні» – п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України) означено і предмет, і зміст, і мету його діяльності, проте означено лише в цілому. Їх конкретизація міститься в приписах або постає з приписів закону щодо тих процесуальних інститутів і норм, обов'язковими правовими елементами яких (ст. ст. 81, 114, 117, 134, 140, 144, 176, 196, 206, 225, 223, 303, 493, 583 та інші КПК України) є групи повноважень та окремі самостійні повноваження слідчого судді [11, с. 294–296]. Отже, діяльність слідчого судді теж розуміємо як активну процесуальну позицію, оскільки під час виконання своїх функцій він втручається в діяльність інших учасників та формує процесуальне значуще рішення.

Таким чином, проаналізувавши функції сторін кримінального провадження та їх зміст, ми бачимо, що для їх реалізації необхідно проявляти активу процесуальну позицію. Так, у змагальному судочинстві сторона обвинувачення проявляє активну позицію, підтримуючи обвинувачення в суді. Сторона захисту проявляє її, захищаючи обвинуваченого. Суд проявляє її, керуючи судовим засіданням.

Проаналізуємо позицію судового експерта. Відповідно до ст. 242 КПК України, експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Також повноваження експерта, його права та обов'язки, порядок проведення експертного дослідження закріплені в Законі України «Про судову експертизу», Інструкції про порядок призначення та проведення експертиз та експертних досліджень [12; 13]. Перша ознака активної процесуальної

позиції експерта (втручання в процес) відсутня; за другою ознакою він також не втручається в діяльність сторін кримінального судочинства, однак він видає процесуальні документи – висновок експерта, який відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України є джерелом доказів.

Можна припустити, що в експерта пасивна процесуальна позиція, однак необхідно зазначити, що він як учасник кримінального провадження має право на експертну ініціативу, тому вважаємо таке припущення недосконалим. Експертну ініціативу багато криміналістів вважають науковою категорією, і вона вже кілька десятиліть привертає увагу теоретиків і практиків, однак її місце та взаємозв'язок із профілактичною функцією експерта не були предметом окремого вивчення. Так, Р.С. Бєлкін представляв експертну ініціативу як установлення експертом на свій розсуд обставин і фактів, які не були передбачені експертним завданням, однак на думку експерта мають значення під час проведення експертного дослідження [14, с. 81]. Він же звертав увагу, що експертна ініціатива являє собою діяльність експерта під час проведення експертних досліджень із метою виявлення обставин, які сприяли або могли сприяти вчиненню злочинів [14, с. 176]. П.В. Вінницький і С.Л. Мельник, розвиваючи цю позицію, доходять висновку про експертну ініціативу як кримінально-правову категорію [15, с. 57]. Деякі вчені вважають, що експертна ініціатива – це право експерта вказувати на виявлені факти та обставини, що сприяли вчиненню злочину [16].

Зауважуємо, що в змагальному судочинстві інтереси сторін кримінального провадження різні, тому судова експертиза під час її призначення буде неминуче проводитися в аспекті функції окремої сторони кримінального процесу. На нашу думку, це не відповідає принципу об'єктивності судового розгляду справи. Вважаємо, що для забезпечення об'єктивності та достовірності експертного дослідження необхідна активна процесуальна позиція експерта. Оскільки, наприклад, за допомогою експертної ініціативи експерт втручається в кримінальний процес та вносить клопотання про надання додаткових зразків експертного дослідження.

Зазначаємо, що судовий експерт відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України є учасником кримінального процесу. Він проводить експертне дослідження на основі спеціальних знань. Законодавцем не врегульовано визначення поняття спеціальних знань, проте серед більшості науковців вважається, що спеціальні знання – це використовуване в криміналістиці поняття, яке означає сукупність знань, з якими учасники процесу доказування не знайомі, до яких відносяться наукові, технічні, професійні знання, отримані під час навчання, і навички, набуті в процесі спеціальної роботи, використовувані під час пошуку, вилучення, дослідження слідів злочину для забезпечення встановлення істини у справі [17, с. 80]. Підкреслюємо активну позицію експерта в опануванні спеціальними знаннями в процесі навчання та спеціальної підготовки. Таким чином, змістом прояву активної процесуальної позиції експерта під час провадження експертизи є ініціативне застосування спеціальних знань.

Для відповіді на поставлені питання експерт під час провадження експертного дослідження використовує експертну технологію дослідження об'єкта.

Експертна технологія – це система робочих операцій, які складають раціональні дії з оптимального використання судовим експертом наявних ресурсів (матеріальних, технічних та фінансових, трудових, інтелектуальних, нормативно-правових) для забезпечення результативного проведення судових експертиз [18]. Підкреслюємо активну процесуальну позицію експерта під час використання експертної технології, що передбачає формування експертом (комісією експертів) завдання на власне дослідження. Ми вважаємо, що організаційною формою використання спеціальних знань є експерта технологія.

Частиною 9 ст. 101 Кримінального процесуального кодексу України закріплено, що експерт повинен передавати висновок стороні, за клопотанням якої було здійснено експертизу. Це суперечить принципу змагальності, тому що сторони, наприклад, для того щоб ефективно відстоювати свої права й інтереси в суді, повинні бути рівною мірою ознайомлені з матеріалами справи. Відсутність же інформації про результати дослідження, з одного боку, спричинить неефективне відстоювання стороною своєї активної процесуальної позиції у справі, з іншого, матиме результатом подання значної кількості заяв щодо відкладення судового засідання, мотивуючи це тим, що сторона не ознайомлена з усіма матеріалами справи. Ми рекомендуємо експерту не лише під час провадження експертного дослідження, а й після його проведення проявляти свою активну процесуальну позицію та повідомляти суд про завершення експертизи.

Таким чином, для забезпечення об'єктивної участі експерта в реалізації функції сторін необхідна його активна процесуальна позиція. Основним змістом активної процесуальної позиції є ініціативне застосування спеціальних знань. Організаційною формою застосування активної позиції є експертна технологія.

Рекомендуємо експерту не лише під час провадження експертного дослідження, а й після його проведення проявляти свою активну процесуальну позицію та ініціативним чином повідомляти суд про завершення експертизи.

Література

1. Ушаков Д.Н. Толковый словарь современного русского языка / Д.Н. Ушаков. – М. : Аделант, 2013. – 800 с.
2. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка : [около 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений] / С.И. Ожегов. – М. : Оникс; Мир и образование, 2011. – 736 с.
3. Крысько В.Г. Психология и педагогика. Вопросы – ответы. Структурные схемы / В.Г. Крысько. – М. : Юнити-Дана, 2004. – 365 с.
4. Куліков О.П. Кримінально-процесуальні заходи забезпечення активної позиції учасників процесу / О.П. Куліков // Вісник академії адвокатури України. – 2008. – № 13. – С. 67–72.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України [наук.-практ. коментар] / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
6. Шумаєв Д.Г. Взаємодія судового експерта з учасниками кримінального провадження під час реалізації ними процесуальних функцій / Д.Г. Шумаєв // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2013. – Вип. 3. – Т. 2. – С. 152–155.
7. Конституція України [наук.-практ. коментар] / редкол. В. Я. Тацій, О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін. – 2-ге вид., перероб. і допов. – Х. : Право, 2011. – 1128 с.
8. Спасович В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством / В.Д. Спасович. – М. : ЛексЭст, 2001. – 112 с.

9. Маслій О.В. Легалізація терміну «сторони» в кримінальному-процесуальному законодавстві України / О.В. Маслій // Науковий вісник національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1 – С. 87–94.
10. Шнягін О. Поняття і гарантії забезпечення реалізації функції захисту в кримінальному процесі Україні / О. Шнягін // Вісник Академії управління МВС. – 2010. – № 1. – С. 223-233.
11. Попелюшко В. О. Функції слідчого судді у кримінальному провадженні / В. О. Попелюшко // Малиновські читання : мат. міжнар. наук-практ. конф. (м. Острог, 15–16 листопада 2013 р.). – Острог : [Б.в.], 2013. – С. 294–298.
12. Про судову експертизу : Закон України (з чинними змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 28. – Ст. 232. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4038-12.
13. Інструкція про порядок призначення та проведення експертиз та експертних досліджень : Затверджена наказом Міністерства юстиції України від 08 січня 1998 р. № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26 груд. 2012 р., № 1950/5) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98/print1392286538612149.
14. Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. – М. : Мегатрон XXI, 2000. – 334 с.
15. Виницкий П.В. Экспертная инициатива в уголовном судопроизводстве : [монография] / П.В. Виницкий, С.Л. Мельник. – М. : Экзамен, 2009. – 384 с.
16. Словник основних термінів судових експертиз (теорія, організація та нормативно-правове регулювання) / В. М. Шерстюк (кер. авт. кол.), В. В. Лук'яненко. – Сімферополь : КримНДІСЕ, 2008. – 182 с.
17. Аванесян А. А. Необходимость разработки понятия «специальные знания» / А. А. Аванесян, Д. Г. Шумаєв // Вплив юридичної науки на розвиток міжнародного та національного законодавства : матер. міжнар. наук-практ. конф. (м. Харків, 12-13 квітня 2012 р.) : у 4 т. – Х. : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2012 – . – Т. 4. – 2012. – С. 78-80.

Анотація

Шумаєв Д. Г. **Активна процесуальна позиція експерта.** – Стаття.

Досліджено проблемні аспекти реалізації активної процесуальної позиції експертом у реалізації функцій сторін в умовах змагального кримінального судочинства. Автор піддав аналізу наукову літературу з наведеного питання, розглянув думки провідних науковців щодо сутності повноважень учасників кримінального процесу. Увагу акцентовано на доцільності застосування категорії управління під час аналізу процесуальної активності сторін. Розкрито зміст активної процесуальної позиції. Доведено, що для забезпечення ефективності участі експерта в реалізації процесуальних функцій сторін необхідна активна процесуальна позиція експерта. Її підгрунтя складає право експерта на ініціативу. Обґрунтовано, що основним змістом активної процесуальної позиції є ініціативне застосування спеціальних знань. Доведено, що організаційною формою реалізації активної позиції експерта є експертна технологія. Рекомендовано експерту проявляти власну активну процесуальну позицію також на етапі супроводження експертизи під час судового розгляду справи.

Ключові слова: сторони кримінального провадження, функції сторін, процесуальна позиція, спеціальні знання, експертна ініціатива, процесуальна активність, експертна технологія.

Аннотация

Шумаев Д. Г. **Активная процессуальная позиция эксперта.** – Статья.

Исследованы проблемные аспекты реализации активной процессуальной позиции экспертом в реализации функций сторон в условиях состязательного уголовного судопроизводства. Автор подверг анализу научную литературу по приведенному вопросу, рассмотрел мнения ведущих ученых о сущности полномочий участников уголовного процесса. Внимание акцентировано на целесообразности применения категории управления при анализе процессуальной активности сторон. Раскрыто содержание активной процессуальной позиции. Доказано, что для обеспечения эффективности участия эксперта в реализации процессуальных функций сторон необходима активная процессуальная позиция эксперта. Ее основу составляет право эксперта на инициативу. Обосновано, что основным содержанием активной процессуальной позиции является инициативное применения специальных знаний. Доказано, что организационной формой реализации активной позиции эксперта является экспертная технология. Рекомендовано эксперту проявлять собственную активную процессуальную позицию также на этапе сопровождения экспертизы во время судебного рассмотрения дела.

Ключевые слова: стороны уголовного производства, функции сторон, процессуальная позиция, специальные знания, экспертная инициатива, процессуальная активность, экспертная технология.

Summary

Shumaiev D. G. **Active procedural expert position.** – Article.

The problem aspects of realization of active procedural expert opinions are investigated in the implementation of functions of the parties in terms of adversary criminal proceedings. The author has analyzed the scientific literature of the following issues, considered views of leading scientists about the essence of participants' powers of the criminal process. It is emphasised the reasonability of use of category management in the analysis of the procedural activity of the parties. The content of active procedural position is disclosed. It is proved that for efficiency expert participating in the implementation of procedural functions of the parties the active procedural expert opinion is required. Its foundation is the right expert to initiative. It is founded that the basic content of active procedural position is proactive application of special knowledge. It is proved that the organizational form of the active position of the expert is an expert technology. It is recommended that expert shows his own active procedural position on the stage of examination accompanying at trial.

Key words: parties of criminal proceedings, functions of the parties, procedural position, special knowledge, expert initiative, procedural activity, expert technology.

УДК 343.1

Н. В. Гуменна

ПОНЯТТЯ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ІНШИМИ СУБ'ЄКТАМИ РОЗШУКУ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ НИМ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Низький рівень розкриття кримінальних правопорушень у нашій країні обумовлений значною мірою роз'єднаністю дій органів слідства та оперативних підрозділів, недостатнім використанням потенціалу різних видів експертиз, слабкими й непродуктивними формами взаємодії, недостатньою професійною підготовкою, а в деяких випадках – притупленням почуття відповідальності за доручену справу в слідчих, працівників органів, що здійснюють дізнання, та експертів.

Успіх у розкритті кримінальних правопорушень пов'язується і вченими, і практичними працівниками з характером та якістю взаємодії слідчих та інших суб'єктів розшуку. Пояснюється це тим, що в боротьбі зі злочинністю правильно організована взаємодія дає зазвичай великий ефект. Не випадково саме тому так багато робилось і робиться сьогодні для того, щоб віднайти такий варіант організації взаємодії, який забезпечував би найбільш оптимальний розподіл обов'язків між органами, що ведуть боротьбу зі злочинністю, узгодженість у плануванні й проведенні гласних слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та оперативних заходів із розкриття, розслідування й попередження кримінальних правопорушень. Однак говорити, що наявні системи взаємодії є повністю досконалими, ми не можемо, оскільки в них, як показує практика, ще багато недоліків і невирішених питань.

Вищевикладене визначає актуальність додаткового дослідження в галузі взаємодії під час організації слідчої роботи, зокрема розшукової діяльності слідчого.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питанням щодо поняття, форм і принципів взаємодії слідчих з іншими суб'єктами розшуку займалися В.С. Зеленецький, І.В. Озерський, І.Ф. Герасимов, І.М. Гуткін, М.В. Салтевський, В.Ю. Шепітько, К.В. Антонов, Р.С. Бєлкін, Б.А. Вікторов, О.Ф. Долженков, Л.Б. Півненко, В.П. Дробот, І.П. Козаченко, В.П. Корж, А.Г. Лєкарь,

© Н. В. Гуменна, 2014

Є.В. Лизогубенко, Є.Д. Лук'янчиков, Д.Й. Никифорчук, М.А. Погорецький, І.В. Сервецький, В.Ф. Усенко, В.П. Хомколов, М.Є. Шумило та інші вчені. Однак сучасний рівень злочинності та прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України, в якому запроваджено багато новел, указують на потребу їх подальшого дослідження й удосконалення.

Мета статті. У спеціальній літературі серед науковців і практиків немає єдиного погляду ні на саме поняття взаємодії слідчого із суб'єктами розшуку під час здійснення ним розшукової діяльності, ні на весь механізм такої взаємодії. Саме тому мета цього дослідження – віднайти правильний підхід до поняття цієї взаємодії, провівши аналіз висловлювань щодо цього і вчених, і практичних працівників, а також аналіз чинного законодавства.

Основні результати дослідження. Взаємодія слідчого із суб'єктами розшуку – неодмінна умова успішної розшукової діяльності. У літературі існує багато поглядів на це питання, проте вони, на нашу думку, не охоплюють усієї повноти цього ємного поняття. Під час з'ясування його сутності, ми вважаємо, необхідно, ґрунтуючись на теоретичних положеннях конкретних наук, наприклад, криміналістики, кримінального процесу, соціальної психології, осмислити явище, усвідомити сутність і внутрішні якісні його особливості, а вже потім досліджувати.

З точки зору соціальної психології взаємодія – взаємозалежний обмін діями, організація людьми взаємних дій, спрямованих на реалізацію спільної діяльності. Під час взаємодії відбувається обмін діями, зароджуються спорідненість, координація дій обох суб'єктів, а також стійкість їх інтересів, планування спільної діяльності, розподіл функцій тощо [1]. А от доктор І.К. Адізес (відомий ізраїльський і македонський письменник, один з експертів у галузі підвищення ефективності ведення бізнесу та урядової діяльності) вважає, що взаємодія зосереджена, на відміну від співпраці, не на процесі прийняття рішень, а на реалізації прийнятого рішення. Для реалізації рішення, яке спричиняє певні зміни, спільність інтересів між усіма сторонами є вкрай необхідною. Взаємодія відбувається, коли є спільні інтереси або коли вони простежуються в довгостроковій перспективі. Цей процес вимагає віри й довіри [2].

Учені-криміналісти розглядають взаємодію як форму організації розслідування злочинів [3]; як об'єднання сил, засобів і методів органів внутрішніх справ та інших правоохоронних органів [4]; як сполучення й використання повноважень і методів роботи, властивих кожному органу, зумовлене відмінностями в їхній компетенції та формах діяльності [5]; як взаємозв'язок у процесі розкриття й розслідування злочинів [6]. Значну увагу науковців було приділено не лише питанням поняття, а й принципів, форм взаємодії слідчих та оперативно-розшукових підрозділів, чому присвячено велику кількість наукових, науково-методичних праць і рекомендацій [7; 8; 9], у багатьох із яких немало суперечливих точок зору. Така розбіжність поглядів обумовлена тим, що до реальної системи взаємодії з досудового розслідування кримінальних правопорушень, яка має місце в практичній діяльності, входять органи прокуратури, органи внутрішніх справ, Служби безпеки України, деякі державні органи України, а також експерти, спеціалісти й консультанти відповідних галузей знань, аудитори, представники підприємств, установ та організацій, об'єднань

громадян, громадські формування з охорони громадського порядку тощо [10, с. 121]. Тому науковці пропонують різні визначення взаємодії органів розслідування кримінальних правопорушень, які можна узагальнити як взаємодію правоохоронних та інших державних органів і посадових осіб у процесі розкриття й розслідування кримінальних правопорушень. Взаємодія – це насамперед узгоджена діяльність різноманітних ланок однієї або декількох організованих систем, спрямована на досягнення спільної мети з найменшими витратами сил, засобів і часу [11, с. 279]. Саме таке розуміння системи взаємодії слідчого з іншими суб'єктами розшуку надає змогу в повному обсязі розглянути це явище. Ця теза є досить справедливою, адже необхідність взаємодії слідчих, оперативно-розшукових, контрольно-наглядових органів, інших суб'єктів з урахуванням конкретної слідчої ситуації може виникнути під час розслідування будь-яких кримінальних правопорушень та на будь-якій стадії (початковому, наступному, заключному етапах розслідування, а також під час судового розгляду).

Взаємодія слідчого та інших суб'єктів розшуку є лише частиною такої системи, тому надалі дослідження буде спрямоване на розкриття особливостей саме цієї частини. Суб'єктами такої взаємодії на даний час є слідчі органів прокуратури (на час дії п. 1 розділу XI «Перехідних положень» Кримінального процесуального кодексу (КПК) України, органів внутрішніх справ, органів безпеки, органу, що здійснює контроль за дотриманням податкового й митного законодавства, органу державного бюро розслідувань (із дня початку його діяльності), а також, згідно зі ст. 246 КПК України, уповноважені оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за дотриманням податкового й митного законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, які проводять негласні слідчі (розшукові) дії за письмовим дорученням слідчого, прокурора, який здійснює нагляд за додержанням законів слідчими під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва. Крім того, до суб'єктів розшуку необхідно віднести осіб, з якими слідчий здійснює конфіденційне співробітництво, оскільки ст. 275 КПК України дозволяє використовувати надану ними інформацію з метою проведення розшукових заходів та залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій [12].

На користь цього твердження можна навести позицію В.Д. Пчолкіна, який зазначає, що в одному випадку взаємодію треба розглядати як погоджену діяльність слідчих й оперативно-розшукових та інших служб органів внутрішніх справ, Служби безпеки України, органів прокуратури, органів, що здійснюють контроль за дотриманням податкового й митного законодавства тощо. У другому випадку взаємодія – це ділове співробітництво слідчих і службових осіб контролюючих, інших державних органів, керівників підприємств, установ, організацій, комерційних структур, фахівців, громадян. У третьому – це діловий контакт слідчих і представників засобів масової інформації, окремих громадян, представників громадських організацій [13, с. 99]. Тобто, як бачимо, він визначає взаємодію слідчого та інших суб'єктів розшуку як один із видів взаємодії під час досудового розслідування.

Характеризуючи сутність взаємодії слідчого та інших суб'єктів розшуку, В.М. Стратонов та О.М. Захарченко зазначають, що вона передбачає спільні зусил-

ля в розкритті та розслідуванні злочинів шляхом поєднання методів і засобів, притаманних їм за чіткого розмежування повноважень органів досудового слідства й дізнання. Проте саме єдність завдань є основою їхніх взаємовідносин, важливою теоретичною основою взаємодії, що повинна бути активною та продовжуватися до розкриття кримінального правопорушення. При цьому кожен учасник взаємодії несе персональну відповідальність за свої дії [14, с. 983]. Також зазначені автори пропонують під взаємодією слідчого з органами, що здійснюють дізнання для розшуку й установлення місця знаходження обвинуваченого, розуміти узгоджено організований (відповідно до діючих законів і підзаконних нормативних актів) психологічно обумовлений процес офіційних і неофіційних взаємин співробітництва шляхом доцільного поєднання методів і засобів, притаманних цим службам, на основі взаємодопомоги і взаєморозуміння з метою ефективного вирішення завдань кримінального судочинства й забезпечення безпеки учасників кримінального процесу [14, с. 985].

Спірною видається позиція З.Ф. Ковриги про те, що зміст тісної взаємодії органів, які здійснюють дізнання, та слідчих полягає в тому, щоб процесуальним шляхом і у встановленій законом формі закріпити відомості, що отримані в результаті оперативно-розшукових заходів [15, с. 9].

На відміну від нього, здійснюючи аналіз змісту такого поняття, як взаємодія в діяльності слідчого та інших суб'єктів розшуку, І.М. Бацько зазначає, що вдалим у наведеному визначенні є відокремлення заходів, спрямованих на вирішення завдань, які здійснюються спільно або узгоджено. Наприклад, слідчий не може здійснювати оперативно-розшукові заходи, а орган, що здійснює дізнання, не уповноважений проводити деякі процесуальні дії навіть за дорученням слідчого або прокурора (складати повідомлення про підозру, обвинувальний акт тощо). Тому в деяких випадках слідчий та оперативні працівники можуть діяти спільно й одночасно (проводити огляд місцевості, висувати версії, складати спільний план розслідування кримінального правопорушення, здійснювати слідчий експеримент, проводити одночасно в різних місцях декілька обшуків у співучасників злочину тощо), а в деяких випадках – окремо [16, с. 363].

Дещо інакше пропонує розуміння сутності взаємодії В.Д. Пчолкін, який робить висновок про те, що взаємодія – це заснована на спільності цілей і завдань, погоджена за часом, місцем і змістом, визначена законодавством діяльність компетентних суб'єктів щодо раціонального застосування наявних сил, засобів і методів для своєчасного виявлення, розкриття та розслідування злочинів [17, с. 120].

У свою чергу В.В. Іванов під взаємодією оперативних підрозділів органів внутрішніх справ зі слідчим розуміє організований згідно з чинним законодавством і відомчими нормативними актами процес ділового співробітництва (узгоджених або спільних заходів), спрямований на вирішення завдань кримінального судочинства й забезпечення безпеки учасників кримінального процесу (судочинства) [18, с. 17].

Більш вдалим є визначення, запропоноване С.В. Слінько̀м. Так, він вважає, що взаємодія є такою, що ґрунтується на законі й відомчих нормативних актах, діяльністю незалежних один від одного в адміністративному відношенні органів, яка спрямовується слідчим і здійснюється за комплексного поєднання й ефективного використання повноважень, методів і форм, властивих кожному з них,

із метою розкриття злочинів, запобігання злочинній дії та встановлення обставин, котрі входять до предмета доказування в кримінальній справі [19, с. 11]. З такого ж боку визначає взаємодію І.Ф. Герасимов. На його думку, під взаємодією органів, покликаних протидіяти злочинності, треба розуміти такий взаємозв'язок у діяльності цих органів, який забезпечує розумне поєднання й найбільш ефективне використання повноважень, методів і засобів, властивих кожному з взаємодіючих органів, спрямований на запобігання, розкриття й розслідування злочинів [5, с. 106].

Значну роль в кримінальному провадженні відіграє взаємодія слідчих саме з оперативними підрозділами. Так, згідно з п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України слідчий уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам, що має на меті, з одного боку, прискорення розслідування у кримінальному провадженні (слідчий не відволікається на проведення нескладних слідчих дій), а з іншого – залучення до проведення негласних слідчих (розшукових) дій фахівців з оперативних підрозділів, які мають певний досвід і спеціальну техніку для проведення оперативно-розшукових заходів [20, с. 136–137]. Згідно з інструкцією, затвердженою наказом МВС України від 14.08.2012 року № 700 «Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень», слідчий під час досудового розслідування кримінальних правопорушень надає відповідним оперативним підрозділам внутрішніх справ, а в разі створення слідчо-оперативної групи – конкретним співробітникам оперативного підрозділу, включеним до її складу, письмові доручення про проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій, які є обов'язковими для виконання оперативним підрозділом.

З урахуванням викладеного й особливостей здійснення розшукової діяльності слідчого пропонуємо такий варіант поняття взаємодії слідчого та інших суб'єктів розшуку під час здійснення розшукової діяльності: це узгоджена діяльність слідчого, працівників (співробітників) оперативних підрозділів та інших суб'єктів, що забезпечує раціональне поєднання під час розшукової діяльності процесуальних дій і розшукових заходів, здійснюваних кожним із них відповідно до своїх функцій та в межах наданих їм законом повноважень із використанням спеціальних знань і технічних засобів, спрямована на досягнення спільної мети з найменшими затратами сил, засобів і часу. Взаємодія повинна мати цілеспрямований характер, що є обов'язковою й необхідною умовою найбільш результативної розшукової діяльності.

Висновки. Аналізуючи викладене, можемо зробити висновок, що для ефективної взаємодії слідчого з іншими суб'єктами розшуку необхідним є таке: наявність загальних цілей; загальна мотивація для досягнення мети; необхідність чіткого визначення завдань та їх розподілу; погоджене, координоване виконання розподілених та об'єднаних індивідуальних дій усіх учасників; необхідність в управлінні (включаючи самоуправління) – потреба, внутрішньо притаманна спільній діяльності (в такому випадку ця функція покладається на слідчого); наявність єдиного завершального результату, загального як для слідчого, так і для інших суб'єктів розшуку; єдине просторово-часове функціонування учасників

взаємодії; врахування попереднього досвіду кожного учасника взаємодії, активізація здібностей і можливостей суб'єктів взаємодії; довіра й повага.

Недоліком взаємодії слідчого з іншими суб'єктами розшуку вважаємо те, що ця система носить тимчасовий характер, створюється й скасовується кожного разу, коли, на думку тих чи інших посадових осіб, виникає або відпадає необхідність у ній. В одному випадку це сприяє розкриттю кримінального правопорушення, в іншому – ні. Іншими словами, такою взаємодією далеко не завжди досягається очікуваний результат. Тому ця проблема була й залишається нагальною в діяльності органів внутрішніх справ. Крім того, безпосереднє підпорядкування оперативного працівника не лише в адміністративному, а й у процесуальному відношенні керівникові слідчого підрозділу, відповідального за організацію досудового розслідування та його результати, а начальникові внутрішніх справ, відсутність відповідно до цього прямого зв'язку між слідчим та оперативним працівником на практиці нерідко призводить до пасивності органів та осіб, зобов'язаних допомагати слідчому розкривати й розслідувати кримінальні правопорушення. Іноді це також породжує між слідчими й оперативними працівниками конфлікти та взаємні звинувачення в недоліках під час вирішення спільних завдань, що, звичайно, негативно позначається на діяльності з розкриття злочинів.

Також варто зазначити, що результати взаємодії лише для слідчого прямо й безпосередньо пов'язані з виконанням завдань, які стоять перед ним. Щодо інших суб'єктів розшуку, то для них це зазвичай є певним відволіканням від виконання своїх основних обов'язків. Так, працівники оперативних підрозділів, експерти, плануючи свою роботу на місяць, квартал та інший термін, не завжди передбачають взаємодію зі слідчим. Практично це буває й не можливим, оскільки важко в усіх випадках передбачити, коли й за якого провадження в ній виникне необхідність. Взаємодія зі слідчим із конкретного провадження працівниками цих підрозділів сприймається як дещо побічне, тим більше, що це навантаження не знімає відповідальності за основну роботу. У результаті від такого роздвоєння слідчий отримує мало користі і, безумовно, програє основна робота, для якої створені ці підрозділи. Наведені недоліки в роботі слідчого, безумовно, потребують окремого розгляду та практичних рішень.

Література

1. Соціальна психологія : [підручник] / Л.Б. Орбан-Лембрик [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pidruchniki.ws/1584072039084/psihologiya/sotsialna_psihologiya_orban-lembrik_lb.
2. Адізес І.К. Співпраця VS Взаємодія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://innovations.com.ua/ua/blogs/mark/17587/spivpracya-vs-vzajemodiya.
3. Керевич О.В. Процесуальні та психологічні основи взаємодії слідчого та органу дізнання в ході розкриття і розслідування злочинів : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О.В. Керевич. – К., 2001. – 265 с.
4. Криминалистика : [учебник для вузов] / [А.Ф. Волынский, Т.В. Аверьянова, И.И. Александрова и др.] ; под ред. проф. А.Ф. Волынского. – М. : Закон и право ; ЮНИТИ-ДИАНА, 1999. – 615 с.
5. Герасимов И.Ф. Некоторые проблемы раскрытия преступлений / И.Ф. Герасимов. – Свердловск : Средне-Уральское книж. изд-во, 1975. – 184 с.

6. Криминалистика : [учебник для вузов] / под. ред. И.Ф. Герасимова и Л.Я. Драпкина. – М. : Высшая школа, 2000. – 864 с.
7. Взаимодействие следователей МООП и органов милиции при расследовании преступлений / под ред. А.Д. Соловьева. – К. : МООП упр. СССР, 1968. – 80 с.
8. Ляш А.О. Проблеми взаємодії слідчого з оперативними підрозділами органів внутрішніх справ у сучасних умовах / А.О. Ляш // Матеріали наук.-практ. конф. «Використання сучасних досягнень науки і практики у підвищенні ефективності боротьби зі злочинністю». – К. : Нац. акад. внутр. справ України, 2000. – С. 126–131.
9. Погорецкий Н.А. Взаимодействие следователя и органа дознания в процессе расследования преступлений / Н.А. Погорецкий // Весы Фемиды. – 2000. – № 1 (13). – С. 65–69.
10. Яровий Б.Д. Особливості взаємодії слідчих підрозділів з іншими підрозділами у розкритті та розслідуванні злочинів / Б.Д. Яровий // Вісник. Серія « Юридичні науки». – 2011. – № 4. – С. 12–124.
11. Криміналістика : [підручник] / [В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова, В.А. Журавель та ін.] ; за ред. В.Ю. Шепітька. – 4-те вид., перероб. і допов. – Х. : Право, 2008. – 464 с.
12. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/paran3#n3.
13. Пчолкін В.Д. Взаємодія слідчих і працівників оперативних підрозділів у ході розслідування злочинів / В.Д. Пчолкін // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики : зб. наук. праць / редкол.: М.Л. Цимбал, В.Ю. Шепітько, Л.М. Головченко та ін. – Х. : Право, 2009. – Вип. 9. – С. 97–103.
14. Стратонов В.М. Загальні положення взаємодії слідчого з органом дізнання в процесі розшуку та встановлення місця знаходження обвинуваченого / В.М. Стратонов, О.В. Захарченко // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 982–988.
15. Коврига З.Ф. Дознание, проводимое органами милиции, в советском уголовном процессе : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 – «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / З.Ф. Коврига ; Воронежская высш. шк. МВД СССР. – Воронеж, 1964. – 18 с.
16. Бацько І.М. Процесуальні аспекти взаємодії слідчих, дізнавачів, експертів та спеціалістів / І.М. Бацько // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ : зб. наук. праць. – 2004. – № 4 (18). – С. 362–369.
17. Пчолкін В.Д. Поняття, сутність та завдання взаємодії оперативних підрозділів ОВС / В.Д. Пчолкін, В.М. Ечкенко // Вісник Луганської академії внутрішніх справ ім. 10-річчя незалежності України : спецвипуск. – 2004. – Вип. 3. – Ч. І. – С. 109–121.
18. Іванов В.В. Взаємодія оперативних підрозділів органів внутрішніх справ і слідчого на досудових стадіях кримінального процесу : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 21.00.06 – «Оперативно-розшукова діяльність» / В.В. Іванов ; Нац. академия внутр. справ України. – К, 1998. – 20 с.
19. Слинько С.В. Сущность формы и правовые основы взаимодействия следователя с органом дознания : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 – «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / С.В. Слинько ; Харьковский юрид. ин-т. – Х., 1991. – 18 с.
20. Долженков О.Ф. Взаємодія як чинник оптимізації правоохоронної діяльності / О.Ф. Долженков // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС. – 2002. – № 4. – С. 229–236.

Анотація

Гуменна Н. В. **Взаємодія слідчого з іншими суб'єктами розшуку під час здійснення ним розшукової діяльності.** – Стаття.

У статті розглядається питання визначення поняття взаємодії слідчого з іншими суб'єктами розшуку в процесі здійснення розшукової діяльності. Проводиться аналіз поглядів науковців із цього приводу та чинного законодавства, а також визначаються недоліки в роботі слідчого під час взаємодії з іншими суб'єктами розшуку.

Ключові слова: розшукова діяльність слідчого, взаємодія, суб'єкти розшуку, оперативні підрозділи.

Аннотация

Гуменная Н. В. **Взаимодействие следователя с другими субъектами розыска при осуществлении им розыскной деятельности.** – Статья.

В статье рассматривается вопрос определения понятия взаимодействия следователя с другими субъектами розыска в процессе осуществления розыскной деятельности. Проводится анализ взглядов ученых по этому поводу и действующего законодательства, а также определяются недостатки в работе следователя при взаимодействии с другими субъектами розыска.

Ключевые слова: розыскная деятельность следователя, взаимодействие, субъекты розыска, оперативные подразделения.

Summary

Humenna N. V. **The cooperation of the investigator with other subjects of search in the course of his search activity.** – Article.

The paper discusses the definition of the cooperation of the investigator in the course of search activity with other subjects of search. The analysis of the views of scholars on this matter and applicable law, and identifies shortcomings in the work of the investigator during the cooperation with other subjects of search.

Key words: search activity of investigator, cooperation, subjects of search, operational units.

УДК 343.13(477)

Ю. О. Кучерява

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ КУЛЬТИВУВАННЮ НАРКОВМІСНИХ РОСЛИН

Тема наркотиків хвилює громадськість не перше століття, адже незаконний обіг наркотиків підриває не тільки здоров'я як соціальну цінність, але й підриває економо-, культуро- й оборотоздатність держави.

Розгляд та аналіз історико-культурного аспекту протидії незаконному обігу наркотичних речовин, у тому числі й культивуванню нарковмісних рослин, є важливим етапом формування загального сприйняття й оцінки існуючої наразі ситуації в країні задля забезпечення формування дієвих заходів боротьби із наркозлочинністю, що й зумовлює актуальність роботи.

Проблеми протидії незаконному обігу наркотиків у різні роки досліджували такі радянські й сучасні автори, як Л.А. Андрєєва, А.М. Бабенко, Ю.В. Баулін, Г.Ю. Бувайлик, А.О. Габіані, Е.Г. Гасанов, В.О. Глушков, О.М. Гумін, Р.М. Готліб, О.М. Джужа, І.М. Дружинін, А.П. Закалюк, О.В. Козаченко, О.В. Колесник, К.Ш. Курманов, І.П. Лановенко, С.Г. Лосєв, В.Б. Малінін, Е.Г. Мартинчик, А.А. Майоров, Н.А. Мирошниченко, А.А. Музика, О.В. Наден, М.І. Ожиганов, В.І. Омігов, М.П. Прохорова, Л.І. Романова, Є.В. Фесенко тощо.

Метою роботи є дослідження напрямків запобігання та боротьби з незаконним культивуванням нарковмісних рослин у контексті історико-правового аналізу протидії незаконному культивуванню нарковмісних рослин.

Поява перших посівів маку в столиці Древньої Русі – Києві – відслідковується у XI столітті, та вже в XV столітті він став звичною культурою на території всієї країни. Практика використання насіння цієї рослини не тільки як харчового продукту, а і як снодійного засобу підтверджується тим фактом, що селянки могли присипляти немовлят на період денної праці в полі або хаті [1, с. 42].

© Ю. О. Кучерява, 2014

Однак слід зазначити, що культивування маку та коноплі в Давньоруській державі з'являється лише в XVIII – XIX століттях.

Про це свідчать, зокрема, дані протоколу від 14 травня 1915 року представницького позачергового засідання, у якому визнавалося доцільним в умовах визвольної війни вирощування опійного маку та створення власної промислової бази для виробництва лікарських засобів, що мали обезболюючу дію для використання на потреби фронту [2].

Однак лише через місяць, 7 червня 1915 року, було прийнято наказ «Про заходи боротьби з опіокурінням», який забороняв посіви опійного маку саме в тих областях, де спеціалісти офіціально дозволили культивування цього лікарського засобу – у Забайкальській області Іркутського генерал-губернаторства та Приамурському генерал-губернаторстві [3, с. 437].

Незаконні посіви снотворного маку дозволялося розшукувати не тільки поліцейським чинам, але й сільським начальникам, лісничим, завідувачам акцизного нагляду [4, с. 200].

У тому ж році, розуміючи нераціональність одночасної заборони й дозволу вказаних діянь, було видано ще один нормативний документ: «Про сприяння суспільним установкам та приватним фірмам, що потребують набуття лікарських засобів», згідно з яким вирощування опійного маку, отримання з нього опію дозволялося та навіть заохочувалося [5, с. 162].

Культивування ж коноплі в Росії споконвіку займало друге місце за значенням після льону [6, с. 446].

Заохоченням до її вирощування було видання спеціальних указів, та вже в 1902 році конопля вирощувалася в 50 Російських губерніях, загальна площа яких складала 0,5 десятин. Через 6 років, у 1908 році, – 667 674 десятин [7, с. 180].

Отже, вітчизняне законодавство у сфері боротьби з незаконним обігом наркотиків підходило до вирішення цього питання залежно від конкретної історичної епохи, у рамках якої відбувався розвиток суспільства й держави. Нові завдання, які виникали перед нацією на черговому етапі соціально-економічних та політичних перетворень, вимагали адекватних правих норм. Одним із таких перетворень стало панування радянської влади на території Русі, що зумовило активну законодавчу побудову норм, які контролювали б обіг наркотиків, зокрема, їх культивування.

Державні посіви коноплі, опійного та маслинного маку за причиною нестабільності радянської агропромислової політики неодноразово піддавалися різким скороченням або, навпаки, заохочувалися [8, с. 114].

У 1954 році 24,3% від загальної кількості маку приходилося на Україну, а до 1990 року ця доля різко збільшилася, оскільки Українська Радянська Республіка стала основним джерелом культивування вказаного наркотику, що було зумовлено непродуманою забороною державних посівів опійного маку в середній Азії (1974 рік). Початок виробництва сировини для отримання наркотиків послужив потужним фактором міграції традиційних джерел наркопроблеми з Азіатської частини Радянського Союзу до її європейських районів.

Пропонуємо розглянути заходи, які застосовувалися радянською владою для запобігання незаконному культивуванню нарковмісних речовин починаючи з 1923 року.

На околицях РСФРР застосовувалися місцеві нормативні документи, що регулювали аспекти обігу наркотиків, які не були передбачені Кримінальним кодексом РСФРР. Так, циркуляром амурського губернського революційного комітету від 11 квітня 1923 року № 3101 «Про макосіяння в Амурській губернії», власне, легалізувалося культивування опійного маку. Із цією метою дозволялося залучати іноземну робочу силу, як правило, мігрантів-кітайців.

Постановою ЦВК та РНК СРСР від 27 жовтня 1934 року «Про заборону посіву опійного маку та індійської коноплі» на території Союзу заборонялося культивування вказаних рослин, крім посівів, урожаї яких використовувалися для задоволення виключно медичних та наукових потреб [9].

У цих випадках вимагався дозвіл Народного комісаріату землеробства СРСР, узгоджений з народними комісаріатами зовнішньої та внутрішньої торгівлі СРСР та Народними Комісаріатами охорони здоров'я радянських республік. Після прийняття цієї постанови Кримінального кодексу РСФРР 1926 року доповнився статтею 179-а «Про відповідальність за здійснення посівів опійного маку та індійської коноплі без відповідного дозволу». Стаття 179-а передбачала покарання у вигляді позбавлення волі на строк до двох років або виправні роботи строком до одного року з обов'язковою конфіскацією посівів.

Того ж дня, 12 червня 1987 року, було прийнято постанову Ради Міністрів СРСР № 695 «Про заборону посіву та вирощування громадянами олійного маку», якою не допускався й посів на присадибних ділянках колгоспників, робітників, службовців і на інших земельних ділянках, що перебувають в особистому користуванні.

Безліч нормативних приписів у сфері боротьби з незаконним обігом наркотиків вимагали їх узагальнення й розробки нового уніфікованого законодавчого акта. Черговим важливим кроком вдосконалення вітчизняного антинаркотичного законодавства стали зміни та доповнення, які було прийнято влітку 1987 року: наказ Президіуму Верховної Ради СРСР від 22 червня 1987 року «Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів СРСР» [10] та указ Президіуму Верховної Ради РСФРР від 29 червня 1987 року «Про внесення змін та доповнень до Кримінального кодексу РСФРР, Кодексу РСФРР про адміністративні правопорушення та інших законодавчих актів РСФРР» [11].

Останнім законодавчим актом вводилися нові склади злочинів до Кримінального кодексу РСФРР, серед яких, зокрема, стаття 225-1 «Незаконні посів або вирощування олійного маку й коноплі»; Кодекс про адміністративні правопорушення РСФРР поповнився статтею 99-1 «Незастосування заходів із забезпечення охорони нарковмісних посівів».

Розвиток антинаркотичного законодавства є реакцією суспільства на бурхливий розвиток незаконного розповсюдження наркотиків, що впливає й на укріплення правоохоронних інститутів держави. Спочатку зароджуються окремі правоохоронні елементи протидії в системі державної безпеки (1918 рік), потім формуються спеціалізовані підрозділи міліції у вигляді оперативно-розшукових та слідчих груп (кінець 50-х початок 60-х років). Після цього створюються відділи та відділення, професіонально орієнтовані на боротьбу з незаконним обігом наркотиків (60–70-ті роки). Нарешті, організуються самостійні антинаркотичні управління,

відділи (кінець 80-х років) МВС, які створюються з найбільш великих структур служби кримінальної міліції [12, с. 25].

Отже, на підставі аналізу розвитку антинаркотичного законодавства в період радянського державного будівництва можна зробити висновок про наступальність антинаркотичної політики. Форми та методи контролю над розповсюдженням наркотиків поступово вдосконалювалися.

Така управлінська динаміка відповідала внутрішньодержавним завданнями профілактики й припинення незаконного розповсюдження наркотиків та боротьби із наркозлочинністю.

Говорячи про антинаркотичне законодавство, яке діє на сучасному етапі розвитку українского суспільства, напрямки запобігання та боротьби з незаконних рослин, слід зазначити, що вони передбачають створення скоординованого механізму запобігання та боротьби зі злочинами, пов'язаними з незаконним обігом наркотиків, обміну досвідом щодо форм та методів взаємодії правоохоронних органів та державних організацій із запобігання незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів на національному та міжнародному рівні, контролю за суб'єктами, які здійснюють діяльність, пов'язану з легальним обігом наркотичних засобів, розгляду практики застосування законодавства щодо боротьби з незаконним культивуванням нарковмісних рослин.

Реалії сьогодення зумовили ситуацію, за якою політика боротьби з наркозлочинністю стала однією з пріорітетних завдань держави. За останні декілька років вона стрімко й динамічно розвивається. Так, найнижчу межу покарання за вчинення протизаконних діянь, що містяться у частинах 1, 2, 3 статті 307 Кримінального кодексу України [13] було підвищено на один рік, тобто згідно із чинною редакцією кодексу за вказані дії передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на термін від 4 до 8 років.

У той же час Україна не відмовилася від політики декриміналізації обігу наркотичних речовин, що має форму звільнення від відповідальності в разі добровільної здачі наркотичних засобів, речовин, вказування джерела придбання чи сприяння розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом (у контексті статті 307 КК України) чи добровільного звернення до лікувального закладу та початку лікування від наркоманії (частина 4 статті 309 Кримінального кодексу України).

Беззаперечно, протидія наркотичній злочинності в будь-якій державі може бути ефективною лише в разі використання всіх засобів організаційного, фінансового й правового впливу. Ефективність механізмів, що застосовуватимуться, впливатиме не тільки на зменшення навантаження на органи досудового розслідування, а й на стимулювання наркозалежних до здачі значно більших обсягів наркотичних засобів.

Стимулювання наркозалежних має тісний зв'язок із застосуванням профілактичних заходів, що мають вагоме значення в боротьбі з наркозлочинністю. Створюються спеціальні відділи, вживаються комплексні заходи, здійснюється моніторинг загального стану розповсюдженості цього суспільного явища. При цьому слід зосередити особливу увагу на тому, що не тільки медичні заклади та організації охорони здоров'я здійснюють все можливе задля подолання подальшого поширен-

ня наркозалежності, а й правоохоронні органи докладають зусиль для нівелювання наркозалежності й наркозлочинності. За дорученням міністра внутрішніх справ В. Захарченка ще в минулому році було розпочато розгляд питання щодо створення в управлінні БНОН відділу профілактики наркозлочинності та наркоманії. Керівник УБНОН зазначив, що досягти позитивних результатів у вирішенні проблеми наркоманії й наркозлочинності неможливо без організації адекватної профілактичної роботи. «Профілактика підліткової і юнацької наркоманії сьогодні стає одним із найважливіших соціальних завдань суспільства. Це усвідомлює переважна більшість населення: від державних чиновників усіх рівнів до звичайних, пересічних громадян. Це комплекс соціальних, освітніх та медико-психологічних заходів, спрямованих на відвернення поширення й вживання психотропних речовин» [14].

У 2012 році фахівці Управління боротьби з незаконним обігом наркотиків МВС провели ґрунтовний аналіз службової діяльності органів внутрішніх справ щодо боротьби з наркозлочинністю й загального стану розповсюдження злочинності в цій сфері, у результаті чого було виявлено, що дедалі частіше задля постачання наркотиків в Україну використовуються банківські системи, всесвітня мережа Інтернет і мобільний зв'язок, у результаті чого на сьогодні проводиться поглиблений моніторинг цих сфер життєдіяльності [15].

Крім цього, начальник Управління боротьби з незаконним обігом наркотиків МВС України полковник міліції О. Демидов висвітлив ще декілька проблем, пов'язаних із наркоспоживанням. Ним було зазначено, що проблема наркоспоживання значно «помолодшала» і на сьогодні вже зареєстровано 5700 учнів різних учбових закладів, які офіційно перебувають на обліках у лікарів-наркологів. Негативним він також вказав розпочате ще в 2008 році фахівцями Міністерства охорони здоров'я України впровадження замісної підтримувальної терапії, у результаті чого спостерігається витік наркотичних лікарських засобів із медичних закладів. Так, у 41 такій установі було задокументвано 136 фактів недотримання правил обігу підконтрольних речовин і порушено 96 кримінальних справ. «Замісна підтримувальна терапія, яка впроваджується в Україні, має на меті серед інших завдань поступове зменшення доз наркотиків для наркозалежних, щоб в подальшому вони повністю відмовилися від їх вживання. Однак мушу зауважити, що аналогічні програми в інших країнах розпочинали лише після кількох років ґрунтовних медичних досліджень щодо впливу метадону на організм наркозалежних. Водночас представники Міжнародного комітету з контролю за наркотиками ООН неодноразово наголошували, що на фоні замісної підтримувальної терапії спостерігається захворювання на метадонову наркоманію. Тож напрошується висновок, що навіть у тих країнах, де такі програми набули значної популярності, їх результати трактуються неоднозначно, і консенсусу з цього питання теж не існує» [16].

Під впливом значного розповсюдження замісної підтримувальної терапії за кордоном у Верховній Раді зареєстрований відповідний законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [17] (щодо заборони використання синтетичних наркотиків метадону гідрохлориду й бупренорфіну гідрохлориду в замісній підтримувальній терапії). Його розроблено з метою вдосконалення чинної правової бази у сфері охорони здоров'я та створення загальних правових

умов, необхідних для ефективного забезпечення захисту прав і інтересів осіб, які мають наркотичну залежність, на охорону здоров'я та медичну допомогу.

Слід також зазначити, що працівниками МВС було підготовлено законопроект «Про внесення змін до статті 9 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» [18], яким передбачено врегулювання стосунків між органами місцевого самоврядування та закладами масового перебування громадян, де відбувається систематичне вживання чи збут наркотичних засобів або психотропних речовин.

Боротьба із наркозлочинністю – завдання міжнародного рівня, яке потребує розв'язання із застосуванням спільних зусиль й методів. 24 квітня 2012 року в ході тристоронньої робочої зустрічі представників України, Росії та Білорусі в Чернігівській області було підписано протокол, на підставі якого здійснюватиметься обмін оперативно-службовою, довідковою, криміналістичною та іншою інформацією про конкретні факти й події, фізичних та юридичних осіб, причетних або підозрюваних у незаконному обігу наркотиків [19].

У щорічному звіті підрозділу ООН з питань боротьби з наркотиками та злочинністю [20] також було наголошено на необхідності дотримування принципу «спільної відповідальності» та розвитку національних, регіональних та міжнародних зусиль у боротьбі з виробництвом та перемитництвом наркотиків.

Аналізуючи зарубіжний досвід боротьби з наркозлочинністю, було виявлено закономірність запровадження нарколегалізаційної політики. Так, ще в 2011 році з'явилася доповідь депутата від соціалістичної партії та міністра внутрішніх справ Д. Вайана на підтримку легалізації коноплі у Франції. Головною пропозицією є організація національної галузі виробництва й розповсюдження канабісу, що зазвичай використовується для алкогольного й тютюнового виробництва. Д. Вайан у своїй доповіді запропонував захист суспільного порядку шляхом знищення наркотрафіка й посилення фіскальної монополії держави. Він стверджує: якщо буде можливим купити коноплю легально, споживачі не тільки відмовляться від незаконних мереж, які на цей час захопили ринок, а й зроблять внесок до держаної казни у вигляді податку.

Така пропозиція викликала суспільний резонанс, оскільки навіть Ірландія, Італія, Іспанія, Чеська Республіка, Португалія і Нідерланди, які декриміналізували вживання марихуани, не зробили її виробництво законним.

Американське дослідження, яке було проведене в 2010 році економістами з корпорації RAND, заключає, що легалізація виробництва й збуту коноплі в Каліфорнії – штаті, де нині наркотик є доступним для вживання в терапевтичних цілях, – може привнести до казни до 1 млрд доларів податків, однак знизить ціну на 80%, що неминуче призведе до значного збільшення вживання [21].

У напрямку легалізації наркотичних засобів прямує й Уругвай: нещодавно Палата представників парламенту Уругваю схвалила закон, який легалізує марихуану. Якщо документ схвалить Сенат, верхня палата парламенту, то Уругвай стане першою країною, яка на державному рівні регулює виробництво, поширення та продаж марихуани. Згідно із законопроектом продавати марихуану зможе лише уряд [22].

Наміри деяких країн Латинської Америки, зокрема й Уругваю, було розкритиковано Папою Римським Франциском під час відкриття в Ріо-де-Жанейро клініки для лікування наркозалежності. «Необхідно вирішувати проблеми, які лежать в основі наркозалежності, розвиваючи правосуддя, навчаючи молодь живим суспільним цінностям і підтримуючи тих, хто зіткнувся з труднощами, даючи їм надію на майбутнє» – сказав він [23].

Українська держава дотримується цієї ж думки, про що свідчить розроблена «Національна стратегія України щодо наркотиків до 2020 року». Ця стратегія покликана гуманізувати антинаркотичне законодавство, зосередитися більше на лікуванні, а не на покаранні споживачів, однак це, у свою чергу, не означає, що каральна функція наркополітики зовсім нівелюється. Погоджуємося із твердженням радника голови ДСКН, доктора юридичних наук, професора В. Ященка щодо значущості стратегії: «У діяльності будь-якої держави настає етап, коли ситуація вимагає внесення змін у вектори державної політики. Ми вважаємо, що саме сфера наркополітики України сьогодні потребує кардинальних змін. Чому? Незважаючи на проведення зусиллями уряду, ДСКН, Міністерства охорони здоров'я (МОЗ) низки заходів, спрямованих на поліпшення ситуації, не можна не відмітити їх несистемність, а іноді й відсутність наукового обґрунтування, що в підсумку негативно впливає на ефективність. Сподіваємось, що розробка такого важливого політичного документа, як Стратегія, дасть можливість підійти до розв'язання проблем, пов'язаних із наркоманією й наркозлочинністю, з іншого боку». В. Ященко зауважив, що нова концепція змінить ставлення в суспільстві до наркомана як до хворого, приведе до активізації діяльності, пов'язаної з боротьбою з незаконним розповсюдженням наркотиків, посилення правової (регулятивної) складової [24, с. 74].

Отже, враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що світова політика боротьби з наркозлочиннністю не є досконалою, й задля розв'язання цієї проблеми використовуються діаметрально протилежні шляхи, однак, на нашу думку, легалізація цього феномену не матиме очікуваного ефекту, а призведе до погіршення загального стану речей. Вважаємо за необхідне дотримуватися обраної стратегії, що полягає в поєднанні профілактичного та караючого впливу.

Література

1. Жарикова Т. Наркотики на Руси / Т. Жарикова // Наша Молодежь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nasha-molodezh.ru/tatyana-zharikova/12238-tatyana-zharikova-narkotiki-na-rusi.html.
2. Бережна А. Профілактичний облік осіб, які вживають наркотичні засоби або психотропні речовини без призначення лікаря / А. Бережна [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ukrainianpravo.narod.ru/index/0-15.
3. Махонін Ю. Етапи розвитку антинаркотичного законодавства в Україні: історико-правові аспекти / Ю. Махонін // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 436–440. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09mjvipa.pdf.
4. Арсеньев В. Собрание сочинений в 6-ти т. / В. Арсеньев. – Владивосток : Рубеж, 2007 – . – Т. 1. По Усурийскому краю. – 2007. – 704 с.
5. Калачев Б. Российская империя против наркотиков / Б. Калачев // Век глобализации. – 2012. – № 1. – С. 161–175.
6. Конопляна історія: канабіс в СРСР// Конопляна правда [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.konopravda.com/articles/2011/12/93.php.

7. Зінченко О. Рослинництво : [підручник] / О. Зінченко, В. Салатенко, М. Білоножко. – К. : Аграрна освіта, 2001. – 591 с.
8. Российское законодательство X–XX веков: законодательство эпохи буржуазно-демократических революций : в 9-ти т. / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М. : Юрид. лит., 1994 – . – Т. 5. – 1994. – 352 с.
9. Ведомости Верховного Совета СССР. – 1987. – № 25. – Ст. 354. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ussrdoc.com/ussrdoc_communizm/usr_18339.tm.
10. Ведомости Верховного Совета РСФСР. – 1987. – № 27. – Ст. 961 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ussrdoc.com/ussrdoc_communizm/usr_18339.htm
11. Дзержинский Ф. Ко всем гражданам города Москвы // Правда. – 1923. – № 7. – С. 25.
12. Кримінальний кодекс України // ВВР України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
13. Кулеха І. У МВС створять ще один відділ для боротьби з наркозлочинністю / І. Кулеха [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unn.com.ua/uk/news/940537-u-mvs-stvoryat-sche-odin-viddil-dlya-borotbi-z-narkozlochinnistyu.
14. Кулеха І. МВС: насамперед будемо боротися з розповсюдженням наркотиків у інтернеті та навчальних закладах/ І. Кулеха [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unn.com.ua/uk/news/632700-mvs:-nasampered-budemo-borotisya-z-rozpovsyudgeennyam-narkotikiv-u-interneti-ta-navchalnih-zakladah.
15. Кулеха І. Боремося з наркоторговцями, а не з наркозалежними / І. Кулеха – 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unn.com.ua/uk/publication/644624-o.demidov:-boremosya-z-narkotorgovtsyami,-a-ne-z-narkozalegenimi.
16. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з проведенням адміністративної реформи : Закон України від 04.07.2013 року № 406-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T130406.html.
17. Про внесення змін до статті 9 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» : Закон України
18. від 08.09.2011 року № 3712-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/3712-17.
19. Туманова Т. Україна, Росія та Білорусь спільно боротимуться з наркозлочинністю / Т. Туманова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unn.com.ua/uk/news/690008-ukrayina,-rosiya-ta-bilorus-spilno-borotimutsya-z-narkozlochinnistyu.
20. Щорічний звіт підрозділу ООН з питань боротьби з наркотиками та злочинністю [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.un.org.ua/ua/publications-and-reports.
21. Национализация производства и сбыта марихуаны? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.inosmi.ru/world/20120608/193327801.hml.
22. Нижня палата парламенту Уругваю схвалила легалізацію марихуани / ВВС України. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bbc.co.uk/ukrainian/entertainment/2013/08/130801_uruguay_marijuana_dt.shtml.
23. Папа Франциск розкритикував легалізацію наркотиків / ВВС України. – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bbc.co.uk/ukrainian/news/2013/07/130725_pope_francis_drugs_ko.shtml.
24. Радучич О. Наркотики: шанс померти чи шанс померти достойно? О. Радучич // Здоров'я України. – 2012. – № 5. – С. 74.

Анотація

Кучерява Ю. О. **Історико-правовий аналіз протидії незаконному культивуванню нарковмісних рослин.** – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню критеріїв та аналізу історико-культурного аспекту протидії незаконному обігу наркотичних речовин та напрямків запобігання та боротьби з незаконним культивуванням нарковмісних рослин, яке діє на сучасному етапі розвитку українського суспільства.

Ключові слова: нарковмісні рослини, культивування, незаконний обіг наркотичних речовин, антинаркотичне законодавство.

Аннотация

Кучерявая Ю. А. **Историко-правовой анализ противодействия незаконному культивированию наркосодержащих растений.** – Статья.

Статья посвящена освещению критериев и анализу историко-культурного аспекта противодействия незаконному обороту наркотических веществ и направлений предотвращения и борьбы с незаконным культивированием наркосодержащих растений, которое действует на современном этапе развития украинского общества.

Ключевые слова: наркосодержащие растения, культивирование, незаконный оборот наркотических веществ, антинаркотическое законодательство.

Summary

Kucheriava Y. O. **Historical and legal analysis of combating illicit cultivation of narcotic plants.** – Article.

This article highlights standards and analyse historical and cultural aspects of combating illicit trafficking in narcotic drugs and areas of preventing and combating illicit cultivation of narcotic plants, which operates at the present stage of development of Ukrainian society.

Key words: narcotic plants, cultivation, trafficking in illicit drugs, anti-drug legislation.

НАШІ АВТОРИ

Антонюк Л. О., магістрант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Балицький Т. М., здобувач кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Національного університету державної податкової служби України

Барбашова Н. В., професор кафедри трудового права, цивільного та арбітражного процесу Південно-Західного державного університету (Курськ, Росія), доктор юридичних наук, доцент

Басай О. В., докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Бедрій М. М., асистент кафедри основ права України Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук

Беспалова А. О., аспірант кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

Бицюра Л. В., аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України

Бондаренко Д. С., старший викладач кафедри адміністративного, фінансового та господарського права Бердянського інституту державного та муніципального управління Класичного приватного університету

Бондаренко К. В., доцент кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Бондар О. В., здобувач Національного університету «Одеська юридична академія»

Бочарова Н. В., професор кафедри соціально-гуманітарних дисциплін Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат історичних наук, доцент

Бурбика М. М., завідувач кафедри права юридичного факультету Сумського державного університету, доктор юридичних наук, доцент

Вергун Т. І., начальник сектору експертизи наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів відділу спеціальних видів експертизи Науково-дослідного експертно-криміналістичного центру при ГУМВС України в Дніпропетровській області

Виговський О. І., доцент кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, доцент

Галай В. О., доцент кафедри загальноправових дисциплін Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Голошивець В. О., магістрант Донецького національного університету

Григор'янц Г. І., аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Гуменна Н. В., аспірант кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка

Дем'янчук Ю. В., кандидат юридичних наук

Долинська М. С., доцент кафедри господарсько-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Єфименко М. М., аспірант кафедри правового регулювання економіки юридичного факультету Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

Жданова О. С., доцент кафедри правознавства Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, кандидат юридичних наук

Жидан О. С., аспірант Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Журба А. І., доцент кафедри кримінального процесу Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України, кандидат юридичних наук

Завальнюк С.В., ректор Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Заверюха М. М., аспірант кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Заворотченко Т. М., доцент кафедри теорії держави і права, конституційного права та державного управління Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара, кандидат юридичних наук

Запорожченко А. О., асистент кафедри права ЄС та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія»

Згама А. О., доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету, кандидат юридичних наук

Зеров К. О., магістрант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Калганова О. А., завідувач кафедри теорії та історії держави і права Національного університету державної податкової служби України, кандидат юридичних наук, доцент

Кетрарь А. А., асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Ківалов С. В., академік, президент Національного університету «Одеська юридична академія», народний депутат України, голова комітету Верховної Ради України з питань верховенства права та правосуддя. доктор юридичних наук, професор

Кирилюк А. В., доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Киця О. С., магістрант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Клапатий Д. Й., аспірант кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка

Книгін К. Г., старший викладач кафедри державно-правових дисциплін Нікопольського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Князьков В. В., здобувач Київського міжнародного університету

Ковальський О. В., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Комарницький М. В., здобувач кафедри кримінального права Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

Комаров О. Д., аспірант кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Корнієнко Є. В., доцент кафедри кримінального права та процесу Київського міжнародного університету, кандидат юридичних наук

Коруля І. В., доцент кафедри управління та роботи з персоналом Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Корчак Н. М., доцент кафедри адміністративного і фінансового права Національної академії прокуратури України, кандидат юридичних наук, доцент

Корчевна Л.О., завідувач кафедри конституційного права та правосуддя Одеського національного університету імені І.І. Мечникова, доктор юридичних наук, професор

Крестьянникова О. О., доцент кафедри адміністративного і фінансового права Донецького національного університету, кандидат юридичних наук

Крупко Я. М., аспірант кафедри фінансового права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Кучерява Ю. О., магістрант Донецького національного університету

Легенченко М. О., здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Логінова Н. І., доцент кафедри інформаційних технологій Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат педагогічних наук

Мальський М. М., кандидат юридичних наук, адвокат

Мартинова Н. О., аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України

Мигаль С. М., Київський національний університет імені Тараса Шевченка, кафедра права та держави, кандидат політичних наук

Назаренко В. В., підполковник міліції, старший уповноважений в особливо важливих справах УБНОН ГОВС України в Дніпропетровській області

Невідома Н. В., аспірант кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Орловський Р. С., доцент кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

Павлова В. О., аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»

Подкопаєв С. В., кандидат юридичних наук, доцент

Подорожна Т. С., доцент кафедри економічної теорії і права Подільського державного аграрно-технічного університету, кандидат юридичних наук

Попадинець М. І., здобувач кафедри загальноправових дисциплін Національної академії внутрішніх справ

Рахнянська Т. О., аспірант кафедри екологічного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Рашківська В. В., здобувач кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

Скрябін О. М., доцент кафедри філософії та політології Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Тарасенко Р. В., старший науковий співробітник Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Тарасова О. В., старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Дніпропетровського гуманітарного університету, ад'юнкт 3 курсу кафедри кримінального права та кримінології Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Ткаченко О. В., доцент кафедри теорії держави і права, адміністративного і фінансового права Київського міжнародного університету, кандидат юридичних наук

Тонне Н. Д., магістрант Запорізького національного університету

Трампольська К. О., магістрант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Удовика Л. Г., завідувач кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету, кандидат філософських наук, доцент

Усикова О. В., аспірант кафедри адміністративного, господарського права та фінансово-економічної безпеки юридичного факультету Сумського державного університету

Філіпова Т. Л., суддя Рівненського апеляційного господарського суду

Ходанич Ю. М., аспірант Ужгородського національного університету

Чаплюк О. І., доцент кафедри теорії та історії держави і права Національної академії наук України, кандидат юридичних наук

Чорнолуцький Р. В., адвокат, керуючий партнер адвокатської фірми «Юр. КомМ»

Чумак В. В., старший викладач кафедри адміністративної діяльності органів внутрішніх справ факультету з підготовки фахівців для підрозділів міліції громадської безпеки та кримінальної міліції у справах дітей Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Шумаєв Д. Г., аспірант Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України, лаборант кафедри кримінального права та процесу Донецького національного університету

Яворська О. О., магістрант Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ

ЗМІСТ

Передмова 3

РОЗДІЛ 1
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ТА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

С. В. Ківалов
До питання визначення принципів досудового врегулювання публічно-правових спорів 7

В. В. Завальнюк
Правовая культура и правовая система Украины: антропологические аспекты 16

Л. Г. Удовика
Глобалізація як критерій типології національних правових систем 21

Т. С. Подорожна
Конституціоналізація правової системи в контексті діяльності Конституційного суду України 28

О. І. Чаплюк
Шляхи вдосконалення національної та міжнародної правотворчості: теоретико-практична необхідність сучасності 34

Р. В. Чорнолуцький
Роль нормопроектування в конституційному праві держави 40

М. І. Попадинець
Поняття реалізації права з позицій діалектичної полярності природного і позитивного права 53

М. О. Легенченко
Поняття охорони й захисту права та їх співвідношення 59

О. В. Ткаченко
Істина як проблема структурування постметафізичного простору правознавства 65

Т. М. Заворотченко
Використання зарубіжного досвіду під час охорони й захисту виборчих прав громадян 79

М. С. Долинська
Український нотаріат та нотаріальне законодавство в період національних державотворчих процесів України в 1917–1920 роках 85

О. В. Ковальський
Економічні права людини як прояв взаємовпливу права та економіки 90

О. С. Киця
Юридико-технічні інструменти побудови актів судового тлумачення 97

Ю. М. Ходанич
Право та закон у праці Х. Баумейстера «Elementa philosophiae», перекладеної П. Лодієм 103

М. М. Бедрій
Французьке звичаєве право: деякі історико-правові аспекти 108

Л. О. Корчевна
Загальнолюдські цінності як передумова єдності західного права 114

С. М. Мигаль
Право на страйк у засновницьких договорах Європейського Союзу 122

РОЗДІЛ 2
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Н. М. Корчак
Примусовий поділ в охоронювально-правовому регулюванні відносин у сфері конкуренції 135

О. В. Басай
Підстави набуття прав на торговельні марки 141

О. І. Виговський
Інститут неттінгу в приватному праві: правова природа та проблемні аспекти застосування 148

А. В. Кирилюк
Цивільно-правова відповідальність за порушення авторських прав у мережі Інтернет 154

Л. О. Антонюк
Місце міжнародного приватного права в правовій системі та його співвідношення з міжнародним публічним правом 161

М. М. Єфименко
Перспективні напрямки розвитку законодавства у сфері правового регулювання договору аутсорсингу в Україні 171

О. С. Жданова
Зарубіжний досвід організації системи соціально-трудових відносин та специфіка функціонування трудових судів на прикладі Франції 176

А. О. Згама
Про застосування спрощеної процедури в господарському судочинстві 182

М. М. Мальський
Принципи транснаціонального виконавчого процесу 188

К. О. Зеров
Вільні публічні ліцензії в Україні 195

А. А. Кетрарь
Особливості відшкодування майнової та немайнової (моральної) шкоди в авторському праві 205

Д. Й. Клапатий
Поняття пайового інвестиційного фонду 212

В. В. Князьков
Правове регулювання надання державної фінансової підтримки підприємцям: проблеми та напрямки вдосконалення 220

В. В. Рашківська
Загальні питання передачі в заставу майнових прав 225

В. О. Голошивець
Деякі особливості цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану неналежним лікуванням 230

Г. І. Грігор'янц
Захист авторських і суміжних прав від піратства в мережі Інтернет за законодавством України та Російської Федерації 236

РОЗДІЛ 3
ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Н. В. Барбашова
Взаємозв'язок понять «екологічний ризик» та «екологічна безпека» 245

Л. В. Бицюра
До питання механізму гармонізації аграрного законодавства україни та законодавства ЄС 253

Т. О. Рахнянська
Правовий режим земель капітального будівництва: історико-правовий аналіз 260

М. М. Заверюха
Щодо визначення поняття «використання земель лісогосподарського призначення» 268

Н. О. Мартинова
Використання європейських моделей локального партнерства у сфері розвитку сільських територій та їх адаптація до національного законодавства 274

О. С. Жидан
Етапи розвитку правового регулювання використання боліт в Україні 280

РОЗДІЛ 4
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ, ФІНАНСОВОГО ПРАВА

М. М. Бурбыка, О. В. Усикова
Административный аспект государственного управления в сфере контроля за соблюдением трудового законодательства в Украине 289

К. В. Бондаренко
До питання про правові засади управління державною службою 294

В. О. Галай, О. О. Яворська
Основні принципи діяльності органів публічної адміністрації як запорука забезпечення прав і свобод людини 300

Ю. В. Дем'янчук
Концепція адміністративно-правових режимів 305

В. О. Павлова
Формування міграційної політики України в поєднанні з міжнародною трудовою міграцією 309

О. В. Бондар
Принципи надання адміністративних послуг у сфері морського транспорту.. 317

Т. Л. Філіпова
Процедура надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання як особливий різновид адміністративних процедур 325

О. О. Крестьянникова
Окремі аспекти захисту прав платників податків 333

В. В. Чумак
Правове регулювання застосування заходів адміністративного примусу за порушення правил ліцензійно-дозвільної системи в Республіці Білорусь..... 338

А. О. Беспалова
Адміністративний арешт майна як винятковий спосіб забезпечення виконання податкового обов'язку..... 344

Д. С. Бондаренко
Адміністративно-правовий статус суб'єктів публічної адміністрації у сфері державно-приватного партнерства за законодавством України 351

Я. М. Крупко
Принципи розподілу доходів між ланками бюджетної системи 358

К. О. Трампольська
Проблеми класифікації дисциплінарних проступків державних службовців..... 363

РОЗДІЛ 5
ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ ТА ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

А. І. Журба
Щодо змісту призначення кримінального судочинства України 375

С. В. Подкопаєв
Основні компоненти кадрового забезпечення прокурорської діяльності 380

Р. С. Орловський
Організована група як форма співучасті 393

О. М. Скрябін, Н. Д. Тонне
Суд присяжних за новим Кримінально-процесуальним кодексом України.... 400

О. А. Калганова, Т. М. Балицький
Підготовчі дії до проведення слідчого експерименту 407

І. В. Коруля
Поняття професіоналізму працівників міліції
як необхідної умови їх професійної діяльності 412

К. Г. Книгін
Організаційно-правові форми надання правової допомоги
адвокатом за чинним законодавством України 417

Н. В. Бочарова
Методологічні засади боротьби світової спільноти
з інтелектуальним піратством і контрафакцією 424

Н. І. Логінова
Упровадження електронного правосуддя
в систему судочинства 429

А. О. Запорожченко
Правовая танатология как новое научное направление 435

М. В. Комарницький
Незаконне видобування корисних копалин
загальнодержавного значення, учинене повторно 441

О. Д. Комаров
Значення фактичної помилки винного під час призначення покарання 448

Є. В. Корнієнко
Покарання за зараження вірусом імунодефіциту
людини або іншою невиліковною інфекційною хворобою 455

Т. І. Вергун, В. В. Назаренко
Запобігання незаконному обігу синтетичних каннабіноїдів
правоохоронними органами в Україні 462

Р. В. Тарасенко
До питання допустимості анонімних свідчень у кримінальному процесі 467

Н. В. Невідома
Об'єктивні ознаки організованої групи 475

О. В. Тарасова
Удосконалення законодавства щодо кримінальної відповідальності
за шахрайство, учинене шляхом незаконних операцій
із використанням електронно-обчислювальної техніки
(ч. 3 ст. 190 Кримінального кодексу України) 481

Д. Г. Шумаєв
Активна процесуальна позиція експерта 489

Н. В. Гуменна
Поняття взаємодії слідчого з іншими суб'єктами розшуку
під час здійснення ним розшукової діяльності 497

Ю. О. Кучерява
Історико-правовий аналіз протидії
незаконному культивуванню нарковмісних рослин 504

А 437 **Актуальні проблеми держави і права** : збірник наукових праць. Вип. 72 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. – Одеса : Юридична література, 2014. – 524 с.

Укр. та рос. мовами.

У 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 72

Українською і російською мовами

Редактор-коректор Н. І. Крижова
Технічний редактор Т. В. Іванова

Підписано до друку 07.04.2014. Формат 70х100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 60,92.
Тираж 100 прим. Вид. № 72. Зам. № 0704-14
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 редакційно-видавничого відділу 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: ap@apdp.in.ua

Інформацію щодо умов опублікування статті можна отримати в редакційно-видавничому відділі науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія» за такою адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2, каб. 1007. Тел.: 095-580-16-51. Електронна сторінка: www.apdp.in.ua, e-mail: ap@apdp.in.ua

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.