



ЮРИДИЧНИЙ НАУКОВИЙ ЕЛЕКТРОННИЙ ЖУРНАЛ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ
ФАХОВЕ ВИДАННЯ

www.lsej.org.ua

1' 2016

**Державний вищий навчальний заклад
«Запорізький національний університет»
Міністерства освіти і науки України**

**Електронне наукове фахове видання
«Юридичний науковий
електронний журнал»**

№ 1, 2016

**Електронний журнал включений до переліку електронних фахових видань України
на підставі Наказу МОН України від 21 листопада 2013 року № 1609**

**Запорізький національний університет
Запоріжжя 2016**

Юридичний науковий електронний журнал – електронне наукове фахове видання юридичного факультету ДВНЗ «Запорізький національний університет»

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:

Коломосць Тетяна Олександрівна – доктор юридичних наук, професор

Заступник головного редактора:

Бондар Олександр Григорович – доктор юридичних наук, доцент

Відповідальний секретар:

Віхляєв Михайло Юрійович – доктор юридичних наук, доцент

Члени редакційної колегії:

Дугинець Олександр Сергійович – доктор юридичних наук, професор (Російська Федерація);
Биргеу Михайло Михайлович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Молдова);
Севрюков Олександр Павлович – доктор юридичних наук, професор (Російська Федерація);
Ібрагімов Соліджон Ібрагімович – доктор юридичних наук (Республіка Таджикистан);
Сильченко Микола Володимирович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Білорусь);
Манн Томас – доктор юридичних наук, професор (Федеральна Республіка Німеччина);
Колпаков Валерій Костянтинович – доктор юридичних наук, професор;
Кузьменко Оксана Володимирівна – доктор юридичних наук, професор;
Бевзенко Володимир Михайлович – доктор юридичних наук, професор;
Мельник Роман Сергійович – доктор юридичних наук, професор;
Миколенко Олександр Іванович – доктор юридичних наук, професор;
Озерський Ігор Володимирович – доктор юридичних наук, доцент;
Приймаченко Дмитро Володимирович – доктор юридичних наук, професор;
Лук'янець Дмитро Миколайович – доктор юридичних наук, доцент;
Берлач Анатолій Іванович – доктор юридичних наук, професор;
Калюжний Ростислав Андрійович – доктор юридичних наук, професор;
Шишка Роман Богданович – доктор юридичних наук, професор;
Дудоров Олександр Олексійович – доктор юридичних наук, професор;
Лукашевич Віталій Григорович – доктор юридичних наук, професор;
Батанов Олександр Васильович – доктор юридичних наук, професор;
Лютіков Павло Сергійович – доктор юридичних наук, доцент;
Верлос Наталя Володимирівна – кандидат юридичних наук;
Ганзенко Олександр Олександрович – кандидат юридичних наук, доцент;
Макаренков Олексій Леонідович – кандидат юридичних наук;
Ткалич Максим Олегович – кандидат юридичних наук, доцент.

*Рекомендовано до опублікування вченою радою
ДВНЗ «Запорізький національний університет»,
протокол № 8 від 23 лютого 2016 р.*

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1

**ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА;
ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ**

Арабаджі Н.Б. АКСІОЛОГІЧНА ПРИРОДА ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ В КОНТЕКСТІ СПІВВІДНОШЕННЯ ЛЕГАЛЬНОСТІ ТА ЛЕГІТИМНОСТІ	8
Бедрій М.М. ВПЛИВ ВЕРВНОГО ПРАВА НА ЗМІСТ «РУСЬКОЇ ПРАВДИ»	11
Грубінко А.В., Чорний А.М. ТРЕТЕЙСЬКЕ СУДОЧИНСТВО ЛИТОВСЬКО-РУСЬКОЇ ДЕРЖАВИ І СУЧАСНІ ТРЕТЕЙСЬКІ СУДИ УКРАЇНИ: ПРОЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВОГО ДОСВІДУ	14
Ковалик Г.І. ПІДСТАВИ НАБУТТЯ СЕРВІТУТІВ У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ.....	18
Козаченко А.І. КОНСТИТУЦІЙНІ ІДЕЇ ЗЕМСЬКИХ ЛІБЕРАЛІВ З ПРОБЛЕМОЮ ДЕМОКРАТИЗАЦІЇ ЗЕМСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ ХІХ – ПОЧАТКУ ХХ ст.	22

РОЗДІЛ 2

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Можаровська К.В. ПЕРСПЕКТИВИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ МУНІЦИПАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ПОТЕНЦІАЛ СТАТУТІВ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД.....	25
--	----

РОЗДІЛ 3

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС;
СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРАВО**

Кмецінська У.В. ПАТРОНАТ НАД ДІТЬМИ ЯК ФОРМА ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРИТ І ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ	28
Мельник Я.Я. ДЕФІНІЦІЙНІ ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ФЕНОМЕНУ КАТЕГОРІЇ «БЕЗПЕКА» В ДЖЕРЕЛАХ (ФОРМАХ) ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА	31
Панталієнко П.В. ДЕЯКІ ПИТАННЯ ФОРМУВАННЯ ДОКТРИНИ ДОКАЗУВАННЯ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ПРАВОВІЙ НАУЦІ.....	36

РОЗДІЛ 4

**ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО,
ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО**

Кадала В.В. СТАН ДОСЛІДЖЕНЬ ПРО ГОСПОДАРСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАЛІЗНИЦЬ	39
Шапіро В.С., Булах Т.В. СУТНІСТЬ ТА ОСОБЛИВОСТІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ФАРМАЦЕВТИЧНОМУ РИНКУ	43
Шапіро В.С., Турук Н.В. ЗАХИСТ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ У МЕДИЧНІЙ СФЕРІ: УКРАЇНСЬКИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	46

РОЗДІЛ 5

ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Валєєв Р.Г. СПІВВІДНОШЕННЯ АСПЕКТІВ ПРОХОДЖЕННЯ СЛУЖБИ ПОЛІЦЕЙСЬКИМИ ТА СЕГМЕНТІВ ПРЕДМЕТА ГАЛУЗІ ТРУДОВОГО ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ	49
Люблін В.Д., Тацишин І.Б. ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ ПРИ ВИРІШЕННІ КОЛЕКТИВНИХ ТРУДОВИХ СПОРІВ (КОНФЛІКТІВ)	54

РОЗДІЛ 6

**АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС;
ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО**

Ковальчук І.В. МІСЦЕВІ ПОДАТКИ І ЗБОРИ ЯК ФІНАНСОВА ОСНОВА ПРОЦЕСУ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ.....	58
--	----

Мулявка Д.Г. ГАРМОНІЗАЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АЗАРТНИХ ІГОР В УКРАЇНІ ТА ЄС	61
Поперечнюк В.М. ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД	65
Солонар А.В., Васильсва В.В. ДО ПИТАННЯ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИВАТНИХ ВИКОНАВЦІВ В УКРАЇНІ	68

РОЗДІЛ 7

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ;

КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Боднар І.В., Іваньков І.В. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ ЩОДО МЕДИКО-САНІТАРНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ У КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ	72
Вечерова Є.М. ПОТЕНЦІАЛ ФІЛОСОФСЬКОЇ МЕТОДОЛОГІЇ ЩОДО СИСТЕМНО-СТРУКТУРНОГО АНАЛІЗУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЯК РІЗНОВИДІВ СОЦІАЛЬНОГО УПРАВЛІННЯ	75
Дудоров О.О. КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРОВОКАЦІЇ ПІДКУПУ	79
Клочко А.М., Єременко А.О. ШАХРАЙСТВО З ВИКОРИСТАННЯМ БАНКІВСЬКИХ ПЛАТІЖНИХ КАРТОК	85
Олійничук Р.П. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ: ДОСВІД УКРАЇНИ ТА ГРУЗІЇ	89
Тарасова М.В. СТАН ВПРОВАДЖЕННЯ ПРОБАЦІЇ В УКРАЇНІ	93
Топчій В.В. КРИМІНАЛЬНО-ПРОВОДА ЗАБОРОНА НЕЗАКОННИХ ДІЙ З ВІДОМОСТЯМИ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ	96

РОЗДІЛ 8

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА;

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Жерж Н.А., Жерж Л.А. ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД	100
Ільченко С.Ю. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ВЧИНЕНИХ УЧАСНИКАМИ ОРГАНІЗОВАНИХ ЗЛОЧИННИХ УГРУПОВАНЬ	104
Касько В.М. КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АСПЕКТ ПОНЯТТЯ РЕЦИДИВУ	108

РОЗДІЛ 9

СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Казакевич П.В. МОДЕЛІ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В КРАЇНАХ-ЧЛЕНАХ РАДИ ЄВРОПИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ	110
--	-----

РОЗДІЛ 10

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Забара І.М. РОЗВИТОК МІЖНАРОДНИХ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ПЕРІОД 1945–1970 РОКІВ: РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ПІДХОДІВ І ПРАКТИКИ	114
Ivankiv I.B. ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ ОРГАНІВ	119
Крисань Т.Є., Каліна Н.В. ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ПРОФОРМ ЧАРТЕРІВ У ПРОЦЕСІ ФРАХТУВАННЯ МОРСЬКИХ СУДЕН	124

CONTENTS

SECTION 1

THEORY AND HISTORY OF THE LAW AND THE STATE; HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

Arabadzhy N.B. THE AXIOLOGICAL NATURE OF LEGAL ORDER IN THE CONTEXT OF CORRELATION OF LEGALITY AND LEGITIMACY.....	8
Bedrii M.M. «VERV» LAW INFLUENCE TO THE CONTENT OF «RUS'KA PRAVDA».....	11
Hrubinko A.V. ARBITRATION JUSTICE OF LITUAN-RUSSIA STATE AND MODERN ARBITRATION COURTS OF UKRAINE: THE PROJECTION OF HISTORICAL-LAW EXPERIENCE.....	14
Kovalyk H.I. GROUNDS FOR SERVITUDES ACQUISITION IN ROMAN PRIVATE LAW.....	18
Kozachenko A.I. CONSTITUTIONAL IDEAS OF ZEMSTVO LIBERALS ON ISSUES OF ZEMSTVO SELF-GOVERNMENT DEMOCRATIZATION IN SECOND HALF OF XIX – EARLY XX CENTURIES.....	22

SECTION 2

CONSTITUTIONAL LAW

Mozharovska K.V. PERSPECTIVES OF THE SYSTEMALIZATION OF THE MUNICIPAL LEGISLATION OF UKRAINE: POTENTIAL STATUTES OF TERRITORIAL COMMUNITIES.....	25
--	----

SECTION 3

CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW; INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Kmetsinska U.V. PATRONAGE OF THE CHILDREN AS A FORM OF PLACEMENT OF ORPHANS AND CHILDREN DEPRIVED OF PARENTAL CARE.....	28
Melnyk Ya.Ia. DEFINITIONAL FEATURES OF STATUTORY CONSOLIDATION OF THE PHENOMENON OF «SECURITY» CATEGORY IN THE SOURCES (FORMS) OF CIVIL PROCEDURAL LAW.....	31
Pantaliienko P.V. SEPARATE ASPECTS OF DEVELOPMENT OF THE THEORY OF PROOF IN DOMESTIC LEGAL SCIENCE.....	36

SECTION 4

ECONOMIC LAW; ECONOMIC PROCEDURAL LAW

Kadala V.V. THE STATE OF RESEARCH ON THE ECONOMIC ACTIVITIES OF THE RAILWAYS..	39
Shapiro V.S., Bulakh T.V. ESSENCE AND FEATURES OF OPERATIONS IN THE PHARMACEUTICAL MARKET.....	43
Shapiro V.S., Turuk N.V. PROTECTION FROM UNFAIR COMPETITION IN THE MEDICAL FIELD: UKRAINIAN AND INTERNATIONAL EXPERIENCE OF LEGAL REGULATION.....	46

SECTION 5

LABOUR LAW; SOCIAL SECURITY LAW

Valieiev R.H. COMPARISON THE ASPECTS OF THE POLICE SERVICE AND SEGMENTS OF THE SUBJECT OF LABOR LAW: FORMULATION OF THE PROBLEM.....	49
Liublin V.D., Tatsyshyn I.B. LEGAL ASPECTS OF IMPLEMENTATION OF SOCIAL DIALOGUE SETTLING COLLECTIVE LABOR DISPUTES (CONFLICTS).....	54

SECTION 6

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

Kovalchuk I.V. TAXES AND FEES AS THE FINANCIAL BASIS OF DECENTRALIZATION.....	58
--	----

Muliavka D.H. HARMONISATION OF THE LEGAL REGULATION OF GAMBLING IN UKRAINE AND EU.....	61
Poperechniuk V.M. LEGAL REGULATION INTELLECTUALIZATION OF SOCIETY: EXPERIENCE OF FOREIGN STATES.....	65
Solonar A.V., Vasylieva V.V. ON THE ISSUE OF INTRODUCTION OF THE INSTITUTE OF PRIVATE ENFORCEMENT OFFICERS IN UKRAINE.....	68

SECTION 7

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; PENAL LAW

Bodnar I.V., Ivankov I.V. IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL AND LEGAL STANDARDS AS TO CONVICTS' MEDICAL AND SANITARY CARE INTO THE CRIMINAL AND EXECUTIVE LEGISLATURE OF UKRAINE.....	72
Veчерova Ye.M. PHILOSOPHICAL METHODOLOGY POTENTIAL FOR THE SYSTEM-STRUCTURAL ANALYSIS OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL ACT AS TYPES OF SOCIAL CONTROL.....	75
Dudorov O.O. CRIMINAL LAW ASPECTS OF BRIBERY PROVOCATION.....	79
Klochko A.M., Yeremenko A.O. THE FRAUD USING BANK PAYMENT CARDS.....	85
Oliinychuk R.P. CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR CRIMES AGAINST ENVIRONMENT: THE EXPERIENCE OF UKRAINE AND GEORGIA.....	89
Tarasova M.V. STATUS OF IMPLEMENTATION OF PROBATION IN UKRAINE.....	93
Topchii V.V. CRIMINAL PROHIBITIONS ILLEGAL ACTIONS OF INFORMATION CONSTITUTING BANK SECRECY.....	96

SECTION 8

CRIMINAL PROCESS AND FORENSIC SCIENCE; FORENSIC EXAMINATION; OPERATIVELY-SEARCH ACTIVITY

Zherzh N.A. FEATURES CRIMINAL PROCEDURE REGULATE THE PRODUCTION BASED ON THE AGREEMENT.....	100
Ilchenko S.Iu. ACTUAL PROBLEMS OF PRE-TRIAL INVESTIGATION OF CRIMINAL OFFENCES COMMITTED BY MEMBERS OF ORGANIZED CRIME GROUPS.....	104
Kasko V.M. CRIMINALISTICAL ASPECT OF THE CONCEPT OF RELAPSE.....	108

SECTION 9

JUDICATURE

Kazakevych P.V. THE MODELS OF BRINGING JUDGES TO DISCIPLINARY LIABILITY IN THE MEMBER STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE: RATHER-LEGAL ANALYSIS.....	110
--	-----

SECTION 10

INTERNATIONAL LAW

Zabara I.M. EVOLUTION OF INTERNATIONAL LEGAL INFORMATION RELATIONS DURING 1945–1970 YEARS: A RETROSPECTIVE ANALYSIS OF CONCEPTUAL APPROACHES AND PRACTICES.....	114
Ivankiv I.B. REASONS FOR EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL JUDICIAL BODIES.....	119
Krysan T.Ye., Kalina N.V. SPECIAL ASPECTS OF USING PRO FORMA OF CHARTER PARTIES IN THE PROCESS OF THE CHARTERING THE VESSEL.....	124

РОЗДІЛ 1

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

УДК 340.131:124.5

АКСІОЛОГІЧНА ПРИРОДА ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ В КОНТЕКСТІ СПІВВІДНОШЕННЯ ЛЕГАЛЬНОСТІ ТА ЛЕГІТИМНОСТІ

THE AXIOLOGICAL NATURE OF LEGAL ORDER IN THE CONTEXT OF CORRELATION OF LEGALITY AND LEGITIMACY

Арабаджи Н.Б.,
к.ю.н., доцент

Міжнародний гуманітарний університет

У статті здійснено спробу показати, що легальність та легітимність правового порядку є пов'язаними між собою параметрами. Доведено, що для цінності правового порядку йому не обов'язково бути легітимним, але обов'язково бути легальним, оскільки під легальністю правового порядку розуміється форма його легітимності.

Ключові слова: правовий порядок, легальність правового порядку, легітимність правового порядку.

В статтю здійснена спроба показати, що легальність та легітимність правового порядку є пов'язаними між собою параметрами. Доказано, що для цінності правового порядку йому не обов'язково бути легітимним, але обов'язково бути легальним, оскільки під легальністю правового порядку розуміється форма його легітимності.

Ключевые слова: правовой порядок, легальность правового порядка, легитимность правового порядка.

The legal order is a complex and unique legal phenomenon. Its great significance for a society and an individual cannot be overestimated.

While characterizing the axiological problems of modern paradigm of legal order, it is necessary to point out that the value of this phenomenon is closely connected with diverse needs and interests, ethical guidelines, feelings of subject of law. Every one of them is interested in the legal order. We may assume that axiological values of legal order can be united exclusively from the point of view of its legitimacy.

It is truly so and it is difficult to argue the demand of legitimacy as the basis of effective legal order. However, is legitimacy always a necessary component of legal order, can the legal order be valuable not being legitimate, is legality sufficient for value of legal order?

In order to answer this scientific question, it is necessary to trace how the legal order can be legal but illegitimate. The legal history knows a lot of examples of such legal orders. These are Stalin legal order of 30th, Nazi legal order. These are the legal orders of authoritarian and totalitarian regimes. They are characterized by complying with the letter of the law, exercising of powers while observing the credentials and procedures.

In the framework of the given research, while analyzing M. Weber's concept of legitimacy, we can make a conclusion that the legality of legal order as its correspondence to the norms of positive law is the obligatory parameter of both legitimate and illegitimate legal orders.

It was proved that for the value of legal order it is not necessary to be legitimate, but it is necessary to be legal, as legality of the legal order means the form of its legitimacy.

Key words: legal order, legality of legal order, legitimacy of legal order.

Як стверджував свого часу видатний християнський мислитель Августин Блаженний, «досліджувати та пізнавати порядок речей властиво... кожному, однак водночас досягнути та роз'яснити той загальний порядок, яким стри-мується та керується цей світ, справа важка та рідко здійсненна» [1, с. 141]. Дійсно, важко поставити під сумнів цей вислів одного з «батьків церкви», особливо з огляду на надзвичайну строкатість методологічних підходів до розуміння не тільки порядку як філософської категорії, а й правового порядку як категорії загальнотеоретичної юриспруденції.

Відомий учений О. П. Сауляк зазначає, що, досліджуючи сутнісні характеристики правового порядку, можна виділити, як правило, три основні рівні проблематики сучасного розуміння правового порядку: 1) теоретичний; 2) методологічний; 3) аксіологічний [2, с. 26].

Слід особливо підкреслити, що практично в кожному сучасному загальнотеоретичному дослідженні правового порядку при визначенні його методологічних меж, як правило, йдеться про аксіологічні аспекти досліджуваного феномену як на гносеологічному, так і на онтологічному рівні, що яскраво підтверджує той факт, що ціннісний вимір правового порядку є особливістю сучасного сприйняття права та правових феноменів. Саме тому важливо

простежити методологічні сюжети розвитку аксіологічної тематики в розрізі проблеми легальності та легітимності правового порядку.

Цікаво, що, аналізуючи термінологічний складник теорії сучасного правопорядку, використовують два терміни: правовий порядок та правопорядок. При цьому наголошується, що використання терміна «правопорядок» передбачає акцент на впорядкованості, а використання терміна «правовий порядок» – на правовій природі цього явища [3, с. 322]. Із цим можна погодитися, не поділяючи, однак, того судження, яке виводиться з такого розмежування: «правопорядок виводиться із закону, інтерпретується як результат законності (реалізована законність) та зусиль держави з його «гарантуванням» [3, с. 322]. По-перше, такий висновок не випливає з розуміння правопорядку як впорядкованості ані логічно, ані змістовно. По-друге, якщо правовий порядок існує як такий, що заснований на праві, то чому на праві не може бути заснований правопорядок?

На нашу думку, відповідь на це питання лежить не стільки у площині розмежування права та закону, скільки в межах дискусії про легальність та легітимність як параметри правового порядку. Слід констатувати, що обидва ці параметри є ключовими елементами цінності будь-якого правового порядку, однак тотожними вони не є.

Характеризуючи аксіологічні проблеми сучасної парадигми правового порядку, соціальна цінність цього явища тісно пов'язується з різноплановими потребами та інтересами, моральними орієнтирами, почуттями та очікуваннями суб'єктів права. Кожен із них має свою зацікавленість у правовому порядку. Це наводить на думку про те, що ціннісні аспекти правового порядку можуть об'єднуватися виключно в розрізі його легітимності.

Це дійсно так, і важко сперечатися з вимогою легітимності як основою дієвого правового порядку, і саме легітимність буде проаналізована в цій роботі. Однак чи завжди легітимність є необхідним компонентом правового порядку?

Відповідь на це питання потребує обережності та детального аналізу проблеми з усіх боків. Якщо мова йде про правовий порядок, то він, виходячи із сучасного його розуміння, може бути виключно легітимним. Якщо ж параметр легітимності не дозволяє констатувати таку характеристику правового порядку, то йдеться зазвичай про легальність. Легальність, тобто відповідність нормам позитивного права, – обов'язковий параметр як легітимного, так і нелегітимного правового порядку. Однак з урахуванням того, що саме правовий порядок є легітимною матерією, можна припустити, що легальним, але нелегітимним, може бути правопорядок.

Тут слід чітко простежити за тим, як правопорядок може бути легальним, але нелегітимним. Історія права знає безліч прикладів саме таких правопорядків. Це і сталінський правопорядок 30-х років, і нацистський правопорядок. Це правопорядок авторитарних та тоталітарних режимів. Їх характеристика – відповідність букві закону, реалізація повноважень із дотриманням вимог та процедур.

Найважливіше питання, що постає в контексті аналізу легальності та легітимності правового порядку, полягає в тому, чи може правовий порядок бути цінним, не будучи легітимним? Чи достатньо легальності для цінності правового порядку?

Аналізуючи концепцію легітимності М. Вебера, можна дійти висновку, що він певним чином протиставляє формальну раціональність та ціннісну раціональність як логічні структури легітимації соціальних явищ. Якщо формальна раціональність слугує для створення несуперечливого комплексу норм, що забезпечує процес застосування права, то ціннісна раціональність ставить на перший план не логічну узгодженість (правапорядок), а цінності справедливості та цінності іншого порядку – етичні, політичні, моральні тощо. Таким чином, якщо метод формальної раціональності, або ж формально-догматичний метод, поєднується з цілерациональним механізмом легітимації правового порядку, то у ньому формується характерний стиль мислення – нормативізм.

Слушною та такою, що заслуговує на нашу увагу, є думка А. І. Овчиннікова про те, що основною функцією правового мислення є легітимація права, і в цьому контексті можна зіставити чотири найбільш знакових механізми легітимації правового порядку [4, с. 65] із тим, аби виявити, чи обов'язково правопорядку бути правовим порядком для того, щоб називатися легітимним. Ці типи правового мислення, таким чином, можуть бути представлені як типи легітимації правового порядку відповідно до тих чи інших установок. Харизматичний та традиційний типи правового мислення забезпечуються чуттєво-емоційними, ціннісно-раціональний – інтуїтивно-емоційними структурами, формально-раціональний – логіко-розумовими установками.

Г. Дж. Берман довів, що західна традиція права органічно поєднала у собі всі ці форми легітимації правового порядку [5, с. 528]. Однак можна з упевненістю стверджувати, що проблема легітимації правового порядку може бути представлена в площині взаємодії цілерационального та ціннісно-раціонального типу такої легітимації.

Формально-раціональний тип легітимації правового порядку пов'язаний з усвідомленням інтересу, який може бути реалізованим у разі слідування нормативним приписам закону. Цілерациональне усвідомлення необхідності підкорення праву та закону М. Вебер називав легальним типом панування, або ж легальною легітимацією. Фактично уже сам такий підхід може бути підтвердженням тези про те, що легальність правового порядку вже є формою його легітимності, тобто несуперечливості та логічна усвідомленість необхідності правового порядку є підтвердженням його легітимності. Очевидно, що такий легітимації правового порядку, який у даному випадку розглядається саме як правопорядок, не може бути успішним у всіх правових системах, оскільки його модель багато в чому співпадає з моделлю ринкової економіки, де усвідомлення інтересів та необхідностей є рушійним фактором розвитку виробництва та споживання.

До речі, саме на такому типі легітимності базується теорія інтересу як першооснови і головної форми права – теорії Р. Перінга [6, с. 32-34] та С. А. Муромцева [7, с. 40-52]. Критикуючи цілерациональну модель легітимації правового порядку, Є. М. Трубецької стверджував, що не можна змішувати один із факторів утворення права із самим правом, оскільки у такому разі ми значно звужуємо це явище. Далеко не кожна норма права виражає той інтерес, який її породив. Крім того, виникає закономірне питання: чий саме інтерес має захищати право, коли має місце їх конфлікт? [8, с. 23-33]

Утім, отождолення права з інтересом, а правового порядку – з механізмом їх узгодження – це лише один із можливих шляхів розкриття сутності цілерациональної його легітимації. На думку А. І. Овчиннікова, у наш час найбільш знаковою моделлю цілерациональної легітимації правового порядку виступає теорія правової держави. Саме тут проявляє себе ключова характеристика легального панування: підкорення особи не іншій особі, а закону. Головна ідея тут – верховенство закону та апологія формальної рівності, коли держава має здійснювати свої функції, незважаючи на обличчя.

Показово, що цілерациональний тип легітимації правового порядку, заснований саме на формальній раціональності, не раз піддавався критиці. Сам М. Вебер стверджував, що легітимність правової держави є слабкою та нестійкою, а тому вимагає постійного підкріплення за рахунок інших типів легітимації, наприклад збереження постаті монарха як номінального правителя [9, с. 83]. Однак цю антитезу часто висувають і стосовно правового порядку, а не лише правової держави. На підтримку критики легального панування в контексті становлення правопорядку наводять, за великим рахунком, вирвану з контексту, цитату М. Вебера: «Порядок, стійкість якого заснована лише на цілерациональних мотивах, у цілому значно більш лабільний, ніж той порядок, орієнтація на який заснована тільки на звичаї, звичці до певної поведінки. Однак останній іще більш лабільний, аніж порядок, що має характеристики престижу, в силу якого він диктує непорушні вимоги і встановлює моделі поведінки, тобто порядок, що є легітимним. Цілком очевидно, що в реальній дійсності немає чітких меж між чисто традиційною чи чисто ціннісно-раціональною орієнтацією на порядок та вірою в його легітимність» [10, с. 637]. Дійсно, важко сперечатися з тим, що на практиці усі типи легітимації зливаються воедино, а тому не випадково саме М. Вебером введено методологічне поняття ідеального типу. Однак у будь-якому випадку один із шляхів легітимації завжди домінує, і це залежить від умов конкретного суспільства. На наше глибоке переконання, легальність правового порядку може бути формою його легітимності.

У цьому зв'язку можна стверджувати, що відсутність ціннісної легітимації стає недоліком правового порядку лише тоді, коли має місце криза нормативної структури

права, виражена в явищах інфляції права, надлишкового нормативного регулювання або ж у процесах оформлення в нормативній формі таких положень та моделей поведінки, які відверто йдуть у розріз з інтересами та потребами більшості учасників правового порядку. Мабуть, саме тому М. Вебер не виділяв як самостійний тип панування тип, заснований на ціннісно-раціональній соціальній дії. І дійсно, у зв'язку зі сказаним вище, чи не є ціннісна раціональність як механізм легітимації правового порядку надлишковою? Можливо, відсутність ціннісно-раціонального типу легітимації правового порядку пов'язана, перш за все, із тим, що він не може існувати як ідеальний тип, на відміну від формально-раціонального типу легітимації. Крім того, можна стверджувати, що ціннісна раціональність схильна швидко трансформуватися у формальну раціональність, коли криза нормативних структур минає. У цьому контексті можна висунути гіпотезу, що ціннісно-раціональний тип легітимації правового порядку – це такий тип, який:

- виникає внаслідок кризи нормативних правових структур;
- є тимчасовим і несамостійним типом легітимації правового порядку;
- передусє цілераціональному типу та швидко трансформується в нього.

Власне, саме на таку гіпотезу наштовхує історичний досвід цілераціонального типу легітимації правового по-

рядку: правова держава як специфічна форма такого порядку не виникла чисто функціонально – в її основі лежали ті цінності, які були здобуті в період Великих буржуазних революцій – рівності, свободи, природного права. Однак так само, як право, проходячи кризовий стан, де необхідною є апеляція до тих чи інших цінностей, позбавляється ціннісно-раціональних компонентів своєї легітимації, держава теж прагне спиратися на норму, а не на цінність, оскільки норма є більш стабільним засобом легітимації.

Не дивно у цьому зв'язку, що ефективний правовий порядок є самоцінним, він не вимагає додаткових ціннісних обґрунтувань та легітимацій, оскільки його дієвість підкріплена нормативно. Насправді, критика подібних гіпотез завжди заснована на прагненні поєднати у праві цінності та норми, що є цілком позитивним прагненням та таким, що має зумовлювати розвиток правового порядку. Однак не можна при цьому забувати, що нормативність права виступає першочерговим легітимуючим конструктом.

Можна передбачити, що дискусія навколо першочерговості легальності та надлишковості легітимності в теорії правового порядку буде продовжуватися, оскільки вона виражає саму сутність матерії правового порядку. Із великою долею вірогідності можна стверджувати, що така дискусія є одвічною та такою, що ніколи не завершиться перемогою прихильників цілераціонального та ціннісно-раціонального типу легітимації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Августин Блаженный. О порядке // Об истинной религии. Теологический трактат / Августин Блаженный. – Мн. : Харвест, 1999. – 1400 с. – (Классическая философская мысль).
2. Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Сауляк О. П. – М., 2011. – 376 с.
3. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс / под ред. Ю. Н. Оборотова. – О. : Фенікс, 2011. – 436 с.
4. Овчинников А. И. Правовое мышление : теоретико-методологический анализ : монография / А. И. Овчинников. – Ростов-н/Д. : Изд-во Рост. ун-та, 2003. – 344 с.
5. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Гарольд Дж. Берман ; пер. с англ. – 2-е изд. – М. : Инфра-М-Норма, 1998. – 624 с.
6. Иеринг Р. Борьба за право / Рудольф фон Иеринг ; пер. с нем. Н. М. Губский. – СПб. : АО Тип. дела в СПб., 1909. – 67 с.
7. Муромцев С. А. Определение и основное разделение права / С. А. Муромцев. – СПб. : Изд-во С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. – 224 с.
8. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой. – СПб. : Лань, 1998. – 224 с.
9. Гайденко П. П. История и рациональность : Социология М. Вебера и веберовский ренессанс / П. П. Гайденко, Ю. Н. Давыдов. – М. : КомКнига, 2010. – 368 с.
10. Вебер М. Избранные произведения / Макс Вебер. – М. : Прогресс, 1990. – 800 с.

ВПЛИВ ВЕРВНОГО ПРАВА НА ЗМІСТ «РУСЬКОЇ ПРАВДИ»

«VERV» LAW INFLUENCE TO THE CONTENT OF «RUS'KA PRAVDA»

Бедрій М.М.,

к.ю.н., асистент кафедри основ права України

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена впливу вервного права на зміст «Руської правди». Проаналізовано статті «Руської правди», в яких йдеться про верв (сільську територіальну громаду). Обґрунтовано, що вервні правові звичаї були кодифіковані у відповідних редакціях «Руської правди». Показано вплив вервного права на регулювання різних правових відносин.

Ключові слова: верв, вервне право, правовий звичай, Київська Русь, «Руська правда».

Статья посвящена влиянию вервного права на содержание «Русской правды». Проанализированы статьи «Русской правды», в которых говорится о верви (сельской территориальной общине). Обосновано, что вервные правовые обычаи были кодифицированы в соответствующих редакциях «Русской правды». Показано влияние вервного права на регулирование различных правовых отношений.

Ключевые слова: вервь, вервное право, правовой обычай, Киевская Русь, «Русская правда».

The article is devoted to «verv» law influence to the content of «Rus'ka pravda». Legal custom was the dominant source of law in the Kievan Rus. Most of the legal customs of that time had «verv» (from the word «verv» – rural community) origin, to wit formed and developed among communities. Thus during the Kievan Rus was established and approved complex of customary legal rules, that can be called «verv» law. However, the top of Old Ukrainian lawmaking was «Rus'ka Pravda».

«Rus'ka Pravda» should not be considered exclusively codification of legal customs, but its basis in fact constituted norms of customary law and including «verv» origin. Above all, these were the norms, which directly mentioned «verv». In addition, the investigative actions (cry, vault, track persecution) under «Rus'ka Pravda» also have community origin, formed after the practice «verv» courts. We can assume, that «Rus'ka Pravda» were systematized and other «verv» law rules.

«Verv» law, as a result of legislative activity ancient society and its communities, has carried out a significant influence on the content of an outstanding law collection «Rus'ka Pravda». Since this document was the result of codification work, to systematize actively involved in legal customs, that took «verv» origin. As a result, the «verv» law influence present in many articles «Rus'ka Pravda» as Short and Expanded editions – on liability, property rights, obligations, inheritance and others. These findings confirm the democratic tradition of national law-making in the history of Ukrainian law.

Key words: community, «verv» law, legal custom, Kievan Rus, «Rus'ka Pravda».

В умовах європейської інтеграції України постає потреба необхідності розробки та здійснення ефективних реформ, які повинні відбуватися з усвідомленням національних особливостей українського народу, його ментальності та права. Особливий інтерес у цьому контексті становлять корені та витoki українського права, його найдавніші форми та юридичні конструкції. Дослідження цих питань здатні відкрити нові перспективи розвитку українського права, створивши вдалий синтез національного та світового досвіду правотворення з наступним втіленням його кращих надбань у сучасну правову систему.

Як відомо, правовий звичай був домінуючим джерелом права в період Київської Русі. Більшість правових звичаїв того часу мали вервне (від слова «верв» – сільська громада) походження, тобто формувалися та розвивалися в середовищі громад. Відтак у період Київської Русі було створено й апробовано комплекс звичаєво-правових норм, які можна назвати вервним правом. Разом з тим вершиною розвитку давньоруської правотворчості традиційно вважається «Руська правда». Тому постає цілком очікуване питання: у чому полягав вплив вервного права на зміст «Руської правди»?

Метою статті є з'ясування напрямків впливу норм вервного права на зміст положень «Руської правди» – видатної пам'ятки українського права.

З приводу «Руської правди» І. Еверс зазначав, що її зміст полягав у «простоті, характерній давнім законам, яка в свою чергу становить надійний доказ глибокої давнини» юридичних норм [1, с. 89]. «Руську правду» не варто вважати кодифікацією виключно звичаєво-правових норм, однак її основу справді становили норми звичаєвого й у т.ч. вервного походження. Передусім, це були норми, в яких безпосередньо згадувалася верв. Так, у ст. 3-6 Розширеної редакції «Руської правди» верв згадується у контексті колективної юридичної відповідальності шляхом виплати

«дикої віри» [2, с. 27]. Крім того, слідчі дії (закличу, зводу, гоніння сліду), передбачені «Руською правдою», теж мають вервне походження, адже утворилися з практики вервних судів. Можна припустити, що в «Руській правді» були систематизовані й інші норми вервного права.

Історик права В. Лешков не погоджувався з тим, що про верв йдеться лише у двох-трьох статтях «Руської правди». На його переконання, «близько 15 статей можна знайти у «Руській правді», що говорять верв позитивно чи негативно. Вивчивши ці статті, можна прийти до висновку, що «Правда» представляє верв не в блідому натяку, а в детальному описі, не здогадливим привидом, а живою істотою, з повною, чіткою діяльністю» [3, с. 54]. Виходячи з цього переконання, можемо припускати, що норми вервного права присутні в «Руській правді» не тільки в статтях, у яких верв згадано безпосередньо, але й у деяких інших, де такої згадки немає.

Важливе місце в системі вервного права посідали речові права. Право власності на рухоме майно утворилося вже у додержавний період і продовжувало розвиватися в Київській Русі. У «Правді Ярослава» згадано про право власності на коней, зброю та одяг, а в «Правді Ярославичів» присутні норми, що захищали право власності на землю, встановлювалася відповідальність за пошкодження земельних меж [4, с. 43]. Водночас вервне право у своїй термінології не містило самого поняття власності чи інших речових прав, користуючись більш простими термінами – моє, твоє тощо [5, с. 524-525].

Зобов'язання за вервним правом виникали на підставі укладення договору чи заподіяння шкоди. Хоча форма договору була усною, вервне право вимагало здійснення при його укладенні певних символічних дій – рукоштовання, зв'язування рук, розпивання могорича тощо. Для дійсності договору потрібною була також присутність свідків при його укладенні. У разі оскарження правомірності набуття

речі свідки доводили законність володіння нею покупцем. За цим принципом здійснювався звід. Зокрема ст. 37 Розширеної редакції «Руської правди» вимагала присягти двох свідків або митника для доведення добросовісності набуття речі [2, с. 28].

Засада еквівалентної компенсації майнових збитків, що утворилася у вервному праві, згодом була зафіксована у «Руській правді». Зокрема ст. 18 Короткої редакції становляла, що особа, яка зламала чужий спис, щит або одяг, повинна була його відшкодувати. Основним майном для такого відшкодування була худоба винуватця: «то скотом йому заплатити». Стаття 58 Розширеної редакції покладала на закупа обов'язок відшкодувати своєму пану коня, що був втрачений з його вини [6, с. 225].

Вервне право допускало спадкування за законом і за заповітом, проте свобода заповітних розпоряджень спадкодавця обмежувалася членами його сім'ї. Майно батька спадкували його сини, однак не в рівних частках, адже будинок спадкодавця переходив у власність наймолодшого сина. Доньки могли допускатися до спадкування лише за відсутності синів, що виразилося в звичаєво-правовій нормі, яка набула форму народної приказки – «сестра при братах не спадкоємиця» [7, с. 32-33]. Імовірно, що навіть при відсутності синів доньки за вервним правом могли стати спадкоємицями тільки при умові їхнього проживання у тій самій верві, що й батьки. Коли ж вони були невістками в іншій верві, звичаєве право передбачало перехід спадкового майна у власність громади. У «Руській правді» відповідне правило було викладено в іншій редакції – майно померлого смерда, який не мав синів, переходило у власність боярина (ст. 90 Розширеної редакції) [8, с. 34].

Дискусійним питанням залишається те, чи в Київській Русі відбулося розмежування між злочинами та іншими правопорушеннями. Імовірно, якщо таке розмежування у вервному праві й було, то воно перебувало на стадії формування, тому його чіткість викликає сумніви. Злочин у Київській Русі мав назву «обида» (образа), що вказує на його приватно-публічну природу. В цьому контексті заслуговує уваги думка Д. Самокасова, за якою злочин за «Руською правдою» наносив потрібну шкоду суспільству: порушення державного веління (закону); порушення суб'єктивного права певної особи; затрата праці на відновлення порушених прав. Відтак злочинець сплачував штраф князеві, компенсував шкоду потерпілому, оплачував працю суддів та інших посадових осіб, що брали участь у справі [9, с. 362]. У цьому аспекті вервне право відрізнялося від додержавного права, оскільки дохід від покарання злочинця отримували не тільки потерпілий, громада та її посадові особи, але й князь і представники його адміністрації.

Вервне право виділяло дві стадії злочинного діяння: замах і закінчений злочин. Про це свідчать відповідні статті «Руської правди». Так, у ст. 9 Короткої редакції йдеться саме про замах на злочин: «Якщо хтось вийме меч, але не вдарить, тоді гривну покласти». Покарання за закінчений злочин було втричі суворішим, ніж за замах на його вчинення [10, с. 174]. Обставиною, що виключала злочинність діяння, було вбивство злочинця на місці вчинення тяжкого злочину, на що вказувала ст. 40 Розширеної редакції «Руської правди», яка дозволяла вбити злодія «наче собаку». Водночас вона забороняла вбивати уже затриманого (зв'язаного) злодія, за що передбачався штраф 12 гривен [2, с. 29-30]. Можливо, це було формою необхідної оборони, або ж заходом посиленої охорони майнових прав.

У той час, коли княже право Київської Русі надавало великого значення протидії злочинам проти державного ладу, вервне право вважало пріоритетною кримінально-правову охорону життя, здоров'я та власності. Зокрема тяжким злочином вважалося конокрадство, адже кінь був на той час основним засобом у виробництві та бойових діях. «Руська правда» передбачала покарання у формі потоку та розграбування за крадіжку коня, а за знищен-

ня чужого коня – штраф 12 гривен [10, с. 182]. Основним будівельним матеріалом у давньоруській період було дерево, тому підпал становив загальну суспільну небезпеку, міг спричинити велику пожежу, і також належав до найтяжчих злочинів, який карався потоком і розграбуванням [8, с. 34].

Як відомо, первинною реакцією суспільства на злочин була помста. Інститут кровної помсти зародився у додержавному суспільстві східних слов'ян і продовжував діяти відповідно до вервного права в умовах Київської Русі. При чому, він поширювався не тільки на внутрішньодержавні відносини, але й вийшов на міжнародну арену, про що свідчить русько-візантійський договір 945 року: «Якщо наш підданий уб'є русича чи русич нашого підданого, то нехай затримають родичі вбитого убивцю, і хай вб'ють його» [2, с. 18]. Водночас звичаєво-правовий інститут кровної помсти поступово втрачав актуальність. Вервам було більш вигідно отримувати майнову компенсацію за вбивство свого члена, аніж підтримувати виснажливі міжродові війни. Встановлення майнових обтяжень за злочини спричиняли боргову залежність одних вервів від інших, а відтак одержання у т.ч. політичного впливу. Такий вплив цілком міг детермінувати політичну організацію певної території, де владу отримувала більш сильна верв, яка підпорядковувала собі інші – виснажені міжродовими війнами та майновими виплатами за злочини своїх жителів [11, с. 384].

Попри ці обставини, кровна помста продовжувала існувати у Київській Русі. Загрозу від цього правового звичаю для загальної безпеки та стабільності держави чітко усвідомлювали князі, тому намагалися її обмежити. На суспільну важливість такого обмеження вказує те, що з цього питання починається текст Короткої редакції «Руської правди». Зокрема у ст. 1 цього Документа постановлялося: «Якщо вб'є муж мужа, то мстить брат за брата, або син за батька, або батько за сина, або племінник з боку сестри, племінник з боку брата» [8, с. 6]. Отож, держава відібрала в усього роду право помсти за вбивство свого родича, звівши коло потенційних месників лише до першого та другого ступенів спорідненості. Водночас варто розуміти й те, що давньоруське суспільство не відразу сприйняло цю норму, і цілком можливо, що за давньою традицією в процес помсти вступав увесь рід, хоч і всупереч закону.

Альтернативою помсти стало призначення покарання в судовому порядку. На думку І. Бойка, основною метою покарання за давньоруським кримінальним правом було виправлення злочинця, його каяття у вчиненні злочину та відшкодування майнових і моральних збитків. З огляду на цю мету в «Руській правді» відсутні смертна кара чи тілесні покарання [12, с. 43]. Такий ліберальний підхід до юридичної відповідальності за злочини можна пояснити у т.ч. вервним походженням кримінально-правових норм «Руської правди», адже для громади було основним відновлення порушених прав потерпілого та миру в околиці, а не заподіяння страждань і залякування злочинців. Особливо небезпечні злочинці підлягали виключенню зі складу верви, втрачали її підтримку та своє майно, а тому найтяжчим покаранням був потік і розграбування.

М. Владимірський-Буданов вважав, що потік і розграбування полягало в позбавленні злочинця особистих і майнових прав. Потік (вигнання) супроводжувався втратою правосуб'єктності особи, яка реалізовувалася нею в громаді, а розграбування (конфіскація) була повним позбавленням майнових прав [13, с. 387]. «Руська правда» встановила потік і розграбування за вчинення підпалу, конокрадства та вбивства в розбої. Це покарання полягало у тому, що все майно злочинця підлягало конфіскації (розграбуванню). Імовірно, збиралася вся громада та розграбовувала дім злочинця. При цьому каралися не тільки сам злочинець, але і його дружина та діти, бо їх усіх виганяли з громади (верви) [11, с. 388]. Не маючи ані дому,

ані засобів для існування, ані захисту від своєї верви, вони могли стати жертвою нападів і вбивств, тому часто добровільно ішли у рабство. На думку С. Борисенка, такі люди ставали ізгоями (від «гоїти» – жити), тобто людьми, які не належали до жодної громади та не мали засобів виробництва» [14, с. 410].

Більшість покарань у «Руській правді» були майновими, тому полягали у різного роду штрафах – головщині (виплаті родичам жертви майнової компенсації за вбивство), вірі (штраф великих розмірів на користь держави за вчинення тяжких злочинів), продажі (штраф на користь держави за вчинення злочинів середньої та невеликої тяжкості) [15, с. 62–63]. Цілком можливо, що віра та продаж до централізації адміністративного апарату Київської Русі стягувалися не на користь держави, а були компенсацією громаді (верві) за порушений правопорядок. Серед різних майнових покарань «Руської правди» особливу увагу привертає дика віра – особливий вид давньоруського штрафу, який сплачувала верв, яка не могла знайти злочинця чи приховувала його.

Існування згаданого покарання пояснюється тим, що верв була суб'єктом колективної юридичної відповідальності. Ця відповідальність виражалася в інститутах кругової поруки та дикої віри. Кругова порука полягала у тому, що коли під час розслідування злочину сліди доходили до певної верви, скликалась нарада її представників, які на цій нараді вирішували питання про вибір одного з двох шляхів: розшукати у своїй верві злочинця і видати його селянам сусідньої верви чи державі; відмовитися від видачі злочинця [16, с. 135]. У випадку відмови жителі верви несли колективну юридичну відповідальність, відому в часи Київської Русі як дика віра.

Г. Мальцев припускає, що верв наділялася правом не видавати вбивцю під приводом того, що вбивство було випадковим, необережним, а сам винуватець – добропорядна людина. Далеко не кожен міг розраховувати на подібну підтримку з боку громади. Допомогою громади при виплаті віри не могли скористатися люди, що не належали до жодної верви, а також ті, що не брали участі у виплаті дикої віри при вчиненні злочину іншими жителями верви [11, с. 387]. Так, у ст. 5 Розширеної редакції «Руської правди» було вказано: «Якщо вбивця з верви буде виявлений, то їм допомагати йому, бо він і сам виплачує за інших. Якщо дика віра, то спільно сплачується 40 гривень, а головництво – сам убивця, виплачуючи спільно з іншими в 40 гривнях свою частку» [2, с. 27].

Верв звільнялася від сплати дикої віри у двох випадках: якщо знайдений на її території труп був невідомої людини; якщо були знайдені лише кістки людини (ст. 15

Розширеної редакції «Руської правди»). Друга підстава цілком очевидна, оскільки кістки трупа свідчили про те, що злочин був вчинений давно, і тому віднайти злочинця було доволі складно. Щодо першої підстави дослідники не мають єдиної точки зору, висувуючи різні версії. Одні (С. Соловйов та ін.) вважали, що верв не мала обов'язку сплачувати дику віру за вбивство невідомої людини, оскільки за таку людину не могла бути вчиненою помста. Натомість інші (М. Ланге та ін.) пояснили звільнення верви від обов'язку сплачувати дику віру за невідому людину тим, що труп могли підкинути з іншої верви задля уникнення юридичної відповідальності [17, с. 122].

Спосіб здійснення вервного судочинства не є очевидним для сучасної історико-правової науки, оскільки майже не збереглося документальних джерел того періоду, які б відображали особливості верного судового процесу. Безперечно, вервний суд діяв на основі звичаєвого права. Оскільки втіленням давньоукраїнського звичаєвого права була «Руська Правда», можна припустити, що судовий процес у вервних судах був дуже близьким до вимог процесуальних норм «Руської Правди» або навіть ґрунтувався на них [18, с. 30].

Проаналізувавши норми «Руської правди», В. Лешков дійшов висновку, що здійснення кримінального судочинства без участі верви було б неможливим, адже верв: несла обов'язок шукати злочинця чи сплатити за нього дику віру; мала владу змусити злочинця сплатити віру, допомогти йому в цьому чи видати державі; організовувала звіт на своїй території та сприяла затриманню «тятя» (зłodія) тощо. Крім того, без верви була б неможливою реалізація статей «Руської правди» про наявність послухів при укладенні кожної угоди та переслідуванні злочинця, а також про оголошення на ринку та серед громади про крадіжку речі чи інший злочин. Відтак верв займалася не тільки сплатою штрафів і здійсненням судочинства, але й більшістю правових питань, які виникали у тогочасному суспільстві [3, с. 59–60].

Таким чином, вервне право, будучи результатом правотворчої діяльності давньоруського суспільства та його громад, здійснило значний вплив на зміст видатного збірника права «Руська правда». Оскільки цей документ був результатом кодифікаційної роботи, до систематизації активно залучалися правові звичаї, що мали вервне походження. Як наслідок, вплив вервного права присутній у багатьох статтях «Руської правди» як Короткої, так і Розширеної редакції – про відповідальність, речові права, зобов'язання, спадкування та ін. Ці факти підтверджують демократичну традицію народної правотворчості в історії українського права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Еверс И. Ф. Древнейшее русское право в историческом его раскрытии / И. Ф. Еверс // Правда Руська Ярослава Мудрого : початок законодавства Київської Русі / Уклад. Г. Г. Демиденко, В. М. Ермолаєв. – Х. : Право, 2014. – С. 85–94.
2. Хрестоматія з історії держави і права України / упоряд. А. С. Чайковський, О. Л. Копиленко та ін. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 656 с.
3. Лешков В. М. Русский народ и русское государство. История русского общественного права до XVIII в. / В. М. Лешков // Антологія української юридичної думки / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – Т. 2 : Історія держави і права України : Руська Правда. – К. : Юридична книга, 2002. – С. 52–136.
4. Бойко І. Й. Історія правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні (IX–XX ст.) / І. Й. Бойко. – Львів, 2014. – 904 с.
5. Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права / В. И. Сергеевич. – СПб, 1910. – 674 с.
6. Правова система України : історія, стан, перспективи : у 5 т. – Т. 1 Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2008. – 728 с.
7. Бойко І. Й. Правове регулювання цивільних відносин в Україні (IX–XX ст.) / І. Й. Бойко. – К. : Атіка, 2012. – 348 с.
8. Правда Руська Ярослава Мудрого : початок законодавства Київської Русі / Уклад. Г. Г. Демиденко, В. М. Ермолаєв. – Х. : Право, 2014. – 344 с.
9. Самоковасов Д. Я. Курс истории русского права / Д. А. Самоковасова. – М. : Синод. типогр., 1908. – 813 с.
10. Рубаник В. Е. Государство, право и суд в Киевской Руси : историко-юридический очерк / В. Е. Рубаник. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 352 с.
11. Мальцев Г. В. Месть и возмездие в древнем праве / Г. В. Мальцев. – М. : ИНФРА-М, 2012. – 736 с.
12. Бойко І. Й. Кримінальні покарання в Україні (IX–XX ст.) / І. Й. Бойко. – Львів, 2013. – 408 с.
13. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. – М. : Территория будущего, 2005. – 800 с.
14. Борисенко С. Г. Карний зміст «потока» Руської Правди / С. Г. Борисенко // Антологія української юридичної думки / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – Т. 2 : Історія держави і права України : Руська Правда. – К. : Юридична книга, 2002. – С. 390–417.

15. Історія українського права / За ред. І. А. Безклубого. – К. : Грамота, 2010. – 336 с.
16. Демченко Г. В. Наказаніє по Литовскому статуту въ его трехъ редакціяхъ (1529, 1566, 1588 г.) / Г. В. Демченко. – Ч. 1. – Київ, 1894. – 273 с.
17. Собестианский И. М. Круговая порука у славян по древним памятникам их законодательства / И. М. Собестианский. – М. : Либроком, 2011. – 176 с.
18. Бойко І. Правовий статус вервних судів у Київській Русі (IX-XII ст.) / І. Бойко, М. Бедрій // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – Вип. 49. – Львів, 2009. – С. 26–33.

УДК 340.15

ТРЕТЕЙСЬКЕ СУДОЧИНСТВО ЛИТОВСЬКО-РУСЬКОЇ ДЕРЖАВИ І СУЧАСНІ ТРЕТЕЙСЬКІ СУДИ УКРАЇНИ: ПРОЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВОГО ДОСВІДУ

ARBITRATION JUSTICE OF LITUAN-RUSSIA STATE AND MODERN ARBITRATION COURTS OF UKRAINE: THE PROJECTION OF HISTORICAL-LAW EXPERIENCE

Грубінко А.В.,
к.і.н., доцент

Тернопільський національний економічний університет

Чорний А.М.,
студент юридичного факультету

Тернопільський національний економічний університет

У статті обґрунтовано актуальність дослідження історії третейського суду з позиції необхідності створення ґрунтовної методологічної бази для розвитку третейських інституцій в Україні. Проаналізовано судову систему і судовий процес на українських землях Великого князівства Литовського. Просліджено вплив третейського судочинства на правову систему сучасної України.

Ключові слова: третейський суд, судочинство, судовий процес, правова система, законодавчі акти, Литовсько-Руська держава.

В статье обоснована актуальность исследования истории третейского суда с позиции необходимости создания основательной методологической базы для развития третейских институтов в Украине. Проанализирована судебная система и судебный процесс на украинских землях Великого княжества Литовского. Прослежено влияние третейского судопроизводства на правовую систему современной Украины.

Ключевые слова: третейский суд, судопроизводство, судебный процесс, правовая система, законодательные акты, Литовско-Русское государство.

In the article the actuality of research history of the arbitration court from a position of need for the establishment solid methodological base for the development of arbitration institutions in Ukraine is substantiated. The judicial system and judicial process on the Ukrainian lands of the Grand Duchy of Lithuania are analyzed. The impact of arbitration justice on legal system of modern Ukraine is observed. The historical aspects of the establishment arbitration courts at various stages are presented. Comparative analysis of features and evolution of judicial process and judicial system of Ukraine was conducted. The characteristics of the institute of reconciliation that is a resolution of the conflict between the parties involving a neutral person are described. The effect of the principle of conservation antiquities in the process of maintaining the national character of the judicial system of the Grand Duchy of Lithuania is researched. The possibility of create in Ukraine a qualitatively new judicial system that would ensure the full realization of democratic standards of justice is substantiated. The advantages and disadvantages associated with the activities of arbitral tribunals in Ukraine are analyzed. A number of shortcomings in the current legislation in part of issues related to the activities of arbitration courts are detected. In particular, legal and technical imperfections several provisions of the law is inconsistent with the provisions of other legislative acts. The promising implementation of arbitral justice in Ukraine is substantiated.

Key words: arbitral court, justice, judicial process, legal system, legislative acts, Lithuanian-Russian State.

Дослідження історії третейського суду є досить актуальним з огляду на сучасні процеси становлення третейського розгляду спорів в Україні. Країни західної традиції права пройшли складний шлях розвитку системи третейського судочинства і мають значну історичну спадщину. Використання досвіду інших країн дасть можливість створити ґрунтовну методологічну базу для розвитку третейських інституцій в Україні.

Аналіз судової системи і судового процесу на українських землях Великого князівства Литовського є актуальним у декількох аспектах. Важливою умовою необхідності звернення до історії української правової системи литовського періоду є той факт, що період другої половини XIV – першої половини XVI ст. був визначальним для формування українського права як європейського за змістом і спрямованістю. В Європі інститути саморегулювання громадянського суспільства функціонують не одне десятиріччя. Ці незалежні органи не просто «розвантажують» державні суди, а є реальним способом забезпечення високого рівня захисту прав і свобод, уникнення бюрократизації.

Європейці з повагою ставляться до третейських судів і сприймають їх як альтернативу державному судочинству. Тому на Заході практика вирішення різного роду цивільно-правових спорів через незалежні інститути саморегулювання є досить поширеною.

Історичні аспекти становлення третейських судів на різних етапах розвитку цього юридичного інституту досліджували такі науковці, як Ю. Барон, А. Віцин, А. Волков, Є. Виноградова, Н. Заозерський, А. Волін, Р. Каллістратова. Водночас проблема становлення третейських судів в Україні, їх витоків і трансформацій, впливу на сучасні процеси реформування судової системи потребує подальших наукових досліджень.

На всіх етапах зародження і розвитку українського суспільства поряд із державними судами існують альтернативні способи вирішення спорів, які мають на меті не визначення винного, а вирішення конфліктів із позиції інтересів сторін. Саме тому в умовах реформування основних сфер соціального життя, окремих соціальних інститутів чільне місце належить інституту третейського суду.

судочинства – недержавному незалежному органу цивільної юрисдикції. Судова реформа в Україні дає унікальну можливість створити якісно нову систему судоустрою, яка би повною мірою забезпечувала реалізацію демократичних стандартів судочинства.

На думку Ю. Барона, оскільки третейський суд ґрунтується на двох договорах і визначається волевиявленням сторін, які беруть участь у ньому, його регулювання належить до сфери цивільного права. Однак, оскільки у питаннях судочинства на державу зазвичай покладені певні обов'язки і права, вона не може пасивно ставитись до приватного вирішення правових спорів. Тому право підпорядковувати договори про третейські суди певним правилам, які запозичені із цивільного судочинства. Тому зазначений автор підкреслює, що право компромісу відрізняється подвійним характером. Воно є водночас частково приватно-правовим і публічно-правовим [1, с. 194].

У період Литовсько-Руської держави судова система поступово розвивалася, суд відокремлювався від адміністрації, але найвищою судовою інстанцією залишався спочатку великий князь, а згодом король. Поява нових судів закріплювалася в Литовських статутах. Згідно з Другим Литовським статутом у кожному повіті утворювалися підкоморські суди, які розглядали земельні справи [2, с. 20]. Як стверджував А.І. Віцин, «усі письменики одноголосно повторюють, що суд посередників, приватних осіб, передував суду суспільної влади», а третейський суд – це первісна форма суду, спільна у багатьох народів [3, с. 5-6].

Еволюція судового процесу відбувалася дещо повільніше за розвиток судової системи, але з упровадженням реформ прискорилася. Поступово зменшувалася роль позаправових доказів, формувався публічно-правовий погляд на злочин, що сприяв відокремленню цивільного і кримінального процесів [4, с. 68]. Не підлягали мировим судам і угодам кримінальні справи, за якими передбачалися позбавлення волі або смертна кара. Винятки становили злочини з необережності, скоєні випадково. Суди, як правило, підтверджували мирові угоди, що були попередньо досягнуті за такими справами. Поширена практика вирішення цивільних і незначних кримінальних справ у квазісудовому порядку потенційно створювала в українському суспільстві у зазначений період сприятливі умови для зміцнення автономії особи та громади на засадах природного права [5, с. 66].

Наслідком природної еволюції судоустрою Литовсько-Руської держави стало проведення у 1564 – 1566 рр. судової реформи, в ході якої державні суди зазнали прямого втручання державної влади. Із впровадженням реформи система державних судів докорінним чином змінилася. Запроваджено земські, городські і підкоморські суди з чітко окресленою компетенцією, яка закріплювалася Литовським Статутом 1566 року. Пореформені державні суди мали якісні відмінності від дореформених: створено інститут професійних суддів (земські судді і підкоморії обиралися, городські судді призначалися державною адміністрацією); запроваджено гарантії безпеки членів суду; суд по цивільних і земельних справах відокремлено від адміністрації на державному рівні. Розпочався процес формування судової влади як окремої гілки державної влади. Потенційна можливість для магнатів і шляхти бути обраними або призначеними членами державного суду стимулювала вивчення права представниками суспільно-політичної верхівки.

Певний внесок у формування судової влади зробили і недержавні суди. Зміни в їх устрої та компетенції відбувалися «знизу», з ініціативи самого населення. Вони безпосередньо відображали потреби суспільства, що не могло не стимулювати інтерес і виховувати повагу до права в широких суспільних колах [2, с. 23-24]. Судова влада почала відігравати все помітнішу роль у державному житті князівства. У суспільстві встановлювався пріоритет світ-

ських цінностей, зароджувалося уявлення про права особи, щоправда лише щодо прав соціальної верхівки [6, с. 98]. Кожен суд поєднував слідчі і судові функції, діяв за звичаєвим правом, засуджував до штрафу, відшкодування заподіяних збитків, тілесних покарань, смертної кари, практикував умовне засудження [7, с. 116].

Дотримання руських-українських правових традицій Великим князівством Литовським протягом усього його незалежного існування свідчить, з одного боку, про певну досконалість українського права, з іншого – про здатність його пристосовуватися до нових суспільно-державних умов, сприймати запозичений досвід, зберігаючи свій національний характер [8, с. 63]. Упродовж XV – поч. XVI ст. у державі скасовувалася удільна система і спостерігалася тенденція до централізації державного управління. Відбувалася трансформація ранньофеодальної монархії у станово-представницьку. Ускладнювався і вдосконалювався державний апарат князівства. Інтенсифікувався процес формування і консолідації станів, причому в XV – поч. XVI ст. провідною верствою держави виступають магнати.

Потужним каталізатором вказаних суспільних і державотворчих процесів виступив зовнішній чинник, насамперед агресія щодо Великого князівства Литовського сусідніх держав і, як наслідок, необхідність союзу з Польщею. Водночас не можна ігнорувати внутрішній чинник – закладену в основу русько-литовської державності здатність до розвитку і вдосконалення. Взаємодія і взаємовплив указаних чинників сприяли розвитку усіх галузей суспільного і державного, зокрема, судоустрою [9, с. 12-13].

Досліджуваний період розвитку судової системи Великого князівства Литовського пов'язаний із виникненням нових видів судів. Упродовж XV – другої пол. XVI ст. з'явилися третейські суди, суди для іногородців, суди в містах з магдебурзьким правом. Подальшого розвитку набули суди копні, доменіальні і церковні. Ці суди мали становий характер. Утворилися також різновиди великокнязівського суду, суди за дорученням воєвод і старост. Стала помітною тенденція до передачі державною владою права суду окремим верствам населення (у судах доменіальних, церковних, судах у містах із магдебурзьким правом, судах для іногородців) або окремим особам (у третейських судах, різновидах великокнязівського суду, судів воєвод і старост). Поява і розвиток указаних судів були зумовлені прагненням влади звільнитися від другорядної справи, якою вважалося здійснення судочинства порівняно зі справами військовими і пов'язаними з ними фінансовими. Розвиток станових судів стимулювався зростанням корпоративності суспільства. Еволюція судоустрою князівства була зумовлена вдосконаленням його державного і суспільного життя. На думку В. Сухоноса, на цьому етапі розвитку судової системи самостійна судова влада була фактично відсутня [10, с. 121].

Розвиток судової системи на українських землях упродовж незалежного існування Великого князівства Литовського свідчив про її здатність до розвитку, пристосування до нових суспільних і державних умов, сприйняття запозиченого зарубіжного досвіду. Судова система українських земель зберігала свою міцну основу, закладену в часів Київської Русі. Запозичення набувало характерного для української правосвідомості демократичного забарвлення. Еволюція судової системи на українських землях призводила до формування відокремленої від адміністрації судової влади. Повільніший і менш чіткий, ніж у Західній Європі, процес поглиблення станової нерівності пояснювався сильними демократичними правовими традиціями [11, с. 24].

Третейський суд є однією з давніх і перевірених форм вирішення спорів, причому виникнення такої форми вирішення спорів задовго передувало появі державних судових інституцій. До нього зверталися за потребою швидкого та ефективного врегулювання конфлікту. Третейське

судочинство є досить поширеним явищем у світовій юридичній практиці. До компетенції третейських судів належать, як правило, всі справи по спорах, що виникають із цивільних правовідносин [9, с. 36].

Перші свідчення про діяльність третейських судів на українських землях Великого князівства Литовського знаходимо в документах XV ст. Третейські суди, які тоді називали полюбовними чи приятельськими, були тісно пов'язані з системою «приказів» або доручень, що у кожному конкретному випадку давалися великим князем як своїй Раді, так і намісникам, старостам або воєводам щодо здійснення третейського суду з різних питань. Однією з історичних рис третейських судів даного періоду було те, що, виникнувши при дворі великого князя, вони однаково задовольняли потреби влади і населення. Влада з їх допомогою мала чудову можливість розвантажити великокнязівський суд від надмірної кількості справ. Населення приваблювали третейські суди через значно меншу тривалість вирішення справ і більш вигідні порівняно з передбаченими законом умови примирення. Часто траплялись випадки, коли відповідачі навмисно чинили перешкоди розгляду справи у державному суді з метою перенести слухання до третейського суду. Про свій намір вирішити справу полюбовно сторони повинні були заявити у великокнязівську канцелярію, яка й призначала склад суду. На початку свого існування третейські суди не були постійною судовою установою. Їх склад призначався спеціально для розгляду кожного конкретного спору [8, с. 26-27].

Як зазначає С. Ковальова, третейські суди були дещо подібні до одного з різновидів великокнязівського суду, хоча не варто їх ототожнювати. Різниця між ними полягала в тому, що склад асесорського, маршалківського, комісарського суду не залежав від волі сторін. Передання справи від великого князя до суду маршалка, асесорів, комісарів здійснювалося з ініціативи самого князя, тоді як до третейських судів сторони вдавалися свідомо, зі згодою на кандидатури суддів [7, с. 118].

Полюбовний суд користувався широким попитом, передусім тому, що сторони довіряли йому більше, ніж державним судам, і не сплачували великі судові мита. Ці суди не вписувались у загальну судову систему, оскільки своєю юрисдикцією створювались для розгляду цивільних і земельних справ. Іноді вони розглядали кримінальні справи, які не передбачали смертної кари. Приятельський суд збирався з нагоди найважливіших злочинів, як-то крадіжки, підпалу, спорудження та інших. Він повинен був дотримуватись певної процедури під час розгляду справи, яка була загальноприйнята в той час у загальних судах [11; 12].

Однією з форм великокняжих судів на українських землях Великого князівства Литовського у XV–XVI ст. був так званий комісарський суд, який мав всі ознаки третейського суду. Він створювався за потребою на розсуд великого князя або за клопотанням перед великим князем сторін спору. Зазвичай від князя залежав кількісний і особистий склад такого суду, але сторони також могли просити призначення окремих осіб суддями. Призначаючи комісарів для розгляду і вирішення тієї чи іншої справи, великий князь не лише наділяв означених суддів необхідними повноваженнями або давав їм «моць то судити і справовати», а й забезпечував їх детальною «наукою», або інструкцією, в якій зазначались час і місце суду, передбачались різні можливі під час розгляду справи випадковості, визначались межі повноважень та інші процедурні питання. Зважаючи на вищезгадані особливості цього суду, можна засвідчити, що він був основою постійно діючих третейських судів [8, с. 119].

Наприкінці XV століття в організації діяльності третейських судів відбулися значні зміни. До них почали вдаватися інші державні суди. Судді вже не призначалися, як раніше, а обиралися самими сторонами на власний розсуд. Третейський суд дотримувався правового порядку, передбаченого чинним законодавством. Рішення третейського суду було

таким же обов'язковим для виконання, як рішення державного суду. Судові листи, видані третейським судом, мали рівну з державним судом юридичну силу, особливо ті, що затверджувалися великим князем. Литовський Статут 1566 року визначав, що у разі відмови однієї зі сторін виконувати рішення третейського суду інша мала право звернутися до земського суду, який мав забезпечити його виконання. У разі, коли компромісу не могли досягти третейські судді, справа переносилась до земського суду як апеляційної інстанції, який спільно з третейськими суддями виносив вирок.

Третейські суди збиралися не тільки за ініціативою позивачів, а й за згодою сторін. Особливість такого суду полягала в тому, що, хоча розгляд справи здійснювався відповідно до загальнопроцесуальних норм, його рішення ґрунтувалося не на позитивних нормах права, а на природно-правових принципах справедливості і совісті. Виконання таких рішень могло відкладатися, якщо були відсутні попередні письмові зобов'язання сторін, домовленості про штраф або доручення, не було підписів посередників із примирення або якщо вони перевищили свої повноваження [2, с. 35].

Отже, характерною особливістю судової системи Великого князівства Литовського було співіснування державних і недержавних третейських судів. Суть третейського судочинства зводиться до суду третьої особи, яка обирається самими сторонами. Ті у свою чергу за своєю добровільною угодою довіряють даному суду розглянути і вирішити конкретний спір, винести рішення і завчасно зобов'язуються підкоритися такому рішення. Третейські суди, які виникли при дворі великого князя, задовольняли потреби як влади, так і населення. До кінця XV ст. в організації діяльності третейських судів відбувалися певні зміни. До них почали вдаватися і інші державні суди. Судді не призначалися, як раніше, а стали обиратися самими сторонами. Завдяки діяльності третейських судів у вказаний історичний період населення мало можливість активно і вільно залучатися до судової влади, а суд вперше на українських землях відокремлювався від адміністрації. Однак передача права суду суспільству стосувалася лише певних верств населення, адже до третейських судів зверталися переважно магнати та шляхта під час вирішення цивільних, здебільшого земельних справ. Іноді тут розглядалися і кримінальні справи, окрім тих, де вступала в силу юрисдикція державних судів і, відповідно, можливим вироком передбачалося публічне покарання або страта. Загалом функціонування на українських землях третейських судів Литовсько-Руської держави створило умови для введення принципу поділу влади і подальшого активного залучення суспільства до участі в судовому процесі.

Досвід третейського судочинства Великого князівства Литовського має певні спільні риси із сучасною системою третейських судів України. Згідно з Конституцією України кожен громадянин має право будь-яким незабороненим законом способом захищати своє життя і здоров'я, майно від протиправних посягань [12]. Одним із таких способів є звернення до третейського суду. Закон України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 року передбачає, що третейський суддя – це фізична особа, призначена чи обрана сторонами у погодженому порядку або призначена чи обрана відповідно до закону для вирішення спорів у третейському суді [13]. Тобто сучасний закон також дозволяє за згодою сторін обирати суддів. До третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що виникає із цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. Як було розглянуто вище, третейські суди часів Великого князівства Литовського також розглядали конкретну справу і мали назву «полюбовні» («приятельські»). Чимало схожих рис наявні у процедурі розгляду справ третейськими судами в минулій і сучасній практиці. Сучасні третейські суди, як і тодішні, також не вписуються у загальну систему державних судів. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про третейські

суди» третейський суд є недержавним незалежним органом. Згідно з положеннями ст. 125 Конституції України і ст.ст. 3, 17 Закону «Про судоустрій і статус судів» третейські суди не входять до судової системи України [14].

Вважаємо, що безпосереднім аналогом постійно діючого сучасного третейського суду у Литовсько-Руській державі був комісарський суд. Ще одна спільність третейських судів того часу із сучасними полягає в тому, що вони також дотримувалися правового порядку, передбаченого чинним законодавством. Стаття 4 пункт 1, 2 Закону України «Про третейські суди» передбачає, що третейський суд утворюється і діє на принципах незалежності та підкорення виключно закону. Згідно зі ст. 50 сторони, які передали спір на вирішення третейського суду, зобов'язані добровільно виконати рішення третейського суду без будь-яких зволікань чи застережень [13]. Рішення третейського суду є остаточним і оскарженню не підлягає. У разі неможливості дійти компромісу третейськими суддями справа переносилася до земського суду. У сучасних умовах розгляд третейського суду може відбуватися до винесення рішення в компетентному суді – місцевому загальному суді або місцевому господарському суду за місцем розгляду справи третейським судом. Цей же компетентний суд є апеляційною інстанцією на рішення третейського суду. Однак доводиться констатувати, що в силу багатьох причин сучасні третейські суди користуються значно меншою популярністю у громадян, ніж в часи Литовсько-Руської держави.

Третейські суди стали одним із вагомих внесків судової системи Литовсько-Руської держави у правову систему України. Перспективність третейського судочинства в Україні не викликає сумніву з огляду на його переваги, зокрема швидкість та конфіденційність третейського провадження, можливість для сторін самостійно обрати та погодити кандидатуру третейського судді, високий фаховий рівень і авторитет третейських суддів. Водночас варто врахувати недоліки і проблеми, пов'язані з діяльністю третейських судів в Україні. З одного боку, інститут третейського розгляду спорів, як і наявність інших альтернативних способів вирішення правових суперечок, є ознакою розвинутого демократичного суспільства, досить ефективним і прогресивним механізмом правового вирішення спорів, адже дає змогу особам уникнути недоліків, притаманних державному судочинству. Він також сприяє зменшенню навантаження на суди загальної юрисдикції. Цей інститут має багатовікову історію і поширений практично в усіх країнах світу. З іншого боку, в Україні внаслідок недосконалості законодавчої бази впровадження і

діяльність третейських судів не лише не дає позитивних результатів, але й призводить до виникнення значних ускладнень і проблем. Причому не можна стверджувати, що ці проблеми належать до сфери суто третейського розгляду справ. Оскільки питання виконання та оскарження рішення третейського суду нерозривно пов'язані з відповідним зверненням до державного суду, практично всі проблеми, пов'язані з третейським розглядом справ, стають актуальними і для судів. Крім того, до них додаються також проблеми, що виникають під час здійснення судами своїх власних функцій.

Основною причиною виникнення проблем у зазначеній сфері є недосконалість законодавства, що регламентує діяльність третейських судів та їх взаємодію із судами та іншими державними органами, насамперед Закону України «Про третейські суди». Наприклад, відповідно до положень Закону державними судами розглядається дві основні категорії справ, що безпосередньо пов'язані з діяльністю третейських судів: 1) справи про видачу виконавчого документа на рішення третейського суду; 2) справи про скасування рішення третейського суду. Процесуальним законодавством не регламентовано порядок розгляду таких справ, що, зокрема, призводить до неоднакової судової практики [13]. Ряд положень цього Закону внаслідок їх юридично-технічної недосконалості не узгоджується з положеннями інших законодавчих актів (зокрема, з положеннями Цивільного процесуального кодексу України та Господарського процесуального кодексу України), що призводить до складних системних колізій, вирішувати які доводиться саме судам. Крім того, у чинному законодавстві з питань, пов'язаних із діяльністю третейських судів, наявна велика кількість прогалин, які на сьогодні вже виявлені завдяки напрацьованій практиці. Наявність колізій і прогалин неминуче призводить до неоднакової практики вирішення спорів, насамперед, судами, що негативно позначається на рівні захисту прав осіб, а також створює ґрунт для численних зловживань.

Хоча третейські суди в Україні поки не набули авторитету, в деяких країнах світу, наприклад у США, близько 80 % усіх приватних спорів у підприємницькій сфері розглядаються за допомогою недержавних арбітрів або посередників. Виходячи з того, що довіра громадян України до державних судів є дуже низькою, саме альтернативні форми судочинства, зокрема третейські суди, мають значні перспективи розвитку. Для цього є не лише затребуваність сучасного суспільства, але й вагомі історичні підвалини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Барон Ю. Система римського громадянського права : в 6 кн. / Ю. Барон. – СПб: Юридический центр Пресс, 2005. – Книга 1. Общее учение о правах в субъективном смысле. – 1100 с.
2. Трофанчук Г.І. Історія держави і права України : навчальний посібник / Г. І. Трофанчук. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 384 с.
3. Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение / А.И. Вицын // Третейский суд. – 1999. – № 2–3. – С. 3–13.
4. Музиченко П. Суд і судочинство на українських землях XIV – XVI століть / [П. Музиченко, Н. Долматова, С. Ковальова та ін.] ; за ред. П. Музиченка. – Одеса, 2000. – 207 с.
5. Гамбург Л.С. Третейські та мирові суди в Лівобережній Україні (Гетьманщини) другої половини XVII – XVI ст. / Л.С. Гамбург // Держава і право. Юрид. і політ. науки : збірник наукових праць. – 2001. – Вип. 3. – С. 65–68.
6. Історико-теоретичні засади державотворення і правотворення в Україні : збірник наукових праць / за заг. ред. І.Л. Бородіна. – К., 2014. – 146 с.
7. Ковальова С. Третейські суди на українських землях Великого князівства Литовського / С. Ковальова // Держава і право : збірник наукових праць. – 2010. – № 13. – С. 115–120.
8. Терлюк І. Я. Історія держави і права України: [навч. посіб.] / І. Я. Терлюк. – К.: Атіка, 2011. – 944 с.
9. Самохвалов В.П. Третейські суди в Україні / [Ю.А. Михальський, В.П. Самохвалов, В.І. Рижий та ін.] ; за ред. В.П. Самохвалова, А.Ф. Ткачука. – К.: Ін-т громадянського суспільства: ТОВ "ІКЦ Леста", 2007. – 184 с.
10. Сухонос В.В. Історія виникнення третейських судів / В.В. Сухонос // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 120–122.
11. Історико-теоретичні засади державотворення і правотворення в Україні : збірник наукових праць / за заг. ред. І.Л. Бородіна. – К., 2014. – 146 с.
12. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.
13. Про третейські суди : Закон України від 11 травня 2004 року № 1701-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 35. – Ст. 412.
14. Про судоустрій і статус судів : Закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI (із змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42, 43, 44–45. – Ст. 529.

ПІДСТАВИ НАБУТТЯ СЕРВІТУТІВ У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

GROUNDS FOR SERVITUDES ACQUISITION IN ROMAN PRIVATE LAW

Ковалик Г.І.,

аспірант кафедри історії держави, права та політико-правових учень

Львівський національний університет імені Івана Франка

У статті аналізуються особливості правового регулювання підстав набуття сервітутів у римському приватному праві. Досліджується процес становлення і розвитку можливих підстав набуття сервітутів. Визначаються особливості застосування кожної із підстав набуття сервітутів у римському праві.

Ключові слова: сервітут, римське приватне право, правочин, заповідальний відказ, судове рішення, давність володіння.

В статье анализируются особенности правового регулирования оснований возникновения сервитутов в римском частном праве. Исследуется процесс становления и развития возможных оснований приобретения сервитутов. Определяются особенности применения каждого из оснований приобретения сервитутов в римском праве.

Ключевые слова: сервитуты, римское частное право, сделка, завещательный отказ, судебное решение, давность владения.

In this article peculiarities of servitudes acquisition in Roman private law are analysed. The author examines the process of creation and development of the possible grounds for servitudes acquisition. In the article application of each of the basis for servitudes acquisition in Roman law are researched.

There were four grounds for the acquisition of servitudes in Roman law. The most popular ground for servitudes acquisition was a legal transaction. A contract and a testament were considered as a legal transaction. There were different ways of servitude acquisition by a contract depending on the servitude type and the location of the land it referred to: *mancipatio*, *in iure cessio*, *deductio*, *pactiones et stipulationes*, *traditio*. In Roman law there were two forms of a testament: *legacy (legatum)* and *fideicommissum*, and by two of them a servitude could be acquired.

The servitude could be established by a judgment, especially when the judge considered a case about the property division. *Usufruct* could be acquired according to the special law provisions, which defined particular cases of the servitude creation.

The important grounds of servitude acquisition were the acquisitive prescription. In order to acquire a servitude on the acquisitive prescription basis the next elements were required: *servitutis quasi possessio*; the possession of the servitude *non vi, non clam, non pecario*; uninterrupted possession of the servitude for the requisite period.

Key words: servitude, Roman private law, legal transaction, judgment, acquisitive prescription.

Інститут сервітутів виник у давньоримському праві та пройшов довгий шлях еволюції та вдосконалення до моменту здійснення кодифікації римського права. Протягом цього шляху змінювалися та доповнювалися підстави набуття сервітутів. Римські юристи надавали важливого значення факту набуття сервітуту, досить детально намагалися описати його отримання та володіння ним, оскільки це стосувалося також інтересів власника речі, що була предметом сервітуту. Однак у сучасній правовій науці відсутні ґрунтовні дослідження підстав набуття сервітутів у римському праві.

Вагомий внесок у вивчення сервітутів у римському праві зроблено українськими та зарубіжними вченими, серед яких А. Підпригора, Є. Орач, Є. Харитонов, Б. Тищик, Ю. Барон, І. Горонович, Г. Дербург, Л. Елверс, В. Ефимов, Л. Кофанов, А. Хвостов, О. Шонеманн, Дж. Франчозі, М. Гаррідо, Ф. Цоль та інші. Без цих фундаментальних досліджень досі не може обійтися жодна наукова праця в обраній сфері.

Метою статті є дослідження підстав набуття сервітутів у римському приватному праві.

Найпоширенішою підставою набуття сервітутів у римському праві був правочин. Сервітуту набувалися на підставі двостороннього правочину – договору або одностороннього правочину, яким був заповідальний відказ.

Встановлювати сервітут на річ мав право власник речі (І. 2.3.3; D. 8.4.6; D.8.4.8), а у разі спільної власності – співвласники речі повинні були надати свою згоду на встановлення сервітуту (D. 8.1.2; D. 8.4.6.1; D. 8.4.18). Лише узфрукт, який був подільним сервітутом, міг надаватися одним із співвласників речі на його частину речі (D. 7.1.5). Добросовісний набувач міг встановлювати сервітут на річ, якою він володів, а при цьому для захисту встановленого сервітуту використовувався *actio Publiciana in rem* (D. 6.2.11.1). Більшість вчених стверджують, що емфітевт та суперфіціарій могли встановлювати сервітут на строк

дії емфітевзису чи суперфіцію (D. 7.4.1; D. 43.18.1.9) [1, с. 138; 2, с. 100; 3, с. 76-77; 4, с. 233; 5, с. 486; 6, с. 133; 7, с. 239], однак чіткої вказівки на це в джерелах римського права немає.

Набувачем предіального сервітуту міг бути власник земельної ділянки (D. 8.4.6.8; D. 19.1.6.5), емфітевт та суперфіціарій. У першоджерелах немає прямої вказівки на можливість набуття емфітевтом та суперфіціарієм сервітутів, однак, виходячи з того, що вони мали право на конфесорний позов *utilis actio confessoria* (D. 13.7.16.2; D. 20.1.31), вчені дійшли висновку про те, що, маючи процесуальні засоби захисту права, емфітевт та суперфіціарій мали і відповідне право [3, с. 77; 8, с. 432]. Якщо ж сервітут встановлювався на користь речі, що перебувала у спільній власності, необхідною була участь усіх співвласників (D. 8.4.18). Узфруктуарій не міг набувати сервітут на предмет узфрукта, а також власник речі, переданої узфруктуарію, не міг набувати щодо неї сервітуту (D. 7.1.15.7). Набувачами особистого сервітуту могли бути як фізичні, так і юридичні особи.

У давньоримському праві *ius civile* всі сервітуту набувалися через *in iure cessio*. Сільські предіальні сервітуту належали до *res mancipi*, тому для них додатковим способом набуття було *mancipatio* (Gai. 2.29).

Поряд з *mancipatio* та *in iure cessio* існувало *deductio (exceptio) servitutis* (Gai. 2.33; D. 7.1.3). За допомогою *deductio (exceptio) servitutis* особа, яка відчужувала свою річ, залишала за собою сервітут на цю річ. Таким чином набувач отримував власність з обтяженням сервітутом. Сервітут виникав у результаті волевиявлення відчужувача майна, який хотів обмежити відчужуване право. Як вірно зазначав німецький правник ХХ ст., професор Р. Зом, тут має місце лише один правочин – передача права власності, обмеженого сервітутом, а не два правочини (передача права власності та встановлення сервітуту) [9, с. 337-338]. Процедура *deductio (exceptio) servitutis* застосовувалася

при відчуженні речі шляхом манципації чи *in iure cessio* [10, с. 230; 11, с. 215; 12, с. 149].

Зазначені форми встановлення сервітутів не могли застосовуватися до провінційних ділянок, оскільки на останні не поширювалися способи набуття сервітутів, передбачені *ius civile* (Gai. 2.31). Тому в обхід цього почали застосовувати інші способи, зокрема:

а) *Pactiones et stipulationes* (I. 2.3.4; I. 2.4.1; D. 7.1.3; D. 7.1.25.7; C. 3.34.3). *Pactio* розумілося як неформальне встановлення сервітуту (своєрідний договір), а *stipulatio* вводилося для підкріплення *pactio*, що виражалося в обіцянці, викладеній у конкретній усній формулі, про те, що особа, яка надає сервітут, зобов'язується його надати і не перешкоджатиме здійсненню сервітуту, а у разі невиконання цього – заплатить певну грошову суму (D. 45.1.2.5-6; D. 45.1.38.12; D. 45.1.85.3; D. 45.1.131).

На думку німецького цивіліста, Г. Дернбурга, у цьому подвійному акті *pactiones et stipulationes* знаходить своє відображення комбінування давнього права перегрінів – *pactiones* та римського інституту *stipulationes*. Вчений вважав, що для права перегрінів, особливо для греків, характерною була відсутність форми договорів, а після їх завоювання римляни залишили це в силі для провінційних земель, проте додали формальну процедуру стипуляції [4, с. 236].

б) *Traditio servitutis seu patientia* – здійснення сервітуту через пряму та мовчазну згоду власника речі (D. 8.3.1.2; D. 7.1.25.7; D. 7.4.1; D. 7.6.3). Як зазначає відомий німецький цивіліст, Ю. Барон, про *traditio* відомо приблизно з другої половини II ст. н.е [8, с. 434]. Однак згадку про *traditio* знаходимо ще у Ватиканському фрагменті (Frag. Vat. 47). А деякі науковці говорять у даному випадку не про *traditio*, а про *quasi traditio*, оскільки передаються права на річ, які не можуть бути предметом чистого *traditio* [2, с. 97; 4, с. 237; 9, с. 338; 12, с. 148-149].

Обидва зазначені способи встановлення сервітутів визнавалися преторським правом, для їх захисту застосовувався *actio confessoria Publiciana* (D. 6.2.11.1; D. 8.3.1.2), а також вони згодом поширилися на італійську територію Римської держави [8, с. 434; 13, с. 466]. Для юстиніанського права, яке не визнавало ні *mancipatio*, ні *in iure cessio* для встановлення сервітутів, не відрізняло різного правового статусу для італійських та провінційних земель, достатньою умовою для встановлення сервітуту слід вважати укладення *pactio et stipulatio*. Однак така позиція оспоровалася науковцями, оскільки деякі з них вважали, що за Юстиніана для набуття сервітуту, окрім договору, необхідним був початок його виконання – *traditio* [4, с. 115-116; 7, с. 208]. Право Юстиніана не містить чіткого підтвердження такої позиції, а навіть навпаки – достатньо ясно і однозначно передбачається набуття сервітуту через договір *pacta* і стипуляцію (I. 2.3.4; D. 7.1.25.7).

В джерелах римського права часто згадується про встановлення особистих сервітутів за допомогою заповідального відказу (D. 7.1.3; D. 7.9.1; D. 8.6.19; I. 2.4.1). Римському праву відомі дві форми заповідального відказу – легат (*legatum*) та фідейкоміс (*fideicommissum*). Легат існував ще в древньому *ius civile* і відзначався значними вимогами щодо форми та змісту. Фідейкоміс з'явився під кінець Республіки як прохання до спадкоємця надати певні блага третій особі, а як окремий юридичний інститут оформився лише за Августа [14, с. 6,17], оскільки саме тоді фідейкоміс отримав захист – можливість подання позову (*petitio extraordinem*) [14, с. 37-38; 15, с. 49; 16, с. 603]. Згодом відмінності між легатом та фідейкомісом зникли, а Юстиніан остаточно зрівняв ці два інститути (C. 6.43.1-2).

Класичне римське право знало чотири види заповідальних відказів: *legatum per vindicationem* (віндикаційний легат), *legatum per damnationem* (дамнаційний легат), *legatum sinendimodo* (неперешкоджаючий легат), *legatum per praesceptionem* (престаційний легат) [1, с. 232] (Gai.

2.192). Перші три з них застосовувалися для встановлення сервітутів.

Предметом віндикаційного легату могла бути річ, що належала спадкодавцю на праві власності згідно квіритського права на момент смерті, а при легаті щодо індивідуально-визначеної речі – також на момент складення заповіту (Gai. 2.196). Віндикаційний легат здійснювався за допомогою слів «даю», «записую», «нехай візьме», «нехай забере» (Gai. 2.193). Легатарій з моменту смерті спадкодавця отримував річ або сервітут, а у разі затримки передачі міг пред'явити віндикаційний позов.

Дамнаційний легат зобов'язував спадкоємця до виконання покладеного на нього спадкодавцем обов'язку на користь легатарія (Gai. 2.201). Предметом такого легату могла бути річ, яка не належала спадкодавцю. В такому випадку спадкоємець був зобов'язаний придбати визначену річ для легатарія або виплатити її вартість (Gai. 2.202). У разі невиконання обов'язку спадкоємцем легатарій мав право на особистий позов до спадкоємця *actio ex testamento*.

Неперешкоджаючий легат полягав у тому, що спадкоємець повинен надати можливість легатарію самому взяти річ та не перешкоджати йому у здійсненні його прав згідно легата (Gai. 2.213-214; D. 33.2.14-15). Неперешкоджаючий легат близький до дамнаційного легату, оскільки передбачає обов'язок спадкоємця не перешкоджати легатарію, а для захисту надався особистий позов.

Отже, на підставі віндикаційного легату міг безпосередньо встановлюватися сервітут, а на підставі дамнаційного та неперешкоджаючого легату виникав лише обов'язок спадкоємця встановити сервітут на користь легатарія.

Другою підставою набуття сервітутів було судове рішення (*adiudicatio*). Суд міг прийняти рішення про встановлення сервітуту при розгляді справи про поділ спільного майна. Сервітут встановлювався на ту річ (майно), що підлягала поділу (D. 7.1.6.1; D. 10.3.6.10; D. 10.2.16; D. 10.2.22.3). Суддя вирішував питання про те, кому належатиме право власності на річ, а кому – узуфрукт на неї (D. 10.3.6.10), а, поділяючи річ на ідеальні частини, суддя міг встановити предіальний сервітут одній з них для іншої (D. 10.3.7.1). До повноважень суду належало надання сервітуту проходу через земельну ділянку (за справедливої ціни) для доступу до могили у разі, коли власник земельної ділянки відмовлявся добровільно надати сервітут (D. 11.7.12).

Третьою підставою набуття сервітутів виступав закон. Єдиним сервітутом, який міг виникнути в силу прямої вказівки закону є узуфрукт (*usufructus legalis*). Римське право передбачало декілька підстав для встановлення такого узуфрукта:

1. Батько мав узуфрукт на *bona adventicia regularia* (все майно, що дитина отримувала не від батька, а з інших джерел – спадок від матері та від інших осіб, майно, набуте подружжям) підвладної дитини. Узуфрукт батька не був обтяжений обов'язком надати забезпечення – *cautio usufructuaria* (C. 6.61.8.4). Узуфрукт припинявся із припиненням батьківської влади. Однак у наступних випадках узуфрукт продовжував існувати і після припинення батьківської влади: а) якщо підвладна дитина вмирала і залишала лише спадкоємців нисхідної лінії, то батько отримував узуфрукт пожиттєво (C. 6.61.3; C. 6.61.4); б) якщо батько добровільно емансипував підвладну дитину, він зберігав половину узуфрукта (C. 6.61.6.3).

2. Батько отримував частину узуфрукту на спадщину у разі смерті матері, якщо майно спадкували емансиповані діти (C. 6.60.3).

3. Штраф за розлучення, якщо у подружжя були діти, переходив до *proprietas* дітей, а невинний з подружжя отримував узуфрукт (C. 5.17.8.7; C. 5.17.11.1).

4. Той з подружжя, який вступав у другий шлюб і мав майно від іншого з подружжя від попереднього шлюбу

(*lucra nuptialia*), позбавлявся всього майна, набутого від останнього на користь дітей від попереднього шлюбу, а отримував узуфрукт на це майно (С. 5.9.3; С. 5.9.6; Nov. 22.с. 23; Nov. 22.с.46) [17, с.11].

Четвертою підставою набуття сервітутів є давність володіння (*usucapio servitutis*). Набуття сервітутів за давністю володіння було відоме давньому римському праву *ius civile* ще із Законів XII таблиць [2, с. 97; 13, с. 468; 18, с. 110]. *Usucapio servitutis* відмінено за законом *Lex Scribonia*, щодо якого немає точної інформації про дату прийняття (D. 41.3.4.28 (29)). Деякі науковці припускають, що це відбулося у 50 р. до н.е. [12, с. 148; 19, с. 329; 20, с. 404] під час правління Тиберія [21, с. 406]. Польський вчений, С. Врублевські, вважав, що найімовірніше *usucapio* було підставою виникнення сільських предіальних сервітутів ще в той час, коли останні розумілися як частини земельної ділянки, а *Lex Scribonia* був проти такого розуміння сервітутів [6, с. 135]. Подібну думку висловив сучасний італійський вчений, Дж. Франчоззі [19, с. 329], який припускає, що *Lex Scribonia* був прийнятий у зв'язку з новим уявленням про сервітути як про безтілесні речі. Підтвердженням позиції вчених можна вважати висловлювання Павла у 15-й книзі «Коментарі до Сабіна» про те, що сільські сервітути хоч і належать до речей, але є безтілесними, а тому не можуть набуватися за давністю володіння, оскільки вони мають такий характер, що ними не можна індивідуально та тривалий час володіти (D. 8.1.14). Гай у 7-й книзі «Коментарі до провінційного едикту» зазначав про те, що до безтілесних речей (*res incorporales*) не застосовується *usucapio* (D. 43.1.43.1).

Незважаючи на формальне скасування можливості набуття сервітутів за давністю володіння, в юридичній практиці наприкінці принципату з'являється такий спосіб встановлення сервітуту як тривале його здійснення – *longi temporis consuetudo*, *diuturnus usus*, *longi quasi possessio* (D. 8.5.10; С. 3.34.2) [17, с. 21; 22, с. 307].

Ульпіан у 53-й книзі «Коментарі до едикту» зазначав, що, якщо хтось в результаті тривалого використання і безперервного володіння (*quasi possessione*) набув сервітут проведення води (*aquaeductus*), то він не повинен доводити права, на підставі якого отримав сервітут (на підставі легату чи іншим чином), але він має *actio utilis* для доведення того, що він протягом довгого часу користувався сервітутом, який набув без примусу (*non vi*), відкрито (*non clam*) та не в порядку *precario* (D. 8.5.10).

Для набуття сервітуту на підставі давності володіння вимагалось:

1) *servitutis quasi possessio*. Особа, яка набувала сервітут повинна була почати володіти цим сервітутом (D. 8.1.20). Як зазначав польський професор XX ст., Ф. Цоль (старший), особа входила у *quasi possessionem servitutis* [7, с. 210]. Для цього необхідними були *corpus* (*apprehensio*) і *animus*. *Corpus* полягав у зовнішній фактичній поведінці особи, що виявлялася у володінні річчю. *Animus* виражав бажання, намір особи володіти річчю на свою користь.

Залежно від різних видів сервітутів по-різному визначався момент заволодіння ним [7, с. 217; 8, с. 446-447; 23, с. 360]. При позитивних сервітутах *quasi possessio* розпочиналося з моменту вчинення на чужій річці дій, які становлять зміст сервітуту чи уможливають його здійснення з відповідним *animus* (D. 8.2.20; D. 8.5.2.3; D. 43.19.7). Наприклад, з моменту проходження через чужу ділянку, черпання води на ній, будівництва балкону в повітряному просторі сусіда тощо. Слід звернути увагу на те, що про квазі-заволодіння можна говорити тоді, коли воно відбувається односторонньо з боку особи, яка має намір отримати визначене володіння чужою річчю; якщо власник речі надасть згоду на такі дії, то набуття сервітуту відбудеться на підставі *traditio s. patientia* (*quasi traditio*). Квазі-володіння негативними сервітутами розпочиналося тоді, коли особа, яка мала намір набутти такий, забороняла власнику

речі вчиняти певні дії з його власною річчю і останній виконував це (наприклад, перестав будувати вищий будинок) або власник такої речі сам повідомив, що перестане вчиняти такі дії, які суперечать інтересам цієї особи (D. 8.2.6). При особистих сервітутах для квазі-володіння необхідним було *detentio* (утримання у себе, держання) речі (D. 7.1.3).

Квазі-заволодіння можна було здійснити і через представника, якщо останній діяв не від власного імені, а представляв інтереси довірителя (D. 43.19.1.7-8; D. 43.19.1.11; D. 43.19.3.4).

Заволодіння сервітутом повинно було здійснюватися з наміром (*animus*) отримання сервітуту та здійснювати права, передбачені ним. Немає такого наміру у особи, яка проходить по дорозі, вважаючи, що така дорога є публічною (D. 8.6.25) чи користується приватною дорогою, наданою для іншої особи, вважаючи, що власник не буде проти цього (D. 43.19.6-7; D. 8.1.14).

Про припинення володіння сервітутами дуже мало згадок у джерелах римського права. Вважається, що квазі-володіння припинялося у разі неможливості вчинення тих дій, які передбачалися сервітутом, або у разі припинення наміру особи, яка володіла сервітутом, на користування ним [7, с. 319; 8, с. 447; 23, с. 362-363].

2) Володіння сервітутом *non vi* (без примусу, насильства), *non clam* (не таємно), *non precario* (надійно, не випадково і не через прохання) (D. 8.5.10; С. 3.34.1). Неправомірний вплив на власника речі з метою отримання володіння сервітутом не міг бути підставою для отримання такого сервітуту за давністю володіння.

3) Сплив встановленого законом строку володіння, який становив 10 років, якщо володілець проживав у тій самій провінції, що й власник речі, на яку набувався сервітут (*inter praesentes*), або 20 років, якщо зазначені особи проживали у різних провінціях (*inter absentes*) (С. 7.33.12.2). Спірним питанням у науці є те, чи при неможливості набуття сервітуту за давністю володіння протягом зазначених строків слід застосовувати тридцяти- чи сорокалітній строк давності. Професор Ф. Цоль вважав, що можна [7, с. 210]. Натомість, як вдало підкреслював німецький вчений XIX ст., Г. Ф. Пухта, підтвердження такої можливості у джерелах немає, тому слід визнати помилковим твердження про надзвичайну давність [23, с. 492].

4) Деякі науковці говорять про безперервність володіння сервітутом [7, с. 210; 23, с. 490-491; 24, с. 121]. Така ознака цілком логічна, адже суть давності у її тривалості, протягом якої вчиняються дії, що підтверджують володіння чужою річчю для власних потреб. Як зазначав Г. Ф. Пухта, для доведення володіння сервітутом не достатньо підтвердити його початок і кінець, але і потрібно довести користування сервітутом протягом необхідного строку [23, с. 490]. Але це можна вимагати при заволодінні тими сервітутами, які для їх здійснення вимагали вчинення певних дій з боку особи, яка ними заволоділа, наприклад, проходження по ділянці. Якщо ж від особи, яка заволоділа сервітутом, не вимагалось вчинення активних дій для підтвердження володіння протягом визначеного строку, а власник речі не перешкоджав жодним чином проти володіння сервітутом, то необхідно було довести лише початок виконання сервітуту (наприклад, при сервітуті опори балки на стіну сусіда).

Давність володіння сервітутом переривалася у разі припинення володіння ним, тобто припинення квазі-володіння [7, с. 210; 23, с. 491]. Професор Ф. Цоль вважав, що переривання володіння сервітутом настає також при зміні способу володіння із правомірного на неправомірний – через застосування *vi*, *clam*, *precario* [7, с. 210]. При перериванні давності володіння час, що минув до моменту переривання втрачається, а при наступному заволодінні тією ж річчю починає спливати спочатку [7, с. 108]. Перебіг давності володіння зупинявся у разі подання власником речі негативного позову (С. 3.19.2; С. 7.40.2).

Більшість вчених погоджуються із твердженням, що для набуття сервітуту за давністю володіння не вимагалося титулу і добросовісності володіння (*bona fides*) [22, с. 307; 25, с. 88; 26, с. 420; 27, с. 47], оскільки безпосередньої згадки про них немає у джерелах римського права. Хоча деякі науковці таки стверджують про необхідність добросовісності для виконання вимог давності володіння [6, с. 136; 13, с. 468]. Римське право мало чіткі вимоги до володіння сервітутами *non vi*, *non clam*, *non precario*, якими, на нашу думку, охоплювалися вимоги щодо добросовісності та відкритості володіння. І, хоча римські юристи безпосередньо не вживали поняття *bona fides*, все ж це не означає, що можна було володіти сервітутом недобросовісно, тим більше, що вимоги *non vi*, *non clam*, *non precario* потрібно було дотримуватися не лише при заволодінні сервітутом, а й протягом строку володіння.

Набуття узурфрукту на підставі давності було неможливим аж до моменту поширення правил щодо володіння річчю на володіння правом (*quasi possessio iuris*) [20, с. 408]. Право Юстиніана дозволило набувати узурфрукт на підставі давності володіння (С. 7.33.12.4-5).

Від набуття сервітутів на підставі давності володіння відрізняється набуття сервітутів на підставі *vetustas* – здійс-

нення визначених прав з давніх-давен. Сюди відноситься набуття сервітуту проведення води (*aqua eductus*), якщо водопровід знаходився на земельній ділянці з незапам'ятних часів (D. 43.20.3.4) та сільські дороги, які з'єднували сільськогосподарські угіддя осіб (D. 43.7.3) [17, с. 24; 22, с. 161].

У джерелах римського права жоден із сервітутів не зазначений як такий, що до нього не застосовується давність володіння. Тому виключення можливості набуття сервітутів за давністю володіння для негативних, особистих чи інших сервітутів є неправильним [4, с. 239; 8, с. 438].

Отже, набуття сервітутів у римському праві відбувалося лише за наявності для цього відповідних підстав. Найпоширенішим способом отримання сервітуту був правовчин, як двосторонній, так і односторонній. Передбачалася можливість набуття сервітуту на підставі судового рішення чи в силу закону. Досить детально регулювалися випадки, у яких суд міг встановити сервітут та умови, за яких закон надавав особі узурфрукт. Давність володіння сервітутом мало наслідком набуття сервітуту у разі дотримання визначених умов: квазі-заволодіння сервітутом, володіння ним *non vi*, *non clam*, *non precario*, вплив встановленого строку та безперервність володіння.

ЛІТЕРАТУРА

- Ороч Є. М. Основи римського приватного права : навчальний посібник / Є. М. Ороч, Б. Й. Тищик. – Львів : Видавництво ЛНУ, 2000. – 238 с.
- Дроніков В. К. Римське приватне право / В. К. Дроніков. – К. : Вид. К. Ун., 1961. – 198 с.
- Гутьєва В. В. Емфітевизис в римському праві та його рецепція у праві України : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. В. Гутьєва. – Л., 2003. – 191 с.
- Дернбург Г. Пандекты. Вещное право / Г. Дернбург / под. ред. А. Ф. Мейендорфа. – СПб., 1905. – Т. 1. – 364 с.
- Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права / Г. Ф. Пухта. – М. : Тип Соврем. Изв., 1874. – Т. 1. – 550 с.
- Wróblewski S. Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe / S. Wróblewski. – Kraków : Nakładem Akademii Umiejętności, 1919. – 200 с.
- Zoll F. (starszy) Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego. Prawo rzeczowe. / F. Zoll (starszy). – Kraków : Nakładem spółki wydawniczej polskiej, 1913. – Т. II. – 213 с.
- Барон Ю. Система римського гражданского права / Ю. Барон. – СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 1102 с.
- Зом Р. Институции. История и система римского гражданского права. Общая часть и вещное право / Р. Зом ; [Пер. с 14-го изд. под ред. приват-доц. А. Н. Беликова]. – Сергиев Посад : Типография И. И. Иванова, 1916. – 368 с.
- Dębiński A. Rzymskie prawo prywatne / A. Dębiński. – Warszawa : LexisNexis, 2011. – 341 с.
- Kuryłowicz M. Rzymskie prawo prywatne : zarys wykładu / M. Kuryłowicz, A. Wiliński. – Zakamycze : Kantor, 2000. – 323 с.
- Taubenschlag R. Rzymskie prawo prywatne / R. Taubenschlag. – Warszawa : Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969. – 295 с.
- Азаревич Д. Система римского права : Университетский курс / Д. Азаревич. – СПб. : Тип. А. С. Суворина, 1887. – Т. 1. – 486 с.
- Longchamps de Berier F. O elastyczności prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim / F. Longchamps de Berier. – Warszawa : Liber, 2006. – 219 с.
- Хвостов В. М. Система римского права. Семейное право. Наследственное право / В. М. Хвостов. – М. : Тип. Вильде, 1909. – 146 с.
- Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник для вузов / под. ред. В. С. Нересянца. – М. : ИНФРА М-НОРМА, 1996. – 704 с.
- Fermus-Bobowiec A. Przegląd sposobów powstania służebności – od prawa rzymskiego do współczesnego prawa polskiego / A. Fermus-Bobowiec, I. Szpringer // Studia z dziejów państwa i prawa polskiego. – Kraków-Lublin-Lódź. – 2010. – С. 11–46.
- Ефимов В. В. Догма римского права. Особенная часть / В. В. Ефимов. – СПб. : Тип. В. С. Балашева, 1894. – 380 с.
- Франчози Дж. Институционный курс римского права / Дж. Франчози [пер. с итальянского ; отв. ред. Л. Л. Кофанов]. – М. : Статут, 2004. – 428 с.
- Dajczak W. Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego / W. Dajczak, T. Giaro, Fr. Longchamps de Bérrier. – Warszawa : Wydawnictwo prawnicze PWN, 2009. – 445 с.
- Maciejowski F. Zasady prawa rzymskiego pospolitego podług instytucji justyniańskich wraz z krótkim wywodem dziejowego rozwoju prawodawstwa rzymskiego / Fr. Maciejowski – Warszawa : Nakładem księgarzy Gustawa Gutwein, Jana Breslauer, 1865. – 567 с.
- Zielonacki J. Pandekta czyli wykład prawa prywatnego rzymskiego, o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych / J. Zielonacki. – Kraków : Drukarnia C. K. Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1862. – 322 с.
- Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права / Г. Ф. Пухта. – Т. 1. – М. : Тип Соврем. Изв., 1874. – 550 с.
- Ożarowska-Sobieraj J. Zasady ustanawiania i wykonywania służebności w prawie rzymskim oraz ich znaczenie w polskim prawie cywilnym: rozprawa doktorska napisana w Katedrze Prawa Rzymskiego / J. Ożarowska-Sobieraj. – Katowice, 2008. – 293 с.
- Хвостов В. М. Система римского права. Вещное право / В. М. Хвостов. – Петербург, Москва, Варшава, Вильно, 1908. – 125 с.
- Hunter W. A. A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code / W. A. Hunter. – London : William Maxwell & Son, 1803. – 1122 с.
- Горонович И. Исследование о сервитутах : доклад, читанный в Киевском юридическом обществе 13 ноября 1882 г. / И. Горонович. – СПб. : Типография правительствующего сената, 1883. – 108 с.

КОНСТИТУЦІЙНІ ІДЕЇ ЗЕМСЬКИХ ЛІБЕРАЛІВ З ПРОБЛЕМ ДЕМОКРАТИЗАЦІЇ ЗЕМСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XIX – ПОЧАТКУ XX СТ.

CONSTITUTIONAL IDEAS OF ZEMSTVO LIBERALS ON ISSUES OF ZEMSTVO SELF-GOVERNMENT DEMOCRATIZATION IN SECOND HALF OF XIX – EARLY XX CENTURIES

Козаченко А.І.,
д.ю.н., доцент,

завідувач кафедри теорії та історії держави і права

Полтавський юридичний інститут

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто питання розвитку земськими лібералами конституційних ідей з проблем демократизації земського самоврядування у другій половині XIX – початку XX ст. Земці-конституціоналісти ставили за мету проведення реформи виборчої системи, зміну системи земських органів та розширення їх повноважень, обмеження контрольних повноважень місцевої адміністрації за діяльністю земських установ. Конституційні ідеї земських лібералів лише частково були втілені у законодавство через небажання проводити демократичну земську реформу з боку царського уряду, а також через недостатню підтримку щодо проведення реформ серед земських гласних.

Ключові слова: конституціоналізм, демократія, місцеве самоврядування, земство, земські ліберали, земська реформа.

В статье раскрыт вопрос развития земскими либералами конституционных идей по проблемам демократизации земского самоуправления второй половины XIX – начала XX вв. Земцы-конституционалисты ставили цель проведения реформы избирательной системы, изменение системы земских органов и расширение их полномочий, ограничение контрольных полномочий местной администрации касательно деятельности земских учреждений. Конституционные идеи земских либералов лишь частично были внедрены в законодательство из-за нежелания проводить земскую реформу со стороны царского правительства, а также из-за недостаточной поддержки проведения реформ среди земских гласных.

Ключевые слова: конституционализм, демократия, местное самоуправление, земство, земские либералы, земская реформа.

The article discusses development of constitutional ideas on issues of zemstvo self-government democratization by zemstvo liberals in the second half of the XIXth – early XXth centuries. Chronologically, we should distinguish two stages of development of constitutional ideas and attempts to lay them down in law and practice by zemstvo liberals. In the first phase, which covers the period from the introduction of zemstvos in 1865 to the zemstvo counter-reform in 1890, constitutional ideas of zemstvo self-government did not have sufficient support among zemstvo councilors, they were chaotic, not developed and not implemented in legislation. In the second phase, which began after the counter-reform of 1890 and ended in 1906, zemstvo constitutionalists aimed to reform the electoral system, change the system of zemstvo bodies and expand their powers, limit powers of local administration concerning control of zemstvo bodies' activities. The constitutional ideas of zemstvo liberals were only partially implemented in legislation because of reluctance to carry out democratic zemstvo reform by the royal government and due to lack of support for the reforms among zemstvo councilors. Constitutional activities of zemstvo liberals to democratize zemstvo self-government reached their highest peak in the early XX century.

From a modern point of view, the constitutional ideas of zemstvo liberals and ways of their implementation in legislation had, of course, several shortcomings. However, it should be recognized that zemstvo self-government got significant practical experience of the legal oppositional activities, which is an important element of constitutionalism. Zemstvo self-government bodies played an important role in the development of civil society in Ukraine – a part of the constitutional order. Zemstvos raised questions of decentralization of power, which is an urgent problem for local self-government nowadays.

Key words: constitutionalism, democracy, local self-government, zemstvo, zemstvo liberals, zemstvo reform.

Дослідження вітчизняного конституціоналізму залишається одним із пріоритетних напрямків розвитку юридичної науки. Важливим аспектом дослідження сучасного вітчизняного конституціоналізму є аналіз напрацювання політико-правових ідей та поглядів, що формували конституційний світогляд нашого народу.

Складовою частиною конституціоналізму є місцеве самоврядування. Історико-правове дослідження земського самоврядування дає можливість відтворити один із фрагментів процесу зародження вітчизняного конституціоналізму, адже земство порушувало питання обмеження державної влади, в чому, перш за все, полягає суть конституціоналізму [1, с. 97; 2].

Хронологічно слід виокремити два етапи земського ліберально-демократичного руху, представники якого виношували конституційні ідеї демократизації земського самоврядування. Перший етап охоплює час від запровадження земств у 1865 р. до земської контрреформи 1890 р. Другий етап – від контрреформи 1890 р. до 1906 р., коли під час земських виборів земські ліберали зазнали поразки.

На першому етапі земства неодноразово заявляли свій протест проти утисків місцевої адміністрації та висловлювали пропозиції про необхідність розширення їхніх повноважень. У Харкові у 1872 р. ліберальні земці створили

«Земську спілку», яка вимагала від уряду свободи слова, друку, особистих гарантій та скликання Установчих зборів [3, с. 897]. У 1878 р. спілка вимагала від уряду впровадити всестанове волосне земство, обласні земські збори і загальнодержавне самоуправління шляхом створення двох дум – державної і земської [4, с. 100]. Деякі земства пропонували демократизувати земську виборчу систему і впровадити волосне земство. У 70-ті рр. XIX ст. розпочався земський рух за перегляд Положення про губернські та повітові земські установи 1864 р. Восени 1881 р. під тиском земств МВС сформувало комісію для розробки нового земського законодавства на чолі із статс-секретарем М. Кохановим [5, с. 94]. Комісія мала за мету конкретизувати і розширити повноваження земських установ. Незважаючи на клопотання земств, їх представники не були допущені до роботи у складі комісії [6, с. 280]. Земства отримали право ознайомитися з розробленим комісією проектом земського законодавства. Але, розглянувши проект, 12 губернських земств відхилили його як такий, що обмежував їх права [7, с. 28].

Таким чином, на першому етапі конституційні ідеї демократизації земського самоврядування не мали достатньої підтримки серед земських гласних, носили хаотичний характер, не набули розвитку і не отримали втілення у законодавстві.

Антидемократичний характер земської контрреформи 1890 р. викликав незадоволення помірковано налаштованої частини земців та стимулював розвиток земського ліберально-демократичного руху, що мав за мету демократизацію земського самоврядування. Основними напрямками діяльності земців-конституціоналістів з метою демократизації земського самоврядування стало домагання від уряду проведення реформи виборчої системи, зміни системи земських органів та розширення їх повноважень, обмеження контрольних повноважень місцевої адміністрації за діяльністю земських установ.

Навесні 1903 р. уряд визнав необхідність проведення земської реформи та створив із цією метою спеціальну урядову комісію. Для участі у підготовці проекту реформи комісія ініціювала створення земських місцевих комітетів, які напрацювали низку рекомендацій стосовно удосконалення системи земських установ, демократизації земської виборчої системи та розширення повноважень земського самоврядування. За даними Б. Веселовського, урядова комісія розглянула рекомендації комітетів і на цьому припинила своє функціонування, адже із 203 повітових земств 96 не підтримали проведення реформи, а 77 – виступили за відновлення чинності Положення 1864 р. [6, с. 684].

Восени 1904 р. частина губернських земств виступила із заявами про необхідність проведення демократичних реформ у Росії [6, с. 603; 7, с. 147]. 6-8 листопада 1904 р. відбувся з'їзд представників земського і міського самоврядування. М. Лазаревський зазначав, що «постанови цього з'їзду справили на суспільство величезне враження, як перша після довгого часу публічна заява авторитетної групи осіб про необхідність переходу до конституції» [8, с. 184]. Це змусило імператора Миколу II ухвалити указ про підготовку до проведення земської реформи. Імператорський указ містив проект, який окреслював основні напрямки проведення реформи і надавав право земствам внести на розгляд уряду власні пропозиції. Незважаючи на вимоги земств щодо необхідності демократизації земської виборчої системи, урядовий проект зберігав систему виборів, передбачену Положенням про губернські та повітові земські установи 1890 р.

З особливою гостротою питання проведення земської реформи постало на початку революції 1905-1907 рр. Полтавське губернське земство констатувало, що «поки має силу земське Положення 1890 р., ним обмежуються права земства» [9, с. 2]. Але у 1905 р., розглянувши зазначений вище урядовий проект земської виборчої реформи, земства відхилили його, зважаючи на те, що він обмежував права земських виборців [6, с. 16].

Лише 05 жовтня 1906 р. імператор ухвалив указ «Про відміну деяких обмежень у правах сільських обивателів», який вносив окремі зміни до системи земських виборів. Згідно Указу селяни отримали право брати участь у виборах у складі виборчого з'їзду землевласників і підприємців, якщо їм це дозволяв майновий ценз за Положенням 1890 р. Втратила силу норма ст. 51 Положення 1890 р., за якою губернатор призначав одного гласного із 4-х кандидатів, обраних від селян. Земські збори отримали право обирати на посаду голови управи не тільки дворян, а й представників інших станів [10, с. 891-893].

Отже, імператорські укази 1906 р. розширили виборчі права сільських виборців і послабили адміністративний контроль за виборами, однак не скасували становий та цензовий характер земських виборів, зберегли перевагу за дворянством, що викликало незадоволення ліберальних земців.

Однією із конституційних вимог земських лібералів була вимога про зміну системи земських установ шляхом упровадження вищого всеросійського земського органу і волосного земства. Створення вищого земського органу мало за мету запровадження не парламенту – вищого органу законодавчої влади, а законодавчого органу. Наприкінці XIX – на початку XX ст. відбулося кілька земських

з'їздів у Москві й Харкові [7, с. 114]. Упродовж 1905 р. земці провели п'ять загальноземських з'їздів, які отримали назву «земських соборів». І. Белоконський зазначає, що Всеросійський земський з'їзд земських представників, який відбувся у квітні 1905 р. у Москві, виступив із пропозицією створити Державну земську раду – вищий всеросійський земський орган [7, с. 159]. Проте після запровадження Державної думи необхідність у створенні Державної земської ради відпала.

На початку XX ст. земства активізували свою діяльність з метою впровадження волосних земських установ. У 1901 р. Московський з'їзд діячів агрономічної допомоги місцевому господарству запропонував проект запровадження дрібної земської одиниці. Згідно з проектом дрібна земська одиниця повинна мати визначену територію, всестановою за своїм складом, мати виборний виконавчий орган, користуватися правом на встановлення місцевих податків. Губернські земства, розглянувши проект, не підтримали його або пропонували створити спеціальну комісію, яка детальніше вивчить питання про волосне земство [11, с. 105-109; 12, с. 42].

У 1903 р. уряд санкціонував скликання повітових земських комітетів для розгляду питання про доцільність упровадження волосного земства. Але підтримала запровадження волосного земства лише третина повітових комітетів [13, с. 83-89]. Можливість створення волосного земства передбачав імператорський указ від 12 грудня 1905 р. про проведення земської реформи. Згідно з Указом волосне земство мало складатися зі зборів – розпорядчого органу і управи – виконавчого органу. Волосні земські збори мали налічувати в середньому від 40 до 50 гласних. Зазначений проект теж не отримав достатньої підтримки земств [14, с. 226].

Таким чином, зміна системи земських установ шляхом запровадження волосного земства не відбулася через відсутність достатньої підтримки, необхідної для проведення такої реформи серед земських гласних.

Земства не влаштував обсяг повноважень, установлений Положенням 1890 р., про що у 1903 р. заявили більшість повітових комітетів [13, с. 52-56]. Імператорський указ від 04 грудня 1904 р. про реформування земств та рескрипт від 18 лютого 1905 р. про створення особливої комісії для розробки законопроекту про Державну думу стимулювали діяльність земств, спрямовану на розширення власних повноважень. У 1905 р. Полтавські губернські земські збори прийняли клопотання до імператора, у якому звинуватили його у бездіяльності щодо обіцяної демократизації державного ладу і заявили про намір розглянути питання про необхідність прийняття конституції Росії та встановлення конституційної монархії [15, с. 51]. Але міністр внутрішніх справ, О. Булігін, категорично заборонив розгляд земськими зборами питань, що виходили за межі їхньої компетенції. У відповідь на це, як зазначає Б. Веселовський, губернські збори прийняли постанову про оскарження рішення міністра [6, с. 620]. Така діяльність земства була спробою легального обмеження державної влади.

У травні 1905 р. Костянтинградські повітові земські збори внесли низку пропозицій щодо розширення земських повноважень, а саме: надати земствам виконавчу владу і усунути їх залежність від місцевої адміністрації, позбавити МВС та інші центральні органи права контролювати діяльність земств, надати земствам право вступати у відносини між собою, надати повітовому земству право приймати постанови, обов'язкові для виконання на території повіту [14, с. 210-213]. Цей проект мав окремі недоліки, але загалом пропонуване розширення земських повноважень відповідало демократичним принципам місцевого самоврядування. Проте царський уряд не міг піти на таке розширення повноважень земств, адже створення повноцінних органів місцевого самоврядування суперечило основам самодержавного ладу.

Під тиском земських лібералів і революційних подій 1905-1907 рр. царський уряд частково розширив повноваження земств. Представники губернських земств увійшли до складу особливої комісії на чолі з міністром внутрішніх справ, О. Булігіним, створеної у травні 1905 р. для підготовки законопроектів з метою запровадження Державної думи [15, с. 61]. Губернські земські збори отримали право обирати 4-х представників до Наради при Раді міністрів [16, с. 13, 16]. За «Положенням про вибори до Державної думи» 1905 р. земські виборці отримали право брати участь у виборах. На повітові земства покладалася справа фінансування виборів, а управи відповідали за формування списків виборців (ст. 21, 30). Маніфест «Про зміну установ Державної ради і перегляд установ Державної думи 1906 р.» надавав право губернським земствам обирати по одному представнику до Державної ради [17, с. 105].

Земства негативно ставились до діяльності Губернського із земських та міських справ присутствія, яке, на погляд ліберальних земців, нерідко перевищувало свої повноваження. Земства постійно зверталися до Сенату зі скаргами на несправедливі рішення присутствія [18, с. 28-30]. Тому, порушивши на початку XX ст. питання про необхідність проведення земської реформи, земства вимагали від уряду ліквідації присутствія [6, с. 603]. Вони виступали за відновлення чинності земського Положення 1864 р. або ставили питання про обмеження адміністративного нагляду за їх діяльністю та розгляд спорів між земствами і місцевою адміністрацією виключно судом [14, с. 211].

Положення 1890 р. не передбачало повного підпорядкування повітових земств губернському, що є характерною ознакою місцевого самоврядування. Але губернські земства прагнули встановити вертикаль влади, що викликало активну протидію повітових земств. Діяльність повітових земств, що мала за мету збереження своєї самостійності, за твердженням Б. Веселовського, отримала назву «уїзничтво» (від рос. уезд – повіт) [6, с. 75-79]. Намагання повітових земств зберегти за собою організаційно-господарську самостійність слід розглядати як один із напрямків реалізації конституційних ідей децентралізації влади.

З метою реалізації ідей демократизації земського самоврядування земці співпрацювали з російськими ліберально-демократичними партіями та українськими право-радикальними партіями. Відомим діячем партії октябристів

був голова Полтавської губернської управи Ф. Лизогуб. Активними членами Української демократично-радикальної партії та Революційної української партії стали відповідно П. Чижевський і М. Русов. До складу Української народної партії входили брати Шемети [6, с. 26, 33]. Навіть лідер більшовицької партії В. Ленін, незважаючи на жорстку критику земського ліберально-демократичного руху, вважав земство «зародком конституціоналізму» [19, с. 26].

Таким чином, діяльність земських лібералів з метою демократизації земського самоврядування носила легальний та напівлегальний характер. Хронологічно слід виокремити два етапи розвитку конституційних ідей земськими лібералами та намагання запровадити їх у законодавство і на практиці. На першому етапі, що охоплює час від запровадження земств у 1865 р. до земської контрреформи 1890 р., конституційні ідеї демократизації земського самоврядування не мали достатньої підтримки серед земських гласних, носили хаотичний характер, не набули розвитку і не отримали втілення у законодавстві. На другому етапі, що розпочався після контрреформи 1890 р. і завершився у 1906 р., земці-конституціоналісти ставили за мету проведення реформи виборчої системи, зміну системи земських органів та розширення їх повноважень, обмеження контрольних повноважень місцевої адміністрації за діяльністю земських установ. Конституційні ідеї земських лібералів лише частково були втілені у законодавство через небажання проводити демократичну земську реформу з боку царського уряду, а також через недостатню підтримку щодо проведення реформ серед земських гласних. Свого найвищого піднесення конституційна діяльність земських лібералів з метою демократизації земського самоврядування набула на початку XX ст.

Конституційні ідеї земських лібералів та способи втілення їх у законодавство з сучасної точки зору, безперечно, мали низку недоліків. Проте слід визнати, що земське самоврядування напружувало значний практичний досвід легальної опозиційної діяльності, яка є важливим елементом конституціоналізму. Органи земського самоврядування відігравали важливу роль у становленні громадянського суспільства в Україні – складової конституційного ладу. Земства порушували питання про децентралізацію влади, що є актуальною проблемою для місцевого самоврядування у наш час.

ЛІТЕРАТУРА

1. Правова доктрина України : У 5 т. – Т. 2 : Публічно-правова доктрина України / за заг. ред. Ю. П. Битяка. – Х. : Право, 2013. – 864 с.
2. Шайо А. Самоограничение власти : (Краткий курс конституционализма) / А. Шайо. – М. : Юрист, 2011. – 292 с.
3. Драгоманов М. Проект Статуту української спілки «Вільний Союз» / М. П. Драгоманов // Антологія лібералізму : політико-правниччєння та верховенство права / Наук. ред. С. Головатий. – К. : «Книги для бізнесу», 2008. – С. 897–988.
4. Витте С. Ю. Самодержавие и земство. Записка министра финансов / С. Ю. Витте. – СПб. : Тип. В. Безобразова, 1908. – 211 с.
5. Верещагин А. Н. Земский вопрос в России (политико-правовые аспекты) / А. Н. Верещагин. – М. : Международные отношения, 2002. – 192 с.
6. Веселовский Б. Б. История земства за 40 лет / Б. Б. Веселовский. – Т. 3. – СПб. : Изд-во О. Н. Поповой, 1911. – 708 с.
7. Белокогонский И. П. Земство и конституция / И. П. Белокогонский. – М. : Изд-во «Образование», 1910. – 183 с.
8. Лазаревский Н. И. Русское государственное право / Н. И. Лазаревский. – Т. 1. Конституционное право : учебник. – Изд. 3-е. – СПб. : Тип. акц. общ-ва «Слово», 1913. – 272 с.
9. До Полтавського губернського земського зібрання // Рідний край. – 1906. – 13 січня. – № 2. – С. 2–3.
10. Об отмене некоторых ограничений в правах сельских обывателей и лиц других, бывших податных состояний 1906 г. // ПСЗ. – Собр. 3. – Т. XXVI. – Отд. 1. – № 28392. – СПб., 1909. – С. 891–893.
11. Журнал заседаний чрезвычайного Сумского уездного земского собрания 15 ноября 1902 года с приложениями. – Сумы : Тип. И. И. Альтшулер, 1903. – 42 с.
12. Экономическая и сельскохозяйственная деятельность Полтавского земства. Приложение к журналу «Хуторянин». – Полтава : Типо-Литограф. М. Л. Старожицкого, 1901. – № 1. – 46 с.
13. Шидловский С. Н. Земство. Свод трудов местных комитетов по 49-ти губерниям Европейской России / С. Н. Шидловский. – СПб. : Тип. В. Киршбаума, 1904. – 126 с.
14. Журналы и постановления XXXXI очередного Константиноградского уездного земского собрания 1905 г. – Константиноград : Скоропечат. В. Ицковича, 1905. – Розд. паг.
15. Полтавское экстренное губернское земское собрание 30-31 мая 1905 г. – Полтава : Тип. И. Фришберга, 1906. – 99 с.
16. Журналы Полтавского губернского земского собрания XXXXII очередного созыва 1906 г. – Полтава : Тип. И. Фришберга, 1907. – Розд. паг.
17. Калинычев Ф. И. Государственная дума в России. Сборник документов и материалов / Ф. И. Калинычев. – М. : Юрид. лит., 1957. – 645 с.
18. Систематический свод указов Правительствующего Сената, последовавших по земским делам. – Т. II. (1899-1903 гг.) / Сост. Н. И. Кузнецов. – Воронеж : Печат. Яковлева, 1903. – 316 с.
19. Ленин В. И. Гонимые земства и аннибалы либерализма / В. И. Ленин // Полное собрание сочинений. – Изд. 5-е. – Т. 5. – М., 1972. – С. 21–72.

РОЗДІЛ 2

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.3

ПЕРСПЕКТИВИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ МУНІЦИПАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ПОТЕНЦІАЛ СТАТУТІВ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Можаровська К.В.,

к.ю.н., начальник юридичного відділу

Національного університету «Одеська юридична академія»

В українській юридичній літературі вельми небагато уваги приділяється статутам територіальних громад як кодифікованим актам підзаконного характеру. Нещодавно до числа вчених, які досліджують це питання, приєдналась І.В. Ідесіс, авторству якої належить низка статей про статuti територіальних громад міст та захищена у 2006 р. дисертація на здобуття наукового ступеня юридичних наук на тему «Статuti територіальних громад українських міст: проблеми теорії та практики». У статті аналізуються пропозиції І.В. Ідесіс, що можуть стати у нагоді при систематизації муніципального законодавства. До них належать ідея впровадження поняття «концепція статуту територіальної громади» та виокремлення двох концепцій – сучасної («статут-кодифікований акт») та перспективної («статут – міська конституція»).

Ключові слова: муніципальне законодавство, муніципальне право, місцеве самоврядування, статут територіальної громади, систематизація муніципального законодавства.

В украинской юридической литературе весьма немного внимания уделяется уставам территориальных общин как кодифицированным актам подзаконного характера. Недавно к числу ученых, исследующих этот вопрос, присоединилась И.В. Идесис, авторству которой принадлежит ряд статей об уставах территориальных общин городов и защищенная в 2006 году диссертация на соискание ученой степени юридических наук на тему «Уставы территориальных общин украинских городов: проблемы теории и практики». В статье анализируются предложения И.В. Идесис, которые могут пригодиться при систематизации муниципального законодательства. К ним относятся идея введения понятия «концепция устава территориальной общины» и выделение двух концепций – современной («устав – кодифицированный акт») и перспективной («устав – городская конституция»).

Ключевые слова: муниципальное законодательство, муниципальное право, местное самоуправление, устав территориальной общины, систематизация муниципального законодательства.

In the Ukrainian legal literature, very little attention is paid to the charters of the territorial communities as to the codified acts of a subordinate nature. Recently, I.V. Idesis joined the scientists who are investigating this issue. I.V. Idesis is the author of a number of articles on the charters of territorial communities of cities and defended in 2006 a thesis for obtaining a scientific degree of law sciences on the topic «Charters of Territorial Communities of the Ukrainian Cities: Problems of Theory and Practice». The article deals with the proposals of IV. Idesis that may be useful in systematizing municipal legislation. These include the idea of introducing the notion of „the concept of the charter of a territorial community” and the separation of two concepts – the modern („charter-codified act”) and the perspective („charter – city constitution”).

Key words: municipal law, municipal law, local self-government, municipal charter, systematization of municipal legislation.

Актуальність теми дослідження. Наразі відбувається муніципальна реформа, одним з основних напрямів якої є децентралізація публічної влади та практичне втілення у повсякденне життя територіальних громад принципу субсидіарності. Важливим доктринальним завданням є належне теоретичне забезпечення цих процесів, а відповідно – дослідження у цьому напрямі слід всіляко вітати та підтримувати. Поки що у контексті сучасного етапу муніципальної реформи не було приділено уваги потенціалу статутів територіальних громад з точки зору систематизації муніципального законодавства. Цей напрямок слід уважати перспективним.

Ступінь дослідження проблеми. Слід зазначити, що, коли йдеться про систематизацію муніципального законодавства України, активно обговорюється лише потенціал Муніципального кодексу України (дивись, наприклад, [1]). Що ж до інших питань систематизації, то їм увага майже не приділялась – наявна лише низка поодиноких статей з цієї тематики у наукових періодичних виданнях (дивись, наприклад, [2;3]).

Метою статті є аналіз напрацювань фахівців з муніципального права України про статuti територіальних громад у частині їхнього систематизаційного потенціалу.

Виклад основного матеріалу. В одній зі своїх публікацій Н.М. Кошіль підкреслила важливу роль кодифікації у статутах актів місцевих рад з питання участі населення у здійсненні місцевого самоврядування [4]. Однак, вона ніяк не розвинула цю тезу (принаймні поки що, адже пройшло

вельми небагато часу – цитована стаття опублікована у 2016 р.). Варто підкреслити, що статuti територіальних громад мають кодифікаційний потенціал не тільки коли йдеться про необхідність систематизації норм про участь населення у здійсненні місцевого самоврядування, але й в інших випадках.

З цієї точки зору не тільки цікавими, але й важливими є розробки І.В. Ідесіс. У своєму дисертаційному дослідженні на тему «Статuti територіальних громад українських міст: проблеми теорії та практики», відходячи від популярної в юридичній літературі думки щодо необхідності розробки моделі статуту територіальної громади, І.В. Ідесіс наголошує на необхідності саме концепції статуту територіальної громади. Автор пояснює це так: «на відміну від моделі статуту територіальної громади, яка має скоріше прикладний характер, концепція статутів територіальних громад міст передбачає більше науковий інтерес за рахунок підвищеного рівня науковості. Очевидно, що модель статуту територіальної громади буде легкою у застосуванні як вченими, так і практиками, що навряд чи справедливо по відношенню до концепції статутів територіальних громад міст. За рахунок того, що концепція розробляється з урахуванням не тільки узагальненого досвіду застосування статутів територіальних громад в українських містах, але й теоретичного підґрунтя, вона адресується виключно фахівцям у галузі муніципального права. На нашу думку, випрацювання (чи обрання) концепції статутів територіальних громад

міст передусе випрацюванню моделі статуту територіальної громади міста, та потребуватиме фаховості у відповідній сфері» [5, 165]. Слід зазначити, що певним недоліком дисертаційного дослідження є те, що І.В. Ідесіс не формулює дефініції запропонованого нею поняття «концепція статуту територіальної громади». Це утруднює його впровадження у науковий обіг.

Проте, автор характеризує концепцію статутів територіальних громад та наводить їхню класифікацію. Знов-таки, у своєму дисертаційному дослідженні І.В. Ідесіс не формулює підставу для класифікації виокремлених нею видів концепцій статутів територіальних громад міст. Але аналіз цих видів надає підстави дійти висновку про те, що підставою для класифікації є теорія місцевого самоврядування, яка покладена в основу концепції (І.В. Ідесіс пише про це на с. 166 свого дисертаційного дослідження, просто не узагальнює відповідну інформацію у вступі та / або у висновках до відповідного розділу зокрема та до дисертаційного дослідження взагалі).

І.В. Ідесіс виокремила два види концепцій статутів територіальних громад та сформулювала, що «сутність статуту територіальної громади ... істотно впливає на його форму – «статут – міська конституція» є вельми компактним, у той час як «статут-кодифікований акт» є більш детальним» [5, с. 190]. Доповнюючи напрацювання І.В. Ідесіс, можна узагальнити, що вона пропонує на підставі того, яку теорію місцевого самоврядування застосовано, та який планується обсяг статуту територіальної громади, виокремлювати такі види концепції статутів територіальних громад:

- перспективну («статут – міська конституція»), що ґрунтується на громадській теорії місцевого самоврядування;

- сучасну («статут-кодифікований акт»), що ґрунтується на державницькій теорії місцевого самоврядування.

Залишається питання щодо того, чому І.В. Ідесіс не застосувала змішану, громадсько-державницьку теорію місцевого самоврядування, при виокремленні концепцій статутів територіальних громад. На жаль, у дисертаційному дослідженні автор лише констатує, що «у літературі існує розмаїття теорій місцевого самоврядування – разом з громадською та державницькою теорією, виокремлюють такі теорії, як господарська, радянська, теорія муніципального дуалізму, теорія соціального обслуговування, ін.» та підкреслює, що «для виокремлення концепцій статутів територіальних громад автором було використано дві основні теорії місцевого самоврядування – громадську і державницьку. Адже будь-яка концепція передбачає досить високий рівень наукового узагальнення» [5, с. 166].

Ймовірно, що необхідно або доопрацювати ідею автора, або при практичному застосуванні пропозиції І.В. Ідесіс щодо концепцій статутів територіальних громад, у разі наявності елементів як громадської, так і державницької теорій місцевого самоврядування, – виявляти, які з елементів переважають у концепції статуту територіальної громади. Однак, останній шлях є вельми хибним – адже, наявність кількох ознак державницької теорії серед значно більшої кількості ознак громадської теорії може «звести нанівець» «чисельну перевагу» ознак громадської теорії місцевого самоврядування. Отже, саме у розробках у цьому напрямі полягають перспективи подальших досліджень цієї тематики.

І.В. Ідесіс так характеризує сучасну концепцію статутів територіальних громад українських міст (варто зазначити, що її напрацювання доцільно розповсюдити не тільки на міста):

- «статут територіальної громади міста розглядається як кодифікований акт, у якому узагальнено (часто з повторами) норми про міську територіальну громаду, про її історичні та інші особливості, про міське самоврядування та органи і посадових осіб, що його здійснюють, про роль

членів територіальної громади у здійсненні міського самоврядування, про матеріальне та фінансове забезпечення територіальної громади, про взаємовідносини територіальної громади та сформованих нею органів з іншими суб'єктами;

- переважна більшість цих питань регламентується на загальнодержавному рівні (і тільки відтворюється у статуті), у зв'язку з чим статут територіальної громади міста не розглядається як акт, наявність якого для територіальної громади є обов'язковою;

- після прийняття статуту територіальної громади рішенням міської ради, він потребує державної реєстрації для набуття чинності;

- внесення змін та доповнень до статуту територіальної громади відбувається тим самим шляхом, що й внесення змін та доповнень до інших рішень міської ради;

- у зв'язку з вищезазначеним, юридична сила статуту територіальної громади аналогічна юридичній силі рішень міської ради» [5, с. 168, 170].

Що ж до Перспективної концепції статутів територіальних громад українських міст, то автор характеризує її наступним чином:

- «статут територіальної громади міста розглядається як «місцева конституція». У ньому акцентується увага не на тих питаннях міського самоврядування, які врегульовані на загальнодержавному рівні, а на історичних та інших особливостях міської територіальної громади, на історичних та інших особливостях міського самоврядування, на правах членів конкретної міської територіальної громади, на широкому переліку форм безпосередньої локальної демократії (з детальною регламентацією кожної з форм в окремому додатку до статуту);

- прийняття статуту територіальної громади міста є обов'язковим, насамперед для захисту права членів територіальної громади на участь у міському самоврядуванні;

- статут територіальної громади міста приймається на міському референдумі;

- статут міської територіальної громади не потребує державної реєстрації, він набуває чинності з дати його прийняття;

- внесення змін та доповнень до статуту територіальної громади міста відбувається двома шляхами: у деякі розділи зміни та доповнення має право вносити міська рада своїми рішеннями, у деякі – виключно члени територіальної громади на міському референдумі;

- статут територіальної громади має найвищу юридичну силу у системі міських актів нормативного характеру» [5, с. 170-171].

Щодо цієї авторської пропозиції слід зазначити, що в ній має місце неточність, яка ймовірно що викликана недостатньою увагою І.В. Ідесіс до питань систематизації законодавства, у т.ч. муніципального законодавства. Слід погодитись з цитованою до І.В. Ідесіс Н.М. Кошіль в тому, що будь-який статут територіальної громади в Україні слід розглядати як кодифікований акт [4]. А тому вести мову про дві концепції статутів територіальних громад, тільки одна з яких пов'язана зі згадкою про такий вид систематизації, як кодифікація, навряд чи є вірним. Також варто зауважити, що конституція (писана) – це також кодифікований акт, а тому навряд чи плідно протиставляти «статут – конституцію» «статуту – кодифікованому акту».

Це зауваження стосується формального погляду як на кодифікований акт у цілому, так і на конституцію, і на статут територіальної громади зокрема. Ймовірно що І.В. Ідесіс, застосовуючи метод абстрагування, «відкинула» формальні ознаки писаних конституцій та статутів територіальних громад, та зосередилась на їхньому змісті, на їхній сутності. Але у такому випадку слід було б обрати більш точні назви для запропонованих концепцій статутів територіальних громад. Ще раз підкреслимо, що розробки І.В. Ідесіс мають значний ступінь актуальності та важли-

вості, – адже вони привертають увагу до доволі важливого питання та спонукають до наукового дискурсу.

Також, при дослідженні статутів територіальних громад міст, І.В. Ідесіс підкреслила «важливість додатків до статутів територіальних громад та визначення їхнього рекомендованого змісту» [5, 128–156]. Аналізуючи статут територіальних громад різних міст України, як з додатками, так і без них, І.В. Ідесіс сформулювала пропозицію про доцільність закріплення у додатках норм про безпосередню участь членів територіальної громади у здійсненні місцевого самоврядування, особливо відповідних норм процесуального характеру. Слід підкреслити важливість цього висновку як з практичної, так і з теоретичної точки зору, а також всіляко вітати його належну обґрунтованість. Однак, крім цього висновку, І.В. Ідесіс не надала ніяких інших пропозицій щодо змісту додатків до статутів територіальних громад ані конкретного, ані загального характеру, хоча й присвятила окрему публікацію проблемним питанням прийняття й реєстрації статутів територіальних громад в Україні [6]. Такий самий висновок можна зробити і на підставі огляді публікацій Н.М. Кошіль. Це є недоліком тому, що наразі юридична техніка не є популярним напрямом досліджень фахівців

з конституційного та муніципального права України як в цілому, так і по відношенню до статутів територіальних громад зокрема. Можна виокремити лише кілька публікацій з цих питань, до найбільш популярних з яких належать розробки О.В. Батанова (дивись, наприклад, [7; 8]) та його учнів (дивись, наприклад, [9; 10]). У розробці відповідних питань можуть полягати перспективи подальших досліджень.

Висновок. В українській юридичній літературі вельми небагато уваги приділяється статутам територіальних громад як кодифікованим актам підзаконного характеру. Нещодавно до числа вчених, які досліджують це питання, приєдналась І.В. Ідесіс, авторству якої належить низка статей про статут територіальних громад міст та захищена у 2006 р. дисертація на здобуття наукового ступеня юридичних наук на тему «Статут територіальних громад українських міст: проблеми теорії та практики». У статті аналізуються пропозиції І.В. Ідесіс, що можуть стати у нагоді при систематизації муніципального законодавства. До них належать ідея впровадження поняття «концепція статуту територіальної громади» та виокремлення двох концепцій – сучасної («статут-кодифікований акт») та перспективної («статут – міська конституція»).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Орзіх М. П. Проект Муніципального кодексу України (огляд за матеріалами обговорення в Одеській національній юридичній академії) / М. П. Орзіх // Юридический вестник. — 2001. — № 2. — С. 105-137.
2. Мішина Н. В. Актуальні проблеми викладання муніципального права України // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — Одеса: Юридична література, 2015. — Т. XV. — С. 161–167.
3. Mishyna N. V. Local Government and the Doctrine of Separation of Powers / N. V. Mishyna // Юридический вестник. — 2004. — № 4. — С.100-103.
4. Кошіль Н.М. Кодифікація у статутах актів місцевих рад з питання участі населення у здійсненні місцевого самоврядування / Н.М. Кошіль // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. — 2016. — № 5. — С. 16-19.
5. Ідесіс І.В. Статут територіальних громад українських міст: проблеми теорії та практики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / І.В. Ідесіс. — Ужгород, 2016. — 222 с.
6. Ідесіс І. В. Проблемні питання прийняття й реєстрації статутів територіальних громад в Україні / І. В. Ідесіс // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». — 2014. — № 10-2. — Т. 1. — С. 55–58.
7. Батанов О. Концептуальні проблеми статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні / О. Батанов, І. Зайцева // Юрид. вісник. — 2013. — № 4. — С. 28-34.
8. Батанов О. В. Питання розробки та прийняття статуту територіальної громади / О. В. Батанов // Юридичний журнал. — 2004. — № 3. — С. 38-40.
9. Зайцева І. О. Конституційно-правове забезпечення статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні в Україні: дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Ірина Олександрівна Зайцева. — Маріуполь, 2013. — 236 с.
10. Чудик Н. О. Статут територіальної громади як джерело конституційного права України: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.02 / Наталія Олегівна Чудик. — К., 2011. — 228 с.

РОЗДІЛ 3

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 347.64

ПАТРОНАТ НАД ДІТЬМИ ЯК ФОРМА ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ І ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ

PATRONAGE OF THE CHILDREN AS A FORM OF PLACEMENT OF ORPHANS AND CHILDREN DEPRIVED OF PARENTAL CARE

**Кмецінська У.В.,
аспірант**

Хмельницький університет управління та права

Досліджено проблеми правового регулювання договору патронату у сімейному праві України. Наголошено на особливій меті патронату над дітьми у частині здійснення патронатним вихователем визначених законодавством завдань з виховання дитини. Окреслено проблемні аспекти реалізації положень про патронат у частині звітності патронатних вихователів та оптимізації законодавчого регулювання вибору особи патронатного вихователя.

Ключові слова: патронат, виховання, виховні завдання, дитина, договір про патронат.

Исследованы проблемы правового регулирования договора патроната в семейном праве Украины. Очерчена особая цель патроната над детьми в части осуществления патронатным воспитателем определенных законодательно заданных по воспитанию ребенка. Указаны проблемные аспекты реализации положений про патронат в части отчетности патронатных воспитателей, а также оптимизации законодательного регулирования выбора лица патронатного воспитателя.

Ключевые слова: патронат, воспитание, воспитательные задания, ребенок, договор о патронате.

The problems of legal regulation of Patronage Contract in family law of Ukraine are researched. Special purpose of patronage of the children in issues of implementation by regulatory tutor these objectives with raising a child is outlined. A historical analysis of patronage institution in Ukrainian society in XVIII century A. C. was worked out. It shows some common features of legal regulation of Patronage Institution at the last historical period and at the moment in Ukraine.

The article also includes several issues of analysis of experience of some foreign states, for instance, Republic of Belarus and Russia.

At all, the article is devoted to resolving such problems of legal regulation of patronage, as: doctrinally still no unanimous opinion on the place of the existing patronage of children in the legal system; not disclosed the specific elements that make up the legal status of participants in legal patronage of children; not analyzed institutions related with the patronage of children; were not the subject of study reporting problems patronage tutors; not offered evidence-based recommendations on optimization of legal regulation of foster individual choice educator. Sharp is also the matter of determining the legal nature of the Patronage Contract. For a long time in legal science was suggested whereby the Patronage Contract by nature not a civil law contract and it can not apply conditions of obligations. And also raise questions about the possibility of attracting foreigners to foster care.

Key words: foster care, education, educational tasks, child, agreement on patronage.

Патронат над дітьми носить характер специфічних договірних відносин, регламентованих нормами сімейного права. Водночас, у правовій системі присутні чисельні прогалини та колізії у застосуванні норм щодо влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, що зумовлює можливі зловживання майнового та іншого характеру стосовно осіб, які потребують встановлення патронату над дітьми. Судова практика також демонструє складнощі у правозастосуванні в частині нотаріального оформлення подібних договірних відносин та здійснення й адміністративно-правового супроводження контролю виконання прийнятих патронатним вихователем обов'язків. Таким чином, актуальність теми дослідження правової природи патронату обумовлена соціальними, правотворчими, правозастосовними та доктринальними чинниками.

Останнім часом інтерес до вивчення проблем правового регулювання патронату над дітьми посилюється, фрагментарно він був предметом наукових досліджень Н. А. Аблятіпової, Д. С. Прутян, О. О. Пунди, Т. М. Макійчук.

Зокрема Н. А. Аблятіповою запропоновано розуміти під патронатом надання допомоги дієздатній фізичній особі у здійсненні її прав та виконанні обов'язків, спеціальну правову категорію (специфічний вид піклування),

що існує в межах інституту опіки та піклування. Також у дисертаційній роботі було обґрунтовано позицію, що надання допомоги дієздатній фізичній особі у здійсненні її прав та виконанні обов'язків є одночасно спеціальним засобом реалізації дієздатності такої особи і засобом захисту її прав [1, с. 5-6].

У роботі Д. С. Прутян були обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення порядку встановлення опіки над малолітніми особами, які полягають, по-перше, у можливості батька чи матері вказати особу опікуна для малолітньої особи у заповіті, і, по-друге, у необхідності з'ясування у разі призначення опікуна органами опіки та піклування чи судом думки батьків малолітньої особи, які не позбавлені батьківських прав, щодо призначення певної особи опікуном їх дитини. При цьому також обґрунтовувалася теза, що отримання згоди батьків на призначення певної особи опікуном не може мати обов'язкового характеру для органу опіки та піклування чи суду. У зв'язку з цим наводяться докази на користь того, що особі доцільно призначати одного опікуна, але з можливістю призначення додаткового опікуна над її майном, як це передбачено ч. 1 ст. 74 ЦК України. Також автором дослідження було запропоновано передбачити у цивільному законодавстві України можливість відсторонення опікунів, яке за своєю правовою при-

родою, на відміну від звільнення опікуна, є мірою відповідальності і тягне за собою низку несприятливих наслідків, а саме неможливість для таких осіб бути у майбутньому усиновлювачами, опікунами, піклувальниками тощо та обов'язок відшкодувати малолітньому шкоду, завдану їхньою протиправною поведінкою [5, с. 6-7]. Аналіз зазначених наукових праць доводить, що проблематика патронату над дітьми розглядається частіше через призму діяльності опікуна або у частині встановлення опіки над майном особи. Таким чином, суто сімейно-правові та зобов'язальні питання залишаються в цілому малодослідженими.

Патронат є однією з форм покровительства. Термін «патрон» (від лат. «patronus») означає «захисник, покровитель» [4, с. 377]. Мета патронату є не тільки «покровительство» як таке, тобто протегування, захист, а передусім підтримування та сприяння нормальному природному розвитку дитини. На цьому наголошено у ст. 252 СК України (за договором про патронат дитини, що є сиротою або з інших причин позбавлена батьківського піклування, вона передається у сім'ю патронатного вихователя на виховання). Право дитини жити і виховуватись у сім'ї в усі часи – одне з найважливіших її прав. Сімейне виховання дає можливість забезпечити її нормальний фізичний, моральний, інтелектуальний та соціальний розвиток, дає змогу їй стати повноцінним членом суспільства. Суспільні форми виховання не можуть замінити дитині сім'ю, і це давно підтверджено практикою. «Зараз уже ніхто не сперечається, яка форма виховання дитини – сімейна чи суспільна – має першість», – зазначає З. В. Ромовська [7, с. 26]. Виховання дитини – це місія великої ваги. Україні, як і будь-якій іншій державі, потрібні не космополіти, а патріоти українського народу, патріоти своєї Батьківщини, але виховати патріота можуть лише патріоти [7, с. 297]. Особливе місце виховання у змісті сімейного життя підкреслюється і церквою. Зокрема, серед інших благ до змісту шлюбу віднесено так зване «благосащадків». Наш сучасник, Антоніо М. Абате, зазначає: «Породження нащадків знаходить своє продовження у їхньому вихованні. І тим, і іншим...інститут шлюбу...та подружжя любові відзначаються». Завдяки вихованню з фізичних та моральних сил, які присутні у породжених у шлюбі нащадках у зародковому стані, постає у завершеному вигляді людська особистість дитини і її людська гідність. Це діяння необхідно розглядати як подальше породження, що є продовжуваністю у часі. За цією ознакою, «тобто оскільки життя дітям дали батьки», їх необхідно вважати першими і основними вихователями, які здійснюють те, що є найголовнішим і невід'ємним правом та обов'язком. Папа Пій IX вказував: «Відомо, що за велінням природи і Бога це право і обов'язок виховувати нащадків належить в першу чергу тим, хто шляхом породження почав справу природи і кому заборонено залишати його не завершеним». Іоанн Павло II зазначає, що «місія» виховання нащадка є для батьків «природним правом, оскільки вони дали дітям життя» [2, с. 19].

Під вихованням загалом розуміється вплив суспільства на особистість, яка розвивається. У широкому розумінні – це соціалізація, тобто процес формування інтелекту, фізичних і духовних сил людини. Виховання є цілеспрямованою діяльністю, покликаною сформувати систему якостей особистості, поглядів і переконань відповідно до виховних суспільних ідеалів. Виховання здійснюється через культуру, освіту та навчання у процесі різного виду діяльності та під впливом спадковості та середовища.

У сучасному сімейному законодавстві такі виховні завдання, головні цілі виховання чітко визначені і набули характеру правових норм-принципів загального та обов'язкового характеру. Сьогодні до них відносять: обов'язок батьків виховувати дитину в дусі поваги до прав і свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу та своєї Батьківщини (ч. 1 ст. 150 СК України). Такі принципи були сформовані історично. Ще за часів Гетьманщини у 18 ст. такими виховними завданнями були: шанування Бога; особиста по-

вора дитини владі батька; беззаперечна вимога дотримання фізичної недоторканності батьків, а також недоторканості власності батьків; обов'язок матеріальної та процесуальної підтримки (заступництва) батьків; дотримання моральних засад статевого спілкування. Зазначені засади також відображені серед обов'язків опікуна: «...опікун, взявши дітей, має їх у доброму, поштивому вихованні і науках тримати, і в достатку, відповідно до можливостей маєтку і згідно з найбільшими стараннями своїми, як йому самому поштивість мила» (арт. 4 розд. 6 Статуту «Наука опікунам, які мають опіку на себе брати») [9, с. 211]. Практично здійснення права на сімейне виховання пов'язується із виховною взаємодією. Це зумовлено загальноприйнятими теоріями сучасної педагогічної науки, яка виходить з того, що процес виховання – не є прямим впливом на виховуваного, а соціальною взаємодією конкретних людей (у нашому випадку – в межах такого соціального утворення як сім'я). Крім того, у виховній взаємодії простежується право кожного члена сім'ї на спілкування (комунікацію). Про обов'язок належного виховання знаходимо прямі вказівки у текстах нормативно-правових актах. Зокрема, подібні посилання містяться у Литовському Статуті.

Так арт. 11 розд. 5 Статуту «Про вдову, яка зостанеться з дітьми, літ не дорослими, і про дітей, без опікунів опісля померлих» зазначає: «А де би батько з цього світу пішов, дітей своїх і майна, їм належного, нікому в опіку не доручивши і не відписавши, тоді опіка дітей таких, неповнолітніх, і майна їхнього належати буде стріям або і іншим близьким».

Проте для ліпшого і належного виховання діти малі від матері свої до опікунів брані бути не мають, але мають зостатись при матері: дівка – до заміжжя, а чоловік – до літ таких, за яких вже для науки до школи віддавати можна, тобто, до семи років. А опікуни таким дітям, доки при матері будуть, утримання і виховання слушне згідно з можливостями майна дітей і визначення врядування на одяг і харчування на кожний рік повинні будуть давати до рук матері їхньої. Але мати дівок своїх без ради і відома опікунів їхніх в заміжжя змовляти і віддавати не повинна» [9, с. 202].

Патронат також можна розглядати як явище органічно породжене історичним розвитком національних правових традицій. Ця риса патронатного виховання є уніфікованою і відтворюється у законодавстві інших держав. Наприклад, у ст. 175 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю йдеться про те, що патронатний вихователь відповідає за життя, здоров'я, виховання і освіту дитини в період проживання дитини у його сім'ї [3, с. 221].

Сьогодні патронат є окремою формою здійснення права на особисте влаштування, що визначена національним законодавством. У сімейному законодавстві України поняття «патронат» з'явилося у зв'язку із прийняттям нового СК України. Глава 20 нового Кодексу так і називається «Патронат над дітьми». Вона містить 5 статей (ст. ст. 252-256). Патронат над дітьми носить характер специфічних договірних відносин. Мета патронату є не тільки покровительство як таке, тобто протегування, захист, а передусім підтримування та сприяння нормальному природному розвитку дитини. На цьому наголошено у ст. 252 СК України (за договором про патронат дитини, що є сиротою або з інших причин позбавлена батьківського піклування, вона передається у сім'ю патронатного вихователя на виховання). Ця риса патронатного виховання є уніфікованою і відтворюється у законодавстві інших держав. Наприклад, у ст. 175 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю йдеться про те, що патронатний вихователь відповідає за життя, здоров'я, виховання і освіту дитини в період проживання дитини у його сім'ї.

Вперше детально патронат було регламентовано у постанові ВЦВК і СНК РРФСР від 28 травня 1928 року «Про порядок та умови передання вихованців дитячих будинків і інших неповнолітніх працівникам у містах та робітничих

селищах». З часом, коли засобів на надання матеріальної допомоги патронатній сім'ї ставало щоразу менше, патронат почав зливатися з опікою. У зв'язку з цим ніякої згадки про патронат у законодавчих актах щодо шлюбу та сім'ї радянських республік не було до кінця 80-х років. 17 серпня 1988 року Рада Міністрів СРСР видала постанову «Про створення дитячих будинків сімейного типу».

Патронатом пропонувалось називати здійснену передачу за договором дітей, що залишились без батьків, на тимчасове виховання у сім'ї громадян на умовах надання їм державою або громадською організацією матеріальної допомоги. «Патронат запроваджується не для приниження ролі інституту так званої «прийомної сім'ї» чи дитячих будинків сімейного типу. Патронат є альтернативною формою забезпечення сімейним вихованням дитини, позбавленої батьківського піклування. Життя дасть змогу перевірити соціальну цінність цих інститутів», – зазначає З. В. Ромовська [7, с. 474].

Тривалий час у юридичній науці панувала думка, згідно з якою договір про патронат за своєю природою не є цивільно-правовим договором і на нього не можуть поширюватись умови зобов'язального права. Предмет цього договору – виховання дітей, що є сферою сімейного права. За невиконання договору патронатним вихователем не передбачена цивільно-правова відповідальність у вигляді відшкодування шкоди або інших майнових санкцій [8, с. 286-287].

З цієї позицією важко погодитись, і ось з яких міркувань: по-перше, договір про патронат переслідує правову та соціально важливу мету, а тому він є правочином;

по-друге, цей договір стосується надання специфічної послуги, а, отже, на нього можна поширювати положення, що стосуються цивільних договорів [6, с. 115].

Зазначене багато в чому пояснює слабку розробку правових і організаційних основ встановлення, здійснення і припинення патронату над дітьми. Аналіз статистичних даних, узагальнення результатів наукових досліджень, практики діяльності судів, органів опіки та піклування, нотаріусів, медичних закладів виявили необхідність детального вивчення проблем нормативного регулювання відносин у сфері встановлення, здійснення, припинення патронату над дітьми.

Перспективи подальших розробок у даному напрямку дозволяють окреслити коло проблем, які вимагають свого вирішення у історичній перспективі. Зокрема, досі немає одностайної доктринально сформованої думки щодо місця патронату над дітьми в системі законодавства; не розкрито специфіку елементів, які складають правовий статус учасників правовідносин у сфері патронату над дітьми; не проаналізовані інститути, суміжні з патронатом над дітьми; не стали предметом вивчення проблеми звітності патронажних вихователів; не запропоновані науково обґрунтовані рекомендації з оптимізації законодавчого регулювання вибору особи патронатного вихователя. Гострим питанням виступає також визначення правової природи самого договору про патронат. Також виникають питання і щодо можливості залучення до патронатного виховання іноземців. Окреслені нами проблемні питання є гострими і вимагають активного доктринального та нормативно-правового визначення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аблітєпова Н. А. Інститут піклування над повнолітніми дієздатними особами за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / Н. А. Аблітєпова. – Одеса, 2007. – 20 с.
2. Антонио М. Абате Положение о браке в новом каноническом законодательстве / Абате М. Антонио. – М. : Паолин, 2000. – 463 с.
3. Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье (Т. А. Белова, Ж. В. Захарова, В. В. Левый) [Под ред. В. Г. Тихина, В. Г. Голованова]. – Мн. : Светоч, 2000. – 325 с.
4. Патронат // Словарь иностранных слов [Под ред. В. В. Пчелкиной]. – 16-е изд. – М. : Русский язык, 1988. – С. 377.
5. Прутян Д. С. Опіка за римським приватним правом і сучасним цивільним законодавством України : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / Д. С. Прутян. – Одеса, 2007. – 22 с.
6. Пунда О. О. Право на сімейне виховання та проблеми його здійснення / О. О. Пунда // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2005. – № 1. – С. 111–115.
7. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 532 с.
8. Рясенцев В. А. Семейное право / В. А. Рясенцев. – М. : Юрид.лит., 1971. – 253 с.
9. Статут Великого князівства Литовського : За ред. Ківалова С. В. – Одеса, 2004. – 382 с.

ДЕФІНІЦІЙНІ ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ФЕНОМЕНУ КАТЕГОРІЇ «БЕЗПЕКА» В ДЖЕРЕЛАХ (ФОРМАХ) ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

DEFINITIONAL FEATURES OF STATUTORY CONSOLIDATION OF THE PHENOMENON OF «SECURITY» CATEGORY IN THE SOURCES (FORMS) OF CIVIL PROCEDURAL LAW

Мельник Я.Я.,
к.ю.н., докторант

Інститут законодавства Верховної Ради України

Стаття присвячена з'ясуванню особливостей закріплення в джерелах (формах) цивільного процесуального права категорій, що пов'язані з феноменом «безпеки». Доводиться системне семантичне, логічне та юридичне навантаження і взаємозв'язок феномену із системою цивільного процесуального права, цивільною процесуальною формою, що, як наслідок, дає можливість вести мову про вирішення та забарвлення на цьому тлі процесуального режиму – режиму цивільної процесуальної безпеки.

Ключові слова: джерела (форми) цивільного процесуального права, цивільна процесуальна форма, режим цивільної процесуальної безпеки, цивільне процесуальне право.

Статья посвящена определению особенностей закрепления в источниках (формах) гражданского процессуального права категорий, связанных с феноменом «безопасности». Доказывается системная семантическая, логическая и юридическая нагрузка и взаимосвязь его с системой гражданского процессуального права, гражданской процессуальной формой, что, как следствие, позволяет вести речь о выделении и особой окраске на этом фоне процессуального режима – режима гражданской процессуальной безопасности.

Ключевые слова: источники (формы) гражданского процессуального права, гражданская процессуальная форма, режим гражданской процессуальной безопасности, гражданское процессуальное право.

The article is devoted to the clarification of the features of the consolidation in the sources (forms) of civil procedural law categories, which are connected with the phenomenon of «security». The semantic meaning of the terminology of «security» and «ensure» phenomenon is clarified and its dependence of security and protection is settled as procedural and legal category which is compared with the protection and enforcement in civil proceedings. The valid civil procedural law is analyzed as in its sources as the Constitution of Ukraine, Civil Procedure of Ukraine, the Civil Code of Ukraine, Laws of Ukraine «On the Judicial System and Status of Judges», «On National Security of Ukraine», «On execution of decisions and application of the European Court of Human Rights: Verkhovna Rada of Ukraine», «On Advocacy», etc. Due to this analyze, the relationships between the phenomenon of security as the legal category and civil procedural law system, the implementation of civil procedure, civil procedural form, the rights and obligations of participants in civil legal proceedings have been found and brought. As a result, it is allowed to speak about the distinction and emphasizing on procedural regime for consideration and resolution of civil cases, especially in special regime – the civil procedural security regime. The genetic connection with sources (forms) of civil procedure in the vertical and horizontal statement of the phenomenon and category of civil procedural security of public and private, substantive and procedural laws is noted. The thesis that the phenomenon of «security» is approved and personified not only as the procedural regime level, but also as the civil procedural form, thus complementing the purpose of civil proceedings.

Key words: sources (forms) civil procedural law, civil procedural form, civil procedural security regime, civil procedural law.

Постановка проблеми. Конституційна природа забезпечення права на судовий захист цивільних прав, як і його правового регулювання, характеризується багатогранною та різноаспектною концепцією, що пов'язано зі специфікою системи цивільного судочинства та його метою. Проте рівень процесуально-правового навантаження щодо закріплення та взаємозв'язку феноменів «забезпеченість правопорядку» та «право на безпеку» під час захисту в джерелах (формах) цивільного процесуального права, як уявляється, є доволі неординарним. Це пояснюється розпорошеністю та невизначеністю термінів «забезпечення» та «безпеки» в таких джерелах (формах) права. Звісно, можливо певною мірою попередньо погодитися з тим, що проблематика зумовлюється як способом викладу тієї чи іншої норми права, ієрархією самих джерел (форм) права в системі права, а також семантичного і юридичного навантаження, так і взаємозв'язком та межами приватних та публічних начал у позитивному чи то об'єктивному контексті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Характеризуючи ступінь розвинутості даної проблематики, слід зазначити, що доволі показовими видаються сучасні підходи, які були проведені в контексті: правових режимів у праві – І.О. Соколовою [20], А.В. Косаком, А.В. Малько, М.І. Матусовим, І.С. Барзіловою, та інш [13, с. 8; 7, с. 18], процесуальних режимів – С.І. Чернооченко [27, с. 10], Я.Я. Мельником [9, с. 54-55], І.М. Спіциним [21, с. 71]; у контексті джерел (форм) права – П. М. Балтаджи [1], О.В. Підлубною [14], С.В. Шевчуком [28]; щодо феномену «безпеки» – В.Гусаровим [3, с. 263], Г. Гальке [4, с. 2-6],

О.В. Олійником [11, с. 280-288], Л.В. Радовецькою [19], В.А. Манжолою та О.Л. Хилько [10, с. 3], А.Б. Логуновим [6] тощо. Однак скласти чітку уяву про розуміння дефініційних особливостей нормативного закріплення феномену категорії «безпеки» та її спільнопов'язаних категорій в джерелах (формах) цивільного процесуального права на доктринальному (науковому) рівні, як і скласти єдину концепцію його нормативної регламентації, не можливо, що зумовлює значний як теоретичний, так і практичний інтерес та актуальність дослідження.

За таких обставин, метою даної статті є потреба в з'ясуванні дефініційних особливостей закріплення в джерелах (формах) цивільного процесуального права категорій, які пов'язані з феноменом «безпеки», з'ясуванні навантаження та впливу на регулювання цивільних процесуальних правовідносин, цивільну процесуальну форму тощо.

Виклад основного матеріалу дослідження. Традиційно діалектику правових категорій та феномену важко комплексно уявити та збагнути, не з'ясувавши питання специфіки етимології феномену безпеки.

Підаючи оцінку деякі історичні віхи етимології терміна «безпеки», варто вказати, що не завжди дане поняття було вживаним, а отже, розумілося суспільством, державою як об'єктивна необхідність в оперуванні, тим більше у правовому чи то процесуальному просторі. Наприклад, у радянському енциклопедичному словнику слів чи то їх похідних на кшталт «опасность» (тут і далі – російською мовою – Я.М.), «безопасность», «комитет государственной безопасности» тощо – не трапляється [22, с. 119, 608-609; 926-927]. Проте, як зазначає В. Гусаров, безпека в інфор-

маційному ключі як системне поняття з'явилося в 1914 р., коли у Великобританії було створено бюро військової пропаганди. Відтоді майже кожна країна має власну систему інформаційної безпеки держави [3, с. 263].

У філософському значенні феномен безпеки полягає в наявності певних загроз, ризиків та небезпек щодо права власності (як головного з об'єктів ідеологічних зіткнень), захисту інформації тощо в силу діяльності індивідів, соціальних груп, суспільства, держав [18, с. 19, 86, 90] тощо між собою. Адже, як зазначає С.В. Полікарпов, причиною цього є зміна епох, яка зумовлює необхідність зміни системи безпеки у зв'язку з появою нових загроз, різного роду страхів, нових факторів розвитку тощо, а тому й виникає потреба в новій парадигмі безпеки та системі безпеки, яка здійснює її на практиці [18, с. 91].

У сучасній юридичній енциклопедії безпека визначається як «...стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз...» [30, с. 207], який зновується на певних принципах, суб'єктах, видах, функціях тощо та стосується, як правило, сфер економіки, інформації, екології, а також національної, міжнародної, політичної, стратегічної і т. д. сфер діяльності людини, суспільства, держави [30, с. 207, 210]. Отже, такі загрози як із внутрішнього, так й із зовнішнього боку стосуються безпосередньо захисту та охорони прав і свобод громадян, а також виконання своїх повноважень державою та органами і посадовими особами, що діють від її імені.

Однак Л.В. Радовецька натомість, попри притаманність феномену безпеки державі, акцентує увагу на тому, що на сучасному етапі державна безпека виступає одним з основних напрямів забезпечення інститутів громадського суспільства [19, с. 15], зокрема, на нормативному та процесуальному рівнях та у формах безпосередньої, управлінської та регулятивної (курсів власний – Я.М.) [19, с. 16].

У цивільному судочинстві питання безпеки не розглядається. Проте в праві безпеку пов'язують здебільшого з правовим режимом інформаційної безпеки [13, с. 252]. Натомість процесуальний режим, як набір комплексного інструментарію з реалізації завдань цивільного судочинства та забезпечення дії цивільної процесуальної форми, її стабільності, єдності та непорушності, стосується безпосередньо і права на безпеку. Це означає, що процесуальний режим у рамках дії права на безпеку зумовлюється специфікою «забарвлення» – процесуальним режимом, який повинен забезпечити охорону та захист матеріальних та процесуальних прав. Тому його слід пов'язувати з дією цивільного процесуального режиму в комплексі,¹ на основі права учасника процесу на безпеку цивільного судочинства.

Однак у силу специфіки системи цивільного процесу, процесуальної форми та тенденцій, які відмічаються у цій галузі права, можливо вказати на низку загроз та ризиків, які слід прямо поєднувати не тільки зі здійсненням самого цивільного судочинства в контексті цивільної процесуальної форми, але й безпеки на цивільне судочинство, під час здійснення цивільного судочинства, внаслідок здійснення цивільного судочинства тощо – безпеки самих учасників цивільного процесу. Адже процеси, які відбуваються на тлі здійснення правосуддя, характеризуються і глобалізаційними тенденціями щодо уніфікації та гармонізації ци-

вільного процесуального законодавства, наближення його до європейських стандартів, імплементації практики здійснення судочинства щодо захисту основоположних прав та свобод людини. Також наявні виклики, пов'язані з проявом таких феноменів у цивільному процесі, як зловживання процесуальними правами та обов'язками учасників цивільних процесуальних правовідносин [29; 12, с. 186], ускладнення в ході розгляду цивільної справи тощо.

Тому питання права на безпеку в цивільному судочинстві і можливості на захист та охорону є очевидними. Адже об'єктом захисту та охорони виступають не тільки права, блага, свободи та інтереси, які можуть бути порушені в процесі чи то у зв'язку зі здійсненням цивільного судочинства.

На національному рівні законодавець у процесуальному значенні (законі) оперує такими поняттями, які є похідними слова «безпека» – «забезпечення», «охорона», «захист» тощо та є безпосередньо застосованими у правовому регулюванні в тому числі щодо цивільних процесуальних правовідносин. Водночас, як уявляється, найбільш доцільним, на нашу думку, в рамках джерельної бази та відповідного навантаження слід провести порівняння та встановити співвідношення сутності уживаних понять законодавцем щодо даного феномену саме в контексті основних груп форм вираження та їх закріплення в позитивному праві. Так, у рамках:

(а) Конституції України визначено, що «...забезпечення державної безпеки ...покладається на правоохоронні органи держави...»² (ч. 3 ст. 17), «...утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави...» (ч. 2 ст. 3), «Для забезпечення права на захист ... в Україні діє адвокатура.» (ст. 59), «...Держава забезпечує особисту безпеку суддів та їхніх сімей...» (ч. 6 ст. 126), «...б) забезпечення ... права на захист;... 8) забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду...» (ч. 3 ст. 129), «...Держава забезпечує ... умови для функціонування судів і діяльності суддів...» (ч. 1 ст. 130), тощо;

(б) ЦПК України – «...кожна особа має право звернутися за захистом ... (ч. 1 ст. 3 ЦПК України); «суд захищає права, свободи та інтереси... (ч. 1 ст. 4 ЦПК України)»; «закритий розгляд допускається, якщо відкритий... може призвести до розголошення державної або іншої таємниці, яка охороняється законом... з метою забезпечення таємниці... (ч. 3 ст. 6 ЦПК України)»; «Стаття 13. Забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень»; «Стаття 271. Забезпечення захисту прав малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи»; «1. Секретар судового засідання ... забезпечує фіксування судового засідання ... (п. 3 ч. 1 ст. 48 ЦПК України)»; «1. Судовий розпорядник...1) забезпечує належний стан залу судового засідання...2) забезпечує порядок під час судового засідання... (п. 1, 2 ч. 1 ст. 49 ЦПК України)»; «попереднє судове засідання проводиться з метою ... або забезпечення правильного та швидкого вирішення справи... (ч. 1 ст. 130 ЦПК України)»; «Стаття 133. Забезпечення доказів» і в ній же «... клопотання про забезпечення доказів... Способами забезпечення судом доказів є... суд може забезпечити докази...» і т. д. (ч. ч. 1, 2, 3 і т. д. ст. 134 ЦПК України); «Стаття 151. Підстави для забезпечення позову»; «Стаття 152. Види забезпечення позову»; «2. У клопотанні про участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції... в якому необхідно забезпечити... (ч. 2 ст. 158 ЦПК України)»; «2. Головуючий керує ходом судового засідання, забезпечує додержання послідовності і порядку вчинення процесуальної дії, здійснення учасниками процесу їх процесуальних прав і виконання обов'язків, спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи ... (ч. 2 ст. 160 ЦПК України)»; тощо.

Зокрема, щодо ст. 271 ЦПК України слід звернути увагу на назву норми та її зміст. Це надасть можливість

¹ Для довідки: поняття режиму цивільної процесуальної безпеки вироблене нами за матеріалами додаткового дослідження. Див.: [9, с. 54–55]. Зокрема, під режимом цивільної процесуальної безпеки слід розуміти забезпечення судом якісного і ефективного правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин та системи цивільного судочинства на будь-якій стадії цивільного процесу з метою повної, всебічної та своєчасної охорони і захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних процесуальних правовідносин та забезпечення імплементації європейських стандартів щодо верховенства права у судову практику при здійсненні правосуддя у цивільних справах (натомість поняття даного режиму подається в оновленому варіанті у даній статті).

² Для довідки: тут і далі по тексті із цитування закону курсив власний – Я.М.

сфокусувати погляд на поширеності феномену безпеки на процесуально-правові конструкції та процесуальні інститути щодо забезпечення захисту прав малолітніх та неповнолітніх у цивільному судочинстві. Зокрема, «Стаття 271. Забезпечення захисту прав малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи». Де, до прикладу, сутність забезпечення (а отже, і реалізації права на безпеку, на дію режиму забезпечення – безпеки) відповідно до цієї статті проявляється в контексті змісту цієї статті щодо «2. Суд роз'яснює малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника ...», а також «3. Суд сприяє створенню належних умов для здійснення малолітньої або неповнолітньої особою її прав, визначених законом...». Окрім цього, забезпечення з боку суду реалізації прав малолітніми чи неповнолітніми в цивільному судочинстві проявляється і в можливості висловлювати свою думку особисто чи через представника, отримання інформації про розгляд справи, здійснювати інші процесуальні права тощо.

У рамках сутності забезпеченості цивільного судочинства законодавець не прямо підходить до дії режиму цивільної процесуальної безпеки, що яскраво проявляється в тих чи інших процесуальних інститутах, які мають на меті не що інше, як пряме забезпечення доказів, їх охорону та зберігання. Зокрема, до такого порядку можна віднести і процедуру огляду та зберігання речових доказів (ст. ст. 139, 140 ЦПК України) або огляд і охорону тих доказів, які швидко псуються. До прикладу, відповідно до ст. 139 ЦПК України «речові докази до набрання рішенням законної сили зберігаються у справі або за окремим описом здаються до камери схову речових доказів...», «...вони повинні бути докладно описані та опечатані, а в разі необхідності – сфотографовані»; або ж, відповідно до ст. 141 ЦПК України, «продукти та інші речові докази, що швидко псуються, негайно оглядаються судом з повідомленням про призначення огляду осіб, які беруть участь у справі», «у разі необхідності... може бути залучено свідків, перекладачів, експертів, спеціалістів, а також здійснено фотографування і відеозапис...» (ч. ч. 1, 2 ст. 141 ЦПК України).

Також феномен безпеки цивільного судочинства за ідеологією предметно стосується й інституту визнання та виконання іноземних рішень в Україні в частині загроз, «якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України» (п. 6 ч. 2 ст. 396 ЦПК України).

Отже, термінологія, яка пов'язана з феноменом «безпеки», вживається законодавцем як (1) сукупність правових норм, які впорядковують цивільні процесуальні правовідносини щодо порядку і способу забезпечення стабільності та ефективності здійснення цивільного судочинства, власне, в контексті дії системи цивільного процесу; (2) як різновид вираження специфічного та унікального за своєю конструкцією суб'єктивного права, що належить особам, які беруть участь у справі, – права на безпеку; а також (3) як наявність самих цивільних процесуальних правовідносин, зумовлених реалізацією прав та обов'язків у контексті феномену безпеки в цивільному судочинстві та таких його проявах – забезпечення процесуальними гарантіями на реалізацію права, на виконання обов'язків, на дотримання правопорядку, процесуальної форми здійснення судочинства, розгляду справи тощо.

(в) щодо ЦК України варто вказати, що феномен категорії «безпеки» в праві можливо фокусувати на взаємозв'язку норм процесуального права з матеріальним правом. Це пояснюється тим, що в теорії права цілком виправдано устоялося загальне правило, за яким норми процесуального права покликані забезпечити дотримання норм матеріального права. До прикладу, відповідно до ч. 3 ст. 14 ЦК України «виконання цивільних обов'язків забезпечується засобами заохочення та відповідальності...». Тобто дана норма хоч є загальною, до регулювання цивільних правовідносин, проте є засадничою в контек-

сті забезпечення регулювання цивільних правовідносин цивільно-правовою відповідальністю, яка гарантується через відповідні нормативні регулятори, як-то законодавчо встановлені способи і форми захисту цивільного права (п. 5 ч. 1 ст. 3, ст. 16 ЦК України, і т.д.). Додатковою правовою конструкцією, яка може мати застосування при розгляді і вирішенні цивільно-правового спору в судовому порядку, а отже, і входити в «орбіту» процесуального режиму безпеки цивільного судочинства, слід вважати фундаментальну правочинну норму, якою є ч. 1 ст. 228 ЦК України, в якій визначається, що «...правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним... (курсив власний – Я.М.)». Це означає, що правочини, з якими в цивільному судочинстві пов'язана низка процесуальних дій, спрямованих на легалізацію, визнання, затвердження чи то контроль суду на предмет їх законності. А саме, такими процесуальними засобами регулювання законності правочинів є інститут мирової угоди (ст. 175 ЦПК України), інститут екзекватури (п. 7 ч. 2 ст. 396 ЦПК України) тощо. Отже, безпека права на міжгалузевому рівні пояснюється їх взаємодією та забезпеченням належного правового регулювання норм матеріального права, а за ними і норм процесуального права. Адже така властивість правової системи, як справедливо зазначає Д.Я. Малєшин, криється в тому, що в романо-германській правовій сім'ї завжди є первинними норми матеріального права, а вторинними у правовому регулюванні – норми процесуального права [8, с. 144], із чим певною мірою слід погодитись, оскільки варто взяти до уваги й те, що в силу дії прецедентних рішень як джерел (форм) права в цивільному процесі (в порядку ст. 360-7 ЦПК України) відбувається певна часткова трансформація цивільної процесуальної системи. Проте за тих чи інших обставин правовий порядок пронизується феноменом процесуально-правової категорії «безпеки», зводячи її в ранг універсального права на безпечність його дії в об'єктивному і суб'єктивному сенсі, причому надзвичайним способом відображаючись саме в джерелах (формах) матеріального і процесуального права, позначаючись в ієрархії та імперативності правозастосування.

На додаток до цього питання «забезпечення...засобами...відповідальності...», як загальне положення системи регулювання цивільних правовідносин, знаходить своє відображення в такому спеціальному інституті цивільного права, як інститут «створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи», що закріплений в Главі 81 підрозділі 2 Книги 5 ЦК України та визначений в ст. ст. 1163–1165 ЦК України. Характеризуючи дані правовідносини, необхідно звернути увагу на те, що вони є зобов'язальними і їм за правовою природою притаманне позадоговірне регулювання у зв'язку з відсутністю попередньої згоди їх учасників. Вважається, що «...головним завданням, яке покладається на цей інститут, є попередження шкідливих наслідків, які настають у зв'язку з обставинами, що виникли...» [23, с. 412-413]. Проте, на наш погляд, варто додати, що якщо дані норми є за своєю структурою охоронними, то вони мають відповідне продовження і в цивільному судочинстві як спеціальному порядку з розгляду і вирішення цивільної справи. У такому разі слід відмічати очевидне трансформування предмету та методу правового регулювання, а тому набуває поширення низка цивільних майнових та особистих немайнових прав, які зумовлюють потребу врегулювання їх під час здійснення цивільного судочинства, власне забезпечення та створення умов їх реалізації.

Отже, можливо вказати й на те, що законодавець опосередковано, локально та доволі фрагментарно застосовує і виписує процесуальні механізми забезпечення права на безпеку та дії режиму цивільної процесуальної безпеки;

(г) щодо ряду спеціальних Законів України, які входять до тих чи інших груп джерел (форм) цивільного процесу, то серед таких слід вказати на таке застосування даної

термінології, яке безпосередньо стосується даного феномену, а саме: в контексті Закону України «Про судоустрій і статус судів» від 07.07.2010 № 2453-VI (далі – Закон № 2453-VI від 07.07.2010) законодавець оперує поняттям «забезпечує («-ться», «-чують»))» і т.д., як-от: «...Суд, здійснюючи правосуддя ... забезпечує кожному право на справедливий суд ...» (ч. 1 ст. 2), «...Судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи...» (ч. 3 ст. 7), «...Учасникам судового процесу ... забезпечується можливість брати участь у судовому засіданні в режимі відео конференції...» (ч. 6 ст. 11), «...Суди забезпечують рівність прав громадян у судовому процесі за мовною ознакою...» (ч. 2 ст. 12) тощо; в контексті Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI (далі – Закон № 5076-VI від 05.07.2012) – «...3. З метою забезпечення належного здійснення адвокатської діяльності... в Україні діє адвокатське самоврядування...» (ч. 3 ст. 2), «...2. Держава ... забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності...» (ч. 2 ст. 5), «3. Адвокат забезпечує захист персональних даних... з питань захисту персональних даних...» (ч. 3 ст. 21) тощо.

Вважаємо, що з огляду на вибудовування та заснування системи цивільного судочинства на не тільки функціональних принципах цивільного процесу, а й на організаційно-функціональних (здійснення правосуддя тільки судом, гласність, незалежність судів) [24, с. 68-78], чи то за критерієм їх поділу на загально-правові та міжгалузеві (законність, гласність судового процесу) [2, с. 29] тощо. Відбувається, таким чином, і взаємозв'язок із предметом правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин на рівні джерельно-правової бази регулювання цивільних процесуальних правовідносин;

(д) щодо інших груп джерел цивільного процесуального права слід вказати на те, що у таких теж містяться процесуальні питання права на безпеку цивільного судочинства чи то режиму цивільної процесуальної безпеки. Зокрема, відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV (далі – Закон № 3477-IV від 23.02.2006) містяться положення про те, що «...Цей Закон регулює відносини, що виникають у зв'язку ... зі створенням передумов для зменшення числа заяв до Європейського суду з прав людини проти України... (курсив власний – Я.М.)», тобто йдеться, по суті, саме про певну випереджальну функцію дії права в контексті системи цивільного судочинства. Така функція належить, як правило, правовим режимам, зокрема й процесуальним режимам, і режиму безпеки в тому числі. Адже функціональна спрямованість процесуального режиму, як зазначає І.О. Соколава, стосується саме «...скупності засобів і способів реалізації... принципів, системи процесуальних гарантій...» [20, с. 133]. Такими гарантіями, як уявляється, виступають імплементовані норми Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 (далі – Конвенція від 04.11.1950) через Закон № 3477-IV від 23.02.2006.

Таким чином, можна вказати, що низка цивільних процесуальних норм прямо містять вказівки про процедуру та режим «забезпеченості» цивільного судочинства чи то правовими засобами чи то умовами для реалізації прав та забезпечення їх рівності, тобто прямі вказівки на режим забезпеченості. А ряд інших статей вказують на потенційні потреби в уникненні загроз при здійсненні цивільного судочинства (ст. ст. 6, 90, 92-94 ЦПК України) тощо.

Таким чином, можна зазначити, що застосування законодавцем слів «забезпечення», «забезпечує», «охорона», «сприяє», «роз'яснює», «захист», «публічний порядок», «здійснює» тощо має доволі різний рівень правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин, процесуально-правового навантаження та юридичної сили, поєднується із загально засадничими процедурами чи то, навпаки, вказує на конкретність потреби забезпечити захищеність та охорону процесуальних чи то матеріальних прав учасників цивільного судочинства, гарантувати статус процесуального суб'єкта тощо.

Висновки. Отже, діалектика категорій, які пов'язані з феноменом «безпеки», безпосередньо (а) комплексно вказують на зв'язок із правом на безпеку учасників процесу; (б) уособлюють їх органічну єдність із системою цивільного судочинства, ієрархічність та послідовність у ній процесуальних інститутів, процесуальних норм, відображають послідовність впливу «забезпеченості» та «безпеки» на проявлення їх у порядку розгляду і вирішення цивільної справи тощо; (в) стають предметом наповнення змісту цивільної процесуальної форми, як і об'єктом правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин тощо.

Зрештою, варто дійти висновку в тому, що дефініції закріплення феномену «безпеки» в цивільному процесуальному законодавстві та розміщення її в тих чи інших процесуально-правових інститутах та процесуальних нормах, провадженнях чи то стадіях надають можливість виокремлювати певні їх особливості. Зокрема, вони полягають у наявності генетичного зв'язку серед таких джерел (форм) по вертикальному та горизонтальному положенні із саме феноменом та категорією цивільної процесуальної безпеки, а також із публічним та приватним правом, матеріальним та процесуальним. Відповідно, це дає підстави вважати, що такі особливості становлять безпосередньо процесуально-правову категорію, що зумовлює формування відповідного фундаменту права на безпеку саме в цивільному судочинстві (під час розгляду і вирішення цивільної справи), як і надає чіткого процесуально-правового забарвлення процесуального режиму, перетворюючи його на особливо-спеціальний режим – «режим цивільної процесуальної безпеки». А за таких обставин феномен «безпеки» дістає своє закріплення не тільки на рівні процесуального режиму, а також і самої цивільної процесуальної форми та правового регулювання, доповнюючи таким чином мету цивільного судочинства принципово новим змістом у цілому.

ЛІТЕРАТУРА

1. Балтаджи П. М. Юридична мова правозастосовних актів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / П. М. Балтаджи ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2008. – 20 с.
2. Васильєв С.В. Цивільний процес : навчальний посібник / С.В. Васильєв. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 480 с.
3. Гусаров В. Матриця інформаційної безпеки України [Електронний ресурс] / В. Гусаров // Інформаційно-аналітичний центр: ІАЦ РНБО. – 2014. – 25.11. – С. 263. – Режим доступу : <http://mediarnbo.org/2014/11/25/matrixa-informatsiynoyi-bezpeki-ukrayin/>; nbuviar.gov.ua/images/ukraine/inf_bibliografia.pdf.
4. Гальке Г. Зміцнення ролі Верховного Суду України – об'єктивна необхідність : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 90-річчю утворення найвищого судового органу країни в системі судів загальної юрисдикції «Верховний Суд України і демократичне суспільство: витоки та перспективи» (м. Київ, 15 лютого 2013 р.) // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 4 (152). – С. 2–6.
5. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>.
6. Логунов А. Б. Региональная и национальная безопасность : учебное пособие / А. Б. Логунов. – М. : Вузовский учебник, 2009. – 432 с.
7. Малько А.В. Правовые режимы: вопросы теории и практики [Електронний ресурс] / А.В. Малько, Н.И. Матузов // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 16–29. – Режим доступу : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=141915>.

8. Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России / Д.Я. Малешин. – М.: Статут, 2011. – 496 с.
9. Мельник Я.Я. Становлення режиму процесуально-правової безпеки у доктрині цивільного процесуального права України: Актуальні проблеми інновацій в наукових технологіях сьогодення : монографія / Мельник Я.Я., Мигаль С.М., Смірнов О.О., Єасюков О.Ф., Романенко Ю.А., Нечипоренко В.В., Яковенко Т.В., Крючкова І.В., Познякова О.Л., Сілявіна Ю.С., Гордієнко Н.М. – Кіровоград, КП «Поліграфія», 2014. – С. 5–98.
10. Манжол В.А. Європейська безпека і Україна / В.А. Манжол, О.Л. Хильки. – К.: Знання, 2010. – 85 с.
11. Олійник О.В. Інформаційна безпека США / О.В. Олійник // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика) : наук.-практ. журн. – Київ: Вид-во Міжвід. наук.-дослід. центру з пробл. боротьби з організованою злочинністю. – 2012. – № 1 (27). – С. 280–288.
12. Мельник М.Б. Особливості дії цивільних процесуальних обов'язків в Цивільному процесуальному праві України : монографія / [М.Б. Мельник, Я.Я. Мельник, М. М. Ясинюк] ; за загальною редакцією д.ю.н., професора М.М. Ясинюка. – К.: Алерта, 2014. – 336с.
13. Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты : монография / под ред. засл. деятеля науки РФ, докт.юрид.наук., проф. А.В. Малько и докт. юрид. наук, проф. И.С. Барзиловой. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 416 с.
14. Підлубна О. В. Норма цивільного процесуального права: поняття, межі дії та реалізація в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Підлубна ; Науково-дослідний ін-т приватного права і підприємництва Академії правових наук України. – К., 2007. – 24 с.
15. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
16. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.
17. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>.
18. Поликарпов В.С. Философия безопасности (эссе) / В.С. Поликарпов. – СПб. – Ростов-на-Дону – Таганрог: Изд-во ТРТУ, 2001. – 109 с.
19. Радовецька Л.В. Суб'єкти забезпечення державної безпеки України: теоретико-правові аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Радовецька Людмила Василівна ; Нац. акад. внутр. справ. – Київ, 2015. – 23 с.
20. Соколова І.О. Правовий режим як категорія правової науки : монографія/ І.О. Соколова. – Х.: Право, 2014. – 152 с.
21. Сплицин І.Н. Транспортность в цивилистическом процессе / И.Н. Сплицин – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – 348 с.
22. Советский энциклопедический словарь / гл.ред. А.М. Прохоров. – 2-е изд. – М.: Сов. энциклопедия, 1982. – 1600 с.
23. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання : підручник / [С.С. Бичкова, А.І. Бірюков, В.І. Бобрик та ін.] ; за заг. ред. С.С. Бичкової. – К.: КНТ, 2006. – 498 с.
24. Цивільний процес України : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за загальною ред.. д.ю.н., доцента Ясинюка М.М. – Суми : Видавництво «МаїДен», 2013. – 808 с.
25. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
26. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
27. Чернооченко С.І. Цивільний процес : навчальний посібник / С.І. Чернооченко. – 2-ге вид, перероб. та доп. – Київ: Центр навчальної літератури, 2005. – 472 с.
28. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / С.В. Шевчук ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – 38 с.
29. Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / А. В. Юдин. – СПб., 2009. – 47 с.
30. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т.1: А–Г. – 672 с.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ФОРМУВАННЯ ДОКТРИНИ ДОКАЗУВАННЯ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ПРАВОВІЙ НАУЦІ

SEPARATE ASPECTS OF DEVELOPMENT OF THE THEORY OF PROOF IN DOMESTIC LEGAL SCIENCE

Панталієнко П.В.,
к.ю.н., доцент кафедри адміністративного та фінансового права
заслужений юрист України,
суддя Верховного Суду України

Національний університет біоресурсів і природокористування України

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів розбудови теорії доказування у вітчизняній правовій науці. Автор звертає увагу на відсутність сталого розуміння правової природи та галузевої належності доказування. Аналізуються наукові позиції, пов'язані з кваліфікацією доказового права в якості надгалузевого утворення. Обґрунтовується необхідність розмежування матеріальних норм, що використовуються в доказовій діяльності, та процесуальних норм, що її регламентують. Висунуто додаткові аргументи на підтримку розвитку загальної теорії доказування.

Ключові слова: докази, доказування, процесуальне право, галузь права, теорія доказування.

Статья посвящена исследованию отдельных аспектов развития теории доказывания в отечественной правовой науке. Автор обращает внимание на отсутствие общепринятого понимания правовой природы и отраслевой принадлежности доказывания. Анализируются научные позиции, связанные с квалификацией доказательственного права в качестве автономного образования. Обосновывается необходимость разграничения материальных норм, используемых в доказательственной деятельности, и процессуальных норм, ее регламентирующих. Выдвинуты дополнительные аргументы в поддержку развития общей теории доказывания.

Ключевые слова: доказательства, доказывание, процессуальное право, отрасль права, теория доказывания.

Article is devoted to research of separate aspects of development of the theory of proof in domestic legal science. The author pays attention to absence of the standard understanding of the legal nature and branch accessory of proof. The scientific positions connected with qualification of the law of evidence as autonomous education are analyzed. Need of delimitation of the material norms used in evidentiary activity, and a legal procedure, it regulating locates. Additional arguments in support of development of the general theory of proof are put forward.

Reforming the legal system of Ukraine is one of the overall objectives of streamlining regulation of procedural relations. After all, the effectiveness of the mechanisms of judicial enforcement depends on regulations set by the legislator proceedings. Therefore, the question of procedural law are the focus of lawyers and procedural aspects of improving the administration of justice is a priority because of the rule of law crucial to the system of protection of rights, freedoms and lawful interests of individuals and legal entities.

Among a number of important issues relevant procedural science always is the question of proof, which is no exaggeration center and foundation of the entire judicial enforcement. Industry affiliation of evidence relating to a very controversial topic. A large number of scientists defending the existence of independent institutions of proof in various fields procedural law.

Immediately the problem of feasibility combination rules governing proof in complex formation related material and the harmonization of procedural component of evidence, which is also the most controversial. In addressing this issue should take into account that the complexity of legal regulation leads to a lack of full unity between the common characteristic regulation as substantive or procedural characteristics and specific rules that it includes.

Key words: proofs, proof, procedural law, branch of the right, theory of proof.

Реформування правової системи України має одним із загальних завдань упорядкування правового регулювання процесуальних відносин. Адже ефективність механізмів судового правозастосування безпосередньо залежить від встановленого законодавцем регламенту судочинства. Тому питання процесуального права перебувають у центрі уваги правників, а вдосконалення процесуальних аспектів відправлення правосуддя залишається пріоритетним напрямом побудови правової держави через винятково велике значення в системі захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

Серед низки важливих проблем процесуальних наук завжди актуальним залишається питання доказування, яке без перебільшення становить центр та основу всього судового правозастосування. Тема доказування розкривається в роботах таких авторів, як О. В. Баулін, О. П. Клейнман, І. В. Решетнікова, М. К. Треушніков, М. А. Фокіна, С. Я. Фурса та багато інших. Однак, незважаючи на наявність значної кількості наукових праць, присвячених доказуванню, сучасна наука відкриває все нові грані цієї «вічної» процесуальної теми. Так, важливі проблеми доказування стосуються доктринальної розробки теорії доказування, узгодження нормативних, доктринальних та практичних аспектів доказування, вирішення проблеми галузевої належності норм, що регулюють доказування.

Тому **метою цієї статті** є окремі аспекти розбудови теорії доказів у вітчизняній правовій науці.

Галузева належність доказового права належить до вельми дискусійних тем. Значна кількість учених відстоює наявність самостійних інститутів доказування в різних галузях процесуального права [1, с. 31-32, 2, с. 29]. Такий підхід підтримано більшістю дослідниками доказування в цивільному процесі України – С. Я. Фурсою, О. О. Грабовською, Т. М. Кучер, В. Д. Андрійцю та іншими авторами.

Інші говорять про те, що інститут доказування є загальним та міжгалузевим [3, 4].

І. В. Решетніковою відстоюється думка про необхідність кваліфікації доказового права як міжгалузевого комплексного інституту [5, с. 6-12].

На тлі різноманіття наукових думок заслуговує на увагу позиція І. Г. Медведєва, котрий обґрунтовує висновок про те, що інститут доказів «переростає» галузеві границі, утворюючи конгломерат різних норм, що застосовуються у здійсненні доказової діяльності, і пропонує йменувати таке автономне й системне правове утворення доказовим правом [6, с. 32].

З подібними висновками можна погодитися лише частково, оскільки вони відрізняються половинчастим характером, не розкривають суті доказового права і його місця в правовій системі. Автор не вирішує основного

питання – про правову природу й галузеву приналежність описаного ним автономного системного утворення, співвідношення з процесуальними й матеріальними галузями права. Указуючи на самостійний характер доказового права, І. Г. Медведєв обґрунтовує його практичну значимість і заперечує приналежність до будь-якої галузі права [6, с. 32]. Однак норми, що регулюють процедуру доказування, поняття доказів, загальні й спеціальні правила доказування належать до тієї або іншої галузі права. Немає й не може бути доказової діяльності поза галузевою приналежністю. Виділення й обґрунтування будь-якого ступеня спільності норм доказового права повинне враховувати реальне існування доказів у рамках різних галузей права з усіма наслідками, що із цього випливають. Уявляється, що приналежність до тієї або іншої галузі – не уможливлена й формальна конструкція юридичного позитивізму, а правова реальність, яка обумовлює низку наслідків, що полягають у поширенні на ті або інші відносини методу регулювання, принципів, положень загального характеру. Тому, на нашу думку, норми, що регулюють доказування, належать до певних галузей права і не мають достатніх підстав для поєднання в єдине правове утворення – чи то самостійне, чи то комплексне.

Безпосередньо з проблемою доцільності поєднання норм, що регулюють доказування, в комплексне (надгалузеве, міжгалузеве) утворення пов'язане питання узгодження матеріального та процесуального складника доказового права, яке також є вельми дискусійним [7, с. 136]. Деякі сучасні вчені включають матеріальні норми до складу доказового права [5, с. 20]. Однак, на нашу думку, тісне переплетення матеріальних і процесуальних норм під час розгляду й вирішення спорів судом не є само по собі підставою для включення матеріальних норм до доказового права. Вирішуючи зазначене питання, слід взяти до уваги, що складність правового регулювання призводить до відсутності повної єдності між загальною характеристикою нормативного акта в якості матеріального або процесуального й характеристикою окремих норм, що до нього входять. Висновок про матеріальну або процесуальну належність акта законодавства робиться на підставі характеристики домінуючих у ньому положень, що не виключає вкраплення норм іншої спрямованості.

Тому, якщо норма, що міститься в нормативному акті матеріального права, регулює процедурні питання, вона повинна вважатися процесуальною. Такою є, наприклад, ст. 218 ЦК України, що встановлює наслідки недотримання письмової форми правочину. Відповідно, більш послідовна позиція полягає в тому, щоб вважати подібні норми процесуальними й визнати серед джерел процесуального права також низку нормативних актів, що мають у цілому матеріально-правовий зміст, однак містять деякі норми про докази й доказування.

Інша ситуація має місце у разі оцінки ролі норм, що містяться в матеріальних актах, котрі визначають предмет доказування, а також інші питання в конкретному спорі. Незважаючи на їх безпосереднє застосування судом у процесі доказування, вони не стають процесуальними, адже вони не регулюють порядок розгляду справи. Крім того, норми матеріального права розглядаються як джерело формування предмета доказування тільки у разі розгляду спору судом. В інших випадках свого застосування ці норми виконують інші функції, встановлюючи права та обов'язки сторін. У цьому разі доречно провести аналогію з вирішенням справи судом, яке відбувається на підставі норм матеріального права. Однак при цьому ніхто не відносить норми, що застосовуються судом у рішенні, до процесуальних. Аналогічно немає підстав для розмивання предмета правового регулювання й при характеристиці доказів і доказування.

Втім, окремі автори визначають доказове право як таке, що має матеріально-процесуальну природу [6, с. 34].

Однак визнання доказового права самостійним правовим утворенням тягне необхідність вирішення питання про обов'язковість нормативних приписів і можливості учасників правовідносин змінювати їх за своїм розсудом. Зокрема, І. Г. Медведєв, ґрунтуючись на тезі про наявність у складі доказового права матеріальних і процесуальних норм, робить висновок про можливість сторін своїми угодами змінювати деякі загальні приписи про докази [6, с. 42]. З подібним висновком ми не можемо погодитися. Зауважимо, що автор виходить із кваліфікації доказового права як автономного утворення поза галузевою приналежністю. Виходячи із заданого напрямку, в обсяг доказового права слід включити також і адміністративне, господарське, кримінальне й інші можливі види доказування. Адже спільність норм, що регулюють доказування в різних видах судових процедур, набагато більше тієї, що поєднує норми матеріального й процесуального права, що стосуються доказування. Включаючи в доказове право норми цивільного права поряд із нормами цивільного процесу, автор упускає інші галузі, в яких також можна виділити норми про докази й доказування, наслідуючи запропоновану логіку. Тим часом, ні адміністративне, ні вже тим більше кримінальне право не допускає розсуду сторін у регулюванні прав і обов'язків. Ці галузі побудовані на імперативних правових приписах. Виходить, і доказування у спорах, що виникли із зазначених відносин, не може регулюватися диспозитивними правилами. Якщо ж автор поєднує в доказове право як комплексне позагалузеве утворення тільки норми цивільного права й цивільного процесу, то тим самим стирається уся цінність висновку про існування доказового права, що не охоплює своїм регулюванням аналогічних відносин доказування в інших сферах судочинства.

Отже, в питаннях, пов'язаних із галузевою кваліфікацією норм, що регулюють доказування, заперечення галузевої належності та процесуального характеру видається нам хибним шляхом.

Водночас інтеграційні підходи до доказування можуть виявитися вельми корисними, коли йдеться про теоретичне дослідження доказової діяльності. Так, деякі автори пропонують розглядати докази і доказування в кримінальному та цивільному процесі в рамках однієї узагальненої теорії [8, с. 68]. Окремі вітчизняні науковці вважають перспективним і доцільним дослідження спільності й відмінностей доказування й доказів у судочинствах України з метою створення теоретичного цілісного вчення про докази [9, с. 80]. Разом із тим справедливо й те, що, попри неодноразові спроби розглянути питання доказування в кримінальному і цивільному праві в рамках спільної теорії, обґрунтувати «наскрізні» її положення вдається лише під час дослідження деяких, найбільш загальних проблем [10, с. 6]. Такий підхід, що стосується вироблення спільних теоретичних положень, та не змінює галузеву структуру, заслуговує на підтримку, але потребує уваги та подальшої розробки.

Доречно зауважити, що поряд із поняттям «доказове право» у кримінальному процесі виділяють категорію «теорія доказів». Теорія доказів визначається як частина науки про кримінальний процес [11, с. 8-9], а доказове право – як сукупність кримінально-процесуальних норм (частина кримінально-процесуального права) [12, с. 106-107]. Значимо, що у сфері кримінального судочинства спостерігається відносна єдність поглядів на місце доказів і доказування в системі права. Насамперед, звертає на себе увагу послідовне розмежування понять «право» як системи норм і «теорія» як сукупності знань. Норми процесуального права, регламентуючі цілі, порядок, межі й зміст цієї діяльності, відповідно, йменуються доказовим правом. Доказування являє собою найважливішу складову частину кримінально-процесуальної діяльності, тому доказове право органічно входить у систему норм кримі-

нально-процесуального права. У свою чергу теорія доказів є частиною науки кримінального процесу, тією частиною, яка присвячена вивченню процесу доказування під час досудового розслідування і суду [11, с. 2, 6]. Чіткість поділу розглянутих категорій заслуговує на всіляку підтримку та має унаслідкуватися і в інших процесуальних сферах, у яких не завжди дотримується. Так, прикладом недостатньо послідовного розмежування законодавства і теорії вбачається висновок Т. С. Таранової про те, що доказовим правом у цивільному судочинстві є теоретичні знання про принципи, мету, функції доказування, про тягар доказування, суб'єкти, предмет, межі й етапи доказування, класифікації й окремі види доказів, а також норми права, які охоплює міжгалузевий інститут доказів і доказування [13].

Зауважимо, що порівняння доказової діяльності в цивільному та кримінальному процесах стосується найбільш несхожих процесуальних галузей, тому і представляє найбільший інтерес для перевірки положень щодо єдності теорії доказування. Інші процесуальні галузі займають проміжне місце між цими двома крайнощами. Тому в разі, якщо певний висновок є справедливим і для цивільного, і для кримінального процесу, він із високим ступенем вірогідності може бути поширений на процесуальні відносини будь-якої галузевої належності.

На нашу думку, взаємозв'язок теорії доказів у кримінальному процесі й теорії доказів у цивільному процесі обумовлений, головним чином, однаковістю методів пра-

вового регулювання. Оскільки не існує загального доказового права для кримінального й цивільного процесів, відповідно, немає і єдиної теорії доказів. Однак деякі розділи кримінального й цивільного процесів тісно пов'язані між собою, а тому пов'язані й теорія доказів у кримінальному процесі й теорія доказів у цивільному процесі. Єдність методологічної основи доказування в кримінальному й цивільному процесах, єдність низки принципів і визначень (визначення доказів, оцінки доказів, критерію істини), а також однотипність процесу збирання й дослідження фактичної інформації шляхом огляду, експертизи, прилучення документів і т. д. обумовлюють спільність багатьох понять і концепцій в обох теоріях доказів.

Отже, підсумовуючи викладене, ми доходимо висновку, що майбутнє доказової діяльності потребує зважених підходів та послідовності. Зокрема, на думку автора, вірним буде збереження галузевого підходу до кваліфікації норм, що регулюють доказову діяльність, з огляду на відповідність такої позиції об'єктивній структурі системи законодавства і права. Аналогічно послідовного розмежування вимагають матеріальні норми, що використовуються в доказовій діяльності, та процесуальні норми, що власне її регламентують. З іншого боку, розширення меж теоретичних досліджень за рахунок включення до них порівняльно-правових аспектів, інтеграції наукового знання щодо доказування в різних процесуальних галузях спроможне сприяти досягненню якісно нового рівня розвитку теорії доказів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Фархтдинов Я. Ф. Источники гражданского процессуального права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Фархтдинов Ягфар Фасхетдинович ; УрГЮА. — Екатеринбург, 2002. — 375 с.
2. Теорія доказів в кримінальному процесі України : підручник. — К. : Юринком Інтер, 2006. — 632 с.
3. Осипов Ю. К. Подведомственность юридических дел / Ю. К. Осипов // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. — СПб. : Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. — № 3. — С. 721–829.
4. Строгович М. С. Уголовно-процессуальное право в системе советского права / М. С. Строгович // Советское государство и право. — 1957. — № 4. — С. 102–109.
5. Решетникова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве / И. В. Решетникова. — М.: Норма-ИНФРА-М, 2000. — 279 с.
6. Медведев И. Г. Письменные доказательства в гражданском процессе России и Франции : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Медведев Игорь Геннадьевич ; УрГЮА. — Екатеринбург, 2003. — 348 с.
7. Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства / А. Х. Гольмстен. — СПб. Типография М. Меркушева, 1913. — 429 с.
8. Курылев С. В. Основы теории доказывания в советском правосудии / С. В. Курылев. — Минск, 1969. — 204 с.
9. Демьянова Е. В. Доказывание в судопроизводствах Украины: постановка проблемы / Е. В. Демьянова // Проблеми процесуальної науки: історія та сучасність. — К., 2010. — С. 68–70.
10. Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н. В. Жогина. — 2-е изд., доп. — М., 1973. — 736 с.
11. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / Л. Б. Алексеева [и др.] ; отв. ред. П. А. Лупинская. — М.: Юрист, 2004. — 800 с.
12. Уголовный процесс : учебник / [В. И. Басков, К. Ф. Гуценко, М. А. Ковалев и др.] ; под ред. К. Ф. Гуценко. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Зерцало, 2000. — 608 с.
13. Таранова Т. С. Доказательственное право как элемент системы права [Електронний ресурс] / Т. С. Таранова // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2. — С. 178–184. — Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2007_2_25.

РОЗДІЛ 4

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.656

СТАН ДОСЛІДЖЕНЬ ПРО ГОСПОДАРСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАЛІЗНИЦЬ

THE STATE OF RESEARCH ON THE ECONOMIC ACTIVITIES OF THE RAILWAYS

Кадала В.В.,
к.ю.н., доцент кафедри цивільного та господарського права
Донецький юридичний інститут МВС України

Стаття присвячена аналізу стану досліджень про господарську діяльність залізниць. Поява залізничного транспорту була обумовлена необхідністю здійснення перевезень вантажів та пасажирів. Відповідно, такі перевезення складали зміст діяльності залізниць. В різні часи така діяльність ставала предметом наукового інтересу. Визначено наявний стан досліджень господарської діяльності залізниць.

Ключові слова: залізничний транспорт, господарська діяльність, дослідження, сучасний стан, аналіз.

Статья посвящена анализу состояния исследований о хозяйственной деятельности железных дорог. Появление железнодорожного транспорта было обусловлено необходимостью осуществления перевозок грузов и пассажиров. Соответственно, такие перевозки составляли содержание деятельности железных дорог. В разные времена такая деятельность становилась предметом научного интереса. Определено имеющееся состояние исследований хозяйственной деятельности железных дорог.

Ключевые слова: железнодорожный транспорт, хозяйственная деятельность, исследование, современное состояние, анализ.

This article analyzes the current state of research on the economic activities of the railways. The emergence of rail transport was due to the necessity of transportation of cargoes and passengers. Accordingly, such shipments accounted for the maintenance of the railway operations. At different times this work has been the subject of scientific interest of various research fields: technical, economic, legal, military, state government, etc. In legal science, the study of economic activities of the railways is also carried out with the positions of the various sectors: economic, civil, administrative, criminal, etc.

Identification and evaluation of economic activity of the railway allows to design specific optimization measures aimed at improving the industry's competitiveness in an aggressive market environment. The analysis of the current state of research on these questions to summarize the existing views on the functioning of the railways and to define directions of improvement of legislation regulating the implementation of economic activity on the railroad.

Economic activities railways received a thorough scientific study at different times. Scientific interest in the economic activity of the railways to have evolved before the appearance and development of railway transport. The research attention was drawn to a new kind of modified transportation and public policy in the road sector. The first significant work done in the 30-ies of the XIX century and later executed throughout the existence of the corresponding state formations on the territory of modern Ukraine until 1917. Significant study of economic activities of the railways took place in the Soviet Union. Such research takes into account the functioning on the time model of the transport system.

At the time of independence of Ukraine the study of economic activity was made mainly in the context of economic, civil, criminal, and other technical aspects. Taking into account the reform processes in the railway industry study of economic activities of the railways, it is vitally important given the need to justify new activities in terms of restructuring legislation and the optimization of certain types of such activities.

Key words: railway transport, economic activities, research, current status, analysis.

Господарська діяльність залізниць включає в себе здійснення комплексу заходів, спрямованих на задоволення потреб народного господарства та населення. Це впливає з характеру здійснюваних залізницею видів діяльності, які знайшли своє відображення у нещодавно затвердженому статуті ПАТ «Українська залізниця». Комплекс здійснюваних заходів містить у собі декілька складових елементів, за допомогою та заради яких власне і здійснюється господарська діяльність. Серед цих елементів слід виділити засоби, за допомогою яких здійснюється така діяльність, безпосередньо сам процес виробництва, та результати такої діяльності. Перелічені елементи мають свою специфіку відносно їх місця у діяльності, здійснюваної залізницями.

Така специфіка утворюється з огляду на складність перевізного процесу із потребою виконання великої кількості дій, які можна розмежувати на ті, що є безпосередньо господарською діяльністю, ті, що пов'язані із здійсненням господарської діяльності та здійснювані для її забезпечення та непов'язані із здійсненням господарської діяльності. Також така специфіка обумовлена чинним законодавством, яке не закріплює за залізницею можливості здійснення некомерційної господарської діяльності, проте

здійснювані нею окремі види діяльності мають ознаки некомерційної. Крім того, домінуюча роль держави у залізничному господарстві та її вплив на діяльність у цій сфері зумовлює наявний стан залізниць.

Враховуючи зазначену специфіку, цілком природно, що існує багато поглядів на діяльність, здійснювану залізницею. Тим більше, що ці погляди на ті чи інші процеси будуть співпадати або, навпаки, по-різному оцінюватися в залежності від галузі дослідження: технічної, економічної, юридичної, військової, державно-управлінської тощо.

В юридичній науці дослідження господарської діяльності залізниць здійснюється також з позицій різних галузей: господарської, цивільної, адміністративної, кримінальної тощо. Серед науковців, які займалися цією проблематикою з огляду на господарську складову слід виділити праці М. Александрова-Дольника, Г. Астановського, І. Булакової, М. Брагінського, В. Вітрянського, В. Єгізаєрова, О. Садікова, Г. Самойленка, Б. Хаскельберга та ін.

Визначення та оцінка господарської діяльності залізниць дає змогу розробляти певні оптимізаційні заходи, спрямовані на підвищення конкурентоздатності галузі у агресивному ринковому середовищі. Аналіз наявного стану досліджень цих питань дає змогу узагальнити погляди

на функціонування залізниць та визначити напрями удосконалення законодавства, що регулює здійснення господарської діяльності на залізницях.

Мета статті полягає в аналізі наявного стану досліджень господарської діяльності залізниць та з'ясуванні їх актуальності, достатності та відповідності сучасному етапу розвитку залізничної галузі.

Поява залізничного транспорту була обумовлена необхідністю здійснення переміщення вантажів та пасажирів у просторі та їх доставки від одного пункту до іншого. Але, крім наявності запиту на перевезення, необхідною умовою розвитку залізниць були також певні досягнення людства у сфері науки та техніки. Що стосується наукового інтересу до господарської діяльності залізниць, то він виник та розвивався відповідно до появи та розвитку залізничного транспорту і власне з початку здійснення ним такої діяльності. Таким чином, аналіз досліджень господарської діяльності залізниць виявляється необхідним зробити саме з цього часу.

Як нами вже досліджувалося, часи появи залізниць на території сучасної України припадають на середину XIX ст. [1, с. 82]. В той самий час слід зауважити, що ще до появи залізниць у науковому середовищі Російської імперії, до складу якої в той час входила Україна, виникла певна дискусія про необхідність побудови та розвитку такого виду транспорту. Так, професор Г. Ламе обґрунтовував необхідність побудови залізниць, відзначаючи їх швидкість та економічність [2]. Інший професор, М. Дестрем, у своїх лекціях «Причини неможливості запровадження залізниць у Росії» стверджував, що залізниця економічно невигідна, їх важко утримувати. Схожу позицію мало у 1826 році і відомство шляхів сполучення [3, с. 29].

Але з часом наукове товариство та державні діячі того часу приходили до думки про необхідність використання залізничного транспорту. У 1830 році професор Петербурського університету, Н. Щеглов, у своєму дослідженні довів переваги залізниць перед іншими видами транспорту [4, с. 5]. Державний діяч та економіст, Н. Мордвінов, відомі вчені М. Волков та П. Мельников, підприємець С. Мальцев та інші представники науки, підприємництва та державного управління намагалися змінити позицію відомства шляхів сполучення відносно необхідності запровадження залізниць. У 1835 році П. Мельников видав працю про залізничний транспорт, в якій обґрунтовував необхідність побудови мережі залізниць [5]. Проте, основним аргументом Відомства проти розвитку залізничного транспорту були сумніви у його рентабельності.

Подальше обґрунтування необхідності побудови залізниць зробив австрійський інженер, професор Віденського політехнічного інституту, Ф. Герстнер. За результатами його досліджень була створена комісія, яка дійшла висновку про необхідність та можливість побудови залізниць. Висновки щодо рентабельності нового виду транспорту готував професор Інституту корпусу інженерів шляхів сполучення, М. Крафт [3, с. 34]. Після цього було прийнято рішення про побудову Царськосільської залізниці. Побудова інших доріг відкладалася до з'ясування користі для держави, суспільства та акціонерів від такого виду транспорту.

У 1836 році Ф. Герстнер видав спеціальну брошуру, в якій обґрунтував прибутковість нової дороги [6, с. 39-41]. А вже з часом було підтверджено прогресивність та перспективність нового виду транспорту. Отже, наукові дослідження у сфері переміщення вантажів та пасажирів різними видами транспорту дозволили змінити державну політику та запровадити один з нових видів – залізничний.

Відповідно, після появи залізничної галузі та з наданням залізницями певних послуг виникла потреба у правовому регулюванні відповідних відносин. Проте, крім правового інтересу до цього виду діяльності існував також інтерес з боку економістів та інженерів, що, на нашу думку, є цілком природним.

Із розвитком залізничного транспорту подальші дослідження діяльності залізниць стосувалися їх впливу на сільськогосподарське господарство, промисловість, торгівлю та загальний економічний стан в цілому. Так, слід виділити роботи наступних дослідників: Д. Каншин «Досвід дослідження економічного значення залізниць» (1870 р.), І. Бліох «Вплив залізниць на економічний стан Росії» (1878 р.), О. Радциг «Вплив залізниць на сільське господарство, промисловість, торгівлю» (1896 р.), І. Рабинович «Теорія та практика залізничного права з перевезення вантажу, багажу та пасажирів» (1898 р.), М. Хілков «Історичний нарис різних галузей залізничної справи та розвитку фінансово-економічної сторони залізниць в Росії по 1897 р.» (1901 р.), Б. Воскресенський, В. Нагорський «Сторінки сучасного російського залізничного господарства» (1908 р.), К. Кашкін «Економіка пошуків залізничних доріг» (1914 р.) та ін. В цих роботах наголошувалося на значенні залізниць для розвитку господарства країни, проводився історичний аналіз діяльності залізниць, а також досліджувалося теоретичне та практичне застосування права при здійсненні залізницями своєї діяльності. Виконання такого роду досліджень, з одного боку, було зумовлено державною політикою у сфері залізничного транспорту, а, з іншого, – запитом промисловості на належне врегулювання відносин, що виникали під час перевезення залізницями, тобто здійснення ними господарської діяльності.

Поряд із господарською діяльністю залізниць розглядалася не лише як невід'ємний економічний елемент господарства країни, а як стратегічний, який можливо використовувати у військових цілях. Серед робіт у цьому напрямі визначимо наступні: П. Лебедев «Застосування залізниць до захисту материка» (1857 р.), С. Бутурлін «Про військове значення залізниць та особливої їх важливості для Росії» (1865 р.), М. Анненков «Про застосування залізниць до військової справи» (1866 р.) П. Мельников «Про залізницю, необхідні у військовому відношенні» (1868 р.), А. Ізмайлов «Практичні заходи до підготовки управління залізницями у військовий час» (1894 р.), А. Вейндрих «Заходи для успіху військової експлуатації залізниць» (1895 р.) та ін. Аналізуючи роботи цього напрямку цілого ряду дослідників, відзначимо, що залізниця активно залучалася на забезпечення безпеки держави та перевезення військ. Більш того, ще у 1852 році було розроблено положення про перевезення залізницями військ, яким регламентувався порядок такого перевезення. Також значна увага приділялася питанням управління залізницями у військовий час.

Отже, дослідження господарської діяльності залізниць поряд з обґрунтуванням доцільності використання їх у військових цілях стає можливим з огляду на стратегічне значення залізничного транспорту. Здійснення кожного з видів діяльності залізниць потребувало відповідного правового забезпечення.

Забезпечення господарської діяльності залізниць відбувалося прийняттям спеціальних нормативно-правових актів з урахуванням міжнародного законодавства. Так, Г. Шершеневич відзначав, що на російське законодавство у галузі транспортного права суттєвий вплив мали основи, опрацьовані для Бернської конвенції, які були враховані при розробці вітчизняного законодавства, а саме Статуту залізниць 1885 року [7].

Дослідження господарської діяльності залізниць того часу здійснювалося крізь призму цивільно-правової доктрини. Вона виходила з того, що перевезення залізницями має самостійний характер і необхідно забезпечити його детальне регулювання в Цивільному Уложенні, яке активно розроблялося, проте не було запроваджене у законодавство [8].

Його запровадженню, як і подальшим дослідженням господарської діяльності залізниць, завадили світова війна, революція та громадянська війна. Ці обставини зупинили процес компетентної законотворчості у цій галузі

права та проведення відповідних досліджень. Подальше дослідження діяльності залізниць відновилося у 1920-х роках в новій державі, що утворилася замість Російської імперії. Риторика робіт того часу змінилася з військової на економічну. Крім того, разом зі зміною моделі функціонування залізниць відбулася і зміна поглядів на господарську діяльність залізниць. Так, слід відзначити наступні дослідження того часу: К. Оппенгейм «Загальні відомості про залізницю» (1922 р.), М. Шмуккер «Нариси фінансів та економіки залізничного транспорту Росії за 1913-1922 р.р. (у зв'язку із загальними явищами в житті країни)» (1923 р.), В. Петрова «Еволюція засобів сполучення» (1924 р.), І. Розенфельд «Значення залізниць в народному та світовому господарстві» (1926 р.), В. Яцунський «Транспорт СРСР. Історія його розвитку та сучасний стан» (1926 р.), В. Ульяновський «Залізниця» (1928 р.), С. Струмилін «Нариси радянської економіки. Ресурси та перспективи» (1928 р.), Н. Марков «Про залізничний транспорт» (1932 р.) та ін. В цих та інших працях окремо підкреслювалося значення залізниць для народного господарства, аналізувалися економічні показники його діяльності, вказувалося на необхідність подальшого розвитку шляхової мережі та поширення взаємодії з іншими видами транспорту. В той самий час, поряд з розбудовою мережі залізниць, свій розвиток отримувало законодавче забезпечення господарської діяльності залізниць. Так, приймалися нові редакції статуту залізниць, розроблялися правила перевезення залізницями та ін. Слід відзначити значний вклад А. Гусакова у дослідження господарської діяльності залізниць [9].

З 1930-х років знову набирає актуальності питання використання залізниць у військових цілях, що знаходить своє відображення у відповідних дослідженнях. Так, в роботах А. Данилова «Війна та транспорт» та Н. Васильєва «Транспорт Росії у війні 1914-1918 р.р.» та ін., наголошувалося, що залізниця відігравала та будуть відігравати у подальшому вагомую роль у забезпеченні перевезень на сухопутному театрі військових дій. Зауважимо, що, на нашу думку, використання залізниць у військових цілях в той час не містило в собі елементів господарської діяльності, а було виконанням покладених на залізничний транспорт стратегічних завдань із забезпечення безпеки країни.

Повоєнні часи вивели на перший план питання відновлення залізниць та запровадження інновацій у процес перевезення. Відновлення йшло швидкими темпами і вже у 1948 році залізниця країни перевищила довоєнний рівень вантажообігу. Активно вводилися в експлуатацію нові залізничні магістралі, вокзали, вагонобудівні та ремонтні заводи тощо. Відбувалася електрифікація залізниць, запроваджувалася електровозна та тепловозна тяга, вводилися в обіг великовантажні вагони, спеціалізовані вагони (цементовози, рефрижератори, думпкари, контейнеровози та ін.).

Здійснювалися роботи щодо посилення залізничних колій, запроваджувалася диспетчеризація, автоматична локомотивна сигналізація з автостопами, радіозв'язок телемеханіка, обчислювальна техніка для планування та управління роботою транспорту. Поліпшувалася робота сортувальних, вантажних дільничних станцій, удосконалювалася механізація вантажних операцій, запроваджувалася єдині технологічні процеси роботи під'їзних колій та станцій примикання. Також розвивалися передові для того часу перевезення у прямому змішаному сполученні, паромні та контейнерні перевезення та ін.

Такий стрімкий розвиток залізничного транспорту супроводжувався відповідними науковими дослідженнями. При цьому господарська діяльність залізниць досліджувалася в контексті виконання планових завдань для задоволення потреб економіки. Серед досліджень того часу виділимо наступні праці: В. Изволенський «Правові питання залізничних перевезень» (1951 р.), К. Єгоров «Цивільно-правова відповідальність за невиконання плану вантажних перевезень», С. Алексієв «Цивільна відповідальність

за невиконання плану залізничних перевезень вантажів» (1959 р.), Б. Рябинський «Про вдосконалення транспортних норм, що регулюють транспортну діяльність залізниць СРСР» (1964 р.), Б. Хаскельберг «Зобов'язання залізничного перевезення вантажу за радянським правом» (1969 р.), В. Смирнов «Правове регулювання вантажних перевезень у СРСР» (1970 р.), Г. Астановський «Правова робота на залізничному транспорті» (1972 р.) та ін. Слід зауважити, що господарська діяльність залізниць досліджувалася в контексті перевезення вантажів, залишаючи поза увагою інші види діяльності.

До сучасних досліджень господарської діяльності залізниць можна віднести роботи, які виконувалися за часи набуття Україною незалежності. Такі дослідження здійснювалися з економічного, цивільного, екологічного, кримінологічного, технічного, технологічного аспектів тощо. Що стосується суто господарських досліджень діяльності залізниць, то слід виділити роботи М. Шелухіна «Правове забезпечення збереження вантажів при залізничних перевезеннях» (2002 р.), І. Булгакової «Правове регулювання перевезення вантажів залізничним транспортом в Україні» (2003 р.), Е. Деркач «Правове регулювання перевезення вантажів залізничним транспортом» (2007 р.) та ін. В той самий час, ці дослідження робилися з огляду на перевезення залізницями вантажів, а інші види господарської діяльності, що здійснюється залізничним транспортом досліджувалися науковцями з суміжних галузей.

До перелічених робіт слід додати ті, що здійснювали дослідження господарської діяльності залізниць опосередковано: це роботи, що стосуються реформування залізничної галузі, виконані науковцями у галузі економіки та державного управління, коментарі до відповідного законодавства тощо. Серед останніх досліджень економічної спрямованості у сфері господарської діяльності залізниць є роботи М. Потетюєвої «Формування витрат з перспективних видів економічної діяльності залізниць країни» (2010 р.), Г. Ейтутіса «Стратегія реформування залізниць України на основі регіоналізації транспортного обслуговування» (2010 р.), М. Белінської «Економіко-організаційне забезпечення ефективного ціноутворення за користування вантажними вагонами іноземних залізниць» (2012 р.), О. Петренко «Реформування залізничного транспорту в умовах інституціональних трансформацій економіки України» (2012 р.), А. Стукало «Організаційно-економічні основи ефективного управління вантажним вагонним парком в умовах реформування залізниць» (2013 р.) та ін. Як вже зазначалося, господарська діяльність залізниць не була безпосереднім предметом цих досліджень.

Це саме стосується ще однієї групи досліджень господарської діяльності залізниць, які виконувалися у цивільній, кримінологічній, технічній, екологічній та інших галузях.

Відзначаючи історично підтверджений інтерес до господарської діяльності залізниць та суттєву проробку окремих питань такої діяльності, зазначимо, що в світлі реформування залізничної галузі види господарської діяльності залізниць потребують переосмислення, з'ясування основних напрямів, які, з одного боку, є прибутковими, а, з іншого, – важливими для виконання стратегічних завдань, покладених на залізницю. Крім того, позбавлення від зайвих та нехарактерних видів діяльності дозволить оптимізувати роботу залізниць, підвищити якість послуг, що будуть надаватися ними.

Проведене дослідження дозволяє зробити наступні висновки. Господарська діяльність залізниць отримала ретельну наукову проробку в різні часи. Науковий інтерес до господарської діяльності залізниць виник та розвивався ще до появи та розвитку залізничного транспорту та власне здійснення ним такої діяльності. Завдяки науковим дослідженням була пригорнута увага до нового виду транспорту та змінена державна політика у сфері шляхового

господарства. Перші вагомі роботи зроблені у 30-ті роки XIX ст. та в подальшому виконувалися на протязі існування відповідних державних утворень на території сучасної України до 1917 року.

Значна кількість досліджень господарської діяльності залізниць проводилася у Радянському Союзі. Такі дослідження виконувалися з огляду на функціонуючу на той час модель транспортної системи.

За часи незалежності України дослідження господарської діяльності робилося здебільшого в контексті економічної, цивільної, кримінологічної, технічної складової. З урахуванням реформаційних процесів у залізничній галузі дослідження господарської діяльності залізниць набуває поновлення актуальності з огляду на необхідність обґрунтування нових видів діяльності в умовах реформу-

вання законодавства та оптимізації вже визначених видів такої діяльності.

Таким чином, можна виокремити три періоди розвитку дослідження господарської діяльності залізниць: початковий (з 30-х років XIX ст. до 1917 року), радянський період (з 1921 року до 1991 року), сучасний період (з 1991 року по теперішній час). Кожен з цих періодів має свої особливості здійснення залізницями господарської діяльності, що відповідним чином знаходило своє відображення у здійснюваних дослідженнях. Наявні дослідження недостатньою мірою висвітлюють всі види господарської діяльності залізниць. А, отже, подальші перспективи наукових розвідок в цьому напрямі полягають у здійсненні досліджень господарської діяльності залізниць з урахуванням формування нових умов їх функціонування та правового забезпечення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кадала В. В. Історичний розвиток залізниць та їх місце в транспортному комплексі України / В. В. Кадала // Електронне наукове видання «Юридичний науковий електронний журнал». – 2015. – № 5 – С. 81–85 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lsei.org.ua/5_2015/23.pdf
2. Ламе Г. Наблюдения, относящиеся к инженерному искусству / Г. Ламе. Рукопись. – 1831.
3. История железнодорожного транспорта России. – Т.1. : 1836–1917 гг. – СПб, 1994. – 336 с.
4. Щеглов Н. П. О железных дорогах / Н. П. Щеглов // Северный муравей. – 1830. – № 1. – С. 5.
5. Мельников П. П. О железных дорогах / П. П. Мельников. – СПб, 1835. – 98 с.
6. Герстнер Ф. А. О выгодах построения железной дороги из Санкт-Петербурга в Царское Село и Павловск / Ф. А. Герстнер. – СПб : Издательство «Императорская АН», 1836. – 74 с.
7. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2 : Товар. Торговые сделки / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://jurbook.narod.ru/934.html#_footnoteref680
8. Гражданское Уложение : проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения / под ред. И. М. Тютрюмова. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 288 с.
9. Гусаков А. Г. Железнодорожное право по законодательству СССР / А. Г. Гусаков. – М. : Транспечать НКПС, 1929. – 343 с.

СУТНІСТЬ ТА ОСОБЛИВОСТІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ФАРМАЦЕВТИЧНОМУ РИНКУ

ESSENCE AND FEATURES OF OPERATIONS IN THE PHARMACEUTICAL MARKET

Шапіро В.С.,
к.ю.н., старший викладач кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово-економічної безпеки
Сумський державний університет

Булах Т.В.,
студентка юридичного факультету
Сумський державний університет

Стаття присвячена дослідженню питань щодо поняття та основних ознак фармацевтичного ринку, його стану в сучасних умовах, визначення кола суб'єктів фармацевтичного ринку та встановлення можливих взаємозв'язків між ними, сутності та особливостей господарської діяльності на фармацевтичному ринку, перспектив подальшого розвитку фармацевтичного ринку.

Ключові слова: фармацевтичний ринок, особливості фармацевтичного ринку, суб'єкти фармацевтичного ринку, господарська діяльність на фармацевтичному ринку.

Статья посвящена исследованию вопросов о понятии и основных признаках фармацевтического рынка, его положении в современных условиях, определении круга субъектов фармацевтического рынка и установлении возможных взаимосвязей между ними, сущности и особенностях хозяйственной деятельности на фармацевтическом рынке, перспективах дальнейшего развития фармацевтического рынка.

Ключевые слова: фармацевтический рынок, особенности фармацевтического рынка, субъекты фармацевтического рынка, хозяйственная деятельность на фармацевтическом рынке.

In today's global economy the production of pharmaceutical products is one of the promising industries. Over the last few years the global pharmaceutical market shows steady growth. The main factors of the growth market are the power increase competition among manufacturers of generics and increase consumption of cheaper drugs.

Domestic pharmaceutical market is characterized by the tendency to active development. By volume it ranks second in the CIS after Russia and compared with other areas of the economy shows stability and dynamism. Approximately forty percent of all investment in Ukraine comes to the pharmaceutical industry, which is in fifth place among the thirty most favorable destinations for investment.

At the same time several major producers of these products are viewed in the Ukrainian market of pharmaceutical production monopoly. In terms of today's Ukraine is in the acute need for competition in the market, and not its monopolization. Primarily, this means reducing prices and improving service quality and quality of the drug and the possibility of foreign business and Ukrainian business develop freely and have equal access to all resources.

Last year was quite difficult for our country, it was suffered serious problems for the entire health care system of Ukraine, including for business entities in the pharmaceutical market. The constant aggravation of the armed conflict that led to warfare in the east of the country, political crisis following the election and change of government, the economic downturn and reduce the purchasing power of Ukraine, currency devaluation and fluctuation of the dollar – and that's not all risk factors affected the functioning of the pharmaceutical market in such a difficult period. But despite all the difficulties encountered pharmaceutical market continues to develop and perform its functions.

Key words: pharmaceutical market, features of pharmaceutical market, subjects of the pharmaceutical market, economic activity in the pharmaceutical market.

В умовах сьогодення охорона здоров'я громадян є однією з найважливіших функцій, які здійснює кожна держава. Вона реалізується більшою мірою шляхом забезпечення ефективного функціонування системи охорони здоров'я, яка спрямована на підвищення рівня та якості життя населення. Одним з основних складників системи охорони здоров'я є фармацевтичний ринок, який є предметом дослідження багатьох науковців.

Питання історії виникнення, становлення фармацевтичного ринку та його правового положення за радянської доби та в сучасних умовах досліджували такі вчені: Р. Ворон, А. Доровской, В. Кушер, Д. Кирсанов, В. Сизоненко, Т. Шабельник та інші.

Однак потребує подальшого наукового обґрунтування і вивчення низка питань правового положення фармацевтичних ринків у сучасних умовах, у період економічної нестабільності в державі.

Метою даної статті є дослідження особливостей здійснення господарської діяльності на фармацевтичному ринку, а також аналіз сучасного стану, напрямів і тенденцій розвитку даного ринку на території України.

Відповідно до статті 43 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Ця норма є гарантією нормального функціонуван-

ня в Україні осіб, що здійснюють господарську діяльність, у тому числі, і на фармацевтичному ринку [1].

Фармацевтичний ринок – економічні взаємовідносини між суб'єктами та об'єктами, пов'язані з обміном фармацевтичних товарів і послуг, внаслідок чого формуються основні елементи ринку – попит, пропозиція та ціна [2, с. 66].

Цей ринок є досить незвичайним, тому необхідно визначити характерні особливості, які б виділяли його серед інших ринків товарів та послуг:

- специфічність товару, що реалізується на фармацевтичному ринку, який спрямований на забезпечення встановленого Конституцією немайнового блага – права на здоров'я;
- обов'язкова державна реєстрація продукції даного ринку;
- специфіка застосування дозвільних процедур на фармацевтичному ринку;
- значно розширений перелік регулюючого впливу держави, що пов'язано із суспільною важливістю функціонування даного ринку.

Перш ніж набути того вигляду, який він має нині, даний ринок пройшов декілька етапів з моменту проголошення незалежності в 1991 році. На першому етапі

(1990 – 1995 рр.) на ринку спостерігався гострий дефіцит лікарських засобів вітчизняного виробництва за відсутності державної підтримки і можливості отримання кредитів, що призвело в середині 90-х рр. до витіснення вітчизняних виробників. На другому етапі (1995 – 1998 рр.) почалося поступове первинне насичення ринку, яке було зупинене внаслідок фінансової кризи 1998 р. На третьому етапі почалося поступове структурування та насичення ринку. Крім життєво необхідних, з'являлися середньо- та високовартісні ЛЗ, вітчизняні заводи нарощували випуск генериків. Ринок ставав все більш привабливим завдяки високим темпам зростання. Перед фінансово-економічною кризою 2008 р. третій етап розвитку змінювався четвертим. Він характеризувався підвищеним інтересом до українських фармацевтичних компаній з боку іноземних інвесторів [3, с. 76]. Теперішня ситуація в Україні, що характеризується погіршенням відносин із Росією, анексією Криму, бойовими діями на сході та іншими супроводжуваними факторами, спричинила перехід даного ринку на п'ятий етап свого розвитку.

Сучасний фармацевтичний ринок України включає виробництво лікарських засобів, дієтичних добавок, лікувальної косметики та виробів медичного призначення, оптових та роздрібних продажів продукції через аптечні мережі, спеціалізовані продажі та дистрибуцію [4, с. 40]. Але саме до об'єктів фармацевтичного ринку належать фармацевтичні та парафармацевтичні товари, послуги, статистичні, інформаційні та дані маркетингових досліджень, потреби і переваги споживачів тощо.

Щодо визначення суб'єктів фармацевтичного ринку, то їх можна поділити на такі групи:

- управління й регулювання – сукупність органів із координації та здійснення контролю за фармацевтичною діяльністю;
- виробництва лікарських препаратів та виробів медичного призначення і їх розподілу, до якої входять: вітчизняні виробники, оптові та роздрібні підприємства, зарубіжні компанії, підсистема фармацевтичної інформації, що об'єднує спеціалізовані інформаційно-аналітичні видання, аналітичні компанії, бази даних.;
- підсистема безперервної фармацевтичної освіти професійних громадських організацій (асоціацій, профспілок тощо);
- підсистема споживання, представлена амбулаторними і стаціонарними хворими [5, с. 23-26].

Центральну і домінуючу роль на фармацевтичному ринку відіграють суб'єкти господарювання, що здійснюють виробництво та розподіл лікарських засобів. Вони функціонують у певних зв'язках між собою:

Вітчизняний виробник – роздрібні фармацевтичні заклади. Завдяки прямим поставкам від виробників до роздрібних суб'єктів господарювання встановлюються досить високі роздрібні ціни.

Вітчизняний виробник – оптові фармацевтичні компанії – роздрібні фармацевтичні заклади. За такою схемою багато українських виробників засновували власні дистриб'юторські компанії, щоб одержувати прибуток від оптової діяльності, зменшуючи витрати на дистрибуцію.

Вітчизняний виробник – незалежні оптові фармацевтичні компанії – роздрібні фармацевтичні заклади.

Іноземні виробники – незалежні оптові фармацевтичні компанії – роздрібні фармацевтичні заклади.

Для нормального функціонування фармацевтичного ринку в кожній країні необхідна наявність таких елементів: вітчизняних фармацевтичних виробників та імпортерів фармацевтичної продукції; дистриб'юторів фармацевтичної продукції, які безпосередньо займаються оптовою торгівлею фармпродукцією; роздрібних аптечних мереж, які безпосередньо реалізують фармацевтичну продукцію пацієнтам, соціальним закладам, закладам охорони здоров'я для безпосереднього її застосування [6, с. 39].

У двох останніх випадках у діяльності на фармацевтичному ринку беруть участь великі оптові компанії. Майже в усіх випадках роздрібна торгівля продукцією фармацевтичного спрямування здійснюється через аптеки та їх структурні підрозділи, що функціонують у вигляді аптечних пунктів та аптечних кіосків. В окремих випадках торгівля може здійснюватися через фармацевтичні магазини, що реалізують виключно медичні вироби.

Відповідно до даних Державної служби статистики України, витрати на лікарські засоби займають 4-5 місце у витратах середньостатистичного громадянина України та становлять приблизно 8,1 % від його доходів. У результаті таких світових проблем, як старіння населення, погіршення екологічних умов тощо, які також стосуються й України, можливе подальше зростання споживчих витрат на медикаменти. При цьому вимоги до пропозиції та якості лікарських засобів будуть також постійно зростати.

М'яко кажучи, «складності» 2014 – 2015 рр. завдали серйозних проблем усій системі охорони здоров'я України, в тому числі й діяльності суб'єктів господарювання на фармацевтичному ринку. Постійні загострення збройного конфлікту, що призвели до ведення бойових дій на сході країни, політична криза з наступними виборами і зміною уряду, спад економіки і скорочення купівельної спроможності населення України, девальвація національної валюти і коливання курсу долара – і це ще не всі фактори ризику, які вплинули на функціонування фармацевтичного ринку в складний період, що доводиться переживати нашій державі. І все ж, незважаючи на песимістичні прогнози, економіка країни вистояла і, що саме головне, продовжила рух уперед.

Незважаючи на вищезазначені проблеми, здійснюється безперебійне забезпечення населення країни товарами аптечного асортименту. Українські та зарубіжні компанії-виробники беруть активну участь у волонтерському русі, забезпечуючи всіма необхідними медикаментами та виробами медичного призначення учасників бойових дій та населення, що постраждало внаслідок цих бойових дій.

Значним ударом по економіці країни і, звичайно, по фармацевтичному ринку стала анексія Криму. На території з населенням 1,97 млн. осіб, яка раніше забезпечувала близько 5 % обсягу аптечного сегмента фармацевтичного ринку України (більше 200 млн. доларів з урахуванням всіх категорій товарів), українські мережі та дистриб'ютори були змушені згорнути свою діяльність. Протягом 2014 року російські фармацевтичні компанії та дистриб'ютори вивели на ринок Криму понад 1000 нових лікарських засобів, не зареєстрованих в Україні [5, с. 27-29]. Але це не призвело навіть до незначного розвитку чи росту ринку. У результаті невдалого курортного сезону в минулому році обсяг продажів медикаментів у Криму скоротився порівняно з 2013 р. на 26 % у доларовому еквіваленті і на 27 % в упаковках (дані компанії Моріон).

Збройний конфлікт, який не так давно здавався абсолютно неймовірним явищем на території нашої держави, на жаль, став реальністю із щоденними звітами про бойові дії, загиблих і поранених. Фармацевтичний ринок Донецької області до бойових дій забезпечував близько 11 % роздрібного товарообігу медикаментів (457 млн. доларів у 2013 році), а ринок Луганської області – більше 4 % (195 млн. доларів у 2013 році). Деякий відтік частини населення із зони ведення бойових дій у межах України призвів до перерозподілу попиту і збільшення обсягів продажу товарів аптечного асортименту в інших областях, в основному таких, як Харківська, Одеська, та у м. Київ [6].

Із початку 2014 року курс долара США виріс більш ніж на 200 %. Це спричинило значне підвищення цін на фармацевтичному ринку, адже від курсу іноземної валюти залежить ціна не тільки іноземних ліків, але й товарів українського виробництва, більшість із яких виробляються на основі субстанцій, які закуповуються за кордоном.

Але фармацевтичний ринок, незважаючи на всі труднощі, повинен розвиватися та виконувати свої функції. Аналізуючи діяльність суб'єктів господарювання, можна виділити такі головні функції, що виконує фармацевтичний ринок: організація процесу доведення фармацевтичних виробів до споживачів; розподіл фармацевтичних товарів між споживачами з огляду на соціальне розшарування суспільства за доходами; забезпечення умов для існування конкуренції; забезпечення зв'язку між пропозицією та попитом на фармацевтичні вироби, виробництвом та споживанням; формування ринкових цін; стимуляція зовнішньоекономічної діяльності, пов'язаної з рухом лікарських засобів і сировини для них, технологій, обладнання для їх виготовлення та обігу.

Господарська діяльність на фармацевтичному ринку має свої особливості, визначені такими чинниками, як:

- потреба в медикаментах пов'язана зі здоров'ям і життям людини, внаслідок чого існує висока соціальна пріоритетність ліків, що впливає на формування пропозицій і попиту на них;

- надання фармацевтичних послуг населенню потребує особистих контактів лікаря та фармацевта, з одного боку, та споживача (пацієнта) – з іншого;

- нерівноцінність інформації про властивості фармацевтичних виробів у їх виробників, фармацевтів і споживачів,

тому незалежність споживача на даному ринку неможливо забезпечити внаслідок його недостатньої інформованості;

- використання особливого механізму господарювання спричинене необхідністю об'єднання економічної ефективності та соціальної справедливості;

- фармацевтичний ринок є досить розвиненим, із високим рівнем конкуренції та значними витратами на науково-дослідні роботи.

Отже, можна зробити висновок про те, що господарська діяльність на фармацевтичному ринку в нашій державі на даний момент є досить складною у зв'язку зі специфікою самого ринку та внутрішньою ситуацією в Україні. Але, незважаючи на всі труднощі, цей ринок продовжує розвиватися.

При цьому позитивні зміни структури фармацевтичного ринку можна очікувати лише за умови продовження реформування системи охорони здоров'я та сфери господарювання на даному ринку, а також продуманої регуляторної політики держави. Від практичної реалізації ухвалених державою організаційних, законодавчих, фінансових та інших рішень залежатиме рівень конкурентоспроможності вітчизняних фармацевтичних підприємств та їх гідне становище на світовому фармацевтичному ринку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Силивончик А. В. Де фармація / А. В. Силивончик // Бізнес. – 2012. – № 6. – С. 66–67.
3. Доровской А. В. Состояние и перспективы развития фармацевтического рынка Украины / А. В. Доровской // Проблеми економіки. – 2014. – № 3. – С. 71–80.
4. Шабельник Т. Сучасний стан фармацевтичного ринку України / Т. Шабельник // Економіст. Український журнал. – 2013. – № 6. – С. 40–42.
5. Кушер В. О. Аналіз та оцінка ринкових можливостей фармацевтичних підприємств / В. О. Кушер // Науковий огляд. – 2015. – № 5(15). – С. 23–33.
6. Ворон Р. О. Особливості здійснення господарської діяльності на фармацевтичному ринку / Р. О. Ворон // Право і суспільство. – 2012. – № 5. – С. 37–42.

ЗАХИСТ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ У МЕДИЧНІЙ СФЕРІ: УКРАЇНСЬКИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

PROTECTION FROM UNFAIR COMPETITION IN THE MEDICAL FIELD: UKRAINIAN AND INTERNATIONAL EXPERIENCE OF LEGAL REGULATION

Шапіро В.С.,
к.ю.н., старший викладач кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово-економічної безпеки
Сумський державний університет

Турук Н.В.,
студент юридичного факультету
Сумський державний університет

У статті здійснено комплексне і всебічне дослідження наукових здобутків, національного та міжнародного законодавства та практики його застосування щодо захисту від недобросовісної конкуренції у медичній сфері, на основі чого обґрунтовано нові наукові положення та розроблено пропозиції щодо вдосконалення господарського законодавства в Україні щодо правового регулювання даного питання.

Ключові слова: конкуренція, недобросовісна конкуренція, оманлива реклама, порівняльна реклама, захист від недобросовісної конкуренції.

В статье осуществлено комплексное и всестороннее исследование научных достижений, национального и международного законодательства и практики его применения по защите от недобросовестной конкуренции в медицинской сфере, на основе чего сформулированы новые научные положения и разработаны предложения по совершенствованию законодательства в Украине относительно правового регулирования данного вопроса.

Ключевые слова: конкуренция, недобросовестная конкуренция, обманчива реклама, сравнительная реклама, защита от недобросовестной конкуренции.

The medical field has always been and now takes up a significant place in the market of Ukraine because each year the money comes to the budget funds, that were received from the sale of medical goods and services used in Ukraine and occupy a significant portion of revenues in Ukraine. At the same time, many entities that have linked their activity with the medical field for profit abuse their position in the medical market and violate the law of Ukraine on economic competition. These violations result not only to nonhealthy situation in the market of medical services and products, but in most cases lead to negative consequences for their customers. Methods and means of protection against unfair competition does not allow to harm to competitors-business entities in the medical field and consumers. But the current state of legal regulation of social relations in the sphere of preventing unfair competition and protection from it, indicates that the need to amend the legislation on economic competition is growing every year and requires immediate resolution.

The article is the complex and comprehensive study of scientific achievements and is based on research of the works on protection from unfair competition in the medical field such scholars as: Y.O. Averkin, V.V. Vygovska, A. Stelmashchuk, Vladimir Stepanov and others, on an analysis of the provisions of national and international legislation and its application for protection from unfair competition in the medical field on which reasonably new scientific terms and suggestions for improving the economic legislation in Ukraine of legal regulation of this issue, for example: development of scientific recommendations for improving Ukrainian legislation on the regulation of relations on the implementation of management in the medical field.

Key words: competition, illegal competition, misleading advertising, comparative advertising, unfair competition.

Кожна людина має право на здорові умови життя, але, напевно, ще жодному не вдалось уникнути звернень до лікарень, аптек та інших організацій медичної сфери. Метою даної статті є дослідження захисту від недобросовісної конкуренції у медичній сфері в Україні та інших країнах та розроблення наукових рекомендацій з удосконалення українського законодавства щодо врегулювання відносин, пов'язаних зі здійсненням господарювання в медичній сфері.

Медична сфера давно стала сферою господарювання, а її учасники – суб'єктами господарювання. Конституцією України, а саме ч. 1 ст. 42, визначено, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Це право базується на свободі підприємницької діяльності, тобто на реальній можливості здійснення особою на власний розсуд і ризик господарської діяльності, не забороненої законом, з метою одержання прибутку [1]. Тому всі установи та організації, які діють на основі приватної власності та займаються наданням медичних послуг та продажем, виробництвом медичних товарів, і є суб'єктами підприємницької діяльності, на яких поширюється дія національного законодавства про господарську діяльність, підприємництво, захист від недобросовісної конкуренції.

Водночас Основним Законом України встановлено, що держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монополієм становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та

недобросовісна конкуренція. Види і межі монополії визначаються законом (ч. 2 ст. 42) [1].

Звісно, законодавством України дозволено здійснення господарської діяльності на конкурентних основах. Так, Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III надано визначення економічної конкуренції (конкуренції): це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку [2].

Різними науковцями були надані визначення таких понять, як «конкуренція», «економічна конкуренція». Наприклад, Г.Л. Азосова та М.І. Книш під конкуренцією розуміють суперництво на будь-якому поприщі між окремими юридичними чи фізичними особами, зацікавленими в досягненні однієї і тієї ж мети [3, с. 15]. На думку О. В. Пожусова, конкуренція – економічне змагання виробників однакових видів продукції на ринку за залучення більшої кількості покупців та отримання максимального доходу в короткостроковому або довгостроковому періодах [4, с. 233].

Загальне поняття недобросовісної конкуренції міститься в Паризькій конвенції про охорону промислової власності. Відповідно до пункту 2 статті 10 Конвенції «актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт конкуренції,

що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах» [5, с. 142].

Досліджуючи види недобросовісної конкуренції, які допускаються в медичній сфері, слід зазначити, що вони відрізняються від загальної системи, пов'язано це з особливістю сферою господарювання. До них слід віднести рекламу, що вводить в оману, та порівняльну рекламу – дискредитацію суб'єкта господарювання.

Одним із прикладів порушень конкурентоспроможності суб'єктів господарювання в медичній сфері є порівняльна реклама. Прикладом такої реклами може виступати реклама лікарського засобу, в якій зазначено, що препарат не містить конкретних шкідливих речовин, які, як виявляється, і так не використовуються та заборонені на ринку лікарських засобів. Така реклама створює хибне враження споживачів, що препарат менш шкідливий за інші лікарські засоби, та надає рекламодавцю неправомірні переваги у конкуренції [6].

Так, найбільш поширеним видом недобросовісних дій, які вчинялися з метою досягнення неправомірних переваг у конкуренції, було поширення інформації, що вводить в оману. Цей вид порушення становив у 2014 р. 90 % загальної кількості порушень у вигляді недобросовісної конкуренції суб'єктів господарювання [7].

У постанові Вищого господарського суду України від 13.07.2010 № 11/240-НМ досить влучно розкрито конкурентну шкідливість оманливої цінової реклами: «опублікування інформації про найнижчі ціни на ЛЗ стимулює зацікавленість (попит) споживачів до суб'єкта господарювання, який поширює таку інформацію, що, у свою чергу, надає неправомірні переваги на ринку та ставить його в більш вигідне становище серед інших суб'єктів господарювання, які діють на тому ж самому ринку» [8].

Також частими є випадки досягнення неправомірних переваг у конкуренції. Наприклад, це може бути така собі «змова лікаря та виробника ліків». За такої «змови» дистриб'ютори лікарських засобів просто підкуповують лікарів для того, щоб останні рекомендували пацієнтам засоби саме їхнього виробництва, що певним чином усуває інших виробників.

Проблема в тому, що в Україні – велика конкуренція на медичному ринку, а тому сприятливе середовище для розвитку корупції в медицині. Висновок для пацієнтів не втішний, бо за такої великої конкуренції і низьких зарплат ситуація не зміниться.

Законодавством України були передбачені види та способи захисту від недобросовісної конкуренції.

За вчинення дій, які належать до недобросовісної конкуренції, для правопорушників настає юридична відповідальність, способи та методи якої визначені чинним законодавством.

Основним є Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції», згідно з яким вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, тягне за собою відповідальність, передбачену цим Законом [2].

Також Кримінальним кодексом України була передбачена відповідальність за дії, що належать до недобросовісної конкуренції. Кримінальна відповідальність передбачена за злочини, що порушують вимоги законодавства про збереження комерційної таємниці. Згідно зі ст. 231 Кримінального кодексу України це умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей, а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності [9].

Недобросовісна конкуренція поширена також і в країнах з розвинутою економікою.

Однією з таких країн є США. З метою захисту суб'єктів господарювання від проявів недобросовісної конкуренції, зокрема незаконного використання ділової репутації, було ухвалено низку законів. Закон Уїллера-Лі (Wheeler-Lea Act)

від 21 березня 1938 року № 447 (або Закон «Про рекламу») доповнює Закон «Про Федеральну торговельну комісію» щодо передачі реклами продуктів та ліків до ведення Федеральної торговельної комісії [10].

В Україні ж до 2011 року функції контролю за дотриманням законодавства України про рекламу здійснював Державний комітет України з питань технічного регулювання та споживчої політики, але з прийняттям Указу Президента України «Про Положення про Державну інспекцію України з питань захисту прав споживачів» від 13.04.2011 № 465/2011 контроль за додержанням законодавства про рекламу здійснює у межах своєї компетенції Державна інспекція України з питань захисту прав споживачів [11]. Але для ефективнішої роботи щодо недопущення недобросовісної конкуренції в медичній сфері необхідно створити спеціальний підрозділ із розгляду та недопущення недобросовісної конкуренції у медичній сфері шляхом контролю за рекламою.

Аналізуючи одне з найбільш розвинених законодавств – законодавство США – у сфері конкуренції, можна зазначити, що питання відповідальності за недобросовісну конкуренцію вирішуються шляхом, по-перше, застосування встановлених у законодавстві кримінальних і адміністративних санкцій у вигляді штрафу і тюремного ув'язнення, а по-друге, застосування деліктної відповідальності. Закон містить приблизний перелік незаконних дій, який не є вичерпним, і на власний розсуд застосовує передбачені законом санкції залежно від конкретного випадку. Суд приймає позов про відшкодування шкоди на загальних підставах, якщо дії, що кваліфікуються як недобросовісна конкуренція, потягнули за собою шкоду. Позов подає особа, яка вважає, що до неї були застосовані методи недобросовісної конкуренції, незалежно від суми позову. Отже, суди лише розглядають подані позови, а не займаються самостійно припиненням недобросовісної конкуренції. Позови від імені держави мають свої особливості, однак за будь-яких обставин сторона, яка звертається за судовим захистом, повинна довести наявність понесених збитків. Відшкодовуються не лише фактичні збитки, а й упущена вигода.

У 2001 році були внесені зміни до законодавства ЄС щодо захисту від проявів недобросовісної конкуренції. Акт дає приклади з практики несправедливої конкуренції, залишаючи визначення масштабів і визначення цього поняття судам та юристам [12]. Оскільки ФРН є членом ЄС, то постала необхідність у приведенні німецького законодавства у відповідність до цих змін. Замість того, щоб внести зміни до чинного закону, законодавець у ФРН вирішив видати повністю новий нормативно-правовий акт. Так, 08 червня 2004 року набрав чинності Закон «Про боротьбу з недобросовісною конкуренцією».

Особливістю нового закону є те, що визначення фундаментальних термінів, що використовуються в акті, містяться у Цивільному кодексі ФРН (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Замість концепції «Добрі звичаї (Gute Sitten)» новий закон використовує поняття «несправедливість» відповідно до законодавства ЄС.

Відповідно до нового закону забороняється реклама, що вводить в оману (§ 5 UWG), регулюється порівняльна реклама (§ 6 UWG). Положення про рекламу, що вводить в оману, засноване на попередньому Акті і на формулюванні Директиви ЄС про рекламу, що вводить в оману. Пункт 5(1) UWG містить загальне положення про заборону всіх форм реклами, що вводить в оману. Пункт 5(2) UWG містить перелік критеріїв, які треба враховувати, визначаючи, чи є реклама такою, що вводить в оману, а саме: який продукт було запропоновано, обставини й умови пропозиції, рекламне твердження, зокрема будь-яка інформація, яка характеризує товари або послуги [13].

В умовах розвитку глобалізації та прагнення України до інтеграції в європейські економічні структури проблема захисту від недобросовісної конкуренції, а також питання конкурентної політики в цілому набувають нового змісту.

На рівні держави методи захисту від недобросовісної конкуренції можуть застосовуватись відповідними державними органами, наприклад контрольно-наглядовим органом, яким є Антимонопольний комітет України. Одним із методів захисту від недобросовісної конкуренції є здійснення підприємством антимонопольної діяльності, тобто діяльності окремих суб'єктів господарювання (юридичних та фізичних осіб), яка спрямована на створення та підтримку конкурентного середовища, зокрема конкурентних відносин, на певному товарному ринку через протидію неконкурентній діяльності монопольних утворень. Ступінь використання підприємством методів захисту залежить не тільки від внутрішнього середовища компанії, але й від зовнішнього середовища, оскільки захист від недобросовісної конкуренції хоч і здійснюється всередині підприємства, але результати його використання проявляються у зовнішньому середовищі, зокрема щодо контрагентів підприємства.

Хоча на сьогодні Міністерство охорони здоров'я України і створило громадську групу для проведення моніторингу даної сфери і розгляду скарг та апеляцій щодо визначення статусу лікарського засобу як такого, рекламування якого заборонено, проте її діяльність є недостатньо ефективною та потребує вдосконалення: наприклад, нарізла необхідність створення відповідних веб-сайтів для можливості відстеження здійснення заходів проти недобросовісної конкуренції у сфері медицини.

Серед охарактеризованих чинників впливу на вибір методів захисту від недобросовісної конкуренції найважливішими є: недоліки в управлінській системі; налагодження стабільних ділових стосунків з партнерами; наявність добросовісних конкурентних відносин на ринку; поінформованість суб'єктів господарювання про права щодо захисту від проявів недобросовісної конкуренції [14, с. 213].

Ефективним способом боротьби з недобросовісною конкуренцією є застосування до правопорушників відповідних санкцій. Так, у Німеччині за порушення приписів закону щодо реклами у сфері охорони здоров'я Закон про рекламу у сфері охорони здоров'я передбачає суворі адміністративно-правові та кримінально-правові санкції. Наприклад, умисне розповсюдження оманливої реклами лікарських засобів може потягти за собою кримінальну відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до одного року (§ 14 HWG). Необережне розповсюдження оманливої реклами становить склад адміністративного правопорушення і карається штрафом до двадцяти тисяч євро (§ 15 абзац 2 та абзац 3 HWG) [15].

В Україні застосовуються кримінально-правові санкції лише за вчинення дій, які передбачені ст. 231 Кримінального кодексу України. Положень щодо зловживання у сфері конкуренції шляхом оманливої, порівняльної реклами немає. Така прогалина часто використовується суб'єктами господарювання, які надають послуги у сфері медицини.

Доцільно було б створити реєстр щодо осіб, які зловживали чи зловживають у сфері господарювання (медицини) своїми повноваженнями та спричиняють недобросовісність конкуренції. Такий реєстр допоміг би споживачам уникнути таких суб'єктів господарювання в медичній сфері та самостійно, неупереджено обирати медичну послугу чи товар того чи іншого виробника.

Необхідно вдосконалити роботу системи органів захисту інтересів суб'єктів господарювання, а саме: покращити матеріально-технічне та кадрове забезпечення, викоринити корупційні прояви, вдосконалити координацію діяльності між даними органами в процесі боротьби з недобросовісною конкуренцією.

Водночас законодавством України не надане визначення недобросовісної конкуренції, що існує в галузі охорони здоров'я, а лише закріплене загальне поняття такої конкуренції в Господарському кодексі України, Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

На нашу думку, доцільно було б включити до проекту Закону України «Про заклади охорони здоров'я та медичне обслуговування» відповідні статті з визначенням понять «конкуренція», «недобросовісна конкуренція» та положеннями щодо недопущення дій, які можуть погіршити конкурентний стан на медичному ринку.

З метою недопущення дій, що можуть мати негативний вплив на конкуренцію, суб'єктам господарювання слід переглянути умови договорів про надання маркетингових послуг, які можуть призводити до встановлення економічно необґрунтованої вартості лікарських засобів. Зокрема, як свідчать результати перевірок АМКУ, іноді такі договори можуть включати послуги, які напряду належать до здійснення аптечними мережами своєї основної господарської діяльності – роздрібної торгівлі препаратами.

Отже, для того, щоб усунути всі види недобросовісної конкуренції в медичній сфері, необхідно передбачити кримінальну відповідальність за вчинення дій, що її спричиняють, заходи щодо перешкоджання недобросовісній конкуренції, створення з ініціативи державних органів відповідних реєстрів, веб-сайтів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про захист економічної конкуренції : Закон від 11.01.2001 № 2210-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.
3. Азоев Г. Л. Конкуренция: анализ, стратегия и практика / Г. Л. Азоев. – М.: Центр экономики и маркетинга, 1996. – 208с.
4. Пожуєв О. В. Конкуренція та конкурентна політика підприємства під впливом державного контролю / О. В. Пожуєв // Гуманітарний вісник ЗДІА. – 2010. – № 43. – С. 233–246.
5. Панченко М. Добросовісність, розумність, справедливість – правові засади цивільного права України // Підприємництво, господарство і право – 2006. – № 12. – С. 147–149.
6. Дорошук Д. У чому найчастіше проявляється «недобросовісна конкуренція» і як з нею боротися? Досвід 2012 – тенденції 2013 [Електронний ресурс] / Д. Дорошук, Л. Санжаровська-Гурлач. – Режим доступу : <http://www.legalalliance.com.ua/ukr/press/2068/>.
7. Чим займався АМКУ у 2014 р.: результати дослідження фармринку [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.apteka.ua/article/329198>
8. Постанова Вищого господарського суду України від 04.10.2011 №16/17-681-2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/H018608.html.
9. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25. – Ст. 131.
10. Дерев'яно Б. В. Щодо тенденцій формування законодавства про захист від недобросовісної конкуренції / Б. В. Дерев'яно // Право і суспільство. – 2014. – № 3. – С. 103–109.
11. Про Положення про Державну інспекцію України з питань захисту прав споживачів: Указ Президент України від 13.04.2011 № 465/2011 // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 12. – Ст. 631.
12. The New German Act Against Unfair Competition [Електронний ресурс] / J. P. Heidenreich // Сайт. – Режим доступу: <http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm>.
13. Finger M. and Sandra Schmieder The New Law Against Unfair Competition: An Assessment [Електронний ресурс] / M. Finger, Schmieder S. // Сайт. – Режим доступу: http://www.germanlawjournal.org/pdfs_Vol_06_No216_Developments_Finger_Schmieder.pdf.
14. Михальчишин Н. Л. Доступність методів від недобросовісної конкуренції суб'єктів господарювання / Н. Л. Михальчишин // Видавництво Національний університет «Львівська політехніка». – 2011. – № 4. – С. 210–216.
15. Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz), у редакції від 19.10.1994 р. (BGBl. I S. 3068) FNA 2121 –20.

РОЗДІЛ 5

ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.2+342.98

СПІВВІДНОШЕННЯ АСПЕКТІВ ПРОХОДЖЕННЯ СЛУЖБИ ПОЛІЦЕЙСЬКИМИ ТА СЕГМЕНТІВ ПРЕДМЕТА ГАЛУЗІ ТРУДОВОГО ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

COMPARISON THE ASPECTS OF THE POLICE SERVICE AND SEGMENTS OF THE SUBJECT OF LABOR LAW: FORMULATION OF THE PROBLEM

Валєєв Р.Г.,
к.пед.н., доцент

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Стаття на основі аналізу та синтезу наукової літератури та чинного законодавства визначає критерії та рівні декомпозиції предмета галузі трудового права, а також пропонує варіант співвідношення аспектів і стадій проходження служби поліцейськими із сегментами трудових відносин.

Ключові слова: декомпозиція предмету галузі трудового права, проходження служби поліцейськими.

Статья на основе анализа и синтеза научной литературы и действующего законодательства определяет критерии и уровни декомпозиции предмета отрасли трудового права, а также предлагает вариант соотношения аспектов и стадий прохождения службы полицейскими с сегментами трудовых отношений.

Ключевые слова: декомпозиция предмета отрасли трудового права, прохождение службы полицейскими.

The article deals with the comparison of some aspects of the police service and segments of the subject of labor law. It is spoken in detail the first stage at the decomposition of the subject of labor law. In this context a mention should be made individual labor relations, collective labor relations and ancillary complex relations (employment relations and relations with the supervision and monitoring of compliance with labor laws).

The author considers the second stage of decomposition of the subject of labor law. In this context a mention should be made employment relations, directly labor relations, production management relations, relations with the training and skills development directly in the workplace, relations of production democracy, labour protection, procedural relations, contractors responsibility and relations with the supervision and monitoring of compliance with labor laws.

The text gives a valuable information about the criteria of decomposition of the subject of labor law: legal facts, subjects of relations, their legal and actual content and others. These criteria are evaluated as synthetic.

Process of the police service is defined as a system of stages that generate, modify or suspend the service and the rules of labor law and police organizational and the relevant legal facts. All aspects and stages of police service recognized by certain segments of the labor relations.

The article is of interest to police officers, civil servants, lawyers, researchers and cadets of police universities.

Key words: decomposition of the subject of the labor law, process of the police service.

Кардинальні зміни в економіці, пов'язані в Україні з євроінтеграційними реформами, а в глобальному масштабі – з переходом до постіндустріальної цивілізації, невідворотно впливають на відносини щодо замовлення та виконання робіт. У цих умовах прогнозовано збільшуватиметься кількість трудових відносин, у тому числі з фірлансерами, більшість яких поки що надають послуги та виконують роботи за цивільно-правовими договорами, та з працівниками тіньового сектору національної економіки, які поки що отримують «зарплату у конвертах».

Ці чинники зумовлюють підвищену увагу до базових засад природи трудового права, його розбіжності з цивільним правом. Оскільки основною кваліфікаційною ознакою галузей права є предмет правового регулювання, лише в останні роки предмету трудового права в Україні присвятили свої дослідження С. В. Вишневецька, О. І. Жолнович, М. І. Іншин, А. В. Кацуба, С. І. Кожушко, Т. С. Новак, Г. І. Чанишева, В. В. Чечоткін, Ю. В. Чижмарь, В. І. Щербина та інші фахівці. Паралельно з цим учені (зокрема, В. С. Венедиктов, В. Я. Гоц, В. В. Гончарук, М. І. Іншин, А. Т. Комзюк, С. С. Лукаш, К. Ю. Мельник, О. М. Музичук, Л. В. Могілевський, Т. А. Пузанова) здійснили наукові розвідки службових відносин правоохоронців.

Відзначаючи беззаперечну цінність цих досліджень, висновки яких ми використовуємо, слід відзначити, що службово-трудова відносини поліцейських в контексті

декомпозиції предмета галузі трудового права ще не були предметом окремого дослідження.

Метою статті є визначення можливого співвідношення аспектів та стадій проходження служби поліцейськими із сегментами предмета галузі трудового права, для чого необхідно розв'язати наступні завдання:

1. Визначити приблизний перелік сегментів суспільних відносин, що відносять до предмета галузі трудового права.

2. Визначити коло суміжних понять, які використовуються для характеристики аспектів і стадій трудових відносин поліцейських, та запропонувати варіант співвідношення цих понять із сегментами суспільних відносин, що відносять до предмета трудового права.

Трудові відносини у найбільш узагальненому формулюванні – це відносини щодо несамоїтної найманої праці. Її особливостями є виконання роботи не власними засобами праці та із певним підпорядкуванням волі роботодавця.

Хоча у науці трудового права обґрунтовано домінує концепція «множинності (розщеплення)» трудових правовідносин [1], у той же час фахівці майже одногласно визнають, що ядром цих відносин постають трудові правовідносини у вузькому значенні – відносини між працівником і роботодавцем з приводу живої праці та її оплати. Усі інші відносини, що входять до предмету галузі, у більшості випадків характеризують/формулюють

як «похідні», «відносини допоміжного характеру», «тісно пов'язані відносини». З цього приводу відома вітчизняна дослідниця Г. І. Чанишева влучно констатує: «У цей час концепція «трудові відносини та тісно пов'язані з ними відносини» є найбільш поширеною в науковій та навчальній літературі» [2].

Визначення предмету галузі трудового права як «відносин щодо несамостійної найманої праці» або «трудових та тісно пов'язаних з ними відносин» потребує декомпозиції, розбиття на складові частини. Причому таку декомпозицію вчені здійснюють у декілька етапів/рівнів.

Ми спробуємо дослідити варіанти декомпозиції предмету галузі трудового права та запропонувати назву критерію, за яким така декомпозиція здійснена. Окремо наголосимо на важливості проблеми критеріїв декомпозиції. Сучасні дослідники ініціювали дослідження проблеми класифікації трудових правовідносин [3], і цілком зрозуміло, що обов'язково визначають при цьому критерії класифікації. Разом з тим під час декомпозиції (розбиття цілого на частини) критерії диференціації нібито є зрозумілими за умовчанням, але численні варіації результатів декомпозиції свідчать, на нашу думку, як раз про неочевидність використаних критеріїв диференціації сегментів. Проблема пов'язана з тим, що у гуманітарних науках під час декомпозиції використовується, як правило, не аналітичний критерій декомпозиції (у нашому випадку, наприклад: суб'єкти чи об'єкти відносин, їхній юридичний зміст), а синтетичні критерії, що поєднують декілька ознак виокремлених відносин.

Авторитетні фахівці, М. І. Іншин і В. І. Щербина, наводять варіант виокремлення ще радянським вченим В. І. Поповим власне трудових, майново-трудових та організаційно-трудових відносин [4]. Нам видається незрозумілими критерії розмежування зазначених груп відносин, хоча, ймовірно, ним є об'єкт правовідносин.

Вітчизняний науковець О. І. Процевський пропонував дещо інший підхід до визначення предмету галузі, орієнтуючись на функціональні особливості сфери праці: «предмет трудового права складають суспільні відносини, що виникають із застосування, організації, управління та оцінки фізичної і розумової праці людини» [5].

Сучасний російський правознавець А. В. Кузьменко предмет трудового права пропонує декомпонувати на три складові: індивідуальні, колективні та допоміжно-забезпечувальні відносини [6, с. 46]. Нам цей варіант вдається доречним, хоча в основу такої декомпозиції покладено не аналітичний критерій, а синтетичний – правова природа відповідних відносин. Останній сегмент трудових відносин можна також визначити як комплексні правовідносини, врегульовані різними галузями права.

Не суперечить такому підходу позиція Г. І. Чанишевої, яка групує відносини, що будуть врегульовано Трудовим кодексом України, на чотири групи: відносини з працевлаштування, індивідуальні трудові відносини, колективні трудові відносини, відносини з нагляду та контролю за дотриманням трудового законодавства [2]. У цьому підході, на нашу думку, також використано синтетичний критерій диференціації: суб'єкти відносин (в першу чергу для розмежування індивідуальних та колективних трудових відносин) та комплексний міжгалузевий характер врегулювання двох інших груп – відносин з працевлаштування та контроль-наглядових відносин.

Позиція української вченої О. І. Жолнович відрізняється тим, що вона включає до сегменту індивідуальних відносин, крім «відносин найманої праці, що виникають на підставі укладеного трудового договору між працівником і роботодавцем» ще й «відносини, пов'язані з підготовкою кадрів безпосередньо на виробництві», відмежовуючи від них «другий блок» – відносини між колективними суб'єктами [7]. Крім того, дослідниця визначає критерії диференціації індивідуальних трудових відносин та ко-

лективно-трудових правовідносин: підстави виникнення, суб'єктний склад, зміст, сфера дії.

Три останні наведені вище варіанти першого рівня декомпозиції предмета галузі трудового права обов'язково включають індивідуальні та колективні трудові відносини (іноді останні йменуються соціально-партнерськими відносинами). Погодимося, що «у сучасний період концепція предмета трудового права як сукупність індивідуальних і колективних трудових відносин обґрунтована в науковій і навчальній літературі з урахуванням міжнародних трудових стандартів, законодавчого досвіду країн із розвинутою ринковою економікою» [2].

Критерієм відмежування індивідуальних відносин є те, що їх суб'єктами є лише працівники та роботодавці. Іншим критерієм є фактичний зміст цих сегментів відносин. Як зазначають фахівці, «зміст перших відносин – безпосередня трудова діяльність робітників і службовців ... Зміст других – участь трудящих в управлінні виробництвом» [4].

Г. І. Чанишева із певними застереженнями наводить найпростіше визначення колективних трудових відносин, що було запропоновано в одному із проектів Трудового кодексу України: «відносини між найманими працівниками та їх представницькими органами (представниками), з одного боку, і роботодавцями та їх представницькими органами – з іншого» [2]. Також учена пропонує авторську, більш виважену дефініцію, визначаючи колективні трудові відносини як «суспільні відносини, що виникають між суб'єктами соціального діалогу при реалізації колективних трудових прав та інтересів, а також при вирішенні трудових спорів» та зазначаючи важливу ознаку розмежування: «на відміну від індивідуальних, колективні трудові відносини виникають і функціонують і на інших, крім виробничого, рівнях – національному, галузевому, територіальному» [2]. Отже, дослідниця доречно використовує синтетичний критерій диференціації, який поєднує особливості суб'єктів («сторони соціального діалогу»), фактичного змісту («при реалізації колективних трудових прав»), «при вирішенні трудових спорів», «на різних рівнях»).

Переходячи до другого рівня декомпозиції предмету трудового права, погодимося із висновком дослідниці: «щодо переліку і змісту відносин, тісно пов'язаних з трудовими, існують різні погляди, але всі автори сходяться на тому, що внаслідок їх нерозривного зв'язку з власне трудовими відносинами вони також належать до предмету трудового права» [2]. Приблизний перелік сегментів відповідних відносин обов'язково надається у кожному підручнику з трудового права, оскільки засвоєння відповідних знань невідворотно входить до змісту однойменної навчальної дисципліни. Наведемо вдалий, на нашу думку, перелік відносин, запропонований М. І. Іншином та В. І. Щербиною, за висновком яких «предмет трудового права повинні становити:

- суспільні відносини з працевлаштування;
- трудові відносини;
- виробничі відносини, тобто відносини з організації роботодавцем праці працівників та управління спільним процесом праці;
- відносини з професійної підготовки та підвищення кваліфікації кадрів безпосередньо на виробництві;
- відносини виробничої демократії, тобто відносини за участі працівників, їхніх колективів та органів представництва в управлінні виробництвом, встановленні умов праці, захисті прав і законних інтересів працівників;
- відносини з охорони праці та створення для працівників безпечного і комфортного виробничого середовища;
- процесуальні відносини, тобто відносини з вирішення трудових спорів;
- відносини з нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства;

– охоронні відносини, тобто відносини із реалізації примусових заходів та запобігання правопорушенням у сфері суспільної організації праці» [4].

Останній проект Трудового кодексу України у частині другій ст. 1 перераховує завдання врегулювати відносини щодо: реалізації права на працю; умов праці; організації та управління працею; професійного навчання, перепідготовки та підвищення кваліфікації; забезпечення договірних регулювань умов праці; відповідальності роботодавців і працівників; вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів; нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства.

Щодо деяких з цих сегментів є певні застереження фахівців. Зокрема, щодо формулювання останнього сегменту, за слушним висновком Г. І. Чанишевої, «з приводу умов праці можуть виникати дві групи суспільних відносин: щодо встановлення умов праці та щодо застосування встановлених умов праці» [4]. Оскільки відносини зі встановлення умов праці є колективними за своєю природою, дослідниця вважає цей сегмент тотожним іншому визначеному у проекті Кодексу – «забезпечення договірних регулювань умов праці».

Н. Б. Болотіна (як, до речі, й інші відомі науковці) вважає, що відносини працевлаштування «є комплексними за своєю юридичною природою і входять у предмет інших галузей права і лише невеликою своєю частиною – до предмета трудового права» [8, с. 62]. Також дослідниця слушно підтримує висновок А. Р. Мацюка про те, що «відносини з нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства належать до предмета не трудового, а адміністративного права» [8, с. 63].

Комплексними за своєю правовою природою обгрунтовано визнає відносини з професійної підготовки на виробництві Г. І. Чанишева, зазначаючи, що «до предмета трудового права слід віднести тільки відносини щодо професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників безпосередньо в даного роботодавця» [2].

Вітчизняна дослідниця О. І. Жолнович робить висновок про недоцільність виокремлення відносин щодо вирішення індивідуальних трудових спорів у окрему групу. На її думку, «ці відносини успішно вписуються у структуру соціально-партнерських відносин, де мають зайняти належне місце серед інших колективно-договірних відносин» [7].

Ми також не впевнені, що використане у проекті Трудового кодексу України формулювання «відносини щодо реалізації права на працю» є тотожним за обсягом із трудовими відносинами у вузькому розумінні терміну або навіть з усіма індивідуальними трудовими відносинами.

З точки зору окремих науковців, служба в ОВС регламентується не законодавством про працю, а лише спеціальним законодавством. Основними його джерелами є Закон України «Про Національну поліцію» [9], Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України [10], Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом ОВС [11].

Але ми поділяємо позицію інших фахівців, які вважають, що згідно з ч. 1 ст. 3 КЗпП України законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої приналежності та, відповідно до змін, внесених до ст. 3 КЗпП Законом від 20 березня 1991 року, працівників ОВС не віднесено до осіб, на яких КЗпП України свою дію не поширює.

Варто погодитись із Л. В. Могілевським, що «у жодному з правових актів, які регулюють трудові та службово-трудова відносини, так і не встановлено чітких меж загального і спеціального правового регулювання службово-трудова відносин» [12]. Учений пропонує включити «до КЗпП України та до проекту Трудового Кодексу

України норму із вказівкою на те, що службово-трудова відносини регулюються спеціальним законодавством, а в частині забезпечення, реалізації та захисту прав і свобод громадян, дотримання правових гарантій, встановлених державою – також чинним кодексом та іншими законами» [12].

Службу в ОВС можна визначити як різновид державної служби особливого характеру, що відбувається в спеціалізованому органі виконавчої влади та здійснюється поліцейськими з метою забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку. Відповідно до ст. 59 Закону України «Про Національну поліцію» [9], час проходження служби в поліції зараховується до страхового стажу, стажу роботи за спеціальністю, а також до стажу державної служби.

Водночас, поняття «проходження державної служби» ще не має однозначного тлумачення у сучасній науці. Зокрема, найбільш стислі визначення пропонують Д. М. Бахрах, розуміючи її як динаміку службового статусу особи, що обіймає державну посаду, тобто процес перебування на посаді, його службову кар'єру [13, с. 128] та О. П. Ноздрачов: «будь-які переміщення на державній службі після первинного призначення на державну посаду» [14, с. 78]. Ю. М. Старилов у визначенні проходження служби згадує його окремі стадії: «тривалий процес, що починається з виникнення державно-службових відносин, тобто з моменту заміщення посади державного службовця, з подальшим переміщенням працівника по службі, проведенням оцінки і атестації службовців, і закінчується припиненням державно-службових відносин» [15, с. 213]. Безпосередньо проходження служби в ОВС О. М. Музичук визначає як «сукупність організаційно-правових норм (правил і процедур), які породжують, змінюють або припиняють державно-службові правовідносини, обов'язковим суб'єктом яких є особа рядового чи начальницького складу ОВС» [16]. Фахівці КНУВС у фондovій лекції визначають проходження служби в ОВС як сукупність юридичних фактів, що тягнуть за собою зміни службово-правового положення працівників ОВС, включаючи до неї зарахування в кадрові; призначення на посаду; присвоєння спеціального звання; службове атестування; переміщення по службі; звільнення з ОВС.

Отже, в науці наявний процесуальний підхід до дефініції, коли проходження служби трактується як процес, послідовність стадій, сукупність юридичних фактів, а також підхід до розуміння проходження служби як системи юридичних норм, що регламентують відповідний процес.

Враховуючи, що ці два підходи відображають різні аспекти проходження служби (її статичну та динаміку) та намагаючись їх інтегрувати, визначимо проходження служби поліцейськими як сукупність стадій, які породжують, змінюють чи припиняють службові відносини поліцейських та систему організаційно-правових норм, що регулюють ці стадії та відповідні юридичні факти.

Особливостями проходження служби в ОВС слід визнати те, що воно регулюється правовими нормами різних галузей права (адміністративної та трудової), а його суб'єктами є особи рядового та начальницького складу ОВС. Щодо першої особливості, то ми погодимось із позицією О. М. Музичука, який виокремлює дві ознаки правовідносин щодо проходження служби в ОВС: 1) регламентовані адміністративно-правовими нормами; 2) врегульовані нормами трудового права (зокрема, встановлення робочого часу та часу відпочинку, грошове та матеріальне забезпечення, сумісництво тощо) [16].

Щодо критерію розмежування цих відносин на адміністративно-правові та трудові, ми поділяємо думку В. С. Венедиктова, М. І. Іншина, які диференціюють їх на «1) відносини державних службовців за межами певної організації, з іншими особами (в рамках адміністративних правовідносин); 2) діяльність державних службовців

в межах державної організації, де вони займають посади (саме трудові правовідносини)» [17, с. 32].

Вказані фахівці доречно пропонують до зовнішньої сфери діяльності працівників державних інституцій застосувати термін «державно-службові відносини», а до внутрішньої сфери їхнього функціонування вживати термін «службово-трудові відносини» [17, с. 32-38].

До аспектів (стадій) проходження служби фахівці відносять: 1) прийняття на державну службу (призначення на посаду); 2) прийняття присяги; 3) порядок присвоєння спеціальних звань; 4) стажування; 5) встановлення умов проходження державної служби, зокрема визначення посадових повноважень та відповідальності, режиму робочого часу та часу відпочинку (відпусток), грошового та матеріального забезпечення тощо; 6) забезпечення безпеки під час виконання службових обов'язків; 7) соціально-правовий захист службовців; 8) організацію професійної підготовки службовців; 9) сумісництво; 10) заохочення та стягнення; 11) оцінювання професійної діяльності; 12) просування (переміщення) по службі; 13) припинення державної служби; 14) інститути відрядження та прикомандирування.

Спробуємо у таблиці запропонувати варіант співвідношення цих аспектів із сегментами предмета галузі трудового права.

Наприкінці хочемо зазначити, що, хоча наша стаття присвячена розумовій операції декомпозиції, але нам видається, що *de facto* у науці більш виражено відбувається протилежний процес – сходження до визначення предме-

ту галузі трудового права через узагальнення ознак різних видів правовідносин, фактично врегульованих трудовим законодавством.

З урахуванням викладеного можемо зробити наступні висновки:

1. Під час декомпозиції предмету галузі трудового права фахівці використовують синтетичний критерій диференціації, який поєднує особливості підстав виникнення, суб'єктного складу, юридичного та фактичного змісту правовідносин та їхньої правової природи.

2. На першому етапі (рівні) декомпозиції варто виокремити такі складові: індивідуальні трудові відносини, колективні трудові відносини та допоміжно-забезпечувальні (комплексні) відносини або диференціювати останній сегмент на відносини з працевлаштування та відносини з нагляду та контролю за дотриманням трудового законодавства.

3. Проходження служби поліцейськими можна визначити як сукупність стадій, які породжують, змінюють чи припиняють службово-трудові відносини поліцейських та систему організаційно-правових норм, що регулюють ці стадії та відповідні юридичні факти.

4. Усі аспекти та стадії проходження служби можна віднести до певних сегментів трудових правовідносин.

Подальшого дослідження потребують проблеми створення каталогу основних інститутів кожного сегменту трудових правовідносин та визначення особливостей окремих аспектів і стадій службово-трудових відносин поліцейських.

Таблиця 1

Співвідношення аспектів (стадій) проходження служби із сегментами трудових відносин

Варіант декомпозиції М. І. Іншина	Проект Трудового кодексу України	Аспекти (стадії) проходження служби
суспільні відносини з працевлаштування		прийняття на державну службу (призначення на посаду); прийняття присяги
трудові відносини	відносини реалізації права на працю	просування (переміщення) по службі; припинення державної служби; сумісництво; інститути відрядження та прикомандирування
виробничі відносини, тобто відносини з організації роботодавцем праці працівників та управління спільним процесом праці	організації та управління працею; умов праці	встановлення умов проходження державної служби, зокрема визначення посадових повноважень та відповідальності, режиму робочого часу та часу відпочинку (відпусток), грошового та матеріального забезпечення тощо; порядок присвоєння спеціальних звань; оцінювання професійної діяльності
відносини з професійної підготовки та підвищення кваліфікації кадрів безпосередньо на виробництві	професійного навчання, перепідготовки та підвищення кваліфікації	організація професійної підготовки службовців; стажування
відносини виробничої демократії, тобто відносини за участі працівників, їхніх колективів та органів представництва в управлінні виробництвом, встановленні умов праці, захисті прав і законних інтересів працівників	забезпечення договірного регулювання умов праці	
відносини з охорони праці та створення для працівників безпечного і комфортного виробничого середовища		забезпечення безпеки під час виконання службових обов'язків
процесуальні відносини, тобто відносини з вирішення трудових спорів	вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів	
відносини з нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства	нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства	
охоронні відносини, тобто відносини із реалізації примусових заходів та запобігання правопорушенням у сфері суспільної організації праці	відповідальності роботодавців і працівників	заохочення та стягнення

ЛІТЕРАТУРА

1. Вишневецька С. В. Теоретико-методологічний аспект науки трудового права / С. В. Вишневецька // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 46. – С. 61–67 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.apdp.in.ua/v46/11.pdf>
2. Чанишева Г. І. Сфера дії трудового права за проектом Трудового кодексу України / Г. І. Чанишева // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 46. – С. 9–15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.apdp.in.ua/v46/02.pdf>
3. Чечоткін В. Види і класифікація правовідносин, що становлять предмет трудового права / В. Чечоткін // Публічне право. – 2013. – № 2 (10). – С. 247–253.
4. Іншин М. Сучасне бачення предмета трудового права України / М. Іншин, В. Щербина // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 201–208.
5. Процевський О. І. Про предмет трудового права України / О. І. Процевський // Право України. – 2001. – № 12. – С. 81–86.
6. Кузьменко А. В. Предмет трудового права России : опыт системно-юридического исследования / А. В. Кузьменко. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005.
7. Жолнович О. І. Предмет трудового права як критерій систематизації галузевих норм / О. І. Жолнович // Науковий часопис Хмельницького університету управління і права «Університетські наукові записки». – 2006. – Вип. 3-4. – С. 271–276 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.univer.km.ua/visnyk/1159.pdf>
8. Болотіна Н. Б. Трудове право України : навчальний посібник / Н. Б. Болотіна. – К. : Знання, 2008. – 375 с.
9. Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 року № 580-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 40-41. – Ст. 379.
10. Про Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ : Закон України від 22 лютого 2006 року № 3460-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 29. – Ст. 245.
11. Про затвердження Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ : Постанова Кабінету Міністрів УРСР від 29 липня 1991 року № 114 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/114-91-p>
12. Могілевський Л. В. Щодо захисту трудових прав працівників органів внутрішніх справ України в сучасних умовах / Л. В. Могілевський // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 641–647 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2010-4/10mlvvcu.pdf>
13. Бахрах Д. Н. Административное право : учеб. для вузов / Д. Н. Бахрах. – М. : БЕК, 1997. – 369 с.
14. Ноздрачев А. Ф. Государственная служба : учеб. для подг. гос. служащих / А. Ф. Ноздрачев. – И. : Статут, 1999. – 551 с.
15. Стариков Ю. Н. Служебное право : Учебник / Ю. Н. Стариков. – М. : БЕК, 1996. – 698 с.
16. Музичук О. М. Сутність та особливості проходження служби в ОВС України / О. М. Музичук // Форум права. – 2006. – № 2. – С. 98–102 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2006-2/06tomvou.pdf>
17. Венедиктов В. С. Статус працівників органів внутрішніх справ України як державних службовців : науково-практ. посіб. / В. С. Венедиктов, М. І. Іншин. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2003. – 221 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.yourfuture.org.ua/storage/books/status_umvs.pdf

ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ ПРИ ВИРІШЕННІ КОЛЕКТИВНИХ ТРУДОВИХ СПОРІВ (КОНФЛІКТІВ)

LEGAL ASPECTS OF IMPLEMENTATION OF SOCIAL DIALOGUE SETTLING COLLECTIVE LABOR DISPUTES (CONFLICTS)

Люблін В.Д.,
к.ю.н., доцент кафедри філософії

Львівський національний університет ветеринарної медицини та біотехнологій імені С.З. Гжицького

Тацишин І.Б.,
к.ю.н., доцент кафедри філософії

Львівський національний університет ветеринарної медицини та біотехнологій імені С.З. Гжицького

Стаття присвячена визначенню правових аспектів реалізації соціального діалогу при вирішенні колективних трудових спорів (конфліктів) загалом та між спільним представницьким органом репрезентативних всеукраїнських об'єднань профспілок на національному рівні та Кабінетом Міністрів України зокрема зі з'ясуванням проблемних питань та шляхів їх вирішення.

Ключові слова: соціальна держава, репрезентативність, колективний трудовий спір, правове забезпечення соціального діалогу, соціальний діалог.

Статья посвящена определению правовых аспектов реализации социального диалога при решении коллективных трудовых споров (конфликтов) в целом и между совместным представительским органом репрезентативных всеукраинских объединений профсоюзов на национальном уровне и Кабинетом Министров Украины в частности с выяснением проблемных вопросов и путей их решения.

Ключевые слова: социальное государство, репрезентативность, трудовой спор, правовое обеспечение социального диалога, социальный диалог.

The article is devoted to defining the legal aspects of the social dialogue in resolving collective labor disputes (conflicts) in general and at national level between the joint representative body of national representative trade unions at the national level and the Cabinet of Ministers of Ukraine with the definition of problems and solutions.

Social dialogue is an unconditional prerequisite for economic and social development of Ukraine and plays a key role in resolving the economic, social and labor relations in socially heterogeneous society and is an integral part in solving collective labor disputes (conflicts) on the production, territorial, sectoral and national levels.

The implementation of social dialogue between representatives of executive authorities, employers (enterprises, institutions and organizations all forms of property) and wage labor, ie workers in resolving collective labor disputes, is extremely important in Ukraine because of the long-term political and economic crisis and stay state virtually war. The absence of decisions on issues of employees leads to protests (rallies, demonstrations, picketing, overlapping roads etc.) that took place in 2015 virtually on the whole territory of Ukraine. These factors do not contribute to improving the investment climate, industrial development, stabilization of the banking and financial systems, improving social standards and safeguards in the state, but rather encourages society to radical actions, which have no place in a civilized democratic European state.

A necessary condition for the proper implementation of social dialogue in resolving collective labor disputes (conflicts) is the proper regulatory support and practical steps of the parties to achieve social, economic and other compromises based on principles of equality, openness and the reality of actions in order to achieve positive results.

Key words: social state representation, collective labor dispute, legal support of a social dialogue, social dialogue.

Соціально-економічний стан України вимагає гармонізації інтересів різних соціальних груп та державних органів у безконфліктний спосіб, що повинна забезпечити ефективна державна соціальна політика, спрямована на пошук взаємовигідних компромісів.

За даними Федерації професійних спілок України, упродовж 2015 року відбулось 18 страйків та 62 акції соціального протесту (в т.ч. 2 – на національному, 5 – на територіальному рівнях), у яких взяли участь майже 34 тис. найманих працівників. Причиною таких протестних дій є заборгованість із виплати заробітної плати, що сягає мільйонів, а подекуди й десятків мільйонів гривень [1].

У контексті останніх подій, зокрема обговорення проекту Трудового кодексу України, нововведень у пенсійно-умов надання, збільшення вартості комунальних послуг, соціальне напруження громадян України зростає і проявляється у різного роду масових акціях – мітингах, акціях протесту, пікетах тощо.

Метою статті є дослідження правового забезпечення соціального діалогу при вирішенні колективних трудових спорів (конфліктів) з урахуванням наявного нормативно-правового забезпечення, визначення проблемних питань та надання пропозицій.

Соціальний діалог, як система відносин між найманими працівниками (їх представниками – профспілко-

вими організаціями та їх об'єднаннями), роботодавцями (їх представниками – організаціями роботодавців і їх об'єднаннями) та органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування і система запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів), має одну мету – забезпечення соціального миру у сфері суспільної праці як основи стабільності, сталого соціально-економічного розвитку окремих підприємств, галузей, територій і держави в цілому в інтересах працівників, роботодавців та суспільства. Мета досягається ідентичними методами організаційно-правового характеру. Основним методом досягнення мети є активна взаємодія сторін соціального діалогу – суб'єктів соціально-трудових відносин, які можуть бути сторонами колективних трудових спорів (конфліктів). Така взаємодія спрямована на узгодження їхніх соціально-економічних інтересів, усунення чинників дестабілізації соціально-трудових відносин за допомогою локальної нормотворчості [2].

В Україні підвалини правового регулювання соціального діалогу були закладені Указом Президента України від 29.12.2005 «Про розвиток соціального діалогу в Україні», згідно з яким з метою підвищення ролі професійних спілок і організацій роботодавців та їх об'єднань у формуванні економічної та соціальної політики держави, подальшого розвитку соціального діалогу як одно-

го з головних чинників забезпечення соціальної стабільності, розвитку громадянського суспільства, запобігання суспільним конфліктам було утворено при Президентові України Національну тристоронню соціально-економічну раду як консультативно-дорадчий орган [3].

Поряд із цим, безперечно, соціальний діалог потребував врегулювання на законодавчому рівні, що і було реалізовано Верховною Радою України шляхом ухвалення Закону України «Про соціальний діалог в Україні» від 23.12.2010 № 2862-VI.

Даний законодавчий акт визначає, що соціальний діалог – це процес визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та ухвалення узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, з питань формування та реалізації державної соціальної та економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин [4, ст. 1].

Соціальний діалог повинен ґрунтуватися на таких принципах: законності та верховенства права; репрезентативності і правоможності сторін та їх представників; незалежності та рівноправності сторін; конструктивності та взаємодії; добровільності та прийняття реальних зобов'язань; взаємної поваги та пошуку компромісних рішень; обов'язковості дотримання досягнутих домовленостей; відповідальності за виконання прийнятих зобов'язань [4, ст. 3].

Закон України «Про соціальний діалог в Україні» врегульовує питання, які стосуються рівнів та сторін соціального діалогу (на національному рівні, на галузевому рівні, на територіальному рівні, на локальному рівні); репрезентативності, тобто можливості бути суб'єктом соціального діалогу на різних рівнях; форми здійснення соціального діалогу (обмін інформацією; консультації; узгоджувальні процедури; колективні переговори з укладення колективних договорів і угод); органів соціального діалогу (Національна тристороння соціально-економічна рада та територіальні тристоронні соціально-економічні ради) та їх компетенції і повноважень та ін.

Беручи до уваги положення Закону України «Про соціальний діалог», можна дійти висновку про існування в Україні класичної моделі соціального діалогу – трипартизму Міжнародної Організації Праці.

Трипартизм становить собою активну взаємодію уряду, роботодавців та працівників (через їх представників) як рівних і незалежних партнерів у прагненні знайти рішення з питань, що становлять взаємний інтерес [5, с. 407].

Колективний трудовий спір (конфлікт) – це розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудових відносин, щодо [6, ст. 2]:

- а) встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту;
- б) укладення чи зміни колективного договору, угоди;
- в) виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень;
- г) невиконання вимог законодавства про працю.

Сторонами колективного трудового спору (конфлікту) є [6, ст. 3]:

- а) на виробничому рівні – наймані працівники (окремі категорії найманих працівників) підприємства, установи, організації чи їх структурних підрозділів або первинна профспілкoва чи інша уповноважена найманими працівниками організація та роботодавець. За дорученням інтереси роботодавця у колективному трудовому спорі (конфлікті) може представляти інша особа, організація роботодавців, об'єднання організацій роботодавців;
- на галузевому, територіальному рівнях – наймані працівники підприємств, установ, організацій однієї або

декількох галузей (професій) або адміністративно-територіальних одиниць чи профспілки, їх об'єднання або інші уповноважені цими найманими працівниками органи та організації роботодавців, їх об'єднання або центральні органи виконавчої влади, або місцеві органи виконавчої влади, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці;

– на національному рівні – наймані працівники однієї або декількох галузей (професій) чи профспілки або їх об'єднання чи інші уповноважені найманими працівниками органи та всеукраїнські об'єднання організацій роботодавців або Кабінет Міністрів України.

Розгляд колективного трудового спору (конфлікту) здійснюється примирною комісією чи трудовим арбітражем.

З метою сприяння поліпшенню трудових відносин та запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів), їх прогнозування та сприяння своєчасному їх вирішенню, здійснення посередництва для вирішення таких спорів (конфліктів) Президентом України створена Національна служба посередництва і примирення, яка діє відповідно до Положення «Про національну службу посередництва та примирення», затвердженого Указом президента України від 17.11.1998 № 1258/98 [7].

До компетенції Національної служби посередництва і примирення належить:

- здійснення реєстрації висунутих працівниками вимог та колективних трудових спорів (конфліктів);
- аналіз вимог, виявлення та узагальнення причин колективних трудових спорів (конфліктів), підготовка пропозицій для їх усунення;
- підготовка посередників та арбітрів, які спеціалізуються на вирішенні колективних трудових спорів (конфліктів);
- формування списків арбітрів та посередників;
- перевірка (в разі необхідності) повноважень представників сторін колективного трудового спору (конфлікту);
- посередництво у вирішенні колективного трудового спору (конфлікту);
- залучення до участі в примирних процедурах народних депутатів України, представників державної влади, органів місцевого самоврядування.

За інформацією Федерації Профспілок України, упродовж 2015 року в результаті спільних заходів, здійснених із Національною службою посередництва і примирення (далі по тексті – НСПП) у ході сприяння вирішенню колективних трудових спорів (конфліктів) та запобігання їх виникненню, погашено заборгованість із виплати заробітної плати в сумі 617 млн. 128,9 тис. грн. або 70 % від загальної суми боргу (881 млн. 56,9 тис. грн.), що стала основною причиною виникнення спорів та конфліктних ситуацій.

За цей період НСПП проведено 2081 примирну процедуру з метою сприяння вирішенню колективних трудових спорів (конфліктів) та запобігання їх виникненню, зокрема: 1882 узгоджувальні зустрічі, 168 засідань примирних комісій та 31 засідання трудового арбітражу.

Протягом 2015 року НСПП сприяла вирішенню 188 колективних трудових спорів (конфліктів) (3 – на національному, 4 – на галузевому, 7 – на територіальному, 174 – на виробничому рівнях), участь у яких брали близько 1,3 млн. працівників 8340 суб'єктів господарювання.

Загалом у зазначених 188 спрах найманими працівниками було висунуто 480 вимог, з яких [1]:

- 237 (49,4 %) – щодо невиконання вимог законодавства про працю;
- 196 (40,8 %) – щодо виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень;
- 41 (8,5 %) – щодо встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту;

– 6 (1,3 %) – щодо укладення або зміни колективного договору, угоди.

Беручи до уваги наведений вище правовий механізм та статистику вирішення колективних трудових спорів, вважаємо за необхідне проаналізувати вирішення колективного трудового спору на національному рівні між спільним представницьким органом репрезентативних всеукраїнських об'єднань профспілок на національному рівні та Кабінетом Міністрів України, що зареєстрований згідно з розпорядженням Національної служби посередництва та примирення від 30.04.2015 № 111-р [8].

Спільний представницький орган репрезентативних всеукраїнських об'єднань профспілок (далі по тексту – СПО об'єднань профспілок) утворено 4 вересня 2012 року на виконання Законів України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про соціальний діалог в Україні», «Про колективні договори та угоди», Конвенції МОП № 98, 144, 154 шляхом підписання угоди з Федерацією профспілок України, Конфедерацією вільних профспілок України, Федерацією профспілок транспортників України, Об'єднанням всеукраїнських автономних профспілок, Об'єднанням всеукраїнських профспілок і профоб'єднань «Єдність» з метою вироблення консolidованої позиції та спільних дій щодо: формування та реалізації державної соціальної і економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин та забезпечення підвищення рівня і якості життя громадян, соціальної стабільності в суспільстві, забезпечення представництва і захисту прав та інтересів працівників у відносинах з органами державної влади, об'єднаннями організації роботодавців, а також при укладенні та реалізації Генеральної угоди, забезпечення участі у соціальному діалозі на національному рівні та міжнародних заходах.

До зареєстрованих вимог СПО об'єднань профспілок, згідно з поданням від 28.04.2015 № 04-18/541 [8], належать такі:

1. Внести на розгляд Верховної Ради України законопроект щодо підвищення з 1 липня, 1 грудня 2015 року розміру прожиткового мінімуму, мінімальної заробітної плати та прийняття Постанови Кабінету Міністрів України щодо збільшення посадового окладу (тарифної ставки) працівників першого тарифного розряду Єдиної тарифної сітки з метою відповідної компенсації їх інфляційного знецінення у 2014–2015 роках.

2. Забезпечити до 1 липня 2015 року проведення індексації грошових доходів населення для забезпечення ефективного захисту трудових доходів, пенсій, соціальних доплат та страхових виплат в умовах високого рівня інфляції.

3. Забезпечити до 1 липня 2015 року погашення заборгованості з виплати заробітної плати в повному обсязі на державних підприємствах та підприємствах, у яких частка майна належить державі. Вжити вичерпних заходів для погашення заборгованості із заробітної плати на підприємствах інших форм власності.

4. Забезпечити дієвий державний нагляд та контроль за додержанням законодавства у сфері трудових відносин, охорони праці та гігієни праці з метою попередження правопорушень, зниження рівня виробничого травматизму і професійних захворювань, нелегальної зайнятості та «тіньової» виплати заробітної плати. З метою протидії масовим порушенням трудових прав усунути невиконання Україною Конвенції МОП 81 та 129 про інспекцію праці, для чого з першого півріччя 2015 року привести нормативно-правові акти України у відповідність до норм указаних Конвенцій, гарантувати вільний, безперешкодний доступ державних інспекторів праці до об'єктів перевірки і робочих місць, необхідну їх кількість та достатнє матеріально-фінансове забезпечення Державної служби України з питань праці.

5. Підтримати законопроекти № 2245 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо надан-

ня соціальних послуг) і № 2296 «Про внесення змін до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування», які перебувають на розгляді Верховної Ради України, щодо відновлення з 1 червня 2015 року санаторно-курортного лікування застрахованих осіб і оздоровлення дітей як ефективного засобу профілактики захворювань і збереження трудового потенціалу нації. За результатами внести відповідні зміни до бюджету Фонду соціального страхування України.

6. Внести законодавчі пропозиції щодо відновлення з 1 січня 2016 року соціальних прав та соціальних гарантій працівників, пенсіонерів, чорнобильців, дію яких призупинено та скасовано у 2015 році.

7. Забезпечити виконання п. 6.3 Генеральної угоди про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2010–2012 роки щодо здійснення соціального діалогу у процесі розроблення проектів законів України та інших нормативно-правових актів у сфері соціальних, економічних, трудових відносин, а також соціального захисту та досягнення узгодження інтересів і позицій Сторін Угоди.

З метою забезпечення представництва інтересів Кабінету Міністрів України та оперативного вирішення питань щодо формування примирних органів у ході розв'язання колективного трудового спору надано повноваження Міністру соціальної політики України п. П.В. Розенку [9].

Проводячи аналіз реалізації соціального діалогу щодо виконання вимог СПО об'єднань профспілок, можна дійти таких висновків:

Прожитковий мінімум та мінімальна заробітна плата були підвищені в 2015 році лише один раз із 1 вересня 2015 року, що з огляду на індекс інфляції за 2015 рік (143%) є абсолютно недостатнім та веде до зменшення платоспроможності та захищеності найманих працівників. Надалі залишається невирішеним питання обрахунку прожиткового мінімуму на реальних вартісних показниках наборів продуктів харчування, непродовольчих товарів та мінімального набору послуг, що склались у 2015 році, що призводить до затвердження занижених показників.

Щодо вимоги до 1 липня 2015 року проведення індексації грошових доходів населення для забезпечення ефективного захисту трудових доходів, пенсій, соціальних доплат та страхових виплат, то склалася ситуація, яка ставить під сумнів існування соціального діалогу з органами виконавчої влади, оскільки відповідно до листа Міністерства фінансів України від 24.06.2015 № 31-09010-09-8/21023 «Про індексацію грошових доходів населення», оскільки проведення у 2015 році індексації грошових доходів населення має здійснюватися після прийняття Кабінетом Міністрів України постанови, яку, відповідно до абзацу другого пункту 9 розділу «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2015 рік», Кабінету Міністрів України доручено розробити та затвердити у 2015 році. Дане роз'яснення Міністерства фінансів України не є нормативно-правовим актом і не має жодних юридичних наслідків, оскільки Закон України «Про індексацію грошових доходів населення» продовжував діяти, як і Порядок проведення індексації грошових доходів населення, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17.07.2003 № 1078. Станом на 1 січня 2016 року така постанова не розроблена та не затверджена, але даний лист спровокував відмову роботодавців державного сектору економіки здійснювати нарахування та виплату індексації найманим працівникам, що спровокувало масові акції протесту, оскільки в працівників бюджетної сфери розмір індексації становить третню частину заробітної плати.

Заборгованість із виплати заробітної плати до 1 липня 2015 року не погашено, а існують тенденції до її збільшення, що вивело на акції протестів (мітинги, демонстрації, пікетування, перекривання доріг та ін.) найманих працівників фактично по всій території України.

Відповідно до пункту 8 Прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28.12.2014 № 76-VIII дія мораторію на проведення перевірок, встановленого цим Законом, закінчилася 30 червня 2015 року. Але, відповідно до Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» від 28.12.2014 № 71-VIII, згідно з п. 3 Прикінцевих положень даного Закону, у 2015–2016 роках перевірки підприємств, установ та організацій, фізичних осіб – підприємців з обсягом доходу до 20 мільйонів гривень за попередній календарний рік контролюючими органами здійснюються виключно з дозволу Кабінету Міністрів України, за заявою суб'єкта господарювання щодо його перевірки, згідно з рішенням суду або згідно з вимогами Кримінального процесуального кодексу України. Відповідна норма закону викликала протилежні думки органів державної влади щодо можливості Державної служби України з питань праці здійснювати перевірки дотримання законодавства у сфері трудових відносин, охорони праці та гігієни праці,

що призвело до фактичної вимушеної бездіяльності державних інспекторів праці у 2015 році.

Щодо решти вимог СПО об'єднань профспілок слід дійти висновку про фактичну відсутність будь-яких чітких дій, що були б спрямовані на їх виконання.

Висновки. Соціальний діалог є індикатором, який характеризує розвиток громадянського суспільства і діяльність суб'єктів соціального діалогу у запобіганні соціальним конфліктам та фактичну їх готовність до досягнення соціального компромісу. Наведений вище аналіз реалізації соціального діалогу при вирішенні колективного трудового спору свідчить про відсутність політичної волі в урядовій стороні для прийняття відповідних рішень, навпаки, прослідковується тенденція до затягування даного процесу. Одним із можливих варіантів дисциплінування сторін колективного трудового спору (конфлікту) на національному рівні, зокрема з урядової сторони, є визначення граничного строку розгляду колективного трудового спору (конфлікту) шляхом внесення імперативної норми в Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

ЛІТЕРАТУРА

1. Інформація про стан соціально-трудова відносин, колективні трудові спори (конфлікти) в Україні [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Федерації професійних спілок України. – Режим доступу: <http://www.fpsu.org.ua/napryamki-diyalnosti/virobnicha-politika-ta-kolektivno-dogovirne-regulyuvannya/9367-informatsiya-pro-stan-sotsialno-trudovikh-vidnosin-kolektivni-trudovi-spori-konflikti-v-ukrajini>
2. Рішняк М.О. Соціальний діалог між сторонами соціально-трудова відносин при запобіганні виникненню колективних трудових спорів (конфліктів) [Електронний ресурс] / М.О. Рішняк // Матеріали науково-практичної конференції «Соціальний діалог між сторонами соціально-трудова відносин при запобіганні виникненню колективних трудових спорів (конфліктів)». – Харків. – 2015. – Режим доступу: <http://www.kbuara.kharkov.ua/e-book/conf/2015-4/doc/1/13.pdf>
3. Про розвиток соціального діалогу в Україні : Указ Президента України від 29.12.2005 № 1871/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 52. – Ст. 3271.
4. Про соціальний діалог: Закон України від 23.12.2010 № 2862-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 3. – Ст. 168.
5. Глосарій із трудового права та соціально-трудова відносин (з посиланням на досвід Європейського Союзу). – К.: ВД «Стилос», 2006. – 431 с.
6. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 03.03.1998 № 137/98-ВР // Офіційний вісник України. – 1998. – № 12. – Ст. 435.
7. Про утворення Національної служби посередництва і примирення : Указ Президента України від 17.11.1998 №1258/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 46. – Ст. 13.
8. Про реєстрацію колективного трудового спору (конфлікту) між Спільним представницьким органом репрезентативних всеукраїнських об'єднань профспілок на національному рівні та Кабінетом Міністрів України : Розпорядження Національної служби посередництва та примирення від 30.04.2015 № 111-р [Електронний ресурс] // Офіційний сайт НСПП. – Режим доступу: <http://www.nspp.gov.ua/normativno-pravova-baza-nspp/rozporядzhennya/3323-rozporядzhennya-nspp-vid-30-04-2015-roku-111-r>
9. Про уповноваження на представництво інтересів Кабінету Міністрів України в колективному трудовому спорі між Спільним представницьким органом репрезентативних всеукраїнських об'єднань профспілок на національному рівні та Кабінетом Міністрів України : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 14.05.2015 № 555-р // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 97.

РОЗДІЛ 6

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 336.322:1

МІСЦЕВІ ПОДАТКИ І ЗБОРИ ЯК ФІНАНСОВА ОСНОВА ПРОЦЕСУ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ

LOCAL TAXES AND FEES AS THE FINANCIAL BASIS OF DECENTRALIZATION

**Ковальчук І.В.,
к.ю.н., доцент**

Білоцерківський національний аграрний університет

У статті висвітлюється сучасний стан формування місцевих бюджетів територій в умовах децентралізації з урахуванням внесених змін до бюджетного та податкового законодавства та супутніх нормативно-правових актів, проведено оцінку дохідної частини бюджету місцевої ради. На основі проведеного дослідження визначено проблеми та шляхи покращення фінансового стану територій. Сформульовано основні напрями покращення подальшої бюджетної децентралізації для розвитку територій.

Ключові слова: бюджетна децентралізація, місцевий бюджет, доходи місцевої ради, джерела формування доходів, територіальна громада.

В статье рассмотрено современное состояние формирования местных бюджетов территорий в условиях децентрализации с учетом внесенных изменений в бюджетное и налоговое законодательство и сопутствующие нормативно-правовые акты, проведена оценка доходной части бюджета местного совета. На основе проведенного исследования определены проблемы и пути улучшения финансового состояния территорий. Сформулированы основные направления улучшения дальнейшей бюджетной децентрализации для развития территорий.

Ключевые слова: бюджетная децентрализация, местный бюджет, доходы местного совета, источники формирования доходов, территориальная община.

The article highlights the current state of local budgets in areas under decentralization considering changes to the budget and tax legislation and normative legal acts, the estimation of budget revenues of the local council. Based on the research the problems and ways to improve the financial condition of areas. The main directions formulated of improvement further fiscal decentralization.

The theoretical aspects of decentralization of state administration are investigated in the article. The problems of development of budgetary decentralization of state administration in Ukraine are also lighted up. The financial providing of this process is appraised. The analysis of the existent normative-legal adjusting of this process is carried out. The further ways of development of budgetary and financial autonomy of local self-government are offered.

Advantages and threats of decentralizing reform are defined on the basis of theoretical vision of fiscal federalism in different state structures. The author assessed basic central government documents in which the strategy and tactic of development. In practice, this means transference of financing powers from central to local government. Such process needs to be conducted with respective changes of financial flows directions and establishing effective forming and distributive tools. Decentralization reform also provides for the official consolidation of local authorities which meets lots of resistance from communities. The analysis of financial autonomy of local budgets shows that the prior part of local public revenues continues to form by intergovernmental fiscal transfers.

Key words: fiscal decentralization, local budget revenues of the council, sources of income, local community.

Останнє десятиріччя характеризується розширенням функцій та завдань, що покладаються на органи місцевого самоврядування, успішне вирішення яких неможливе без економічної основи, складовим елементом якої є доходи місцевих бюджетів, що виступають надійною та стабільною основою фінансової бази місцевої влади. Здатність місцевого самоврядування забезпечити ефективне функціонування територіальних громад та вирішувати питання їх соціально-економічного розвитку потребує належного фінансового забезпечення та дотримання принципу децентралізації влади.

Разом з тим нинішня модель бюджетних відносин в Україні, навіть після її реформування у 2015 році характеризується надмірною централізацією податкових надходжень, асиметрією між зобов'язаннями та доходами органів місцевого самоврядування. Тому питання оптимального розмежування податкових надходжень між державним та місцевими бюджетами набувають особливої актуальності в умовах проголошеного державою курсу на бюджетну децентралізацію.

Проблеми щодо формування доходів місцевих бюджетів досліджувались у працях багатьох вітчизняних вчених, серед яких на особливу увагу заслуговують фунда-

ментальні дослідження В. Дем'янишина, М. Данилишин, О. Кириленко, В. Кравченка, А. Крисоватого, О. Музики-Стефанчук, В. Письменого, В. Федосова, Г. Старостенко, Л. Тарангул, І. Ускова, С. Юрія та ін. Однак, не зважаючи на наявність великої кількості досліджень у цій сфері, практичні аспекти формування податкових надходжень місцевих бюджетів потребують подальших досліджень, що пов'язане з необхідністю реформування податкової системи.

Метою статті є з'ясування сутності і ролі податкових надходжень у формуванні доходів місцевих бюджетів в умовах бюджетної децентралізації та вивчення шляхів удосконалення акумулювання фінансових ресурсів у місцевих бюджетах в Україні.

Основним завданням місцевих податків є створення стабільних доходних джерел місцевих бюджетів, які в повному обсязі надходять у розпорядження відповідних територій.

В Україні місцеве оподаткування перебуває на початковому етапі розвитку. Не будучи пристосованим до ринкових умов господарювання, воно не забезпечує достатнього обсягу надходжень місцевих податків і зборів. Його сучасний стан не відповідає принципам економічної

ефективності, соціальної справедливості, адміністративної простоти, стабільності та гнучкості. Іншими словами, місцеві податки і збори відіграють допоміжну роль щодо загальнодержавних податкових платежів. Натомість місцеве оподаткування має стати регулятором економічних процесів, у його межах необхідно забезпечити реалізацію всіх основних вимог, властивих загальносвітовій податковій політиці [1, с. 4-5].

Під час реалізації бюджетної політики на місцевому рівні передбачено здійснення подальших кроків в напрямі проведення реформи місцевого самоврядування, децентралізації управління бюджетними коштами та підвищення рівня самостійності органів місцевого самоврядування.

Грунтуючись на досвіді зарубіжних країн деякі вчені [2, с. 163-166] пропонують виділити такі напрями реформування інституту місцевих податків і зборів в Україні:

1) збільшення впливу органів місцевого самоврядування на наповнення місцевих бюджетів шляхом надання самостійних прав у місцевому оподаткуванні;

2) розвиток інституту місцевих податків і зборів у напрямі, який відображатиме політику органів місцевого самоврядування в галузі зайнятості, соціального захисту населення, охорони навколишнього природного середовища;

3) розширення переліку місцевих податків і зборів за рахунок запровадження:

3.1) зборів із цільовим використанням одержаних коштів (наприклад, зборів на прибирання та освітлення вулиць, за збирання сміття, впорядкування парків, зон відпочинку);

3.2) податків на цінні папери (на емісію акцій та облігацій), біржові операції, грошові капітали, приріст капіталу – це є значною базою оподаткування, що забезпечить стабільні надходження до місцевих бюджетів, які можна буде спрямувати на підтримку малого підприємництва на місцевому рівні;

3.3) податку з осіб, які володіють двома квартирами (надходження від цього податку можна буде спрямувати на надання пільгових кредитів на житло для молоді або на ремонт застарілого житлового фонду);

3.4) податку на право розміщення офісів у центральній частині міста, що стане своєрідною платою за вигідні умови розташування суб'єкта господарювання, які дають можливість отримувати додаткові доходи;

3.5) місцевих акцизів (наприклад на тютюнові та алкогольні вироби);

3.6) додаткових місцевих податків на доходи громадян (що стане важелем перерозподілу доходів між різними верствами населення на місцевому рівні);

3.7) потрібно ввести в дію податок на нерухомість як місцевий податок;

4) запровадження дієвого контролю за сплатою місцевих податків і зборів, їх правильним обчисленням та своєчасним нарахуванням шляхом закріплення функції зі здійснення цього за відповідними контролюючими органами [3, с. 107-112].

На нашу думку, надто велике збільшення кількості місцевих податків і зборів не піде на користь територіальним громадам, оскільки, як свідчить податкова практика, значне податкове навантаження з часом призводить до переходу потенційних платників податків «у тінь» і, відповідно, бюджет не отримує колосальні кошти.

У зв'язку із прийняттям Податкового кодексу України значно скоротилася кількість місцевих податків і зборів – з 14 до 5. Проте слід зауважити, що скасування комунального податку, ринкового збору та податку з реклами негативно вплинуло на доходи місцевих бюджетів. Новим законодавством ліквідовано податки, які складали основу надходжень від місцевого оподаткування, а введено податок на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, єдиний податок та три збори: збір за впровадження деяких видів підприємницької діяльності, збір за місця для парку-

вання транспортних засобів, туристичний збір. Включення до їх складу єдиного податку спричинило підвищення питомої ваги місцевих податків і зборів у структурі доходів місцевих бюджетів. Відтак, найвагомим серед місцевих податків і зборів став єдиний податок [4, с. 221-227].

Світова практика свідчить, що заплановані доходи і видатки місцевого бюджету мають відображати пріоритети соціально-економічної політики та оцінюватися, виходячи з аналізу основних факторів економічної взаємодії бюджетної системи з підприємствами і населенням. До основних чинників взаємодії можна віднести розмір податкового тягаря, розмір трансфертних виплат, надання пільгових режимів оподаткування, розвиток інфраструктури, стабільність і раціональність нормативно-правового регулювання економічної діяльності [5, с. 200-202].

Важливим показником рівня бюджетної і податкової автономії місцевих органів щодо управління розвитком території є рівень фінансово-бюджетної децентралізації.

Уряд України відзначив, що головним його здобутком у 2015 році стала бюджетна децентралізація, яка дозволить збільшити бюджети місцевих громад і залишити ту податкову базу, на якій формувались місцеві бюджети у минулому році. Усі податки матимуть цільове призначення.

Урядовці пояснюють, що в результаті ухвалених рішень розмір єдиного соціального внеску для громадян зменшено. Це, в свою чергу, дозволить роботодавцям збільшити розмір заробітної плати для робітників та вивести її з тіні. Водночас, розмір податку на доходи фізичних осіб збільшено до 18 %. За їх словами, це дозволить місцевим бюджетам залучити ще більший ресурс від податку на доходи фізичних осіб.

Об'єднані територіальні громади тепер мають прямі бюджетні відносини з Державним казначейством і залишають у себе 60% податків. Це створює більше можливостей для наповнення їх бюджетів.

31 січня 2016 року 159 об'єднаних громад отримали прямі бюджетні розрахунки. В наступному році в Державний фонд регіонального розвитку закладено 3 млрд. грн., які місцеві громади зможуть використати на реалізацію своїх проектів. 1 млрд. грн. направлять на підтримку об'єднаних громад, створення центрів надання послуг [6].

Разом з тим, досить значною та аргументованою є критика урядових заходів щодо забезпечення процесів децентралізації. Адже в Україні сьогодні процеси фінансово-бюджетної децентралізації хоча й набули незворотного характеру, але не мають системності і все ще не сприяють стимулюванню місцевих органів до пошуку джерел активізації власних економічних ресурсів.

Імітація проведення бюджетної децентралізації в Україні у формі збільшення повноважень та фінансової бази місцевих громад триває вже більше десяти років, та з року в рік декларується в Основних напрямках бюджетної політики, а фактично підвищується рівень бюджетної централізації.

Урядовий закон про бюджетну децентралізацію запроваджує альтернативні шляхи збільшення податкових надходжень до місцевих бюджетів, зокрема, Уряд передає місцевим бюджетам: 10% податку на прибуток підприємств; 100% державного мита; 80% екологічного податку (при цьому 55% будуть направлятися в обласні бюджети, а 25 % – до районних бюджетів і бюджетів міст обласного значення); акцизний податок від реалізації через роздрібні мережі пива, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, нафтопродуктів, біодизеля і скрапленого газу; 25% плати за надра; місцеві збори (податок на нерухомість з включення до оподаткування комерційного (нежитлового) майна, єдиний податок); податок на майно («розкішні» автомобілі); податок на прибуток комунальних підприємств, інші податки. 75% податку на доходи фізичних осіб (60% податку отримують бюджети міст обласного значення та районів; 15 % – обласні бюджети); 40 % – бюджет м. Києва.

За рахунок змін у розмежуванні між бюджетами податку на доходи фізичних осіб та зарахування його частини (60% по бюджету м. Києва та 25% по інших бюджетах) до державного бюджету місцеві бюджети України у 2015 році втратили 25,7 млрд. грн цього податку.

При цьому, втративши стабільне джерело надходжень, місцеві бюджети отримують натомість доходи, надходження яких є менш прогнозованими та залежними від дій органів місцевого самоврядування. За рахунок передачі частини платежів з державного бюджету місцеві бюджети отримують 6,2 млрд. грн, від запровадження акцизного податку з кінцевого продажу підакцизних товарів – 5,9 млрд. грн, за рахунок розширення бази оподаткування податком на нерухоме майно – 2,1 млрд. грн. Таким чином, не компенсується з державного бюджету втрата 11,5 млрд. грн податку на доходи фізичних осіб, або 44,7% від його обсягу, що буде надходити до державного бюджету. Найбільші втрати доходних джерел відбудуться у бюджеті м. Києва, обласних та інших бюджетах зі значними обсягами надходжень податку [4, с. 221-227].

У перспективі основним джерелом наповнення місцевих бюджетів повинен стати податок на нерухомість. Його базу розширюють за рахунок залучення в оподаткування комерційного майна. Проте порядок його нарахування та справляння не відповідає практиці розвинутих країн світу, де розмір податку залежить від вартості об'єкта нерухомості, а не від житлової площі, як визначено чинним законодавством України. Тому необхідно внести відповідні поправки до Податкового кодексу України.

Крім того, викликає сумніви можливість значних надходжень для місцевих потреб від запровадження податку на нерухомість для сільської місцевості. Оскільки, в умовах економічної кризи та стрімкого зuboжіння селян такі ініціативи заздалегідь приречені на провал [7]. Разом з тим, органи місцевого самоврядування повинні мати право самостійно запроваджувати на своїй території власні місцеві податки та збори, враховуючи специфіку території та наявні там потенційні об'єкти оподаткування [8].

11 грудня 2015 року Уряд вніс до парламенту низку законопроектів, які суттєво вплинуть на якість бюджетного забезпечення територіальних громад у 2016 році – Закон України «Про державний бюджет України на 2016 рік», та законопроекти «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо стабілізації фінансового стану держави та удосконалення окремих положень соціальної політики» (№ 3628), «Про внесення змін до Бюджетного кодексу щодо узгодження норм Бюджетного кодексу із змінами до галузевого та податкового законодавства» (№ 3629), «Про створення конкурентних умов в оподаткуванні та стимулювання економічної діяльності в Україні» (№ 3630), «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям закону «Про створення конкурентних умов в оподаткуванні та стимулювання економічної діяльності в Україні» (№ 3631). Ці законопроекти у разі їх прийняття парламентом суттєво можуть ускладнити процес децентралізації через передачу органам місцевого самоврядування функцій, що потребують значного фінансування без передачі жодних фінансових ресурсів.

Так, наприклад, у відповідності до прийнятого Закону України «Про Державний бюджет України на 2016 рік» обсяги цільових субвенцій з державного бюджету місцевим бюджетам не забезпечують мінімальну потребу в коштах навіть на виплату зарплати у сфері освіти та медицини. Обсяг недофінансування становить 10,6 млрд. грн: за освітньою

субвенцією – 3,1 млрд. грн, за медичною – 7,5 млрд. грн. Органи місцевого самоврядування будуть змушені відволікати власні ресурси для забезпечення належного фінансування делегованих повноважень у цих сферах.

Ще однією проблемою є передача до бюджетів міст обласного значення та м. Києва видатків на підготовку фахівців та робітничих кадрів у професійно-технічних закладах державної форми власності. Передавання таких видатків здійснюється без надання відповідних ресурсів на їх фінансування. Додаткове навантаження на місцеві бюджети становитиме 5,8 млрд. грн. Ці зміни суперечать ст. 142 Конституції України: «Витрати органів місцевого самоврядування, що виникли внаслідок рішень органів державної влади, компенсуються державою». Такі законодавчі пропозиції руйнують базові засади реформи місцевого самоврядування, адже порушується принцип субсидіарності [9].

Крім того, обурення депутатів місцевих рад викликає віднесення до повноважень місцевих бюджетів компенсаційних виплат за пільговий проїзд та пільги з послуг зв'язку. Раніше ці видатки фінансувалися за рахунок субвенцій з державного бюджету місцевим бюджетам. Своєю чергою, урядовим проектом № 3628, який іде в пакеті до держбюджету-2016, передбачено перекладення на органи місцевого самоврядування обов'язку держави фінансувати низку соціальних пільг, визначених 16 законами. Таки-ми чином, держава не монетизує пільги і не скасовує їх, а просто перекладає їх фінансування на місцеві бюджети без надання необхідних коштів.

Зміцнення фінансової основи місцевого самоврядування та підтримка органів місцевого самоврядування в умовах світової кризи – одне із завдань вдосконалення податкових відносин на місцевому рівні у найближчі декілька років. У зв'язку з цим податкова політика, як і в попередні роки, має бути спрямована на вирівнювання бюджетної забезпеченості та підтримання збалансованості місцевих бюджетів. Удосконалювати форми фінансової підтримки слід з урахуванням дотримання балансу державних і місцевих видаткових зобов'язань, а також зарубіжного досвіду.

Дослідження практики формування податкових надходжень місцевих бюджетів доводять, що нині місцеві органи влади не володіють достатніми фінансовими ресурсами для організації управління економікою і соціальною сферою території. Основним бюджетотворюючим податком є податок на доходи фізичних осіб, який протягом останніх років становив більше 60% доходів місцевих бюджетів без урахування міжбюджетних трансфертів та плата за землю [4, с. 221-227].

Бюджетна децентралізація спрямована на розширення доходних джерел, бази адміністрування та надання права органам місцевої влади самостійно регулювати розміри податків та зборів.

Проте, на нашу думку, законодавчі нововведення не забезпечать обіцяну Урядом бюджетну децентралізацію, оскільки із передачею додаткових джерел доходів, за громадами закріплюється величезний обсяг нових видатків, зокрема їм передається майже вся освіта, медицина, культура, дорожнє та житлово-комунальне господарство.

Водночас збільшуються частки відрахувань в центр платежів, які переважно залишалися на місцях: податку на доходи фізичних осіб, рентної плати за користування надрами. Тому питання бюджетної децентралізації в Україні залишається відкритим.

ЛІТЕРАТУРА

1. Письменний В. В. Місцеве оподаткування в умовах реформування податкової системи України: Монографія / В. В. Письменний. – Тернопіль: Видавничо-поліграфічний центр «Економічна думка». – 2011. – 196 с.
2. Мірчук С. В. Місцеві податки і збори як джерело наповнення бюджету міста Луцька / С. В. Мірчук // Науковий вісник Волинського національного університету імені Лесі Українки. – 2008. – № 7. – С. 163–166.

3. Острович С. Е. Місцеві податки і збори як фінансова основа місцевого самоврядування (вітчизняний і зарубіжний досвід) / С. Е. Острович // Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно правові дослідження». – 2009. – № 2. – С. 107–112.
4. Праць Н. В. Формування податкових надходжень місцевих бюджетів в контексті бюджетної децентралізації / Н. В. Праць // FINANCIAL SPACE. – 2015. – № 1 (17). – С. 221–227.
5. Музика-Стефанчук О. А. Фінансово-правова основа місцевого самоврядування в зарубіжних країнах : Навчальний посібник / О. А. Музика-Стефанчук. – К. : Правова єдність. – 2009. – 224 с.
6. Зубко Г. 2016 рік стане роком ефективного використання податків на розвиток громад / Г. Зубко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=248748746
7. Радчук О. Чи бути в Бюджеті-2015 децентралізації? / О. Радчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.slovodilo.ua/articles/6675/2014-12-30/byt-li-v-byudzhet-2015-decentralizacii.html>.
8. Кириленко О. П. Органи місцевого самоврядування повинні мати право самостійно визначати ставки місцевих податків і зборів / О. П. Кириленко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukurier.gov.ua/uk/articles/olga-kirilenko-organimiscevogosamovryaduvannya-p/>.
9. Слобожан О. Бюджет-2016. Тут похована децентралізація / О. Слобожан [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.epravda.com.ua/columns/2015/12/16/572561/>

УДК 352

ГАРМОНІЗАЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АЗАРТНИХ ІГОР В УКРАЇНІ ТА ЄС

HARMONISATION OF THE LEGAL REGULATION OF GAMBLING IN UKRAINE AND EU

Мулявка Д.Г.,

к.ю.н., доцент,

виконуючий обов'язки начальника

кафедри організації оперативно-розшукової діяльності

Національний університет державної податкової служби України

У статті розглянуті основні аспекти регулювання сфери грального бізнесу в Україні на основі реформи законодавства, а також запропоновані найбільш вірогідні шляхи врегулювання конфліктних питань в цій сфері. На думку автора, гральний бізнес є специфічним видом підприємницької діяльності в Україні. Азартні ігри потребують цивілізованого державного регулювання, яке, при збереженні прибутковості сфери азартних ігор, здійснюватиме дієвий захист гравців, контролюватиме їх можливі втрати та зводитиме їх до мінімально можливих величин. Тому пропонується прийняття спеціального законопроекту, який сприятиме розвитку сфери азартних ігор у правовому руслі.

Ключові слова: азартні ігри, гравці, азартний бізнес, сфера азартних ігор.

В статье рассмотрены основные аспекты регулирования сферы игорного бизнеса в Украине на основе реформы законодательства, а также предложены наиболее вероятные пути урегулирования конфликтных вопросов в этой сфере. По мнению автора, игровой бизнес является специфическим видом предпринимательской деятельности в Украине.

Азартные игры требуют цивилизованного государственного регулирования, которое, при сохранении прибыльности сферы азартных игр, осуществляло бы эффективную защиту игроков, контролировало его возможные потери и возводило их в минимально возможные величины. Поэтому предлагается принятие специального законопроекта, который будет способствовать развитию сферы азартных игр в правовом русле.

Ключевые слова: азартные игры, игроки, азартный бизнес, сфера азартных игр.

The article describes the main aspects of the regulation of gambling business in Ukraine based reform legislation and proposed the most likely solution to the conflict issues in this area. The author believes that gambling is a specific type of business activity in Ukraine. Gambling require a civilized state regulation, which, while maintaining profitability gambling, will perform effectively protecting players will control their possible losses and will bring them to the lowest possible values and obtain additional source of revenue in the budget. Therefore, it is proposed to pass a special bill will contribute to the development of gambling in a legal way.

With the development of Ukraine as a European state, there is a need to harmonize regulation of many areas of public life, including in the field of gambling. Currently result of legal uncertainty in this area is the lack of state control, causing the criminalization and shadowing gambling shortfall in the state budget of Ukraine gambling revenue in taxes and other payments.

Gambling is based on a combination of two interrelated problems – the acquisition of wealth and meeting their needs, are the desire to reach a certain state of stress. Recognizing the real situation in the Ukrainian economy, the introduction of an effective system of state regulation of gambling in Ukraine meets the necessary prerequisites for the creation of additional revenues to the State Budget of Ukraine.

Key words: gambling, players, gambling business, sphere of gambling.

Із розвитком України як європейської держави постає необхідність гармонізації правового регулювання багатьох сфер суспільного життя, включаючи сферу азартних ігор. Наразі наслідком правової невизначеності у даній сфері є відсутність державного контролю, що спричиняє криміналізацію та тінізацію грального бізнесу, недоотримання державним бюджетом України доходу від азартних ігор у вигляді податків та інших платежів.

Виручка (gross gambling yield – валовий дохід від грального бізнесу) США як найбільша в світі у 2014 році досягла неймовірної цифри – 142,6 млрд. дол., Японії – трохи

менше 30 млрд. дол., Макау (Китай) – 13 млрд. дол., Сінгапуру – 8,9 млрд. дол., Південної Кореї – 7,9 млрд. дол. ЄС займає перше місце в світі за обсягом ВВП, випереджаючи США і Китай. Високий рівень економічного розвитку забезпечують в тому числі надходження від європейського грального бізнесу, які стабільно становлять чверть світового доходу грального бізнесу (86,5 млрд. євро у 2014 році). Країни ЄС, Великобританія, Іспанія, Німеччина, Італія та Франція – ключові країни, на частку яких припадає близько 75% від загального обороту європейського грального ринку. У Європі за 2014 рік валовий дохід Данії від грального

бізнесу досягнув 383 млн. євро (за 2013 рік – 318 млн. євро). За 11 місяців 2015 року в бюджет Латвії поступило 22,25 млн. євро прибуткового податку від організації азартних ігор та лотерей, Італії та Великобританії – 23,9 млрд. дол. і 23,6 млрд. дол. відповідно [1]. В Україні до 2009 року надходження до бюджету України складали до 2 млрд. грн. щорічно. Проте, Верховною Радою України 15 травня 2009 року було прийнято Закон України «Про заборону грального бізнесу в Україні», і на всій території України діяльність юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців у сфері грального бізнесу була віднесена до заборонених в Україні видів господарської діяльності.

Гральний бізнес заснований на поєднанні двох взаємозалежних задач – придбанні матеріальних благ і задоволенні своїх потреб, що полягають у бажанні досягти певного стресового стану. Гральний бізнес є специфічним видом підприємницької діяльності в Україні [2]. На думку В. М. Берекета, класифікація ігор на азартні та інші не потрібна, тому що це сприяє плутанині, а пряmlinіне визнання одних ігор призводить до появи інших: замість карт – доміно й шахи, замість шах – комп'ютерні ігри й автомати. Саме тому, у юриспруденції найбільш важливим є питання законності діяльності юридичних і фізичних осіб, пов'язаних з азартними іграми [3].

Визнаючи реальний стан справ в українській економіці, запровадження ефективної системи державного регулювання діяльності у сфері азартних ігор в Україні відповідає необхідності створення передумов для додаткових надходжень до Державного бюджету України. Як наслідок, відповідно до ст. 93 Конституції України, Кабінетом Міністрів України 11 грудня 2015 року подано в порядку законодавчої ініціативи для розгляду Верховною Радою України проект Закону України «Про детінізацію ринку азартних ігор та забезпечення доходами бюджету з метою виконання соціальних зобов'язань». Запропонований Законопроект встановлює основні правові та організаційні засади господарської діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор в Україні і спрямований на забезпечення прав і законних інтересів громадян, соціальне забезпечення, підтримку охорони здоров'я, спорту та культури.

Термін «азартна гра» визначається у ньому як будь-яка гра, умовою участі в якій є внесення гравцем ставки, що дає право на отримання виграшу (призу), наявність і розмір якого повністю або частково залежить від випадковості (ст. 1 Законопроекту).

Законопроектом на території України пропонується дозволити організовувати та проводити виключно такі види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор (ст. 2 Законопроекту): 1) організація та проведення букмекерської діяльності; 2) організація та проведення азартних ігор казино; 3) випуск та проведення лотерей. Особливістю вказаного законопроекту є те, що до грального бізнесу встановлюються суворі вимоги, а плата за ліцензування є високою: лише юридична особа може бути організатором азартних ігор, а статутний капітал такої особи повинен становити не менше 2 млн. євро. Для казино вартість щорічної ліцензії пропонується в розмірі 300 тис. євро в містах з чисельністю населення менше 500 тис. осіб, 600 тис. євро – з чисельністю населення понад 500 тис. осіб, та 1 млн. євро у м. Києві. На організацію та проведення букмекерської діяльності в букмекерських конторах вартість щорічної ліцензії становить 1,5 млн. євро.

Слід звернути увагу на те, що для букмекерської діяльності в мережі Інтернет вартість ліцензії пропонується встановити у розмірі 300 тис. євро, а для он-лайн-казино – 1,5 млн. євро. Проте, мережа Інтернет існує поза територіальними рамками, тому для реалізації державної політики щодо ліцензування та обмеження азартних ігор в мережі Інтернет необхідно формувати окрему ефективну політику відносно іноземних гральних Інтернет-ресурсів в Україні.

Широкі повноваження надаються Законопроектом Уповноваженому органу у сфері організації і проведення азартних ігор та Державній фіскальній службі України. Слушно зазначив Д. О. Гетманцев про те, що в Україні необхідним є формування в системі права нашої держави нового правового інституту фінансового права, який би врегульовував відносини в процесі організації та проведення азартних ігор в Україні [4]. Передбачається Законопроектом і запровадження електронної системи державного моніторингу у сфері організації та проведення азартних ігор, яка, серед іншого, має забезпечити належний контроль за цією діяльністю. Застосування єдиних підходів, обґрунтованих аналізом ризиків, може слугувати ефективним способом забезпечення фінансової системи і загальної економічної стабільності в рамках внутрішнього ринку кожної держави. Вимагає також законодавчого врегулювання в сфері азартних ігор в Україні вжиття заходів по набуттю Україною членства у міжнародних організаціях органів-регуляторів у сфері азартних ігор та забезпечення фінансування міжнародної діяльності України у цих організаціях.

Таким чином, азартні ігри потребують цивілізованого державного регулювання, яке, при збереженні прибутковості сфери азартних ігор, здійснюватиме дієвий захист гравців, контролюватиме його можливі втрати та зводитиме їх до мінімально можливих величин. Тому, прийняття спеціального закону сприятиме розвитку сфери азартних ігор у правовому руслі.

Щодо оподаткування цієї сфери, то положення урядового проекту податкової реформи передбачають наступне.

Відповідно до пропонованого п. 147.6. ст. 147 Податкового кодексу України (далі – ПКУ), під час провадження букмекерської діяльності, діяльності з випуску та проведення лотерей, азартних ігор (у тому числі казино та азартних ігор з використанням гральних автоматів) одночасно із загальною ставкою податку на прибуток, визначеною у пропонованому п. 147.1 ст. 147 ПКУ, ставка податку на дохід встановлюється у розмірі 17% від доходу, отриманого від букмекерської діяльності, діяльності з випуску та проведення лотерей, азартних ігор (у тому числі казино та азартних ігор з використанням гральних автоматів), зменшеного на суму виплачених виплат гравцям.

Відповідно до пропонованого п. 152.7. ст. 152 ПКУ, суб'єкти, що здійснюють букмекерську діяльність, діяльність з випуску та проведення лотерей, азартних ігор (у тому числі казино та азартних ігор з використанням гральних автоматів), одночасно з податком на прибуток за загальною ставкою сплачують податок на дохід за ставкою, визначеною у п. 147.6 ст. 147 ПКУ.

Нарахований суб'єктом, що здійснює букмекерську діяльність, діяльність з випуску та проведення лотерей, організацію та проведення азартних ігор (у тому числі казино та азартних ігор з використанням гральних автоматів), податок на дохід за ставкою, визначеною у п. 147.6 ст. 147 ПКУ, є різницею та зменшує фінансовий результат такого суб'єкта, що підлягає оподаткуванню за ставкою, визначеною у п. 147.1 ст. 147 ПКУ.

Правове регулювання азартних ігор у ЄС.

Використання ігрового сектору для відмивання доходів від злочинної діяльності є суттєвою причиною для тривоги не лише в Україні, але і в ЄС. Вся діяльність із надання послуг у сфері грального бізнесу в країнах ЄС підлягає ліцензуванню, і контроль за цим щораз посилюється. Європейська комісія випустила спеціальну четверту директиву «Про запобігання підтримки фінансових систем, направлених на відмивання грошей і фінансування тероризму» [5], яка, на відміну від попередніх директив, охоплює всю сферу азартних ігор. Нова Директива суттєво розширює контроль над ігровими послугами, і держави ЄС повинні гарантувати дотримання постачальниками послуг у сфері азартних ігор всіх вимог, прописаних цією Директивою [6].

Запровадження нових підходів зумовлює інтерес до існуючого досвіду системи (бази) оподаткування та податкових ставок в країнах ЄС.

Зокрема, в Польщі податок на ігри врегульовано Законом «Про азартні ігри» від 19 листопада 2009 року [7].

Податкове зобов'язання виникає із початком операцій ігор і припиняється після повного його виконання.

Законодавчо передбачено, що не включаються до бази оподаткування непостійні і періодичні доходи, за винятком виплат переможцям грошових розіграшів вище 2280 злотих (574,05 дол.) та переможцям у конкурсах та іграх, організованих засобами масової інформації, а також змагання в галузі культури, науки, мистецтва, журналістики та спорту, якщо величина індивідуального призу не перевищує 760 злотих (191,35 дол.). При перевищенні визначених сум доходи обов'язково підлягають оподаткуванню за єдиною базовою ставкою у розмірі 10% від виграшу. Організатори зобов'язані утримати податок перед видачею призу.

Законом Польщі про оподаткування податком на прибуток фізичних осіб передбачено пільги щодо оподаткування для осіб-переможців в числових грошових лотереях, бінго-гри, парі, взаємних рекламних розіграшах та аудіотекстових фантових, за умови, що індивідуальна вартість таких призів не перевищує 2280 злотих (574,05 дол.) і такі заходи проводяться уповноваженою особою держави-члена ЄС або в іншій країні, що належить до Європейської економічної зони.

Податкову базу податку на ігри визначено:

- у лотереях і бінго-грі – загальною виручкою від продажу квитків або інших доказів участі у грі;
- у числових іграх – сумою, що виплачується зі ставок;
- у відеолотереях – сумою різниці між сумою, сплаченою або зарахованою в пам'яті терміналу і суми виграшів, отриманих учасниками гри;
- у грошовій грі в бінго – номінальною вартістю акцій, придбаних компанією купонів;
- приз в бінго-грі – номінальною вартістю коробки, використовуваної у грі;
- у циліндричних іграх, кістках і карткових іграх – різницею між сумою грошових виплат від обміну жетонів в руці і за настільною грою, та сумою, сплаченою за кількістю грошових коштів по повернутих маркерах;
- в ігрових автоматах – різницею між сумою, отриманою від обміну жетонів або зберігання грошей і зарахованих у пам'яті слот-машини або зберігання в машині, і кількістю виграшів, отриманих учасниками гри;
- у покері, в якому учасники грають один з одним і азартних іграх – сумою ефектів казино в цьому відношенні;
- у пайових ставках – сумою, з якої виплачуються ставки [7, ст. 73].

Податкові ставки в Польщі застосовуються наступні:

- розіграш призу і бінго – 10 %;
- лотерея (грошових коштів) – 15 %;
- гра чисельна – 20 %;
- ігри бінго готівкою, бінго, лотереї та покерний турнір – 25 %;
- ігрові автомати циліндричні ігри, кістки ігри, карткові ігри, за винятком покерного турніру, – 50 %;
- ставки на спортивні змагання тварин на основі дозволу, виданого виключно на них – 2,5 %;
- ставки, крім перерахованих вище – 12 %.

Платники податків, які здійснюють види ігрової діяльності машин гри з низькими призами, зобов'язані платити ігровий податок одноразово – 2000 злотих (503,55 дол.) на місяць, за ігри, організовані на кожній машині [7, ст. 74].

Одночасно в Польщі заборонено організовувати та приймати участь, встановлювати ставки в азартних іграх, організованих через Інтернет.

Затвердження правил азартних ігор, видача ліцензії винятково для акціонерних товариств або товариств з обме-

женою відповідальністю, створених на території Польщі, здійснюється Міністром фінансів [7].

Дозволи на організацію лотереї, призу бінго або лотереї просування, організованою в правовій площині, уповноважено надавати директора Митної палати за місцем проживання заявника.

Право на проведення бінго-ігор і рекламних лотерей може надаватися організаціям фізичних осіб, юридичним особам або особам без створення юридичної особи на території Польщі.

Закон Польщі також включає, серед іншого, докладні правила щодо умов для роботи азартних ігор, професійні сертифікати, обмеження в організації ігор, гральні ліцензії та дозволи, правила азартних ігор, збори, ігровий податок, звітність, доплати і штрафи, а також перехідні положення, зокрема ті, які стосуються ігрових автоматів, що працюють у салонах ігрових і слот-машин [8].

Потрібно відзначити, що незважаючи на наявність у ЄС єдиного економічного простору, правове регулювання гального бізнесу в різних країнах здійснюється по-різному. Європейська комісія періодично вимагає від тієї чи іншої країни привести гральне законодавство до спільного європейського знаменника, але на практиці єдиного простору для гального бізнесу в Європі поки не склалося.

Основні діючі на даний момент законодавчі норми були прийняті в країнах ЄС з 2005 по 2011 роки. На сьогоднішній день найбільш досконала система регулювання гального ринку діє у Великобританії. Виконання законодавства всіма можливими сегментами азартних ігор суворо контролюється Гальною комісією, яка публічно звітує про свою діяльність. Податок на гральний бізнес встановлено у розмірі 10-15% від прибутку букмекера, а конкретна ставка податку залежить від сегмента роботи компанії.

В Іспанії та Німеччині немає єдиного федерального регулятора, що відповідає за всі сегменти гального бізнесу (гемблінгу). Наприклад, в Іспанії букмекери, покер, бінго, рулетка, блекджек і баккара он-лайн врегульовано на загальнонаціональному рівні, а live-ставки дозволено встановлювати або забороняти місцевим органам влади. Виключною прерогативою місцевих органів влади є визначення місця пунктів прийому ставок. Відповідно, в оподаткуванні гального бізнесу є два рівні – федеральний і місцевий.

Різні закони діють і в різних регіонах Німеччини, і найдемократичніші – на землі Шлезвіг-Гольштейн. Так, наприклад, запроваджене регіональними указами місцевої влади ліцензування широкого спектру сегментів гальної сфери скасоване федеральним урядом, однак, не анулювало вже видані місцевою владою ліцензії, тому компанії, які їх отримали, продовжують працювати за регіональними указами.

У Франції та Італії узаконено поняття «коефіцієнт виплати», який полягає в обов'язку букмекерів занижувати виплати гравцям на ставку 10-15 %.

А в Італії коефіцієнт виплати додатково залежить від типу ставки – у випадку з ординарами виплати занижуються на 10-20 %, а у випадку з мультиставками виплата може знижуватися на 10-30 %, залежно від кількості подій.

У Франції та Італії букмекери платять податок з суми ставок та збір на розвиток спорту.

Надходження в Австрії використовуються на підтримку національного драматичного театру (20 %), інвалідів (10 %), спорту (10 %), тобто 40% спрямовується на культурні проекти.

В ЄС для забезпечення повноти надходжень до бюджету і дотримання правил здійснення відповідної діяльності встановлюються високі штрафи за порушення. Наприклад, у ЄС діє подвійна ставка від втраченої для бюджету вигоди, тобто якщо гральне підприємство не сплатило державі 50% прибутку, то штраф становить 100 %, а у разі

затримання неповнолітньої особи в казино, його закривають на 1 рік [9].

Таким чином, державне регулювання вітчизняного законодавства у сфері індустрії гравального бізнесу потребує адаптації з метою наближення українського законодавства до загально визнаних європейських стандартів, а саме:

1. Регулювання сфери азартних ігор єдиним законом.
2. Проведення азартних ігор у казино Національним організатором азартних ігор, а також лише юридичними особами, що отримали ліцензію в обсязі угоди, укладеної із Національним організатором азартних ігор.
3. Проведення азартних ігор у електронному віртуальному казино та азартних ігор в тоталізаторі або парі виключно Національним організатором азартних ігор.
4. Використання коштів від проведення азартних ігор на соціальні потреби та розвиток спорту, освіти та науку, реалізацію заходів по запобіганню негативного впливу азартних ігор на вразливі групи населення, профілактику та попередження виникнення ігрової залежності, сприяння розвитку відповідальної гри та участі у міжнародному співробітництві у сфері азартних ігор.
5. Встановлення вимог до фінансового стану операторів азартних ігор у казино.
6. Запровадження системи ліцензування та патентування діяльності у сфері азартних ігор.
7. Здійснення азартних ігор виключно за стандартами здійснення відповідальної гри.

8. Забезпечення відповідності національних стандартів та технічних регламентів гравального обладнання та програмного забезпечення для проведення азартних ігор вимогам гравального обладнання та програмного забезпечення у сфері азартних ігор, загальноприйнятим міжнародним стандартам та усталеній практиці країн ЄС.

9. Обмеження реклами азартних ігор як за місцем розташування, так і за змістом та соціальною направленістю у відповідності до європейських стандартів умов здійснення реклами азартних ігор.

10. Встановлення контролю в режимі он-лайн за проведенням азартних ігор.

11. Облік усіх ставок на сервері Національного організатора азартних ігор, доступ до якого в режимі реального часу повинні мати Державне казначейство та спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань державного регулювання сфери азартних ігор.

12. Передбачення механізму здійснення заходів по запобіганню та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму у сфері азартних ігор.

13. Заборона проведення азартних ігор на гравальних автоматах.

Такими чином, усі азартні ігри в Україні повинні проводитись під жорстким контролем держави, а кошти від азартних ігор повинні направлятись на соціальні потреби та розвиток освіти, науки та спорту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Casinonomics : The Socioeconomic Impacts of the Casino Industry By Douglas M. Walker. – Part 1.
2. Дорогих В. М. Адміністративно-правове регулювання гравального бізнесу в Україні : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / В. М. Дорогих. – Ірпінь, 2004. – 197 с.
3. Берекет В. М. Адміністративно-правовое регулирование игорного бизнеса : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / В. М. Берекет. – СПб., 1998. – 250 с.
4. Гетманцев Д. О. Азартна гра в Україні та за кордоном. Нарис сучасної теорії правового регулювання ігор на гроші : Монографія. – К. : СЕЕМ Принт, 2008. – 209 с.
5. Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing.
6. The Regulation of Gambling : European and National Perspectives edited by Alan David Littler, Cyrille Fijnaut. – P. 9.
7. Dz. U. 2015 poz. 612 Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych // Dziennik Ustaw. – 2009. – № 4.
8. Corporate Taxation, Country Analyses IBFD [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.ibfd.org/document/cta_pl_chaphead
9. Загальний опис дії правил у різних юрисдикціях Європи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.europecasinoassociation.org/fileadmin/user_upload/pdf/ECA_European_Casino_Industry_Report_2013-web.pdf

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА:
ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД****LEGAL REGULATION INTELLECTUALIZATION OF SOCIETY:
EXPERIENCE OF FOREIGN STATES****Поперечнюк В.М.,
старший науковий співробітник***Науково-дослідний інститут інформатики і права
Національної академії правових наук України*

Статтю присвячено аналізу основних засад правового регулювання суспільних відносин у сфері підвищення інтелектуального потенціалу людини та суспільства в зарубіжних державах. Досліджено особливості законодавчого регулювання базових сфер суспільного життя, що сприяють провадженню комплексної державної політики у сфері інтелектуалізації суспільства.

Ключові слова: інтелектуалізація, правовідносини, інтелектуальний потенціал, освіта, наука, інновації, інформаційний простір.

В статтю проводиться аналіз основних принципів правового регулювання суспільних відносин в сфері підвищення інтелектуального потенціалу людини та суспільства в зарубіжних державах. Исследованы особенности законодательного регулирования базовых сфер общественной жизни, что способствуют проведению комплексной государственной политики в сфере интеллектуализации общества.

Ключевые слова: интеллектуализация, правоотношения, интеллектуальный потенциал, образование, наука, инновации, информационное пространство.

The article analyzes the basic principles of legal regulation of social relationship in the area of intellectual potential of individuals and society in foreign countries. It was determined that a finding of legal presence, they should include the following elements: composition objective, subjective composition, content and legal facts. In addition, an important attribute relationships that distinguishes them from other types of social relations is the presence of right fixing and securing the state.

Despite the fact it was the features of legislative regulation of the basic spheres of public life, contributing proceedings comprehensive state policy in the sphere of intellectualization of society leading countries, namely Sweden, the USA, Japan and France, has not resolved questions of legal relations in the sphere of intellectualization society, both in Ukraine and other countries of the world.

The main elements of intellectualization of society was included education, science, innovation and information easy, because they directly affect the level of intellectual potential of society.

Proved that the leading countries of the world have very effective public policy in these areas, which promotes the intellectualization of society, the positive experience of the proceedings of certain measures to enhance the intellectual potential of society, of foreign states makes it possible in the future development of Ukraine's state policy in the sphere of intellectualization of society and appropriate its legislative support.

Key words: intellectualization, legal, intellectual capacity, education, science, innovation, information space.

Законодавче закріплення будь-яких суспільних відносин – це їх легалізація, що по факту полягає у визнанні цих відносин законодавцем та його участі у регулюванні останніх. Тобто законодавчий орган державної влади визнає наявність певних суспільних відносин і не залишається осторонь, а навпаки, долучається з метою їх регулювання до вироблення єдиних чітких правил для всіх учасників таких відносин.

Правовідносини, що у перспективі (переважно за наявності політичної волі правлячої сили) можуть виникнути внаслідок правового врегулювання процесу інтелектуалізації суспільства. При цьому такі відносини будуть легітимовані законодавчою гілкою влади та охоронятимуться державою. Правовідносини, що виникають у сфері інтелектуалізації суспільства, як і будь-які суспільні відносини, що регулюється нормами права, повинні складатись із суб'єктів, об'єкту, змісту та юридичних фактів [1, с. 525].

Метою статті є вивчення зарубіжного досвіду законодавчого закріплення сприяння підвищенню інтелектуального потенціалу суспільства.

Отже, розглянемо детально структуру правовідносин у сфері інтелектуалізації суспільства.

Суб'єктний склад даних правовідносин є досить різноманітним. Зокрема, до них можна віднести: фізичних осіб (люди́на і громадянин), юридичних осіб (підприємства, установи, організації незалежно від форми власності), громадські об'єднання (відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання») [2] та суб'єкти владних повноважень (тобто держава через систему органів державної влади).

Об'єктом таких правовідносин виступає процес підвищення рівня інтелектуального розвитку та потенціалу

суспільства. А їхній зміст полягає в наявності суб'єктних прав, обов'язків, повноважень та відповідальності суб'єктів правовідносин.

Четвертим елементом правовідносин є юридичні факти – підстави виникнення, зміни та припинення правовідносин [1, с. 525].

Тобто правові відносини у будь-якій сфері повинні містити обов'язково перераховані вище складники, при цьому відсутність хоча б одного з них дає підстави вважати їх недійсними. Окрім того, важливим атрибутом правовідносин, що відрізняє їх від інших видів суспільних відносин, є наявність їх правового закріплення та гарантування державою. На жаль, можемо констатувати відсутність в Україні правовідносин у сфері інтелектуалізації суспільства, така ж ситуація відбувається й в інших державах (навіть розвиненіших та прогресивніших від України).

Заради справедливості варто зазначити, що сам термін «інтелектуалізація суспільства» на рівні законодавчих актів зарубіжних держав не фігурує як об'єкт правовідносин. Проте конструктивно вибудована система державної політики, спрямованої на розвиток освіти, науки, технологій та контентного наповнення інформаційного простору, що є невід'ємними компонентами підвищення інтелектуального потенціалу населення, може слугувати аргументом на користь провадження процесу інтелектуалізації суспільства у зарубіжних державах.

Одним з основних показників інтелектуалізації суспільства є система освіти. Однією з країн із найвищим рівнем вищої освіти та якості життя, загалом, є Королівство Швеція, важливим принципом побудови вищої освіти якої є «свобода відповідальності», тобто заняття студента та вчителя

зводяться до мінімуму. Студент займається самоосвітою індивідуально та в групах, викладач здебільшого є куратором, а не вчителем. Цікавим є те, що у Швеції парламент та уряд несуть спільну відповідальність за формування та розвиток вищої освіти і досліджень, адже вони ухвалюють рішення про напрями, принципи і розподіл ресурсів. Активний розвиток наукових досліджень зумовлений належним фінансуванням та безпосередньою зацікавленістю у результатах проведених досліджень. Хоча лише близько 25% від необхідних фінансових ресурсів, що становить трохи більше 1% від ВВП, фінансує держава у цю сферу, а близько 75% у дослідження інвестують приватні компанії [3].

Важливим аспектом інтелектуалізації суспільства є безперервність освіти та навчання протягом життя, і якщо в Україні це питання практично не врегульовано, то проблематиці навчання дорослих у Швеції приділена значна увага: зокрема, це питання регламентується не лише Законом про освіту (Education Act, (Skollagen SFS 2010:800), а й низкою підзаконних актів: Постановою про ринок праці програм підготовки (The Ordinance on Labour Market Training Programmes (Förordning (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program), Постановою про муніципальну освіту дорослих (пов'язані веб-сайти) (The Ordinance on municipal adult education (related website) (Förordning (2002:1012) om kommunal vuxenutbildning), Указом про державні субсидії для професійної та певної освіти дорослих у гімназіях теоретичного рівня (The Ordinance on state subsidies for vocational and certain theoretical adult education at upper secondary school level Förordning (2009:43) om statsbidrag för yrkesinriktad och viss teoretisk vuxenutbildning på gymnasial nivå), Розпорядженням про спеціальну освіту для дорослих (The Ordinance of special needs education for adults Förordning (1992:736) om vuxenutbildning för utvecklingsstörda), Постановою про навчання в Швеції для іммігрантів (The Ordinance on Swedish tuition for immigrants (Förordning om svenskundervisning för invandrare) та Постановою про державні субсидії на додаткові освітні програми (The Ordinance on government subsidies to supplementary education programmes (Förordning om statligt stöd till kompletterande utbildningar) [4].

Так, для надання кожному можливості отримати освіту щорічно організовують майже 350 тис. навчальних гуртків по всій країні, в яких займаються близько 3 млн. учасників; також функціонує більше 100 народних університетів та близько 150 вищих народних шкіл по всій країні [5].

Лідуючі позиції щодо розвитку науки в сучасному світі займають Сполучені Штати Америки: чого тільки варту «Кремнієва долина» – великий конгломерат провідних університетів високотехнологічних компаній та інновацій, що так чи інакше пов'язані між собою або потенційно можуть провадити спільні проекти та дослідження. Варто зауважити, що в США розвивається як академічна університетська наука, так і позауніверситетська, причому остання явно домінує, адже станом на 2013 р. фінансувалось лише 15% видатків проведення досліджень та експериментальних проектів у закладах вищої освіти з державного бюджету, що становило понад 450 млрд. дол., або 2,8% ВВП, інші ж витрати покривались за рахунок приватних структур, спонсорської допомоги тощо [6].

Також до основних показників інтелектуалізації суспільства слід віднести ставлення до науки, її розвитку та вирішення питань захисту національного інформаційного простору.

У США працює Американська академія, що утворена у 1780 р. Формується вона обранням найвидатніших людей зі сфери науки, освіти, бізнесу, державного управління і мистецтва. А також діє Національна академія наук, що була заснована у 1863 р. та функціонує як приватна, неурядова організація, з метою проведення консультацій для народу з питань науки і техніки [7]. У її складі також функціонують Національна академія інженерії (1964 р.)

та Інститут медицини (1970 р.) (нині Національна академія медичних наук). Така структура утворена для забезпечення незалежного, об'єктивного аналізу та розробки рекомендацій щодо соціально важливих питань розвитку нації, а також для проведення інших заходів, спрямованих на вирішення складних проблем і прийняття обґрунтованих рішень державної політики [7].

Ключовими актами, що регулюють розвиток науки в США, є певні закони. Так, основними цілями Закону «Про організацію та пріоритети науково-технічної політики» (National Science and Technology policy, organization and priorities of 1976) є оздоровлення економіки країни, проведення наукових і технологічних досліджень з метою задоволення внутрішніх потреб та просування зовнішніх інтересів, а також підготовка, навчання та перепідготовка фахівців у сфері науки і техніки [8]. Закон «Про національний науковий фонд» (National Science Foundation Act of 1950) закріплює основні завдання Фонду, що полягають у сприянні розвитку та заохоченні національної політики у сфері просування фундаментальних досліджень та науки, обміні науковою інформацією між ученими тощо. При цьому в законі передбачені засоби ініціювання та підтримки фундаментальних наукових досліджень різних сфер науки за рахунок укладання договорів або інших домовленостей на проведення досліджень (у т.ч. грантів, позик та ін. форм допомоги) [9].

Головна мета Закону Стівенсона-Вайдлера «Про інноваційні технології» (Stevenson – Wylder technology Innovation act of 1980) – сприяння розвитку технологічних інновацій для досягнення національних, економічних та ін. цілей. Прийняття даного акта сприяло створенню університетських афілійованих центрів, що провадять дослідження у сферах технологічного та інноваційного розвитку; надають допомогу приватним особам та підприємствам малого бізнесу щодо оцінки конструктивності інноваційних ідей; надають технічну допомогу та консультування підприємствам промисловості; проводять розробку навчальних програм та підготовку кадрів для провадження нових досліджень [10].

Також основні засади сприяння підвищенню інтелектуального потенціалу суспільства в США простежуються у Законі «Про інновації в малому бізнесі» (Small business innovation act of 1982), адже його норми визначають, що Федеральні агентства зобов'язані виділяти асигнування на проведення дослідницьких робіт [11].

Активний розвиток державної політики у сфері інновацій, тобто впровадження й активне використання результатів наукових та науково-технічних досліджень у виробництво, спостерігається в Японії. Впровадження новітніх результатів науки і техніки у виробництво є одним із найважливіших показників ефективності роботи науки та запорукою належного її фінансування не лише державою, а й приватними структурами. Тобто інноваційний потенціал держави є індикатором розвитку науки і техніки в державі [12, с. 249-250].

В Японії питання інновацій регулюються Законом із науково-технічного розвитку, важливим елементом якого є правове закріплення основних механізмів інноваційного розвитку держави та особливостей його фінансування. При Кабінеті Міністрів Японії створена Рада з питань політики у сфері науки і техніки, до повноважень якої віднесено формування та підтримка т. зв. «Базових планів розвитку науки і технологій в Японії». У 2015 році закінчився четвертий базовий план, що передбачав: комплексний розвиток інфраструктури «Наука, технології та інновації», підвищення пріоритетності ролі людських ресурсів у всіх сферах суспільного життя, а також реалізація активної державної політики у галузі науки, технологій та інновацій [13, с. 97].

Крім того, головний виконавчий орган державної влади (Кабмін) Японії провадить політику централізованого

регулювання розвитку науково-технічної та інноваційної сфери. Через розгалужену систему державних органів формуються пріоритети розвитку науки і техніки, а також розробляються оптимальні механізми залучення приватних структур до фінансування різноманітних проектів [14].

Ще одним досить важливим елементом інформаційно-правового забезпечення інтелектуалізації суспільства є якість наповнення інформаційних ресурсів, адже їх контент наукового та розвивального характеру стимулює когнітивні процеси й інтелектуальні здібності людини, а також сприяє задоволенню інформаційних потреб. При цьому варто зважати на ментальні, національні особливості, а також умови життя та розвитку тієї чи іншої нації або держави. Адже для адекватного сприйняття певної інформації, її усвідомлення та перетворення у знання вона має бути актуальною, а головне, зрозумілою людині та відповідати умовам життя суспільства.

Із цієї позиції цікавим видається досвід Франції щодо правового регулювання суспільних відносин, що мають місце в інформаційному просторі. Одним з основоположних законодавчих актів у цій сфері є закон «Про електронні комунікації» (Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO 10 juillet 2004). Даний акт закріплює заходи з метою обмеження іноземної присутності в інформаційному просторі Франції, а також представлення національних інтересів у франкомовних країнах, покладає обов'язки щодо забезпечення належності та безпечності передачі інформації за допомогою радіочастотного ресурсу на Міністерство внутрішніх справ та Міністерство оборони Франції [15].

Проект Концепції інформаційного протистояння в інформаційно-телекомунікаційних мережах Франції зауважує на необхідності визначення кордонів віртуального інформаційного простору, а також визначає потребу юридичного закріплення механізмів використання наступуючих технологій як у воєнний, так і в мирний час [16].

Важливим елементом підвищення інтелектуального потенціалу суспільства та формування патріотичного ви-

ховання є політика Франції у сфері діяльності ЗМІ та медіапростору. Зокрема, відповідно до законодавства 60% телерадіоефіру має займати національний продукт, причому 40% має транслюватись французькою мовою та у прайм-таймі [17]. Також ватро підкреслити суворість французьких мовних законів, у яких визначено обов'язковість вживання французької мови у багатьох сферах суспільного життя (освіта, засоби масової інформації тощо) [18, с. 107].

Зокрема, основними актами, якими регулюються суспільні відносини у сфері інформаційного простору та якість його наповнення, у Французькій Республіці є: вищезгаданий закон «Про електронні комунікації», Закон «Про свободу преси» (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse Version consolidée au 28 septembre 2015), який у першій же статті проголошує друк та виготовлення книг безкоштовними [19]. Закон «Про свободу спілкування» (Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) Version consolidée au 28 septembre 2015) визначає, що зв'язок із громадськістю за допомогою електронних засобів є безкоштовним, прописує виключні випадки обмеження свободи спілкування, а також жорстко регулює питання доступу на медіа ринок іноземних теле- радіокмпаній [20]. Закон «Про модернізацію аудіовізуального мовлення й телебачення майбутнього» (Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur (1) регулює порядок переходу від аналогового формату мовлення до цифрового, що передбачає підвищення якості трансляції медіапродукції [21].

Отже, із зазначеного можна зробити висновок, що хоч у зарубіжних державах відсутня комплексна державна політика у сфері інтелектуалізації суспільства, проте вжито певних ефективних заходів, спрямованих на підвищення рівня інтелектуального потенціалу суспільства. Позитивний досвід провадження певних заходів, спрямованих на підвищення інтелектуального потенціалу суспільства, зарубіжних держав дає можливість щодо перспективи розвитку державної політики України у сфері інтелектуалізації суспільства та належного її законодавчого забезпечення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О.Ф. Скакун. – Харків: Еспада, 2006. – 776 с.
2. Про громадські об'єднання [Електронний ресурс]: Закон України від 22.03.2012 № 4572-VI., зі змінами та доповненнями від 26.05.2015 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4572-17>.
3. The official site of Sweden (Discover the facts and stories of our countr) [Електронний ресурс] / Other official Sweden sites. – Режим доступу : <https://sweden.se/society/higher-education-and-research/>
4. Sweden: Legislation [Електронний ресурс] / Sveriges Riksdag. – Режим доступу : [https://www.google.com.ua/#q=Education+Act%2C+\(Skollagen++SFS+2010:80](https://www.google.com.ua/#q=Education+Act%2C+(Skollagen++SFS+2010:80).
5. Сіраєва Л.Є Розвиток освіти дорослих: шведський досвід [Електронний ресурс] / Л.Є. Сіраєва // Theory and methods of educational management. – 2014. – № 2 (14). – Режим доступу : http://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAAahUKEwj1pMDE3ZzIAhWFj3IKHeKyBw4&url=http%3A%2F%2Ffirbis-nbu.gov.ua%2Fcgi-bin%2Ffirbis_nbu%2Fcgirbis_64.exe%3FC21COM%3D2%26121DBN%3DUJRN%26P21DBN%3DUJRN%26IMAGE_FILE_DOWNLOAD%3D1%26Image_file_name%3DPDF%2Fttmuo_2014_2_15.pdf&usg=AFQjCNEWGYOf5GsSwu8A5416O28ak93S5Q&bvm=bv.103627116,d.bGQ . – Назва з екрану.
6. Кремень В.Г. Чому треба ухвалити Закон «Про наукову і науково-технічну діяльність» / В.Г. Кремень // Світ. – 2015. – Вересень. – № 33–34. – С. 3.
7. National Academy of Sciences [Електронний ресурс] / National Academy of Sciences. – Режим доступу : <http://www.nasonline.org/about-nas/organization/>
8. Public law 94-282– May 11, 1976. 94th Congress [Електронний ресурс] / GPO (U.S. Government publishing office). – Режим доступу : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg459.pdf>
9. Public law 507-81ST Congress [Електронний ресурс] / GPO (U.S. Government publishing office). – Режим доступу : <https://www.nsf.gov/about/history/legislation.pdf>
10. Stevenson–Wylder Technology innovation act of 1980 [Електронний ресурс] / Office of the Legislative Counsel US House of Representatives. – Режим доступу : <https://legcounsel.house.gov/Comps/Stevenson-wylder%20Technology%20Innovation%20Act%20of%201980.pdf>
11. Public law 97-219-July 22, 1982 [Електронний ресурс]. / Office of nih history National Institutes of health – Режим доступу : <https://history.nih.gov/research/downloads/PL97-219.pdf>
12. Віноградова О.Р. Аналіз світового досвіду інвестиційного забезпечення інноваційної діяльності підприємств / О.Р. Віноградова // Економіка промисловості. – 2012. – № 1-2 (57-58). – С. 247-251
13. Бойко А.В. Зарубіжний досвід формування національних інноваційних систем та його використання в Україні / А.В. Бойко // Економіка і прогнозування. – 2013. – № 4. – С. 91–103.
14. Інноваційні моделі провідних країн світу [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Національної академії наук України. – Режим доступу : http://www.nas.gov.ua/siaz/Ways_of_development_of_Ukrainian_science/article/14016.2.1.001.pdf

15. Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (1). [Електронний ресурс]. – Le service public de la diffusion du droit. – Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000439399>

16. Алямкін Р.В. Правове забезпечення національної інформаційної безпеки / Р. В. Алямкін, М. П. Федорін // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 4. – С. 91–96.

17. Гнатюк С. Актуальні проблеми державної інформаційної політики в Україні [Електронний ресурс] / С. Гнатюк ; Національний інститут стратегічних досліджень. – Режим доступу : <http://old.niss.gov.ua/Monitor/april08/3.htm> – назва з екрану.

18. Ткаченко Є.В. Новели правового регулювання мовних відносин в інформаційній сфері / Є.В. Ткаченко // Інформаційне суспільство і держава: проблеми взаємодії на сучасному етапі : зб. наук. ст. та тез наук. повід. за матеріалами міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 26 жовтня 2012 р.) / редкол.: С.Г. Серьогіна, В.Г. Пилипчук, І.В. Яковюк. – Х. : НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування, 2012. – С. 105-108. – С. 107.

19. Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [Електронний ресурс] / Le service public de la diffusion du droit.. – Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000877119>

20. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068930>

21. LOI n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur (1) [Електронний ресурс] / Le service public de la diffusion du droit. – Режим доступу : https://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=ru&prev=search&url=translate.google.com.ua&sl=fr&u=http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte%3DJORFTEXT000000248397%26catégorieLien%3Did&usg=ALkJrh3MEAG2pySnkS7Y3Qt_bPS0SjZEg

УДК 342.9

ДО ПИТАННЯ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИВАТНИХ ВИКОНАВЦІВ В УКРАЇНІ

ON THE ISSUE OF INTRODUCTION OF THE INSTITUTE OF PRIVATE ENFORCEMENT OFFICERS IN UKRAINE

**Солонар А.В.,
к.ю.н.,**

**доцент кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово-економічної безпеки
Сумський державний університет**

**Васильєва В.В.,
студентка юридичного факультету
Сумський державний університет**

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів становлення, функціонування і розвитку системи приватного виконання судових рішень за кордоном, особливостей запровадження інституту приватного виконавця в Україні, проблемних аспектів запровадження в Україні приватного виконання судових рішень та ефективності реформування зазначеної системи.

Ключові слова: державний виконавець, інститут приватних виконавців, система приватного виконання, державна виконавча служба.

Статья посвящена исследованию отдельных аспектов становления, функционирования и развития системы частного исполнения судебных решений за рубежом, особенностей внедрения института частного исполнителя в Украине, проблемных аспектов внедрения в Украине частного исполнения судебных решений и эффективности реформирования указанной системы.

Ключевые слова: государственный исполнитель, институт частных исполнителей, система частного исполнения, государственная исполнительная служба.

Given the existing permanent political crisis, difficult economic situation, unsatisfactory general level of functioning of executive and judiciary authorities in Ukraine, we should not expect the significant improvement in the enforcement of court judgments, relying solely on the system of public authorities.

As for our country, it should be noted that in Ukraine the idea of introduction of the institute of private enforcement officers was offered long ago and it is the subject of scientific debate.

Recently, the President submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine the draft law on agencies and persons engaged in the enforcement of judgments and decisions of other agencies.

This draft law provides for introduction in Ukraine of a new institution – private enforcement officers enforcing the decisions of courts and other authorities as an alternative to the state executive service, and specifies requirements for private enforcement officers, their admission to the profession, control and specifics of their activities.

This institution operates in many countries of Eastern and Western Europe and some former Soviet countries. Its effectiveness is demonstrated by the facts that none of the countries, which moved to the private form of enforcement or introduced it as an alternative to state enforcement officers, did not return to the old system.

After studying the various forms of enforcement of judgments, we consider it more appropriate to introduce in Ukraine the institution of private enforcement officers by the example of the French model.

Key words: public enforcement officer, institution of private enforcement officers, private system of enforcement, public enforcement service.

Згідно зі ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. У свою чергу, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплює право особи на справедливий суд. Повною мірою реалізація цих прав неможлива без успішного виконання судових рішень, що нині є обов'язком державних виконавців. Проте, як показують статистичні дані та практика Європейського суду з прав людини, інститут виконання судових рішень знаходиться в стані глибокої кризи, органи державної влади у даній сфері державного управління не справляються зі своїми функціями в повній мірі.

Особливу увагу на сьогоднішній день слід приділяти тому невтішному факту, що згідно з оприлюдненими Міністерством юстиції України даними, у 2013 році в органах ДВС знаходилося на виконанні понад 8 млн. виконавчих документів на загальну суму понад 440 млрд. грн. Середній відсоток виконання по виконавчих документах становить менше 25% [1].

У зв'язку з цим в Україні активізувалася робота із впровадження інституту приватного виконання з метою вирішення існуючих проблемних питань. Суб'єктом законодавчої ініціативи було внесено до Верховної Ради України ряд законопроектів для проведення реформи.

Суттєвий вплив на з'ясування проблем, які стосувались фундаментальних підходів до аналізу системи приватного виконання судових рішень, мали дослідження Є. Мальцевої, Л. Сайко, О. Писарева, І. Рудник, Ю. Петренка, Н. Шнир, І. Ткача та інших представників наукового співтовариства.

Проте, незважаючи на науковий доробок зазначених науковців, питання запровадження інституту приватних виконавців в Україні залишаються відкритими, адже обґрунтування доцільності впровадження такої моделі виконання судових рішень та статусу приватних виконавців наразі мають вагомe значення як для наукової спільноти, так і для суспільства загалом.

Метою статті є дослідження окремих аспектів функціонування інституту приватного виконання судових рішень за кордоном та особливостей запровадження зазначеного інституту в Україні.

Зрозуміло, що за існуючої на сьогодні перманентної політичної кризи, складної економічної ситуації, незадовільного загального рівня функціонування органів виконавчої й судової влади в Україні розраховувати на значне поліпшення ситуації щодо забезпечення виконання судових рішень, покладаючись виключно на систему державних органів, навіряд чи доводиться. Але позитивний досвід багатьох розвинутих країн Європи й Північної Америки свідчить, що забезпечити ефективне виконання судових рішень можуть і недержавні структури. У більшості країн ЄС, нарівні з державними органами, відповідальними за примусове виконання судових рішень, успішно функціонують і приватні служби, які надають такі кваліфіковані послуги.

Що стосується нашої держави, слід зауважити, що в Україні ідея запровадження інституту приватних судових виконавців пропагується досить давно і є предметом наукових дискусій. Прихильники ідеї запровадження в Україні інституту приватних судових виконавців на підтвердження своєї позиції вказують на позитивний досвід зарубіжних країн, на можливість підвищення рівня виконання судових рішень в Україні без значних бюджетних витрат, а також на зниження рівня корупції у цій сфері, оскільки за забезпечення належного виконання судових рішень приватні виконавці офіційно, на законних підставах можуть отримувати цілком пристойну плату [2].

Так, нещодавно глава держави вніс до Верховної Ради України проект Закону про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів. Законопроект передбачає запровадження в Україні

нового інституту – приватних виконавців рішень судів та інших органів як альтернативу державній виконавчій службі, а також визначає вимоги до приватних виконавців, порядок допуску їх до професії, контроль та особливості здійснення ними своєї діяльності.

Відповідно до ст. ст. 19, 21 Проекту Закону про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів приватним виконавцем є громадянин України, який уповноважений державою здійснювати діяльність з примусового виконання рішень у порядку, встановленому законом; ним може бути громадянин України, не молодший 25 років, який має вищу юридичну освіту ступеня магістра, володіє державною мовою, має стаж роботи у галузі права після отримання диплома магістра не менше двох років та склав кваліфікаційний іспит [3].

Зазначеним Законопроектом приватних виконавців віднесено до категорії осіб, що провадять незалежну професійну діяльність, проте цей статус є дещо умовним, оскільки такі виконавці також будуть підконтрольні Міністерству юстиції України.

Для допуску до заняття практикою приватного виконання особа повинна буде скласти кваліфікаційний іспит у кваліфікаційній комісії приватних виконавців, отримати свідоцтво про право на здійснення діяльності приватного виконавця та посвідчення приватного виконавця, а також скласти присягу. Після виконання цих процесуальних дій приватний виконавець отримає право відкрити контору.

Такий інститут діє в багатьох країнах Східної та Західної Європи та деяких пострадянських країнах. На його ефективність вказує те, що жодна з країн, яка перейшла на приватну форму виконання, або запровадила її як альтернативу державним судовим виконавцям, до старої системи не повернулася.

Наявність приватних виконавців не означає самоусунення держави від сфери виконання рішень публічних органів управління. Держава здійснює контроль та регулювання шляхом ліцензування, страхування професійної відповідальності, атестації, гарантує захист у разі порушення прав та законних інтересів виконавця, стягувача або боржника.

Так, суб'єкти законодавчої ініціативи наділяють приватних виконавців широким колом повноважень та виводять у поле діяльності самозайнятих осіб, розмежовуючи компетенцію державних та приватних виконавців у деяких справах, при цьому створюючи обґрунтований і важиваний механізм відповідальності за порушення та зловживання своїми правами для останніх.

Істотні розбіжності у державному устрої, геополітичних умовах і просто рівні життя громадян різних країн визначають відмінність систем судових та правоохоронних органів. Втім, структури з виконання судових рішень створені у всіх країнах світу з метою логічного завершення процесу відновлення порушених прав та законних інтересів.

Принципові відмінності виконавчого провадження зазначених систем права полягають, по-перше, в організаційно-правових формах служб примусового виконання рішень. Судові виконавці багатьох країн континентальної Європи (країни Бенілюксу, Франція, Латвія, Естонія та ін.) не є державними службовцями. Це приватні особи, що набули необхідної освіти, склали низку іспитів та отримали ліцензію. Координацію, організацію роботи та контроль за діяльністю таких судових виконавців здійснюють регіональні (національні) органи самоврядування, або ж, як, наприклад, у Латвії – Міністерство юстиції Латвії та його територіальні підрозділи.

Системи примусового виконання Росії, України та деяких інших країн СНД хоча і побудовані на ґрунті радянської системи судових виконавців, але виконавче провадження цих країн не є частиною судочинства, а виступає

самостійним правовим інститутом, який характеризується наявністю державних органів вузькоспеціалізованого напрямку.

Регламентация виконавчого провадження в різних країнах світу відрізняється ступенем контролю суддів за діяльністю судових виконавців. Як демонструє практика, цей контроль є більш істотним у Європі, в країнах континентальної системи права. Втім, в Україні одним з головних принципів виконавчого провадження є процесуальна незалежність державних виконавців як запорука об'єктивного та неупередженого виконання рішення [4].

У світі існують різні погляди на систему як державного, так і приватного примусового виконання судових постанов. Так, Г. Бекер та Дж. Стіглер у своїй роботі вважають за краще поширення саме приватної системи у ті сфери права, де в основному користуються державною системою. Їхнім головним аргументом є те, що в основі державної системи примусового виконання лежить помилкова (неправильна) система заохочень.

Так, у Франції, Нідерландах, Люксембурзі, Словенії, Італії, Польщі, Румунії, Словаччині, Естонії, Латвії та Литві судові виконавці є приватними особами, які працюють за ліцензією. Керування судовими виконавцями здійснюють регіональні та національні палати у якості органів самоуправління [5].

Деякі країни (США, Болгарія, Румунія, Словенія, Угорщина та ін.) можуть слугувати прикладом того, як ефективно запровадити інститут приватних виконавців. При цьому, деякі з держав (Угорщина, Болгарія, Словенія) обрали для себе подвійну модель виконавчої служби, коли поряд із державними виконавцями виконувати судові рішення може бути доручено приватним, натомість, наприклад, Румунія обрала для себе лише один вид виконавців – приватних судових службовців [6].

У Франції історично склалася система приватного виконання, коли функції судових виконавців виконуються не державними службовцями, а «примусовими виконавцями» – особами, які отримали ліцензію у держави на дану діяльність. Щоб стати примусовим виконавцем у Франції, претендент повинен мати юридичну освіту, пройти дворічне стажування у відповідній конторі, скласти державний кваліфікаційний іспит [7].

Судова організація французької системи відрізняється виділенням судів з цивільних та кримінальних справ, а також суддів адміністративної юстиції, що об'єднані у різні судові системи. Правова система країни побудована на розділенні права на приватне та публічне. Згідно з даними нормами, примусовий виконавець не виконує рішення на користь держави та взагалі актів, які приймають адміністративні суди. Для цього існує особлива система судових виконавців державного казначейства, що є державними службовцями.

У якості посадової особи примусовий виконавець вручає повістки, виконує судові рішення від імені держави, вдаючись одночасно до державного примусу. Примусовий виконавець також має право складати проекти документів, протоколи, що мають значення доказів, надавати юридичні консультації та здійснювати інші правові дії. Акти та діяльність судового виконавця мають публічно-правовий характер, тому на нього покладається обов'язок надавати послуги стільки разів, скільки це знадобиться. Примусовий виконавець не має права вибирати собі клієнтів, оскільки він не відноситься до числа приватних юристів [5].

У Німеччині примусове виконання судових або інших актів є державною функцією, яку у відповідності до законодавства реалізують державні службовці – судові виконавці. Їх призначає на посаду голова вищого регіонального суду та керівник окружного суду. Судовий виконавець здійснює свою професійну діяльність незалежно, за свій рахунок та під свою відповідальність, при цьому маючи

державно-владні повноваження і статус державного службовця [8].

В Канаді відсутнє єдине законодавче регулювання виконавчого провадження. В компетенцію входить розробка правил цивільного судочинства і у відповідності з системою загального права суди можуть самостійно регулювати організацію діяльності судів та встановлювати процесуальні процедури в межах, що не суперечать діючому законодавству. Функції примусового виконання здійснюються державними службовцями (шерифами) або ліцензованими приватними приставами.

Модель виконавчого провадження в окремій провінції Квебек має схожість з французькою через те, що в цій провінції приватне право базується на романо-германській правовій системі, а не на загальному прецедентному праві, що характерно для решти провінцій Канади.

У США організація та правове регулювання примусового виконання істотно відрізняється від діючих систем виконавчого провадження в державах континентального права. Федеративний устрій США передбачає незалежність органів влади штату від федерального уряду та, в свою чергу, місцевих органів влади від органів влади штату. Всі штати мають своє власне матеріальне та процесуальне право. Федеральну судову систему, в яку входять окружні суди, спеціальні суди першої інстанції, апеляційні суди, спеціальні апеляційні суди, очолює Верховний Суд США. Із метою здійснення судочинства у справах федеральної підсудності територія США розділена на 94 федеральних судових округи та 12 федеральних апеляційних округів. Виконавче провадження в США здійснює Федеральна Служба маршалів, яка координує діяльність маршалів у федеральних судових округах. Головною функцією маршала та його помічників є виконання наказів, приписів та розпоряджень федерального суду та забезпечення виконання судових рішень. У штатах виконавче провадження здійснюють шерифи та їх заступники, а також приватні юридичні агенції [8].

У зв'язку із запровадженням в Україні інституту приватних виконавців постає питання, а хто зможе виконувати цю роботу на достойному рівні. Експерти вважають, що найкращими виконавцями можуть стати колишні державні виконавці, адвокати, арбітражні керуючі тощо. Але чи захочуть такі професіонали змінити вид діяльності? Наразі є шанси, що їм дозволять поєднувати два види діяльності. Тож юристи зараз дискутують довкола питання сумісництва діяльності приватних виконавців та арбітражних керуючих і навіть адвокатів та нотаріусів.

Як пояснив Р. Сидорович, народний депутат України, первинна редакція документу передбачала можливість такого сумісництва, однак після спілкування з колегами стало зрозуміло, що ідея не має підтримки, а тому до Законопроекту дане положення не увійшло. Однак в процесі підготовки законопроектів до другого читання знову з'явилися пропозиції щодо включення положення про можливість такого сумісництва до норм закону [9].

Зауважимо, що на даний момент положення Законопроекту № 2506а передбачає, що приватний виконавець не може займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю.

Питання роботи за сумісництвом приватних виконавців, арбітражних керуючих, адвокатів має ряд плюсів. Так, для початку така можливість може полегшити перехідний період, коли до роботи приватними виконавцями можна буде залучити й інших представників юридичних професій, що вирішить кадрові проблеми. Однак, попри це, перед законодавцем може постати не лише питання конфлікту інтересів, а й ряд аспектів, пов'язаних з подвійним навантаженням таких осіб, часовими рамками виконавчого провадження тощо.

За словами Р. Сидоровича, сумісність діяльності арбітражного керуючого та приватного виконавця, насам-

перед, впливає із схожості їх професійних компетенцій (зокрема, забезпечення вимоги сторони – стягувача, виявлення майна боржника, організація його реалізації) [9].

Заступник Міністра юстиції з питань виконавчої служби, С. Шкляр, вважає, що сумісництво цих двох посад суперечить принципам діяльності приватних виконавців, наприклад, таким як – незалежності, справедливості, неупередженості та об'єктивності, уникнення конфлікту інтересів тощо [9].

Абсолютна більшість експертів схиляються до думки, що професію адвоката краще не поєднувати з роботою приватного виконавця, хоча можуть бути і тимчасові винятки.

Так, на думку Д. Бугая, президента Асоціації правників України, партнера ЮК «VB PARTNERS», професія приватного виконавця має бути виключним видом діяльності. Водночас, з огляду на те, що одночасно потрібно буде набрати велику кількість приватних виконавців, а адвокати разом з державними виконавцями стануть основною базою для формування цього кадрового резерву, юрист пропонує тимчасово дозволити суміщення діяльності приватного виконавця з адвокатською діяльністю. Термін такого суміщення, на думку Д. Бугая, повинен бути не більше року [9].

Має сумніви стосовно поєднання діяльності нотаріусів та адвокатів з роботою приватного виконавця і С. Шкляр. Причина таких сумнівів – різні спеціалізація, сфера діяльності та специфіка роботи. Думку щодо функціональної несумісності адвокатів та виконавців підтримує і Р. Сидорович. Він відзначає, що суміщення правозахисної діяльності з діяльністю виконавця, призведе до суперечностей, накладення морально-етичних норм, «нечистоти» професії. Окрім того, депутат вважає, що вихід за межі професійної компетенції адвокатом порушуватиме регламентовані законом принципи незалежності та призведе до конфлікту інтересів адвокатської діяльності [9].

З огляду на все вищевказане найбільш реалістичним вбачається впровадження роботи за сумісництвом саме для приватних виконавців та арбітражних керуючих [9].

Таким чином, ознайомившись з різними формами виконання судових рішень, вважаємо за більш доцільне запровадження в Україні інституту приватного виконання на зразок французької моделі. Це пов'язано зі схожістю в організації правових систем, диференціації компетенцій судів. Крім того, доцільним є розмежування повноважень державних службовців, що виконують рішення на користь держави, і приватних виконавців, що забезпечують виконання інших рішень з наданням їм значного спектру інших повноважень, адже таке розмежування формує два «виконавчих коридори» з визначеними правами й обов'язками для кожного, що виключає можливість їх конфліктного перетину в своїй діяльності. При цьому, діяльність французьких примусових виконавців добре урегульована законом зі встановленням чітких імперативів. Запропонована модель українського виконання має схожі риси з французькою, проте було б не зайвим дослідити аспекти функціонування такого інституту у Франції та, можливо, у чомусь перейняти досвід зазначеної країни.

Крім того, можна сміливо стверджувати, що запровадження інституту приватних виконавців є великим кроком вперед у системі реформування державного управління, що представлений значним рядом переваг. Проте, не можна не враховувати нюанси безпосереднього становлення інституту, так званого, перехідного періоду, оскільки вони потребують особливої уваги, адже на даному етапі, аби запровадити дієвий механізм приватного виконання з метою його подальшого ефективного функціонування, помилки допускати не можна. Так, відкритою лишається проблема заповнення кадрового сегменту приватними виконавцями, що потребує вирішення в найближчі строки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Концепція запровадження інституту приватних виконавців в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://blog.liga.net/user/bmalyshev/article/15018.aspx>.
2. Ткач І. Приватні судові виконавці в Україні : примарні ілюзії чи реальні перспективи / І. Ткач [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dvsu.at.ua/publ/zakonodavstva/privatni_sudovi_vikonavci_v_ukrajini_primarni_iluziji_chi_realni_perspektivi/3-1-0-1.
3. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Проект Закону України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2_5_1_J?ses=10009&num_s=2&num=2506%E0&date1=&date2=&name_zp=&out_type=&id=.
4. Світова практика примусового виконання рішень. Принципові відмінності у підходах до проблеми примусового виконання рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://studopedia.com.ua/1_39463_svitova-praktika-primusovogo-vikonannya-rishen-printsipovi-vidminnosti-u-pidhodah-do-problemi-primusovogo-vikonannya-rishen.html.
5. Приватна система примусового виконання з досвіду європейських країн [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.informjust.ua/text/744>.
6. Петренко Ю. Перспективи та доцільність введення приватних виконавчих служб в Україні / Ю. Петренко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://blog.liga.net/user/jurclub/article/3102.aspx>.
7. Сандываева А. Исполнитель решений / А. Сандываева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://expert.ru/kazakhstan/2006/16/sudebnyeresheniya/>.
8. Мальцева Є. В. Порівняльний аналіз систем виконавчого провадження в Україні та зарубіжних державах / Є. В. Мальцева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sn-jurid.crimea.edu/arhiv/2013/26_1law/007malts.pdf.
9. Шнир Н. Представники окремих юридичних професій можуть отримати змогу працювати водночас приватними виконавцями / Н. Шнир [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zib.com.ua/ua/119387-predstavniki-okremih-yuridichnih-profesiy-mozhut-otrimati-zm.html>.

РОЗДІЛ 7

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.82

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ ЩОДО МЕДИКО-САНІТАРНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ У КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL AND LEGAL STANDARDS AS TO CONVICTS' MEDICAL AND SANITARY CARE INTO THE CRIMINAL AND EXECUTIVE LEGISLATURE OF UKRAINE

Боднар І.В.,
к.ю.н.

Академія Державної пенітенціарної служби

Іваньков І.В.,
к.ю.н.

Академія Державної пенітенціарної служби

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-методологічних проблем кримінально-виконавчого права щодо питання медико-санітарного забезпечення засуджених, які відбувають покарання в установах виконання покарань, та осіб, щодо яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. У статті досліджуються питання медико-санітарного забезпечення засуджених та осіб, щодо яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, з точки зору національного законодавства та його відповідності міжнародним нормам у галузі захисту прав засуджених та ув'язнених, досліджуються погляди науковців та практичних працівників Державної пенітенціарної служби України на питання необхідності реформування системи медичних частин установ виконання покарань та слідчих ізоляторів.

Ключові слова: засуджені, установи виконання покарань, слідчі ізолятори, Державна пенітенціарна служба України, Правила Мандели, медичні частини.

Статья посвящена освещению одной из актуальных теоретико-методологических проблем уголовно-исполнительного права по вопросу медико-санитарного обеспечения осужденных, отбывающих наказание в учреждениях исполнения наказаний, и лиц, в отношении которых избрана мера пресечения в виде содержания под стражей. В статье исследуются вопросы медико-санитарного обеспечения осужденных и лиц, в отношении которых избрана мера пресечения в виде содержания под стражей, с точки зрения национального законодательства и его соответствия международным нормам в области защиты прав осужденных и заключенных, также исследуются взгляды ученых и практических работников Государственной пенитенциарной службы Украины на вопрос о необходимости реформирования системы медицинских частей учреждений исполнения наказаний и следственных изоляторов.

Ключевые слова: осужденные, учреждения исполнения наказаний, следственные изоляторы, Государственная пенитенциарная служба Украины, Правила Мандели, медицинские части.

The author of the article elucidates one of the theoretical and methodological issues of the criminal and executive law as to the matter of the convicts' medical and sanitary care who serve their sentences in penal institutions and those who are kept in custody. In the article the author investigates the problem of the convicts' medical and sanitary care and of those who are kept in custody in accordance with the national legislature and the international standards in the field of convicts' rights protection. The author investigates the opinions of the scientists and employees of the state penitentiary service of Ukraine as to the problem of the medical system reforming of penal institutions and detention centers.

The author of the article proves that the departmental belonging of the medical units in penal institutions is correct, nowadays convicts' medical and sanitary care fully corresponds to the international standards in the field of convicts' rights protection.

The suggested changes in the national legislature as to taking out the medical units in penal institutions from the state penitentiary service of Ukraine prove to be incorrect and giving medical care to convicts and inmates kept in custody in detention centers by medical personnel of the Ministry of Health protection of Ukraine is untimely taking into account their present state. Legal adoption of the suggested changes may lead to considerable worsening of the medical and sanitary care level of convicts and those who are kept in custody.

Key words: convicts, penal institutions, detention centers, state penitentiary service of Ukraine, Mandela's Rules, medical units.

З проголошенням незалежності Україна стала на шлях демократичних реформ, в основу яких були покладені європейські й світові гуманітарні цінності, однак переорієнтація нормативно-правового забезпечення діяльності системи виконання кримінальних покарань, що проводилась у межах означених реформ, здебільшого не отримала належної наукової розробки та експериментальної перевірки теоретичних положень, що привело до їх застосування в урізаному вигляді, інколи – лише у певному контексті, без урахування повного змісту міжнародних документів у галузі захисту прав ув'язнених і поведіння з ними. Прикладом може слугувати ухвалення Закону України «Про

внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» (так званого «Закону Савченка»), широко розкритикованого останнім часом практичними працівниками і науковцями[1].

Теоретичною базою дослідження зазначеної проблеми стали праці вітчизняних та зарубіжних фахівців із кримінально-виконавчого права, кримінології, кримінального права, зокрема: В. А. Бадири, О. М. Бандурки, Є. Ю. Бараша, І. Г. Богатирьова, О. І. Богатирьової, Є. М. Бодюла, В. В. Василевича, О. М. Гуміна, Т. А. Денисової, О. М. Джужі, А. Ф. Зелінського, А. В. Кирилюка, В. А. Кирилюк,

О. Г. Колба, О. М. Литвака, О. М. Литвинова, В. А. Львовичкіна, В. О. Меркулової, М. С. Пузирьова, Г. С. Резніченко, О. М. Руднєвої, А. Х. Степанюка, В. М. Трубникова, С. Я. Фаренюка, С. І. Халимона, О. В. Хорошуна, О. В. Щербини, Ю. В. Шинкарьова, С. В. Царюка, І. С. Яковець та ін.

В умовах сьогодення висвітлення питань визначення й імплементації міжнародно-правових стандартів у галузі захисту прав осіб, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі, у кримінально-виконавчому законодавстві України становить складну теоретичну і практичну проблему, яка ще не отримала ґрунтовної наукової розробки у сучасній вітчизняній теорії кримінально-виконавчого права. Більшість наявних досліджень, як правило, обмежуються вивченням і аналізом або окремих документів, або їх певних збірок, або застосуванням стандартів до визначених груп осіб, примусово позбавлених волі, або ці дослідження є морально застарілими. Саме тому дослідження питання імплементації міжнародно-правових стандартів щодо порядку та умов виконання та відбування покарання у вигляді позбавлення волі у кримінально-виконавчому законодавстві України є необхідним та своєчасним.

Актуальним питанням сьогодення залишається питання організації медико-санітарного забезпечення засуджених до позбавлення волі та відповідність цієї діяльності мінімальним стандартам правилам Організації Об'єднаних Націй і Ради Європи. Деякі науковці і представники певних правозахисних організацій невдоволені станом медико-санітарного забезпечення засуджених до позбавлення волі та висловлюють думку про необхідність виведення з підпорядкування Державної пенітенціарної служби України медичних частин установ виконання покарань і повного підпорядкування їх Міністерству охорони здоров'я, чого, у свою чергу, вимагають міжнародні стандарти у галузі захисту прав засуджених. Зокрема, І. С. Яковець у своєму виступі на міжвузівській науково-практичній конференції в листопаді 2015 р. у м. Харкові обґрунтувала дану точку зору так. По-перше, представник медичного персоналу, який є атестованим працівником, має спеціальне звання і є співробітником ДПтС України і лише у другу чергу лікарем, тому на першому плані у нього перебувають інтереси служби та виконання службових завдань. Унаслідок цього ми маємо випадки звинувачення медичних працівників колоній в упередженому ставленні та викривленні даних про причини травмування засуджених до позбавлення волі. По-друге, установи виконання покарань – це заклади з посиленою ізоляцією та обмеженою територіальною розташованістю, а це означає, що на значних площах скупчується доволі велика кількість людей, що у зрештою призводить до підвищення ризику зараження різними хворобами. Отже, лікування на загальних засадах дозволить зменшити ризик зараження. По-третє, за практикою, що склалася, установи виконання покарань майже позбавлені можливості залучати медичних працівників для роботи за сумісництвом, оскільки вони мають бути атестованими співробітниками. По-четверте, будь який медичний працівник установ виконання покарань підпорядковується начальникам цих установ, що є можливим додатковим фактором, який породжує зловживання владою або своїми службовими обов'язками, корупцію, порушення конституційних прав засудженого до позбавлення волі [2, с. 28].

На противагу оголошеної точки зору Голова Державної пенітенціарної служби України В. М. Палагнюк на Громадських слуханнях в апараті ДПтС України 30 вересня 2015 р. зазначив, що виділення з підпорядкування служби медичних частин установ виконання покарань негативно позначиться на стані медико-санітарного забезпечення засуджених. Саме перебування медичних працівників у підпорядкування ДПтС України та статус їх як атестованих співробітників створює можливість для якісної, безоплатної для засуджених можливості отримання медичної до-

помоги. Проте він зазначив, що в даній галузі діяльності необхідні зміни з метою усунення суб'єктивного підходу до засуджених та зловживань з боку медичного персоналу, викликаних тиском із боку керівництв установ виконання покарань. Найбільш вдалим рішенням є підпорядкування медичних частин установ виконання покарань окремому Департаменту у складі ДПтС України, що унеможливить здійснення незаконного впливу на діяльність медичного персоналу керівників цих установ виконання покарань [3].

Провівши аналіз обох точок зору, доцільно буде зробити висновок, що їх обґрунтування не включає в себе аналіз міжнародних норм у галузі захисту прав засуджених, а базується здебільшого на суб'єктивних поглядах та практиці роботи цивільних закладів охорони здоров'я та практиці роботи медичних частин установ виконання покарань. У своїй роботі ми проведемо аналіз саме міжнародних документів, які регламентують даний напрям діяльності.

Як ми вже зазначали раніше, Мінімальні стандартні правила ООН щодо поводження з ув'язненими – «Правила Мандели» – найбільш детально та виважено, порівняно з аналогічними документами, закріплюють право засуджених на медико-санітарне забезпечення і визначають основні принципи організації даного напрямку діяльності: надання медико-санітарного обслуговування засудженим до позбавлення волі є обов'язком держави; засудженим до позбавлення волі мають бути забезпечені ті ж стандарти медико-санітарного обслуговування, які існують у суспільстві, і їм має бути забезпечено безкоштовний доступ до необхідних медико-санітарних послуг без будь-якої дискримінації за ознакою їх правового статусу; в екстрених випадках всі тюремні установи повинні забезпечувати негайний доступ до медичної допомоги; хворих в'язнів, які потребують послуг спеціаліста або хірургічного втручання, слід переводити до спеціалізованих установ або ж до цивільних лікарень; за наявності в службі виконання покарань своїх власних лікарень вони повинні бути достатньою мірою укомплектовані персоналом і підготовлені для забезпечення засуджених до позбавлення волі необхідним доглядом та лікуванням; медичні висновки можуть робитися тільки відповідальними медичними фахівцями і не можуть скасовуватися або ігноруватися немедичним тюремним персоналом [4]. Визначені основні вимоги знайшли своє відображення у національному законодавстві, особливо з прийняттям змін до Кримінально-виконавчого кодексу України у 2014 р. Зокрема, у ст. 116 зазначено, що лікувально-профілактична і санітарно-протиепідемічна робота в місцях позбавлення волі організовується і проводиться відповідно до законодавства про охорону здоров'я; адміністрація колоній зобов'язана виконувати необхідні медичні вимоги, що забезпечують охорону здоров'я засуджених; засуджені до позбавлення волі зобов'язані виконувати правила особистої і загальної гігієни, вимоги санітарії. У свою чергу, порядок надання особам, які позбавлені волі, медичної допомоги, організації і проведення санітарного нагляду, використання лікувально-профілактичних і санітарно-профілактичних установ охорони здоров'я і залучення із цієї метою їхнього медичного персоналу визначається нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України і центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я [5]. Згідно із зазначеною нормою засуджений має право звертатися за консультацією і лікуванням до медичної частини установи виконання покарань, а в разі неможливості надання кваліфікованої медичної допомоги – до цивільних закладів охорони здоров'я, а також до закладів охорони здоров'я, що мають ліцензію Міністерства охорони здоров'я України і надають платні медичні послуги та не віднесені до відання центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань. Вищевикладене свідчить про те, що національне законодавство не обмежує за-

судженого в можливості отримання як безоплатної, так і платної медичної допомоги.

З приводу відомчої приналежності «Правила Мандели» чітко вказують на необхідність створення медичних частин в установах виконання покарань та не заперечують їх відомчої приналежності. Зокрем, в них вказано, що у кожній тюремній установі повинна бути медико-санітарна служба, на яку покладено завдання оцінювати, підтримувати, охороняти і покращувати фізичне і психічне здоров'я засуджених, приділяти підвищену увагу засудженим з особливими потребами в медико-санітарній допомозі або тим, які мають проблеми зі здоров'ям, які перешкоджають їх реабілітації. У свою чергу зазначені служби повинні організовувати медико-санітарне обслуговування в тісному контакті із системою державних органів охорони здоров'я і таким чином, щоб забезпечити безперервність лікування та догляду, в тому числі, у зв'язку з ВІЛ, туберкульозом та іншими інфекційними захворюваннями, а також наркозалежністю.

Саме на підставі зазначеного приєднуємось до точки зору голови Державної пенітенціарної служби України В. М. Палагнюка та вважаємо, що відомча належність медичних частин установ виконання покарань є правильною, свосчасною та не суперечить вимогам міжнародних норм у галузі захисту прав засуджених. Ці погляди висвітлює не тільки керівництво служби. У ході проведеного нами опитування співробітників слідчих ізоляторів та установ виконання покарань Державної пенітенціарної служби України встановлено, що рівень надання допомоги засудженим та особам, щодо яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, медичними працівниками закладів міністерства охорони здоров'я України часто не відповідає встановленим вимогам. Саме тому зосередження надання медичної допомоги лише працівниками закладів Міністерства охорони здоров'я України засудженим та особам, які утримуються в слідчих ізоляторах, зважаючи на їх теперішній стан, є передчасним.

Досліджуючи питання медико-санітарного забезпечення засуджених до позбавлення волі, варто також зупинитися на питанні примусового годування засуджених. Діюче національне кримінально-виконавче законодавство передбачає, що примусове годування засудженого до позбавлення волі, який заявив про відмову від прийняття їжі і за висновками комісії лікарів не має психічного захворювання та усвідомлює наслідки своїх дій, забороняється. Примусове годування може бути здійснене лише в тих випадках, коли, на думку лікаря, внаслідок відмови від прийняття їжі стан засудженого значно погіршується. Порядок примусового годування не повинен порушувати стандарти, визначені практикою Європейського суду з прав людини. Таким чином, законодавець встановлює дану норму лише з гуманістичних міркувань, з метою збереження здоров'я засуджених до позбавлення волі, які не усвідомлюють свої дії. Однак практика свідчить, що примусове годування застосовується з порушенням національного законодавства, до того ж дана норма (примусове годування) відсутня в міжнародних стандартах у галузі захисту прав засуджених. Саме тому деякі вчені та громадські захисники вимагають взагалі заборонити примусове годування засуджених, проте ми вважаємо, що таке рішення повинно прийматись лише після ґрунтовного дослідження практичного застосування даної норми, а не базуватись лише на деяких виявлених фактах порушень.

В якості висновку слід зазначити, що медико-санітарне забезпечення засуджених до покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк повною мірою відповідає на сьогодні міжнародним стандартам у галузі захисту прав засуджених. Запропоновані зміни до національного законодавства щодо виведення медичних частин установ виконання покарань із підпорядкування Державної пенітенціарної служби України є невиправданим та помилковим та можуть призвести до значного погіршення рівня медико-санітарного забезпечення засуджених та осіб, щодо яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання : Закон України / Верховна Рада України // Офіційний веб-портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/838-19>
2. Яковець І.С. Забезпечення конституційного права засуджених на охорону здоров'я : основні проблеми та можливі шляхи їх вирішення / І.С. Яковець А.В. Байлов // Сучасні проблеми та тенденції розвитку кримінально-виконавчого права в Україні : збірник матеріалів Всеукраїнського науково-практичного семінару (20 листопада 2015 року, м. Харків) / Харківський нац. ун-т внутр. справ ; Наук.-дослід. ін-т вивч. пробл. злочинності ім. акад. В.В.Сташиса НАПРН України ; кримінологічна асоціація України. – Х. : ХНУВС, 2015. – С. 26–29.
3. На Громадських слуханнях в апараті ДПтС України обговорили основні проблемні питання у сфері захисту прав та інтересів засуджених : доповідь про проведений захід / Державна пенітенціарна служба України // Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/799375>
4. Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими (у редакції 2015 р.) : документ ООН / Верховна Рада України // Офіційний веб-портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_24/resolutions/L6_Rev1/ECN152015_L6Rev1_r_V1503587.pdf.
5. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України / Верховна Рада України // Офіційний веб-портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1129-15/conv/page5>

ПОТЕНЦІАЛ ФІЛОСОФСЬКОЇ МЕТОДОЛОГІЇ ЩОДО СИСТЕМНО-СТРУКТУРНОГО АНАЛІЗУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЯК РІЗНОВИДІВ СОЦІАЛЬНОГО УПРАВЛІННЯ

PHILOSOPHICAL METHODOLOGY POTENTIAL FOR THE SYSTEM-STRUCTURAL ANALYSIS OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL ACT AS TYPES OF SOCIAL CONTROL

**Вечерова Є.М.,
к.ю.н., доцент**

Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті запропоновано сукупність пізнавальних засобів, методів та прийомів аналізу кримінального права та кримінального закону як різновидів соціального управління крізь призму специфічних рис епохи постмодерну, ключових положень теорії аутопойєзису, базових засад аксіологічного та гносеологічного підходів, а також різних пар філософських категорій (зміст і форма, сутність і явище, необхідність і випадковість, можливість і дійсність, ціле і частина).

Ключові слова: система, структура, соціальне управління, кримінальне право, кримінальний закон, постмодерн, аутопойєзис.

В статье предложена совокупность познавательных средств, методов и приемов системно-структурного анализа уголовного права и уголовного закона как разновидностей социального управления сквозь призму специфических черт эпохи постмодерна, ключевых положений теории аутопойезиса, базовых основ аксиологического и гносеологического подходов, а также разных пар философских категорий (содержание и форма, сущность и явление, необходимость и случайность, возможность и действительность, целое и часть).

Ключевые слова: система, структура, социальное управление, уголовное право, уголовный закон, постмодерн, аутопойезис.

Article suggests the multitude of cognitive means, methods and instruments of criminal law and criminal act research as types of social control through the prism of specific postmodern age features, key provisions of the autopoiesis theory, basics of the axiological and epistemic approaches, and also various pairs of philosophical categories (form and contents, essence and fact, necessity and coincidence, possibility and reality, whole and part).

It is concluded that criminal law and criminal act analysis as types of social control through the prism of specific postmodern age features and key provisions of the autopoiesis theory gives an opportunity to shift away from the positivist «shackles» in understanding law and to treat criminal law substance as an open complex system, which is dynamical and interactive with the society, reconstructive in the process of law application for the evolution of moral, social and natural origins.

Axiological approach in research of criminal law contemporary reality is first of all the focus of its anthropologic (anthropocentrism), which are «variedly» brought out in private basics of criminal law.

The epistemic lens used for the system-structural analysis of criminal law and criminal act as types of social control is based on relativity and outlines that both such phenomena, and their efficiency criteria do not have absolute index, and invokes the issue of criminal act criminality.

Various pairs of philosophical categories, i.e. form and contents, essence and fact, necessity and coincidence, possibility and reality, whole and part, enlarge the range of scientific research, enable to «glance» beyond the normative contents of criminal law, actualize the issue of criminal act compliance/non-compliance with criminal law.

Key words: system, structure, social control, criminal law, criminal act, postmodern, autopoiesis.

В світлі ідей про інтегративний характер наукових пошуків безперечно утилітарність представляє методологія мети – рівня або філософська методологія.

Має рацію О. І. Бойко, коли стверджує, що «...нова методологія аж ніяк не зазіхає на гегемонію філософії, яка як і раніше залишається диригентським пунктом розуму, акумулює в собі генеральні технології пізнання навколишнього світу, забезпечує рівновагу дослідницьких напрямків і прийомів, приймає на себе обов'язок і відповідальність за рішення основного питання (про суперництво буття і свідомості)» [1, с. 14-15].

За красномовною алегорією Д. А. Керимова, філософія є «душею» методології, її ядром, оскільки виступає не тільки як метод пізнання природи, суспільства і мислення, але і як загальнотеоретична основа будь-якого дослідження [2, с. 23-24]. Інтеграція наукових знань дозволяє філософії створити загальну наукову картину світу, яка є світоглядним фундаментом всіх природничих, технічних і суспільних наук, тим самим виконуючи методологічну функцію в пізнанні їх спеціальних, специфічних об'єктів [3, с. 65].

На справедливе переконання З. Х. Кочесокова, «...філософське осмислення нинішньої ситуації в соціальному бутті світу.... відкриває принципово нові методологічні горизонти для дослідження перспектив розвитку цивілізації ...» [4, с. 4].

Метою статті є спроба за допомогою окремих компонентів філософської методології запропонувати сукупність

пізнавальних засобів, методів та прийомів щодо системно-структурного аналізу кримінального права та кримінального закону як різновидів соціального управління.

Ми цілком згодні з позицією, що «...оскільки сучасне суспільство знаходиться в історичній ситуації якісної зміни, остільки переосмислення багатьох уявлень про закономірності і сутність соціального життя людей виявляється неминучим. Надзвичайно важливо відшукати новий змістовний каркас, в межах якого може бути зрозуміла сьогоденна реальність і можуть бути втілені на практиці найбільш величні уявлення про право» [5, с. 3].

Параметри суспільства епохи постмодерну дуже наочно охарактеризовані американським філософом та футурологом японського походження Ф. Фукуямою.

Провідною ідеєю, яка проходить крізь серію його робіт, є так звана «теорія зламу епох». Мова йде про ситуацію, коли соціальні норми, які були чинними протягом одного історичного періоду, руйнуються в результаті успіхів технології і економіки, і суспільство перебуває у стані «наздогоняння», щоб перебудувати себе у змінених умовах [6, с. 24-25].

На думку вченого, у глобальному масштабі нинішній період характеризується двома абсолютно суперечливими тенденціями: з одного боку, має місце конвергенція політичних та економічних інституцій, а з іншого – все більше віддалення культур [7, с. 13].

Беручи до уваги вищевикладене, у якості філософського, світоглядного стрижня, навколо якого доцільне

формування методологічного підходу до системно-структурного аналізу кримінального права і кримінального закону як різновидів соціального управління можна розглядати постмодерн, який, як відомо, уникає усіх форм монізму та універсалізації, не сприймає єдиної загальнообов'язкової концепції пізнавальної діяльності [8, с. 22].

Постмодерн змушує переглянути глибинні засади суспільства епохи модерну і, перш за все, характеристики праворозуміння.

З цього приводу цінними є зауваження відомого англійського спеціаліста в галузі філософії права, члена Палати Лордів, Д. Лойда, наступного змісту: «Не існує універсальної ідеї права, яку можна було б сформулювати на підставі вивчення усіх стадій еволюції людського суспільства... Кожне конкретне суспільство неминуче бачить своє право, як і свого Бога, згідно з власним уявленням про нього. І навіть в одному і тому ж суспільстві постійно йде процес розвитку і змін... Еволюційні процеси в суспільстві тягнуть за собою зміну уявлень про створену в ньому ...систему права» [9, с. 375].

Загалом, ми підтримуємо точку зору про те, що не може існувати універсального праворозуміння [10, с. 3, 8]. Більш коректно ставити питання про «домінуючий» тип праворозуміння. Останній же в свою чергу обумовлений цілою низкою факторів (мораль, традиції, релігія тощо) [10, с. 5, 9].

Для з'ясування сутнісних аспектів правової реальності в умовах постмодерну неабияку цінність становить теорія аутопойєзису, вихідні постулати якої зводяться до того, що сучасне суспільство не має центру [11, с. 20]. Єдине, що на думку прихильників аутопойєзису, робить суспільство суспільством – мережа комунікацій [12, с. 5]. Це означає, що право не може бути ототожнене із заданою апріорною справедливістю, оскільки такої справедливості просто не існує через неможливість співвіднести правову систему із якимись заздалегідь визначеними фундаментальними цінностями та принципами [13, с. 160-179]. Тому акцент в розумінні права повинен робитися не на сукупності норм права та раціональності волі законодавця, а на практиці правових комунікацій. Для суспільства, що знаходиться в стані перманентних змін, взаємодія, заснована на узгодженні волі, цілей, інтересів є більш значущою, ніж судові інтерпретації.

Дійсно, не можна заперечувати того, що у ХХІ ст. на перший план висувається проблема правової комунікації, тобто проблема успішного співіснування у сфері права різних суб'єктів, проблема загального праворозуміння та спільної правотворчості, в межах якої може реалізовуватися не лише особиста свобода людини, а й її відповідальність за долі інших. Таке розуміння права неможливе при погляді на державу як єдиного й виключного деміурга права [14, с. 101].

Аутопойєзис вбачає у праві гетерархічну (тобто позбавлену жорсткої ієрархії), одночасно відкриту та закриту по відношенню до навколишнього середовища, самокеровану систему, де створювані норми є невіддільними від процесу їх застосування, а центральною ланкою в правовій системі виступає суб'єкт права (інакше кажучи, має місце так звана «інтерсуб'єктивність» права, за якої право не існує поза соціальними суб'єктами та їх комунікацією) [15, с. 4-9].

У даному випадку переконливими видаються доводи І. І. Гусевої на предмет того, що «мозаїчність» соціальної реальності, її розпад на окремі поля та анклав, руйнування соціальних зв'язків у великих спільнотах, зростання значення невеликих соціальних груп з яскраво вираженою локальною солідарністю з неминучістю детермінують потребу в перегляді стратегій наукових досліджень, зміну фокусних відстаней та звернення уваги на локальні форми соціального буття [16, с. 2, 11, 13].

Дослідження кримінального права та кримінального закону як різновидів соціального управління крізь призму специфічних рис епохи постмодерну та ключових положень теорії аутопойєзису, як представляється, дає змогу відірватися від позитивістських «пут» у праворозумінні та поглянути на кримінально-правову матерію як на відкриту складну систему, що знаходиться у постійному динамічному розвитку, взаємодії із суспільством, відтворюючись у процесі правореалізації задля розвитку своїх духовних, соціальних та природничих першоджерел [17].

В арсеналі сучасної філософської методології цільне місце посідає аксіологічний (ціннісний) підхід, який представляє собою загальну стратегію дослідження, що визначає розгляд права крізь призму його відповідності певним цінностям, що можуть забезпечуватись правом та бути його основою [18, с. 8]. Згідно із даним підходом, цінності – це структурна першооснова права [19, с. 86].

У контексті системно-структурного аналізу кримінального права і кримінального закону як різновидів соціального управління та в умовах постмодерну аксіологічний підхід знаменує собою кардинальну переорієнтацію в ієрархії системи цінностей, поставлених під охорону кримінальним правом і кримінальним законом у напрямку «особистість–суспільство–держава» [20, с. 258].

Як зауважує В. О. Туляков, глобальні та регіональні, соціальні та культурні дисбаланси й конфлікти, комунікаційні вкидання створюють ситуації, коли стабільна по суті кримінально-правова форма знаходиться в дисонансі з громадськими та соціальними відносинами і процесами, що розвиваються. Виникають напівправові форми кримінально-правового регулювання та контролю. Створюються нові кримінальні закони, зокрема, транзитивне кримінальне право. Держави колишнього СРСР відносяться до країн перехідного періоду розвитку, а транзитивна юстиція відображає процес переходу від віджилої форми публічно-правових відносин (феодалізм, тоталітаризм) до буржуазно-демократичних по суті систем, побудованих на ідеології ландшафту примату концепції прав людини та захисту базових людських цінностей [21, с. 163-166].

Н. В. Генріх цілком виправдано пише про те, що в реаліях постмодерну кримінальне право повинно позиціонуватися як засіб обмеження державного примусу та захисту прав людини [22, с. 11]. Трохи далі вчена додає, що «...сучасне кримінальне право має розумітися не як «публічне», а як «переважно публічне» право, в якому органічно поєднуються приватні та публічні інтереси» [22, с. 15].

О. І. Бойко резюмує, що «...останнім часом публічність починає здавати свої позиції навіть в «свята свя-тих» – у кримінальному праві» [20, с. 259].

Л. Ю. Тимофєєва переконана, що для створення «людського кримінального права» необхідно вибудовувати процес криміналізації, виходячи із пріоритету та поваги прав людини ...» [23, с. 118].

Як бачимо, аксіологічний підхід відносно дослідження кримінально-правової реальності сьогодення – це, перш за все, фокус, який акцентує увагу на її антропологізації (антропоцентризмі), котра найбільш «різнопланово» проявляє себе у приватноправових засадах кримінального права.

Загальновідомо, що однією із особливостей юридичної епістемології у період постмодерну є потреба у пошуку нових форм раціональності, заснованих на релятивності.

Щодо системно-структурного аналізу кримінального права та кримінального закону як різновидів соціального управління, така гносеологічна «лінійка» дає змогу побачити, що як дані феномени, так і критерії оцінки їх ефек-

тивності не мають абсолютних показників, крім того, підняти питання криміногенності кримінального закону [24, с. 110].

Я. І. Гілінський на рахунок цього справедливо зауважує: «У реальній дійсності немає об'єкта, який був би «злочинністю» (або «злочином») за своїми внутрішніми, іманентними властивостями, *sui generis, per se*. Злочин і злочинність – поняття релятивні (відносні), конвенціональні («договірні»: як «домовляться» законодавці), вони суть соціальні конструкти, що лише частково відображають окремі соціальні реалії: деякі люди вбивають інших, деякі заволодівають речами інших, деякі обманюють інших тощо. Але ті ж самі за змістом дії можуть не визнаватися злочинами: вбивство ворога на війні, вбивство за вироком (смертна кара), заволодіння речами іншого за рішенням суду, обман державою своїх громадян тощо» [25, с. 37].

Для системно-структурного аналізу кримінального права і кримінального закону як різновидів соціального управління дослідницький інтерес становить і так звана традиційна філософська методологія. Мова йде про різні пари філософських категорій, котрі, «...узагальнюючи пізнавальний досвід всіх наук, привносять в кожну конкретну науку методологічні знання всіх наук в їх синтезованому вигляді і тим самим множать пізнавальні можливості як науки в цілому, так і окремої її галузі» [2, с. 23].

Так, кримінальне право як галузь права є змістом положень, які становлять його предмет, а кримінальний закон – формою, у яких вони отримали юридичну обов'язковість. При цьому зміст не може існувати без відповідної форми, а форма не може бути беззмістовною. Оскільки форму (закон) створюють люди з їх інтересами, уподобаннями, помилками – то форма в певний момент часу може не повністю відповідати змісту. Отже, існує діалектична суперечність між формою і змістом, яка зникає у процесі як вдосконалення законодавства, так і зміни уявлень суспільства про добро і зло, про суворість репресій, які припустимо застосовувати до злочинців тощо [26, с. 21].

Співвідношення кримінального права і кримінального закону може і має розглядатися і під кутом аналізу таких співвідносних філософських категорій, як сутність і явище, необхідність і випадковість, можливість і дійсність. У кожній із пар названих категорій право відображається першою, а законодавство – другою [26, с. 21]. Крім того, для тематики нашого дослідження архіважливе значення має ще й така пара філософських категорій, як ціле та частина [27, с. 244].

Як відомо, явище – це щось непостійне, нестійке, мінливе, таке, що коливається [27, с. 41]. «...Сутність права змінюється набагато повільніше, ніж правове явище» [27, с. 45], а «...кожне правове явище виражає лише особливий або окремих момент сутності права... При цьому ступінь відповідності правового явища своїй сутності може бути різним: в одних правових явищах сутність права представлена більш повно, прямо і безпосередньо, ніж в інших явищах» [27, с. 45, 47].

Відповідно, кримінальне право відображає внутрішню сутність явищ і процесів, які існують у сфері протидії злочинам, єдність усіх її властивостей і зв'язків, а кримінальне законодавство є певним зовнішнім відображенням (виявленням) протидії злочинам, є явищем, доступним безпосередньому сприйняттю і аналізу [26, с. 21-22].

Слід також відштовхуватися від того, що «...в залежності від конкретно-історичних умов одна і та сама сутність права проявляється по-різному...» [27, с. 47]. Дане застереження матиме особливо важливе методологічне значення при характеристиці темпорального виміру кримінального права.

Водночас кримінальне право є виявом закономірностей, які існують з приводу визначення злочинного і незлочинного, наслідків вчинення відповідних діянь. А

кримінальний закон у цьому аспекті є виявом випадковості – нестійких зв'язків, результатом перетину чи збігу незалежних процесів або подій у сфері законотворчості, які доповнюють і не завжди адекватно відображають існуючі закономірності [26, с. 21-22].

Взаємодію кримінального права і кримінального законодавства характеризує їхній розвиток і рух, що відображається у діалектиці можливості і дійсності. Будь-які ідеї, суспільні вимоги у сфері протидії злочинності і караності, як і їх унормування та практичне втілення, мають своє зародження, розвиток, розквіт, занепад та відмирання. Можливості, які закладені у праві, мають втілюватися у дійсність, тобто закон. Відповідно, дійсність (кримінальний закон) є реалізованою можливістю, яка була закладена у праві. Це знову ж таки підтверджує тезу про те, що кримінальне право не може бути втілене у життя саме собою, без того, щоб його вимоги не набули законодавчої форми. Зміна закономірностей, які лежать в основі можливостей, призводить до того, що й дійсність втрачає свою «розумність» і має замінюватися новою. А в аспекті співвідношення кримінального права і кримінального закону тенденції їх взаємодії і розвитку мають один вектор – право детермінує закон, а не навпаки [26, с. 21-22].

Щодо такої пари філософських категорій, як ціле і частина, то даний методологічний прийом дозволяє досягнути, що кримінальний закон – це лише один із складників такого багатомірного явища, як кримінальне право, котре включає в себе й «ненормативний» блок, наприклад, функції та принципи кримінального права.

Має місце й ще одне «суміжне» питання, розгляд якого стає можливим завдяки філософським категоріям ціле і частина – це проблематика системності кримінального права та кримінального закону, оскільки, як відомо, «... всяка система є цілим, але аж ніяк не всяке ціле є системою. Сумативне ціле – це теж ціле, але воно ще не система, бо не має об'єктивних, закономірних, необхідних зв'язків і взаємодії між його складовими частинами, компонентами. Тому ціле може бути системним і несистемним» [27, с. 252].

Таким чином, підсумовуючи все вищевикладене, представляється можливим сформулювати наступні висновки.

1. Аналіз кримінального права та кримінального закону як різновидів соціального управління крізь призму специфічних рис епохи постмодерну та ключових положень теорії аутопоїєзису дає змогу відірватися від позитивістських «пут» у праворозумінні та поглянути на кримінально-правову матерію як на відкриту складну систему, що знаходиться у постійному динамічному розвитку, взаємодії із суспільством, відтворюючись у процесі правореалізації задля розвитку своїх духовних, соціальних та природничих першоджерел.

2. Аксиологічний підхід відносно дослідження кримінально-правової реальності сьогодення – це, перш за все, «фокус», який акцентує увагу на її антропологізації (антропоцентризмі), котра найбільш «різнопланово» проявляє себе у приватноправових засадах кримінального права.

3. Для системно-структурного аналізу кримінального права та кримінального закону як різновидів соціального управління гносеологічна «лінза», заснована на релятивності, дає змогу побачити, що як дані феномени, так і критерії оцінки їх ефективності не мають абсолютних показників, крім того, піднімають питання криміногенності кримінального закону.

4. Різні пари філософських категорій, зокрема, зміст і форма, сутність і явище, необхідність і випадковість, можливість і дійсність, ціле і частина, розширюючи діапазон наукових пошуків, дозволяють «зазірнути» за нормативне наповнення кримінального права, актуалізувати проблематику відповідності/невідповідності кримінального закону кримінальному праву.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бойко А. И. Система и структура уголовного права в 3 т. – Т. 1 : Системология и структурализм в современной познавательной культуре / А. И. Бойко. – Ростов н/Д : Изд-во ЮФУ, 2007. – 448 с.
2. Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д. А. Керимов. – М. : Аванта+, 2000. – 560 с.
3. Лукич Р. Методология права / Р. Лукич. – М. : «Прогресс», 1981. – 302 с.
4. Кочесоков З. Х. Дискурс современного этапа социальной эволюции в постнеклассической парадигме науки : автореф. дис... на соискание уч. степени докт. философ. наук по спец. : 09.00.11 «социальная философия» / З. Х. Кочесоков. – Нальчик, 2010. – 41 с.
5. Палазян А. С. Функциональная характеристика права : автореф. дис... на соискание уч. степени докт. юрид. наук по спец. : 12.00.01 «теория и история права и государства ; история учений о праве и государстве» / А. С. Палазян. – М., 2009. – 47 с.
6. Фукуяма Ф. Великий разрыв ; Пер. с англ. под общ. ред. А. В. Александровой / Ф. Фукуяма. – М. : ООО «Издательство АСТ» : ЗАО НПП «Ермак», 2004. – 474 с.
7. Фукуяма Ф. Доверие : социальные добродетели и путь к процветанию : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма. – М. : АСТ : АСТ МОСКВА : ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – 730 с.
8. Микешина Л. А. Философия науки : Современная эпистемология. Научное знание в динамике культуры. Методология научного исследования : учеб. пособие / Л. А. Микешина. – М. : Прогресс-Традиция : МПСИ : Флинта, 2005. – 464 с.
9. Ллойд Д. Идея права / Перевод с английского : М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев ; научный редактор Ю. М. Юмашев. – изд. 4-е. – М. : «КНИГОДЕЛ», 2007. – 416 с.
10. Шелестов К. О. Домінуюче праворозуміння у функціонуванні правових систем : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.12 «філософія права» / К. О. Шелестов. – Одеса, 2010. – 17 с.
11. Ладер К.-Х. Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений) / К.-Х. Ладер // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2007. – № 4. – С. 13–43.
12. Поляков А. В. Коммуникативная концепция права (проблемы генезиса и теоретико-правового обоснования) : автореф. дис... на соискание уч. степени докт. юрид. наук по спец. : 12.00.01 «теория и история права и государства ; история учений о праве и государстве» / А. В. Поляков. – СПб., 2002. – 42 с.
13. Гальперина П. Л. Понятие правовой системы в контексте теории правового аутопойезиса / П. Л. Гальперина // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – СПб. : Изд-во СПбГУ. – 2005. – № 6. – С. 160–179.
14. Орловская Н. А. Основания и принципы построения уголовно-правовых санкций : монография / Н. А. Орловская. – Одесса : Юридическая литература, 2011. – 624 с.
15. Синяков Д. К. Концепция правового аутопойезиса. Теоретическое обоснование : монография / Д. К. Синяков. – М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2014. – 175 с.
16. Гусева И. И. Стратегии исследования в социально-гуманитарных науках : философско-эпистемологический анализ : автореф. дис... на соискание уч. степени докт. философ. наук по спец. : 09.00.01 «онтология и теория познания» / И. И. Гусева. – Саратов, 2008. – 40 с.
17. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення : ренесанс моделі сталого розвитку / В. О. Туляков // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nauka.nlu.edu.ua/download/visnik_yg/3/1.pdf.
18. Фальковський А. О. Аксіологічний підхід у методології сучасної юриспруденції : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.12 «філософія права» / А. О. Фальковський. – Одеса, 2011. – 17 с.
19. Горобец К. В. Аксиосфера права : философский и юридический дискурс : монография / К. В. Горобец. – Одесса : Фенікс, 2013. – 218 с.
20. Бойко А. И. Система и структура уголовного права в 3 т. – Т. 2 : Системная среда уголовного права / А. И. Бойко. – Ростов н/Д : Изд-во ЮФУ, 2007. – 640 с.
21. Туляков В. А. Транзитивное уголовное право // В. А. Туляков // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (15–16 травня 2015 року, м. Одеса) : у 2 т. – Т. 2 / відп. ред. М. В. Афанасьєва. – Одеса : Юридична література, 2015. – С. 163–166.
22. Генрих Н. В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования : автореф. дис... на соиск. уч. степени докт. юрид. наук по спец. : 12.00.08 «уголовное право и криминология ; уголовно-исполнительное право» / Н. В. Генрих. – Рязань, 2011. – 62 с.
23. Тимофеева Л. Ю. Уголовно-правовая політика : вектор «человечность» / Л. Ю. Тимофеева // матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Нормативні та прикладні засади удосконалення інституту призначення покарання та інших заходів кримінально-правового впливу» (26–27 грудня 2015 року, м. Одеса). – С. 116–122 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.opua.edu.ua/handle/11300/3260>.
24. Честнов І. Посткласична теорія права : контури нової парадигми / І. Честнов // Право України. – 2011. – № 8. – С. 109–114.
25. Гилинский Я. И. Криминология : теория, история, эмпирическая база, социальный контроль / Я. И. Гилинский. – 2-е изд., перераб. и доп. – СПб., 2009. – 512 с.
26. Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство : співвідношення понять / В. Навроцький // Право України. – 2011. – № 9. – С. 20–24.
27. Керимов Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов ; Академия обществ. наук при ЦК КПСС. – М. : Мысль, 1972. – 472 с.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРОВОКАЦІЇ ПІДКУПУ

CRIMINAL LAW ASPECTS OF BRIBERY PROVOCATION

Дудоров О.О.,
д.ю.н., професор,
Заслужений діяч науки і техніки України
Запорізький національний університет

У статті аналізується склад злочину, передбаченого статтею 370 Кримінального кодексу України «Провокація підкупу», розглядаються питання кваліфікації цього службового злочину. Обґрунтовується положення про доцільність збереження вказаної кримінально-правової заборони. З'ясовується юридична природа провокації підкупу. Висвітлюється проблема відмежування провокації підкупу від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів.

Ключові слова: провокація підкупу, корупція, неправомірна вигода, підбурювання до злочину, оперативно-розшукова діяльність.

В статье анализируется состав преступления, предусмотренного статьей 370 Уголовного кодекса Украины «Провокация подкупа», рассматриваются вопросы квалификации этого должностного преступления. Обосновывается положение о целесообразности сохранения данного уголовно-правового запрета. Выясняется юридическая природа провокации подкупа. Рассматривается проблема отграничения провокации подкупа от правомерных оперативно-розыскных мероприятий, направленных на разоблачение коррупционных преступлений.

Ключевые слова: провокация подкупа, коррупция, неправомерная выгода, подстрекательство к совершению преступления, оперативно-розыскная деятельность.

The offense under Article 370 of the Criminal Code of Ukraine «Bribery Provocation» is analyzed in the paper, questions of the qualification of this crime of office are discussed.

Position about the appropriateness of preserving the examined criminal law prohibition is argued. Its outlining is based on the fact that: the tip of the fight against corruption should be aimed at prevention, detection and of crimes committed, not at the creation (generation) of new, at pushing mentally unstable subjects towards violations of criminal law; provocation of bribery can cause serious damage to the constitutional rights and freedoms of man and citizen, to be used as a powerful tool for illegal influence on others. The existence of separate criminal liability for bribery provocation is also explained by the desire to prevent artificial commission of crimes of respective category, to provide the order of their discovery and disclosure under the Criminal Procedure Code of Ukraine.

The legal nature of the provocation of bribery is comprehended. It is established that the legislator in 2015, by abandoning the traditional, under the Criminal Code of Ukraine, understanding of bribery provocation as the conscious creation by an official of circumstances and conditions that cause the giving or taking undue advantage, has eventually consented to the theoretical approach "provocation of crime = incitement to crime".

It is shown that with bribery provocation it is also possible such influence on a person that is not covered by the criminal law concept of incitement and that, accordingly, cannot be qualified under the current version of Art. 370 of the Criminal Code of Ukraine. This applies, in particular, to the: 1) creation of artificial barriers and challenges, aimed at the generation of person's belief that the issues he is interested to resolve, can be resolved only through bribery; 2) the use of deception, when the perpetrator, by falsifying the will of another person commits provocation by spreading false information (for example, about the possibility of solving various issues through bribery, about the desire of a specific person to obtain or provide illegal benefits). Those kinds of provocative behavior that are not recognized as incitement due to the lack of two-way subjective communication or because of other reasons, and therefore are not covered by the disposition of part 1, Article 370 of the Criminal Code, and under the circumstances may form in other crime against official service (for example, under Article 365).

The problem of distinguishing legitimate provocation of bribery from legal field operations aimed at exposing corruption offenses is exposed. It is proved that in such differentiation both provisions of the relevant legislation of Ukraine and decisions by the European Court of Human Rights should be taken into account. It is established that the identification by the public official of the existing and outwardly expressed proper intention (to give, offer or promise undue advantage, to accept the offer, promise or to receive such benefit) and creating by such official of opportunities for the implementation of the said intent, if there is no incitement to such acts by persuasion, threats, coercion or by any other means with the purpose of subsequent exposure, cannot be considered as criminal bribery provocation.

Key words: bribery provocation, corruption, illegal benefit, incitement to crime commission, operative-search activity.

Протидія корупції є одним із пріоритетних напрямів сучасної політики нашої держави у сфері боротьби зі злочинністю. Від результатів роботи правоохоронної системи щодо мінімізації корупції залежить успішне розв'язання інших важливих проблем сьогодення. При цьому тривала історія викриття корупціонерів дала змогу виробити певні стандарти виявлення і розкриття відповідних злочинів, коли істотного значення набуває не лише результат, а й спосіб, у який його досягають. Проблема спровокованого вчинення корупційних злочинів, як і кримінально-правової заборони, присвяченої провокації підкупу (у Кримінальному кодексі України (далі – КК) це ст. 370), будучи своєрідним каменем спотикання, вже багато років турбує вітчизняних правників.

Можна сказати, що автори, які присвятили свої роботи вказаній проблематиці, поділилися на два основні табори. Одні виступають за скасування ст. 370 КК і декриміналізацію передбаченого нею діяння, вважаючи, що вказана

кримінально-правова заборона лише ускладнює боротьбу з корупцією. На думку ж інших, провокація підкупу є недопустимою і суспільно небезпечною поведінкою, а виключення ст. 370 з КК потягне за собою зростання масштабів зловживань з боку правоохоронців.

У Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджених Законом від 14 жовтня 2014 р., говориться про необхідність запровадження перевірок на доброчесність. Такі перевірки повинні проводитися з метою забезпечення професійної непідкупності, запобігання корупції серед публічних службовців, перевірки дотримання ними своїх посадових обов'язків тощо. Водночас такі перевірки можуть мати характер провокації надання неправомірної вигоди і тому не повинні бути підставою для початку кримінального провадження. З метою забезпечення дотримання прав людини у зв'язку з проведенням таких перевірок порядок їх проведення слід визначити законом.

Ще в 1998 р. В.О. Навроцький написав, що дії, які полягають у контрольованій пропозиції потенційним хабарникам майнової винагороди, не посягають на жодний правоохоронюваний об'єкт: вони порушують не законні права особи, суспільства, держави, а тільки інтереси корупціонера щодо ухилення від кримінальної відповідальності. Пропозиція хабара з метою викриття хабарника не є схиланням до злочину, оскільки хабарник насправді злочину вчинити не зможе, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує «хабар», і того, хто схильний його прийняти, аж ніяк не порушує нормальної діяльності органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і сумісність посягання, адже принаймні одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію. Науковець звертає увагу і на те, що законодавство про оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД) надає право проводити контрольні закупки товарів з метою виявлення фактів протиправної діяльності. Крім цього, положення про контрольовану пропозицію хабара визнавалось прийнятним з урахуванням вчення про крайню необхідність [1, с. 157-162]. Подібні заклики час від часу збуджують українське суспільство [2].

Необхідність цього революційного (інакше не скажеш) кроку може бути пояснена тим, що Україна перебуває на такому етапі свого розвитку, коли для боротьби з корупцією потрібно не живити твердих і рішучих заходів, не відкидаючи як таку можливість використання провокації та інших подібних прийомів, позаяк у боротьбі із витонченою злочинністю потрібні і хитрість, і обман. Однак чи здатна благородна мета виправдати будь-які засоби, які використовуються для її досягнення?

Складно не погодитися з тим, що «боротись зі злочинністю злочинними методами не личить демократичній правовій державі» [3, с. 484]. Проти легалізації провокації-підбурювання як засобу боротьби з корупцією виступає В.М. Киричко, який наводить на користь своєї позиції низку переконливих аргументів [4, с. 191-192]. Змістовно дискутує з В.О. Навроцьким і М.І. Мельник, який недоцільність виключення з КК спеціальної статті про відповідальність за провокацію хабара обґрунтовував, зокрема, тим, що таке рішення може вкрай негативно вплинути на здійснення правоохоронної діяльності у сфері протидії корупції [5, с. 214-217].

У висновку Верховного Суду України на один із законопроектів, яким пропонувалося скасувати ст. 370 КК і надати співробітникам правоохоронних органів право під час проведення ОРД здійснювати провокацію підкупу (а подібних законопроектів за період дії чинного КК було декілька), вказувалося на те, що внаслідок таких законодавчих змін у заздалегідь сплановані «пастки» можуть потрапляти законслухняні громадяни, які виявляться психологічно не стійкими до відповідних пропозицій. Основна ж частина «досвідчених хабарників» не буде викрита в такий спосіб, оскільки вони мають налагоджені схеми надання-одержання неправомірної вигоди, діють через перевірених посередників. До того ж виникне загроза зловживання правоохоронцями наданим їм правом провокувати осіб на вчинення злочинів, а так само ймовірність систематичних звернень наших громадян до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

З ухваленням 2001 р. чинного КК законодавець серед злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, передбачив у ст. 370 відповідальність за провокацію хабара. Останніми роками редакція цієї статті неодноразово зазнавала змін, зокрема, в частині її назви: «Провокація хабара» (таку назву мала і ст. 171 КК України 1960 р.) → «Провокація хабара або комерційного підкупу» → «Провокація підкупу». При цьому офіційний підхід до відповідного діяння залишається незмінним: провокація проголошується недопустимою, суспільно небезпечною і, відповідно, злочинною.

Виокремлення аналізованої кримінально-правової заборони ґрунтується на тому, що: 1) вістря боротьби з корупцією повинне спрямовуватись на запобігання, виявлення вчинюваних і вчинених злочинів, а не на створення (породження) нових, на підштовхування морально нестійких суб'єктів до порушень КК; 2) провокація підкупу може завдати серйозної шкоди конституційним правам і свободам людини та громадянина, використовуватись як потужний засіб неправомірного впливу на інших осіб.

Ще М.С. Таганцев наголошував на тому, що обов'язок поліції полягає в розкритті вчинених злочинних діянь або попередженні тих злочинів, які готуються. І ця діяльність не має нічого спільного зі створенням нових злочинів або злочинних спроб. Особа, котра підмовляє іншого вчинити злочин для того, щоб захопити його в момент вчинення і передати правосуддю, вчиняє діяння, яке не лише є несумісним з уявленням про нормальні функції владних органів, а й містить усі ознаки поняття підбурювання до злочину [6, с. 349]. Якщо держава використовує провокацію, вона тим самим застосовує злочинні засоби, йде на грубе порушення загальних засад кримінального провадження. Виходить, що держава зацікавлена в позбавленні свого громадянина заслуженого покарання, звільненні від обов'язку дотримуватись своїх же законів. Це, своєю чергою, може призвести до хаосу в кримінально-правових відносинах [7, с. 169]. Існування самостійної кримінальної відповідальності за провокацію підкупу пояснюється, крім усього іншого, прагненням унеможливити штучне вчинення злочинів відповідної категорії, забезпечити передбачений Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) порядок їх виявлення і розкриття.

З урахуванням того, що особу можна спровокувати на вчинення не лише корупційного злочину, універсальним кримінально-правовим засобом протидії провокаційній діяльності могла б стати розміщена в розділі КК «Злочини проти правосуддя» норма про відповідальність за провокацію службовою особою (варіант – службовою особою правоохоронного органу) будь-якого злочину (варіант – будь-якого умисного злочину). Слід враховувати і те, що особа, яка підбурила іншу особу вчинити діяння, що є злочином (зокрема, корупційним), визнається співучасником такого злочину і підлягає відповідальності за тією ж статтею КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. За таких обставин можна взагалі обійтися без виокремлення провокації злочину як діяння, яке уже є кримінально караним.

У кримінально-правовій доктрині зустрічаються підходи, згідно з якими провокацію не слід (або не завжди слід) ототожнювати з підбурюванням до вчинення злочину. Йдеться про те, що: 1) провокація злочину – це відмінна від підбурювання одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину, з певною метою. Дії провокатора і спровокованого спрямовані на досягнення не єдиного, а зовсім різних (діаметрально протилежних) результатів, вони не можуть вважатись узгодженими, спільними. 2) правова природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною, а провокація злочину є більш широким поняттям, ніж підбурювання до вчинення конкретного злочину.

З приводу викладених підходів (а існують і інші) варто зауважити, що бажання провокатора спрямоване саме на досягнення спільного злочинного результату, але з метою, відмінною від інших співучасників. Кримінальний закон нічого не говорить про спільність мотивів, які спонукали підбурювача і виконавця взяти участь у вчиненні злочину. Крім цього, не завжди підбурювання може отримувати безпосередню форму прояву, адже згідно з ч. 4 ст. 27 КК головне тут, щоб певна дія була зумовлена метою схилити особу до вчинення злочину. Водночас можна було погодитись із тим, що у разі провокації не виключається такий

вплив на особу, який не охоплюється поняттям підбурювання.

Врешті-решт наш законодавець, ухваливши Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» і відмовившись від традиційного (існуючого ще з часів дії КК УСРР 1922 р.) розуміння провокації підкупу як свідомого створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють надання або одержання неправомірної вигоди, пристав до теоретичного підходу «провокація злочину = підбурювання до злочину».

З об'єктивної сторони злочин, передбачений чинною редакцією ст. 370 КК, характеризується діями, які набувають вигляду підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди. Виходить, що провокація підкупу розглядається саме і тільки як спеціальний вид підбурювання до вчинення певного злочину.

Провокатор – це той, хто породжує в іншій особі намір вчинити відповідний корупційний злочин, для того щоб згодом цю особу викрити. Суть провокації, як влучно зауважує М.І. Мельник, означає певну штучність діянь особи, яку провокують: вона діє (не діє) за обставин, спеціально створених для того, щоб підштовхнути її до бажаних для провокатора діянь (останніх вона не вчинила, якби щодо неї не мала місце провокація). Провокацію можна розглядати як специфічний експеримент на предмет випробування особи на моральну та правову стійкість; провокація – це свого роду перевірка можливої поведінки за тієї чи іншої ситуації [5, с. 195]. Подібним чином розмірковує В.М. Киричко, на думку якого під час провокації підкупу особа вчиняє діяння внаслідок не існуючих у суспільстві обставин та умов, а спеціально створених службовою особою штучних обставин та умов. «Це означає, що тих діянь, які були штучно викликані службовою особою, інші особи не вчинили б у той самий час і в тому самому місці, якщо б щодо них не вчинювалась провокація» [4, с. 180].

Підбурювання з погляду кваліфікації за ст. 370 КК, означаючи схилення особи до вчинення хоча б одного з діянь, вказаних у ч. 1 цієї статті, може здійснюватись шляхом умовляння, погрози, підкупу, примусу тощо (невичерпний перелік способів підбурювання наведений у ч. 4 ст. 27 КК). Винний може, зокрема, провокувати одержання неправомірної вигоди як ним особисто, так і іншим суб'єктом, може як особисто пропонувати чи обіцяти неправомірну вигоду певній особі, так і зумовлювати пропонування чи обіцянку іншими особами неправомірної вигоди.

При цьому слід враховувати, що під час провокації підкупу можливим є і такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання та який, відповідно, не може кваліфікуватись за чинною редакцією ст. 370 КК. Сказане стосується, зокрема: 1) створення штучних перешкод і труднощів, спрямованих на породження в особи переконання в тому, що питання, у вирішенні яких вона зацікавлена, можуть бути розв'язані тільки шляхом підкупу; 2) використання обману, коли винний, фальсифікуючи волю іншої особи, здійснює провокацію шляхом поширення неправдивої інформації (наприклад, про можливість вирішення тих чи інших питань за допомогою підкупу, про бажання певної особи одержати або надати неправомірну вигоду). Зверну увагу на те, що випадки відмінної від співучасті «завульованої» провокації утворювали склад злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 370 КК [4, с. 182-183; 8, с. 146]. Наразі ті різновиди провокаційної поведінки, які через відсутність двостороннього суб'єктивного зв'язку або з інших причин не визнаються підбурюванням, а отже, не

охоплюються диспозицією ч. 1 ст. 370 КК, за наявності підстав можуть утворювати склад іншого злочину у сфері службової діяльності (наприклад, передбаченого ст. 365 КК).

Диспозиція ст. 370 КК також не охоплює випадки підкидання предмета нібито як неправомірної вигоди в робочий кабінет або автомобіль особи, вручення їй цього предмета шляхом обману, переказ грошей на банківський рахунок особи без повідомлення їй про це, заниження вартості наданої послуги, про що той, кому її надали, не знає, тощо. Подібні дії можуть розцінюватись як притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, або як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, і кваліфікуватись, відповідно, за ч. 2 ст. 372 і ч. 2 ст. 383 КК.

Склад злочину, передбаченого ст. 370 КК, утворює підбурювання лише до: 1) пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди; 2) прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди. Звідси випливає, що провокація підкупу має кваліфікуватись за ст. 370 КК у випадках, коли йдеться про підбурювання до вчинення злочину, передбаченого ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, ст. 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. При цьому те, наскільки результативним було таке підбурювання, на кваліфікацію за ст. 370 КК не впливає. Адже провокаційні дії, наштовхнувшись на властивості особи, можуть виявитись неспроможними викликати в неї намір вчинити бажаний для провокатора злочин. Провокація підкупу визнається закінченим злочиним із моменту вчинення будь-якої дії, що означає підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, незалежно від того, чи мали місце згодом з боку спровокованої особи діяння, вчинення яких прагнув винний. Інакше кажучи, і невдала провокація підкупу підлягає кваліфікації за відповідною частиною ст. 370 КК як закінчений злочин.

У судовій практиці і науці кримінального права ustalеним є підхід, згідно з яким провокація підкупу не виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи. Про це йдеться, зокрема, у п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво». «Кримінальний закон не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності того, хто одержав хабара, на тій підставі, що не він сам виявив ініціативу в одержанні хабара, а вона була йому запропонована чи навіть нав'язана» [5, с. 196]. «...особа, яку схилили до вчинення протиправних дій, залишається злочинцем, як і той, хто прийняв рішення про такий вчинок самостійно» [8, с. 147]. На користь викладеного вказує і та обставина, що провокація злочину не згадується в розділі VIII Загальної частини КК «Обставини, що виключають злочинність діяння».

Для порівняння: провокація злочину за кримінальними кодексами Польщі, Норвегії, Швейцарії, ФРН розглядається, як обставина, що виключає злочинність діяння, а за законодавством Албанії, Сан-Марино – як обставина, що пом'якшує покарання.

З урахуванням сказаного провокація підкупу, за загальним правилом, не виключає кваліфікацію діянь спровокованої особи за відповідними частинами ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. Водночас та обставина, що особа вчинила злочин під впливом провокаційної діяльності, може бути врахована судом на підставі ч. 2 ст. 66 КК при призначенні покарання.

Підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О.І. Альошина ініціює доповнення ч. 1 ст. 66 КК обставиною, яка пом'якшує покарання, у вигляді вчинення спровокованого злочину

[9, с. 180]. Підтримуючи таку пропозицію, В.В. Навроцька зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину [10, с. 239].

Зроблене вище застереження «за загальним правилом» зумовлене потребою врахування рішень ЄСПЛ (їх стислий виклад наводиться нижче), який послідовно розглядає провокацію злочину як порушення права особи на справедливий судовий розгляд, закріпленого в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У відповідних рішеннях ЄСПЛ йдеться про ситуації, коли провокація злочину, негативним чином впливаючи на докази, на яких ґрунтується обвинувачення, здійснювалась саме працівниками правоохоронних органів. На цю обставину останнім часом слушно звертають увагу чимало вітчизняних дослідників [4, с. 181, 189, 204, 210; 10, с. 236-238; 11, с. 64-65; 12, с. 212-215; 13, с. 95-98].

Таким чином, провокація підкупу, вчинена службовою особою правоохоронного органу (ч. 2 ст. 370 КК), здатна унеможливити (за відсутності належних доказів у кримінальному провадженні) кримінальну відповідальність спровокованої особи через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд. У цьому разі кримінальне провадження стосовно спровокованої особи підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК або ухвалюється виправдувальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК). На користь зробленого висновку вказує і рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 62 Конституції України (справа № 1-31/2001 від 20 жовтня 2011 р.), згідно з яким: обвинувачення у вчиненні злочину, зокрема, не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних у результаті ОРД уповноваженою на те особою, проте без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 370 КК, – спеціальний (службова особа). Разом із тим у науковій літературі висловлюється пропозиція запровадження кримінальної відповідальності за вчинення цього злочину загальним суб'єктом. Наприклад, О.М. Грудзур зазначає, що загальний суб'єкт може вчинити аналізований злочин, адже для цього не обов'язково використовувати службові чи владні повноваження, авторитет займаної посади або службове становище, завдавши шкоду як основному, так і додатковому об'єкту розглядуваного злочину. На думку згаданого науковця, діяння, вчинені таким суб'єктом, не характеризуються меншим ступенем суспільної небезпеки, ніж ті, які вчиняються службовою особою. Пояснюється це тим, що і в першому, і в другому випадку давання чи одержання хабара зумовлюється штучно створеними обставинами, які не відрізняються за своїм змістом [14, с. 126-128].

Підтримуючи вказану пропозицію, П.П. Андрушко водночас зазначає, що на практиці досить поширеним є спонукання до одержання хабара особами, які не є службовими: наприклад, пропозиція адвокатом слідчому чи судді певної винагороди за перекваліфікацію дій підозрюваного (обвинуваченого), закриття кримінальної справи, винесення виправдувального вироку або за призначення покарання, не пов'язаного з позбавленням волі [15, с. 285]. Однак у подібних випадках винуватий прагне не спровокувати одержання неправомірної вигоди з метою викриття того, хто її одержав, а навпаки, дати її задля досягнення бажаного результату.

На сьогодні якщо підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди вчинено з метою викриття іншої особи фізичною осо-

бою, яка не є службовою (сказане стосується й особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг), або навіть службовою особою, однак без використання нею свого службового становища, скоєне може розцінюватися як підбурювання до вчинення злочину, передбаченого ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК, і кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК. Адже із цієї кримінально-правової норми випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різними мотивами і маючи різні цілі. Як одна з таких цілей цілком може виступати викриття злочинця. М.І. Панов із цього приводу пише, що провокацією злочину визнаються дії особи, яка підбурює виконавця чи інших співучасників на вчинення злочину з метою його наступного викриття. Провокація злочину є співучастю у злочині, вчиненому спровокованою особою [16, с. 231]. Варто звернути увагу і на те, що співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації підкупу використовують підбурювача, можуть розглядатися і як організатори спровокованого злочину, оскільки вони щонайменше керують підготовкою цього підбурювача.

Суб'єктивна сторона провокації підкупу характеризується прямим умислом (винний усвідомлює, що його дії мають провокаційний характер стосовно іншої особи, і бажає вчинити такі дії) і метою: нею виступає викриття того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Зазначене викриття зводиться до того, щоб установити і зробити відомим факт вчинення певного кримінально караного діяння, і не потребує процесуального закріплення чи дотримання певної процедури. «Тут достатнім є лише факт самого виявлення, що давання чи одержання хабара вчиняються тією або іншою особою. Водночас інша мета, яку може переслідувати провокатор (шантаж, заподіяння матеріальної чи нематеріальної шкоди тощо), є похідною і досягається лише після викриття того, хто дав чи одержав хабар» [14, с. 143].

За метою викриття провокацію підкупу слід відрізняти від: 1) вимагання неправомірної вигоди (здійснюючи останнє, винний прагне змусити іншу особу надати йому неправомірну вигоду, однак не має при цьому на меті викрити особу у вчиненні злочину); 2) інших (порівняно з описаним у ст. 370 КК) різновидів підбурювання до вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК.

Мотиви дій винної особи, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 370 КК, можуть бути різними (корисливі спонукання, кар'єризм, помста, заздрість, марнославство, бажання скопрометувати особу чи організацію, інтереси боротьби зі злочинністю тощо) і підлягають врахуванню під час призначення покарання. «Мотив дій провокатора ... може вказувати на різний ступінь його суспільної небезпечності. Зокрема, фактором, що знижує ступінь суспільної небезпечності особи винного, може виступати вчинення провокаційних дій з мотивів боротьби з корупцією як негативним соціальним явищем» [4, с. 191].

Кваліфікуючою ознакою розглядуваного злочину є вчинення його службовою особою правоохоронного органу. Підвищена суспільна небезпека зазначеного різновиду провокації підкупу зумовлена спотворенням службових обов'язків правоохоронців, які замість виявлення, припинення та розкриття злочинів умисно створюють умови, які викликають їх вчинення. З приводу того, чому для правоохоронців за провокацію підкупу встановлено посилену кримінальну відповідальність, Г.Л. Шведова пише, що «саме на службових осіб правоохоронних органів покладено завдання викривати корупціонерів та застосовувати відповідні оперативно-розшукові заходи. Тому можна стверджувати, що саме ця категорія осіб більш схильна до вчинення таких злочинів у силу характеру своєї діяльності» [17, с. 331].

Коментуючи відсутність практики застосування ст. 370 КК, О.О. Кваша висловлює припущення про те, що «нор-

ма про відповідальність за провокацію хабара фактично не працює, а саме діяння в практиці не зустрічається» [18, с. 423-424]. Погоджуюсь із першою тезою дослідниці, однак сумніваюсь у правильності другої: провокація підкупу – один із найбільш латентних злочинів у сьогодишній Україні, який зовсім не є рідкістю. Як слушно зазначається з цього приводу в літературі, загальновизнаним є той факт, що оцінка діяльності правоохоронних органів ґрунтується на системі відповідних показників, заради досягнення яких законність нерідко приноситься в жертву. Це зумовлює розповсюдженість методу провокації в антикорупційній діяльності правоохоронних органів за відсутності практики притягнення винних до відповідальності за ст. 370 КК [19, с. 98, 100]. Про те, що провокація надзвичайно широко використовується в діяльності правоохоронних органів, ведуть мову П.Л. Фріс та І.Б. Медичкий, зауважуючи водночас, що жодного разу провокаційна діяльність правоохоронців не отримала належної кримінально-правової оцінки [3, с. 484].

Провокацію підкупу слід відмежовувати від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів.

У ст. 23 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією передбачено, що кожна держава повинна жити законодавчих та інших заходів, включаючи такі, що дозволяють (із дотриманням національного законодавства) застосування спеціальних слідчих методів, які можуть сприяти збиранню доказів у зв'язку з корупційними злочинами. У пояснювальному звіті до згаданої Конвенції вказується, що згадані методи можуть включати використання таємних агентів, прослуховування телефонних розмов тощо.

Здійснюючи згадане відмежування, необхідно брати до уваги як положення відповідних законодавчих актів України, так і рішення ЄСПЛ.

Згідно зі ст. 6 Закону України від 18 лютого 1992 р. зі змінами «Про оперативно-розшукову діяльність» підставою для проведення ОРД виступає наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, зокрема, про злочини, що готуються, та осіб, які готують їх вчинення. Виходячи із цього, виявлення і документування ознак корупційного злочину вважатиметься правомірною ОРД, яка відрізняється від кримінально караної провокації підкупу, за умови, що має місце конкретна інформація про підготовлюваний корупційний злочин, відображена в джерелах, перерахованих у ч. 2 ст. 6 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність». Джерелом вказаної інформації зазвичай виступають заяви осіб, причому, як зазначає М.Г. Арманов, таким заявником може бути: 1) особа, щодо якої мало місце вимагання неправомірної вигоди, але яка ще не погодилась на її надання; 2) особа, яка запропонувала, пообіцяла неправомірну вигоду; 3) третя особа, який відомо про факт вимагання неправомірної вигоди або факт пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди [20, с. 158]. Якщо ж відповідної конкретної інформації немає, а працівники правоохоронних органів лише припускають, що ця особа може вчинити корупційний злочин, підстави для проведення ОРД відсутні, що дозволяє вести мову про провокацію підкупу (за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 370 КК). Наприклад, за наявності цієї статті КК неправомірними визнаватимуться дії правоохоронця, який, озброївшись технічними засобами для фіксації проявів корупції, видає себе за бізнесмена-початківця, який прагне зареєструвати свою підприємницьку діяльність у місцевих органах влади (звичайно, якщо немає заяв від осіб, які хотіли стати підприємцями, про вчинене стосовно них у цих органах влади вимагання неправомірної вигоди).

Згідно зі ст. 271 КПК за наявності достатніх даних про готування до тяжкого чи особливо тяжкого злочину або вчинення такого злочину може проводитися контроль за

його вчиненням (зокрема, у формі спеціального слідчого експерименту). При цьому ч. 3 ст. 271 КПК забороняє під час підготовки та проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому.

Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В.В. Навроцька справедливо зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість імовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання правоохоронних органів [10, с. 236]. Проаналізувавши Закон «Про оперативно-розшукову діяльність» і КПК, В.М. Киричко обґрунтовано зауважує, що закони України не надають права правоохоронним органам своїми діями (безпосередньо чи шляхом використання інших осіб) штучно викликати певні протиправні дії інших осіб з метою викриття останніх [4, с. 193]. Для виключення кваліфікації дій працівників правоохоронних органів за ст. 370 КК необхідним є підтвердження не зумовленого їх діями факту пропозиції, обіцянки, прийняття пропозиції чи обіцянки або вимагання неправомірної вигоди. Щонайменше відповідні корупційні дії мають бути вчинені до реєстрації кримінального провадження [20, с. 161].

А тепер звернемось до рішень ЄСПЛ. Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 09 червня 1998 р. з питання застосування неправомірної провокації зазначається, що потрібно розмежовувати справи, в яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих, де підозрюваний вже мав намір вчинити злочин. ЄСПЛ у цій справі встановив, що дії працівників поліції спровокували злочин, а доказів про схильність заявника до вчинення злочинів не було, як і підстав вважати, що злочин було б вчинено ним без втручання працівників поліції.

Необхідно враховувати і рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 р., винесене за заявою колишнього прокурора, засудженого за одержання хабара, який скаржився на те, що його підбурили до вчинення злочину і, таким чином, порушили його право на справедливий судовий розгляд справи. ЄСПЛ вирішив, що співробітники МВС, не обмежившись пасивним розслідуванням, підбурили заявника до вчинення злочину, за який його було засуджено, і що немає підстав вважати, що він вчинив би його без їхнього втручання. Суд також зазначив, що в кримінальній справі немає доказів, які підтверджували б, що заявник раніше вчиняв злочини, зокрема, пов'язані з корупцією, і що, крім чутток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник займається незаконною діяльністю. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку поліції – такі докази мають визнаватися недопустимими.

У рішенні ЄСПЛ, винесеному в справі «Банніков проти Росії», від 04 листопада 2010 р. зазначені виключні критерії, за яким оперативні дії, що симулюють правопорушення, пов'язані з хабаром, є правомірними. По-перше, це «матеріальний тест», який включає в себе такі елементи: 1) правопорушення було би вчинене і без втручання представників правоохоронних органів, 2) офіцер під прикриттям просто «приєднався» до вже вчинюваного правопорушення і не підбурював до його вчинення; 3) суб'єкт такої оперативної дії не зазнав будь-якого примушування до вчинення правопорушення. По-друге, це «процесуальний

тест» – дотримання процедури, за якою визначається вина у підбурюванні. І в інших рішеннях ЄСПЛ знайшло відображення негативне ставлення до провокаційної діяльності правоохоронців, яка полягає в підбурюванні осіб до вчинення злочинів (зокрема, це рішення в справах: «Калабро проти Італії» від 21 березня 2002 р.; «Г.А. Ваньян проти Російської Федерації» від 15 грудня 2005 р.; «Худобін проти Росії» від 26 жовтня 2006 р.; «Мілінієне проти Литви» від 24 червня 2008 р.).

Отже, виявлення службовою особою вже існуючого в особи та вираженого зовні відповідного наміру (надати, запропонувати або пообіцяти неправомірну вигоду, прийняти пропозицію, обіцянку чи одержати неправомірну вигоду) і створення цією службовою особою можливостей для реалізації вказаного наміру, якщо відсутнє підбурювання до таких дій шляхом умовляння, погроз, примусу чи іншим чином із метою подальшого викриття, не можна вважати провокацією підкупу. Якщо при провокації підкупу винний сам викликає в інших осіб намір вчинити злочин з метою їх викриття, то при проведенні правомірних оперативно-розшукових заходів під контроль беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на об'єкт кримінально-правової охорони. Такі заходи не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже триваючу реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події і факти. Тому не визнаються, наприклад, провокацією підкупу (ст. 370 КК) дії, вчинені з метою викриття того, хто вчиняє одержання неправомірної вигоди, коли ця особа вимагає або навіть просить неправомірну вигоду, а інша особа для викриття корупціонера погоджується на задоволення цієї вимоги (прохання), а далі, вже з відома правоохоронних органів, передає неправомірну вигоду.

Для того, щоб у законодавчому порядку провокацію хабара (або провокацію підкупу) відмежувати від правомірної діяльності, спрямованої на виявлення і документування фактів давання чи одержання хабара, О.М. Грудзур запропонував доповнити ст. 370 КК ч. 3 такого змісту:

«Не є злочином діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені працівником оперативно-розшукового підрозділу, який відповідно до закону уповноважений на проведення оперативно-розшукової діяльності, або за дорученням такого працівника іншою особою, що залучається відповідно до закону до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, якщо вчинення цих діянь відбувалося за наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності і в порядку, визначеному законодавством» [14, с. 10, 188-189].

Сумніваюсь у доцільності такого варіанту вдосконалення ст. 370 КК. По-перше, і за чинного законодавства України (про ОРД, кримінального процесуального) зрозуміло, що проведені відповідно до цього законодавства заходи, покликані викрити корупціонерів, завдяки своєму правомірному характеру не утворюють складу злочину «провокація підкупу». По-друге, пропонується новела, будучи занадто абстрактною, не містить ключового в цьому разі положення – про те, що не визнається провокацією підкупу виявлення уповноваженою особою держави вже існуючого в особи та вираженого зовні відповідного злочинного наміру. По-третє, з огляду на предмет регулювання матеріального кримінального права, місце сформульованій О.М. Грудзуром норми – явно не в КК.

Насамкінець зазначу, що основна проблема протидії провокації підкупу лежить нині не в кримінально-правовій площині, адже чинний КК, як показано вище, дозволяє належним чином реагувати на таку негідну поведінку, застосовувати за неї відповідні заходи кримінально-правового характеру. Практика неправомірної провокації в діяльності правоохоронних органів потребує якщо не викорінення, то принаймні мінімізації шляхом удосконалення механізму її виявлення. Адже на сьогодні має місце ситуація застосування неправомірної провокації з метою притягнення особи до кримінальної відповідальності за певний корупційний злочин за відсутності при цьому кримінально-правового реагування на зазначену поведінку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією / В. Навроцький // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157–162.
2. Морозюк А. Рівняння з двома змінними. Ще раз про провокацію хабара [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrop-ua.net/publications/society/1172-rvnyannya-z-dvoma-zmnnimi-sche-raz-pro-provokacyu-habara.html>.
3. Фріс П.Л. Вибрані праці / П.Л. Фріс. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2014. – 652 с.
4. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
5. Мельник М.І. Хабарництво : загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства : монографія / М.І. Мельник. – К. : Парламентське видавництво, 2000. – 256 с.
6. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2-х т. – М. : Наука, 1994. – Т. 1. – 380 с.
7. Радачинский С.Н. Ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Радачинский Сергей Николаевич. – Ростов-на-Дону, 1999. – 188 с.
8. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навчальний посібник / Н.М. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
9. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Альошина Ольга Іванівна. – Х., 2007. – 204 с.
10. Навроцька В.В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації / В.В. Навроцька // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2013. – № 4. – С. 235–241.
11. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. – К. : ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. – 135 с.
12. Жлобінська Л. Провокація правоохоронних органів на вчинення кримінальних правопорушень / Л. Жлобінська // Юридичний вісник. – 2014. – № 5. – С. 212–215.
13. Козак О.С. Провокація злочину за КК України та у практиці Європейського суду з прав людини / О.С. Козак, О.Б. Панах // Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 10 квітня 2015 р.); упорядник к.ю.н., доц. В.В. Шаблій. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 95–98.
14. Грудзур О.М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Грудзур Олег Михайлович. – К., 2011. – 229 с.
15. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України / П.П. Андрушко. – К. : Атіка, 2012. – 332 с.
16. Кримінальне право України : Загальна частина : підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
17. Шведова Г.Л. Заходи кримінально-правового характеру в системі заходів протидії корупції в Україні / Г.Л. Шведова // Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу : розвиток та інтеграція: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 27 листопада 2015 р.). – К. : Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – С. 330–333.

18. Кваша О.О. Співучасть у злочині : структура та відповідальність : монографія / О.О. Кваша. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 560 с.

19. Веретянников В.В. Деякі аспекти доцільності існування кримінальної відповідальності за провокацію хабара або комерційного підкupu / В.В. Веретянников // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 1. – С. 95–102.

20. Арманов М.Г. Особливості кваліфікації корупційних дій у публічній сфері відповідно до типових ситуацій їх виявлення / М.Г. Арманов // Антикорупційна політика України : актуальні проблеми забезпечення ефективності : збірник матеріалів інтернет-конференції (м. Київ, 29 травня 2015 року). – К. : Національна академія прокуратури України, 2015. – С. 156–162.

УДК 343.7

ШАХРАЙСТВО З ВИКОРИСТАННЯМ БАНКІВСЬКИХ ПЛАТІЖНИХ КАРТОК

THE FRAUD USING BANK PAYMENT CARDS

Ключко А.М.,

к.ю.н., доцент,

Сумський державний університет

Єременко А.О.,

студент III курсу

Сумський державний університет

У статті розглядаються деякі способи вчинення шахрайства з використанням банківських платіжних карток. Дано рекомендації щодо кваліфікації таких діянь та відмежування їх від інших правопорушень. Вивчається міжнародний досвід та положення міжнародних документів щодо класифікації злочинів, пов'язаних із платіжними засобами. Пропонуються можливі напрями роботи із запобігання таким кримінальним правопорушенням.

Ключові слова: шахрайство, банківська діяльність, платіжні картки, запобігання, злочини.

В статье рассматриваются некоторые способы совершения мошенничества с использованием банковских платежных карточек. Даны рекомендации по квалификации таких деяний и отграничению их от иных правонарушений. Изучается международный опыт и положения международных документов относительно классификации преступлений, связанных с платежными средствами. Предлагаются возможные направления работы по предупреждению таких уголовных правонарушений.

Ключевые слова: мошенничество, банковская деятельность, платежные карты, предотвращение, преступления.

The question of the fraud using bank payment cards is considered in the article. It is noted that this crime is the problem promoting the destabilization of the whole banking system. The underlying mechanisms and the high latency of the fraud entails negative consequences for the economy of each individual country and in general all over the world. In this regard, countering this crime is one of the priorities in the fight against organized crime on a global level. Some aspects of terminology present in the concept of the fraud are reviewed in this article. Criminal-legal characteristic of the fraud using bank payment cards taking into account the specific nature of banking system organization is provided. Some of the most common ways of the fraud using bank payment cards are considered. Current legislative and regulatory framework relating to the prevention of the named above crime is studied. The causes and conditions promoting the fraud using bank payment cards are analyzed. The main programs developed by banks for countering the crimes mentioned above are examined. Methods ensuring the effective prevention of the «economic» crimes and stable operation of the banking system are presented. International experience and the provisions of international documents of this problem are learnt. The conclusions about the need for further improvement of the legal and regulatory framework on this issue and developments of guidelines for the investigation of criminal cases in this category were made.

Key words: fraud, banking, payment card, prevention, crime.

Кримінальні правопорушення, що вчинюються у сфері банківської діяльності, набули сьогодні значного поширення та становлять суттєву небезпеку для суспільства та держави в цілому. Ця проблема не могла залишитися поза увагою науковців та потребує невідкладного розв'язання, що не повинно обмежуватись лише коментуванням наявних чинних нормативних приписів. Виникає потреба не тільки в їх обґрунтуванні та вдосконаленні, а й у виробленні рекомендацій щодо правильної кваліфікації «банківських» кримінальних правопорушень, в адаптації нормативних правил до сучасних реалій, у криміналізації діянь, що вчинюються у сфері банківської діяльності та мають всі ознаки злочинів, та декриміналізації тих кримінальних правопорушень, які багато років не мають фактичних проявів та судової практики щодо їх вчинення. Комплексний підхід до вирішення проблеми запобігання злочинності в банківській сфері, яка постійно трансформується та набуває нових форм, потребує вироблення нової дієвої системи протидії таким зазіханням на рівні істотного реформування положень кримінального законодавства України із цих питань. Зменшення купівельної

спроможності громадян пов'язане зі змінами загально-го соціально-економічного фону в країні. Проте така обставина не знижує потреб громадян у цілому, навпаки, із розвитком технологій та значним обсягом інформації, яку споживач отримує через телебачення та Інтернет, виникає відчуття, що нам необхідна значна кількість речей, які не завжди є доступними через їх високу вартість. Бажання отримання «легких грошей» дедалі більше виникає у нестійких членів суспільства, зокрема, з урахуванням спокus, які нав'язують нам засоби масової інформації. Із цим можна пов'язати зростання рівня вчинення корисливих злочинів проти власності. Одним із проявів таких суспільно-небезпечних діянь є шахрайство з використанням банківських платіжних карток.

Суспільна небезпечність таких злочинів полягає в тому, що поряд із посяганням на власність громадян, їх грошові кошти, які перебувають на банківських рахунках, цей злочин спричинює шкоду злагодженому функціонуванню банківської системи, підриває довіру до неї громадян у цілому. Українці ввіряють свої кошти банківським установам, сподіваючись таким чином убезпечити своє

майно або навіть збільшити його обсяги. Проте банківські установи не можуть стовідсотково гарантувати надійність збереження грошових коштів від певних видів загроз, їхні служби безпеки не завжди здатні протистояти новим способам вчинення шахрайських посягань. Потерпілим від шахрайства з банківськими платіжними картками може стати будь-який громадянин – клієнт банку, особа, яка використовує банківські послуги.

Дослідженням способів вчинення злочинів, що посягають на банківську систему, займалися такі науковці, як Г. Матусовський, О. Бушан, О.О. Дудоров, В.О. Навроцький, В.М. Попович, П.С. Яні. Особливості вчинення злочинів у сфері кредитно-фінансової та банківської діяльності вивчали О. Джужа, Д. Голосніченко, С. Чернявський. Прояви злочинності у фінансово-кредитній системі інших держав досліджували Р.С. Сатуєв, Д.А. Шраєр, Н. Ю. Яськова, В.Д. Ларічев. Проте раніше розглянуті науковцями питання, пов'язані з посяганнями на сферу банківської діяльності, були присвячені проблемам, що існували у конкретно визначені часовими рамками періоди, тому правники не враховували нових способів злочинних посягань та проблем сьогодення, які виникли не так давно в результаті стрімкого розвитку банківських технологій. Система протидії банківським злочинам вже потребує нових підходів як у теоретичному плані, так і стосовно її реалізації на практиці. Новітні прояви вчинення «банківських злочинів» не досліджувались достатньою мірою, оскільки зловмисники поступаються застарілим способам вчинення злочинних посягань.

Метою статті є аналіз шахрайства з використанням банківських платіжних карток, що має свої особливості, пов'язані, насамперед, із посяганням на стабільне функціонування банківської системи. Окрім цього, автори мають на меті визначити основні види такого шахрайства та виробити на цій основі рекомендації щодо запобігання зазначеним злочинним посяганням.

Розвиток ринку платіжних пластикових карток в Україні відбувається з надзвичайною швидкістю. Платіжна картка (payment card) – електронний платіжний засіб у вигляді емітованої в установленому законодавством порядку пластикової чи іншого виду картки, що використовується для ініціювання переказу коштів з рахунка платника або з відповідного рахунка банку з метою оплати вартості товарів і послуг, перерахування коштів зі своїх рахунків на рахунки інших осіб, отримання коштів у готівковій формі в касах банків через банківські автомати, а також здійснення інших операцій, передбачених відповідним договором [1].

Банківські картки є базовим елементом електронних банківських систем, витісняючи паперові чекові книжки та готівкові кошти. Банківська картка є простим і прогресивним засобом організації безготівкових розрахунків. На картці є певна інформація, необхідна для доступу до рахунку в банку, проведення розрахунків за товари та послуги, а також зняття готівкових коштів. Банківська пластикова картка надає цілодобовий доступ до банківського рахунку. У зв'язку із цим в її держателя з'являється значна кількість переваг. Проте активна трансформація грошей у безготівкову форму не гарантує громадянам їх цілості та убезпечення від злочинних посягань. Не кожен громадянин є достатньо обізнаним у тому, як правильно користуватися банківською картою, щоб зберегти свої кошти від шахрайських зазіхань.

Шахрайство є корисливим злочином проти власності, передбаченим ст. 190 Кримінального Кодексу України (далі – КК), і полягає у заволодінні чужим майном або придбанні права на майно шляхом обману чи зловживання довірою [2, с. 91]. Кримінально-правова характеристика злочину охоплює, насамперед, його ознаки. Безумовно, склад злочину – найбільш важливий і об'ємний елемент кримінально-правової характеристики [3, с. 157]. Метою кримінально-правової характеристики злочину є забезпе-

чення правильної кваліфікації суспільно небезпечного діяння. Водночас вона необхідна для повного та всебічного вивчення злочину, вдосконалення підстав кримінальної відповідальності за його вчинення, а також правильного тлумачення ознак складу злочину, призначення покарання, застосування заохочувальних кримінально-правових норм [3, с. 158].

Шахрайство є корисливим злочином проти власності, тому його родовим і безпосереднім об'єктом є врегульовані законом суспільні відносини власності. Предметом шахрайства з банківськими платіжними картками є грошові кошти, що перебувають на банківських рахунках громадян. З об'єктивної сторони цей злочин виражається у заволодінні грошовими коштами громадян, які перебувають на банківських рахунках, шляхом обману чи зловживання довірою.

Уведення в обман виступає тією визначальною обставиною, яка дає змогу відмежувати шахрайство від інших корисливих злочинів проти власності (грабежу, розбою і вимагання) у тих випадках, коли, незважаючи на застосування злочинцем обману, потерпілий усвідомлює протиправність вчинюваних щодо нього дій, включаючи протиправність адресованої йому майнової вимоги [4, с. 7]. Серед науковців проводяться дискусії стосовно того, що обман передбачає повідомлення неправдивих відомостей людині, чого не відбувається під час використання комп'ютеризованої платіжної системи. Ми підтримуємо позицію О.О. Дудорова, який у своїх дослідженнях дійшов висновків, що суспільно небезпечні посягання на власність, які вчиняються з використанням платіжних карток або їх реквізитів та які врешті-решт призводять до несанкціонованого законним держателем картки переказу грошових коштів з його рахунку, є підстави кваліфікувати не як крадіжку, а за ст. 190 КК України як шахрайство [4, с. 12].

Проте вважаємо, що всі інші види подібних посягань (з використанням банкомату, платіжного терміналу, Інтернету) недоцільно розглядати як злочини проти власності одного виду (шахрайство). Нові електронні платіжні інструменти відкривають нові можливості для вчинення злочинів. Як відомо, спосіб вчинення злочину може мати значення для його кваліфікації. Шахрайство, що вчинюється з використанням банківських платіжних карток, а також інші види посягань, спрямовані на заволодіння коштами, які перебувають на банківських рахунках громадян, є не просто злочинами проти власності, а кримінальними правопорушеннями, які посягають на стабільне функціонування банківської системи в цілому.

Надійний і розвинений банківський сектор відіграє важливу роль у стабілізації економіки держави. У 2015 році в Україні розпочався процес реформування банківської системи, основними завданнями якого є відновлення довіри, підвищення захисту прав кредиторів і споживачів, розвиток інфраструктури. Значна кількість банківських установ були визнані неплатоспроможними, існування таких банків визнано абсолютно економічно недоцільним. Національний банк України «очищує» банківську систему від неплатоспроможних банків, виводить їх із ринку. Продовжують функціонування найбільш стабільні банківські установи, які повинні забезпечувати широке коло надійних банківських послуг, у тому числі й гарантування вкладів громадян. З іншого боку, реформування банківської системи повинно мати комплексний характер, який би передбачав вдосконалення системи захисту банків від злочинних посягань. Ефективним у цьому сенсі можуть стати нові заходи кримінально-правового впливу, криміналізація злочинних посягань, спрямованих на банківську систему, формування відповідної системи кримінально-правових норм, частина з яких повинна бути виділена з так званих «економічних» злочинів, тобто злочинів, що вчинюються у сфері господарської діяльності.

На наш погляд, нові економічні умови, в яких перебуває сьогодні країна, вимагають того, щоб посягання на банківську систему мали не другорядне значення частини кримінально-правових норм у системі злочинів у сфері господарської діяльності, а були сформовані в окремий розділ «Злочини у сфері банківської діяльності». Так, не можна не погодитись із висновками О.О. Дудорова про те, що законодавець багатьох європейських країн, розуміючи проблему обману у разі зміни інформації, оброблюваної за допомогою комп'ютера, формує спеціальні кримінально-правові заборони, присвячені «комп'ютерному» шахрайству. Вочевидь, і українському законодавцю варто рухатись подібним шляхом [4, с. 12]. Проте щодо злочинів, що вчинюються з використанням банківських платіжних карток, такі кримінально-правові заборони можуть бути пов'язані з посяганнями, спрямованими на банківську систему із застосуванням електронних технологій, при цьому банківській системі повинна відводитися роль загального об'єкту запропонованої системи кримінальних правопорушень.

Суб'єктивні ознаки нерозривно пов'язані з об'єктивними ознаками злочину та формують його повноцінний склад. Суб'єктивна сторона шахрайства з банківськими платіжними картками характеризується прямим умислом і корисливою метою. Зосереджуючи увагу на питанні про мотив вчинення означеного злочину, необхідно зауважити, що більшість криміналістів, які займалися вивченням кримінально-правової охорони власності, зійшлися на тому, що такий злочин, як шахрайство, може вчинятися лише з корисливим мотивом, який є обов'язковою ознакою його юридичного складу [5, с. 441].

Правоохоронні органи формують статистику на основі виявлених злочинів та кількості притягнутих до відповідальності осіб, проте це не відображає дійсної ситуації, пов'язаної з їх вчиненням, оскільки рівень латентності «карткових» злочинів дуже високий. Шахрайства з використанням банківських платіжних карток мають високий рівень латентності. Це обумовлено переконаністю керівників банків у тому, що повідомлення правоохоронних органів та їх втручання в розслідування незаконного використання банківських платіжних карток завдає шкоди діловій репутації банку [6]. У 2012 році від карткового шахрайства постраждали клієнти 51 банку, тоді як у 2011 році причетними до незаконних операцій були картки, емітовані лише 43 фінансовими установами. За даними НБУ, протягом 2012 року було здійснено 7,6 тис. неправомірних операцій, що на 2,5 тис. операцій менше, ніж у 2010 році [7]. Найпоширенішим в Україні за кількістю підтверджених інцидентів, що призвели до втрат держателів платіжних карток, залишається банкоматний скімінг (у 2013 р.): у банкоматах України було виявлено 293 скімінгові пристрої, що перевищує загальні показники 2012 р. в 4 рази. Серед регіонів за кількістю виявлених у 2013 р. скімінгових пристроїв лідирують Київ та Київська область, Одеса та Одеська область, Дніпропетровськ.

Найпоширенішим сьогодні в Україні є інтернет-шахрайство з використанням банківських платіжних карток, про що свідчать результати дослідження Асоціації «ЄМА», за якими рівень таких злочинів у 2015 році зріс у 4 рази порівняно з аналогічним періодом 2014 року. Найбільш популярними станом на 2015 рік інструментами шахраїв є фішингові сайти, вірусні розсилки та вішинг, а саме типові дзвінки шахраїв держателям карт від імені співробітників банків [8]. Тільки за вісім місяців 2015 року було зафіксовано правоохоронними органами більше 20 тис. незаконних операцій з платіжними картками фізичних осіб, які спричинили збитки на суму понад 500 млн грн. Означена сума збитків вказана без урахування випадків з іноземними фінансовими установами [9].

Аналізуючи умови вчинення таких діянь, необхідно зосередити увагу на двох групах умов злочинності та

злочинів: тих, що формуються в якості передуючої ланки соціально-психологічного явища злочинності та злочинів (причини), а також тих, що сприяють прояву злочинності та злочинів і настанню злочинних результатів. Наприклад, економічна нестабільність в Україні призводить до підвищення рівня безробіття та розшарування населення за матеріальною спроможністю і для потенційних злочинців виступає умовою вчинення шахрайських посягань на грошові кошти громадян. Інша група умов – відсутність дієвої системи профілактики таких кримінальних правопорушень. Обидві групи умов відіграють негативну роль та створюють сприятливі обставини для злочинних проявів.

На сьогодні відомо багато видів проявів шахрайських злочинів із використанням банківських платіжних карток. Як стверджують експерти, всі махінації з банківськими картками в Україні мають свої витoki в Європі. Яскравим прикладом такого шахрайства є фішинг. Сутність фішингу полягає в тому, що злочинці обирають найпопулярніші відомі сайти та створюють власний сайт-клон, доменне ім'я якого відрізняється від оригінального на один чи два символи. Такі сайти зазвичай пропонують товари або послуги. Для замовлення товару від клієнтів вимагається ввести реквізити їх платіжної картки. Однак насправді товари на таких сайтах не продаються, а головною метою їх адміністраторів є збір даних із карт потенційних покупців для подальшого заволодіння їхніми грошовими коштами.

Для застосування положень КК України та справедливого притягнення злочинців до кримінальної відповідальності за суспільно небезпечні діяння, потрібна їх правильна кваліфікація. Так, порівнюючи такі злочини, як крадіжка та шахрайство, необхідно звернути особливу увагу на те, що: об'єктивна сторона крадіжки (ст. 185 КК України) характеризується вилученням чужого майна з володіння особи зловмисником усупереч волі жертви, без її згоди та таємно, тоді як під час вчинення шахрайства потерпілий сам, добровільно, внаслідок обману чи використання винним його довіри передає грошові кошти злочинцю. Важливо, що вчинюючи крадіжку, злочинці також можуть використовувати обман або зловживання довірою. У разі такого виду шахрайства, як вішинг, шахраї телефонують жертві, представляються співробітниками банку, вводючи її в оману, а потім заволодівають секретною інформацією про дані картки з її подальшим використанням для замовлення товарів чи послуг на інтернет-ресурсах. Зазначені дії необхідно кваліфікувати як крадіжку, вчинену шахрайським способом. Якщо ж у подібній ситуації шахрай у телефонній розмові шляхом обману запевняють власника банківської платіжної картки у правомірності вчинюваних дій, так що жертва, вважаючи, що всі дії виконуються в рамках закону та її інтересах, самостійно перераховує кошти на рахунок зловмисників, ці дії будуть кваліфіковані як шахрайство.

У разі вчинення такого виду шахрайства, як скімінг, злочинці можуть шляхом обману заволодівати даними платіжної картки жертви і використовувати отриману інформацію для підроблення платіжного засобу. Далі можуть мати місце таємні вилучення грошових коштів через банкомат за допомогою підроблених карток. У подібних ситуаціях вчинені дії повинні кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 200 КК України, оскільки мала місце підробка банківських платіжних карток та використання їх для вилучення грошових коштів та за сукупністю із відповідною частиною ст. 185 КК України.

З метою наслідування та врахування окремих положень, які стосуються незаконних дій із платіжними засобами, такими як банківські платіжні картки, доцільно звернути увагу на Рамкове рішення Ради Європи: «Про боротьбу з шахрайством та підробкою безготівкових платіжних засобів» (далі – РРРС) [10]. Відповідно до положень РРРС, виділяються такі злочини, пов'язані з платіжними засобами: 1) крадіжка або інше протиправне привлас-

нення платіжного засобу; 2) підробка або фальсифікація платіжного засобу з метою використання в шахрайстві; 3) прийняття, отримання, переміщення, продаж або передання будь-якої особи чи володіння вкраденим, або іншим чином привласненим, або підробленим чи сфальсифікованим платіжним засобом з метою його використання в шахрайстві; 4) шахрайське використання вкраденого, чи іншим чином протиправно привласненого, або підробленого чи сфальсифікованого платіжного засобу. Значний вплив на регламентацію діяльності із запобігання злочинним посяганням, що вчиняються з використанням банківських платіжних карток, справила імплементація норм директиви ЄС 2007/64.

Останніми роками були внесені зміни до Закону України: «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та до Положення «Про здійснення операцій з використанням електронних платіжних засобів». Відповідно до їх вимог, тепер на користувача картки покладається ризик шкоди за непогодженими операціями до того моменту, як банк був повідомлений про втрату картки. Сучасні Закон України: «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та Положення «Про здійснення операцій з використанням електронних платіжних засобів» не повною мірою відповідають Директиві ЄС 2007/64 про платіжні послуги.

Національний Банк України не ціпав принципу, за яким держатель картки не несе відповідальності за здійснені операції в разі, коли банківську платіжну картку було використано без фізичного пред'явлення держателем, наприклад операції card-not-present чи електронної ідентифікації держателя та самої картки, крім ситуацій, коли факт дій чи бездіяльності держателя картки, що призвели до копіювання картки, доведено [11].

З метою забезпечення безпеки коштів клієнтів частіше за все самі банки видозмінюють банкомати: встановлюють антискімінгові накладки на карткоприймач. На сьогодні в Україні Національна система масових електронних платежів є розробленою з урахуванням результатів міжнародних досліджень та сучасних тенденцій безготівкових розрахунків, застосовує чіпові платіжні картки, які є надзвичайно надійними та повністю відповідають міжнародним стандартам ISO [12, с. 41]. Спеціалісти стверджують, що такі платіжні картки практично неможливо підробити, через що вони є більш захищеними порівняно зі звичайними платіжними картками від шахрайських посягань.

Картки із чіпами є ефективним захистом від шахрайських операцій, однак не від усіх. У разі шахрайських операцій в інтернеті, таких як фішинг, коли для заволодіння та використання коштів із картки шахраю достатньо дізнатися номер картки, термін її дії та CVV2/CVC2 коди, наявність чи відсутність чіпу не завадить злочинцю заволодіти коштами власника картки. Однак і ця проблема може бути вирішеною за допомогою послуги 3DSecure, що передбачає «прив'язку» власника картки до номеру його мобільного телефону. У разі використання цієї послуги не можливо провести будь-яку операцію з банківською платіжною картою в мережі Інтернет без її підтвердження за допомогою телефону.

З урахуванням зростаючих показників карткового шахрайства користувачам необхідно замовляти картки з чіпами, підключати всі додатки безпеки, доступні на платіжному інструменті, та виконувати вимоги банку щодо безпеки з метою убезпечення себе від потенційних втрат. За статистичними даними, отриманими внаслідок соціологічного дослідження, проведеного Асоціацією «ЄМА»,

близько 11 % респондентів не могли назвати жодного засобу захисту від шахраїв, решта назвала 1-2 таких засоби. Серед таких засобів 52 % з опитуваних назвали необхідність не називати нікому Пін-код, а 22 % відзначили неприпустимість передачі картки [13].

Тож очевидно, що громадяни потребують більше інформації стосовно сучасних ефективних та дієвих засобів захисту від такого шахрайства і в абсолютній більшості не знають, як уберегти свої кошти на картці. У таких умовах досить ефективним способом запобігання шахрайству є, насамперед, ознайомлення самого банківського персоналу, а насамперед тих осіб, які консультують користувачів платіжних карток під час їх отримання з актуальними на сьогодні засобами захисту від шахрайських посягань.

В основному загальні правила та рекомендації для користувачів зводяться до: обов'язковості підключення послуги 3DSecure (SMS-банкінг), зберігання окремо карток та паролів, уникнення розрахунків у мережі Інтернет картою, на якій перебувають основні кошти, нерозголошення реквізитів картки стороннім особам, періодична (раз на місяць) зміна пароля, встановлення ліміту платежів у торговій мережі та Інтернеті, повне блокування платежів за картками в Інтернеті, записування в блокнот коду безпеки (CVV2/CVC2) та заклеювання його на картці, отримання картки з чіпом.

До основних способів запобігання вчиненню таких злочинів необхідно віднести: розробку відповідної нормативної бази з питань забезпечення безпеки банківської системи України та практичну реалізацію її положень; внутрішній контроль можливих загроз із боку служби безпеки банківської установи; запровадження нових, більш досконалих технологій у банківську діяльність, запровадження нових, більш захищених форм пластикових карток; врахування позитивного міжнародного досвіду в боротьбі з банківським шахрайством; посилення кримінальної відповідальності за вчинення злочинів із використанням електронних технологій з огляду на особливий об'єкт посягання (банківської системи); подальша криміналізація діянь, які завдають шкоду безпеці банківської системи; нові рівні контролю з боку правоохоронних структур (у межах створення Національної поліції України).

Висновки. Сучасний стан розвитку суспільних відносин у банківській сфері характеризується значним підвищенням активності з боку шахраїв. Шахрайство поступово та активно проникає у віртуальний простір. Існує багато видів шахрайського заволодіння грошовими коштами з використанням банківських платіжних карток, але найбільш поширеними і суспільно-небезпечними на сьогодні в Україні є: фішинг, вішинг та фармінг (хакерські дії). Діяльність банківських установ щодо запобігання злочинним посяганням, що вчиняються з використанням банківських платіжних карток, поступово приводиться до міжнародних стандартів. Проте практична реалізація законодавчих принципів залишається на низькому рівні, тому потребує якнайшвидшого втілення означених положень у реалії сучасного життя. Сучасне реформування банківської системи повинне враховувати не лише ті ризики, які виникають усередині її структури та підривають її стабільне функціонування, але й зовнішні загрози у вигляді різних видів злочинних посягань. Необхідність подальшого вивчення розглядуваної у статті проблематики не викликає сумнівів. Є потреба, насамперед, суттєвого реформування положень кримінального законодавства із цих питань.

ЛІТЕРАТУРА

1. Офіційне інтернет-представництво НБУ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=123521].
2. Кримінальний Кодекс України (зі змінами та доповненнями станом на 15 січня 2015 року). – Х.: Одісей, 2015. – 236 с.
3. Вознюк А.А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів / А.А. Вознюк // Науковий Вісник Національної Академії Внутрішніх Справ. – 2013 – № 1. – С. 154–160.

4. Дудров О.О. Проблеми кваліфікації шахрайства [Електронний ресурс] / О.О. Дудров. – Режим доступу : <http://law-dep.pu.if.ua/conference2014/articles/dudorov.pdf>.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 3-тє вид., переробл. та доповн. – К: Атіка, 2003. – С. 441.
6. Огляд міжнародного науково-практичного семінару «Протидія економічній злочинності» // Харківський Національний Університет Внутрішніх Справ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.univd.edu.ua/_projects/ezloch_kor/docs/zahid/oglyad.doc.
7. Харчук М. В. Аналіз масштабів та основні напрями мінімізації ризиків шахрайства членів міжнародних платіжних систем / М. В. Харчук // Ефективна економіка. – 2013. – № 6.
8. Українська міжбанківська асоціація членів платіжних систем [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ema.com.ua/press-release-current-state-cyber-crime/>.
9. Щодо протидії шахрайствам та кіберзлочинам. Інформаційна довідка 2015 р. [Електронний ресурс] // ЄМА. – Режим доступу : <http://ema.com.ua/combating-fraud-and-cybercrime-background-q2-2014/>.
10. МВС розкрило статистику збитків через шахрайство з банківськими картками в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nv.ua/ukr/business/finance/mvs-rozkrio-statistiku-zbitkiv-z-kartkovogo-shahrajstva-v-ukrajini-68143.html>.
11. Рамкове рішення Ради від 28 травня 2001 року про боротьбу з шахрайством та підмогою безготівкових платіжних засобів (2001/413/ЮВС).
12. Готов М. Як захистити свої гроші на картці [Електронний ресурс] / Максим Готов // Українська правда: Економічна правда. – Режим доступу : http://www.epravda.com.ua/columns/2015/07/8/549843/view_print/.
13. Кіреєва К. Світовий досвід використання банківських платіжних карток із чіпами / Кіреєва Катерина // Вісник НБУ. – 2011. – Серпень. – С. 41–44.
14. Результати комплексного соціологічного дослідження // ЄМА. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ema.com.ua/wp-content/uploads/2014/10/material_02_10_2014_results_of_sociological_research_fraud_and_literacy.pdf.

УДК 343.211

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ: ДОСВІД УКРАЇНИ ТА ГРУЗІЇ

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR CRIMES AGAINST ENVIRONMENT: THE EXPERIENCE OF UKRAINE AND GEORGIA

**Олійничук Р.П.,
к.ю.н., доцент**

Тернопільський національний економічний університет

У статті висвітлено результати компаративного аналізу злочинів проти довкілля за кримінальним законодавством України та Грузії. Здійснено порівняння статей Кримінальних кодексів України та Грузії у сфері охорони довкілля. Сформульовано пропозиції щодо оптимізації вітчизняної кримінальної відповідальності за злочини проти довкілля на основі запозичення досвіду Грузії.

Ключові слова: довкілля, злочини проти довкілля, кримінальне законодавство, кримінальна відповідальність.

В статье отражены результаты сравнительного анализа преступлений против окружающей среды по уголовному законодательству Украины и Грузии. Проведено сравнение статей Уголовных кодексов Украины и Грузии в сфере охраны окружающей среды. Сформулированы предложения по оптимизации отечественной уголовной ответственности за преступления против окружающей среды на основе заимствования опыта Грузии.

Ключевые слова: окружающая среда, преступления против окружающей среды, уголовное законодательство, уголовная ответственность.

The article deals with criminal legislation on environmental crimes of Ukraine and Georgia.

The results of the research describe the comparison of the Criminal Code articles of Ukraine and Georgia in the field of environmental protection.

There was made a conclusion concerning optimization of domestic criminal responsibility for crimes against the environment based on the experience of Georgia. Some definitions of the concept of "criminal responsibility" were examined. There was made a conclusion that legislator must provide such restrictions on the rights and freedoms of the perpetrator (perpetrators) for the crimes against the environment, which would reliably prevent the commission of crimes in this area. There was grounded for the establishing of optimal criminal responsibility with preventive nature it is important to study the international experience, especially of those countries that have much in common. In this context, for Ukraine it is useful to take into account the experience of successful post-Soviet country of Georgia, which has demonstrated significant achievements in the fight against crime. There were found the criminal law norms of Georgia which are very useful for Ukraine for the purpose of more effective criminal protection of the environment.

The ordinary of the research is justification the similarities and differences in criminal environmental norms of Ukraine and Georgia.

The practical value of the research is that the results of comparative legal investigation of criminal legislation of Ukraine and Georgia can be used by national legislator for optimization of domestic criminal responsibility for crimes against the environment.

Key words: environment, environmental crimes, criminal legislation, criminal responsibility.

Сучасні екологічні проблеми, глобальні зміни клімату та їх наслідки викликають гостру стурбованість свідомої частини суспільства та зумовлюють прийняття невідкладних рішень щодо боротьби зі злочинами проти довкілля. Конференція ООН у Парижі, що відбулася наприкінці 2015 року, засвідчила значне занепокоєння її

учасників, включаючи 147 глав держав і урядів, та необхідність розроблення й імплементації комплексу дій, спрямованих на захист нашої планети. У даному контексті велике значення мають заходи як економічного, політичного, так і правового характеру на міжнародному та національному рівнях. Останні повинні включати удо-

**Порівняння статей Розділу VII «Злочини проти довкілля» КК України зі статтями
Розділу X «Злочини проти правил охорони навколишнього середовища
і користування природними ресурсами» КК Грузії (складено автором на основі [13; 12])**

№ п/п	КК України	КК Грузії
1	Стаття 236. Порушення правил екологічної безпеки ПВ на 5-10 р. з ППОПП чи ЗПД до 3 р.	
2	Стаття 237. Невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення ОВ до 5 р. або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р.	
3	Стаття 238. Приховування або перекидання відомостей про екологічний стан або захворюваність населення Ч.1 – Ш до 100 НМДГ або ППОПП чи ЗПД до 3 р., або ОВ до 3 р. Ч.2 – ОВ від 2 до 5 р. або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. або без такого	(ч/і) Стаття 294. Неповідомлення посадовою особою, якій це ставиться в обов'язок, про скидання в море шкідливих для здоров'я людини або живих організмів моря речовин або інших відходів чи матеріалів Ш або ВР до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого.
4	Стаття 239. Забруднення або псування земель Ч.1 – Ш до 200 НМДГ або ППОПП чи ЗПД до 3 р. Ч.2 – ОВ від 2 до 5 років або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. або без такого.	(ч/і) Стаття 297. Псування землі Ч.1 – Ш або ВР до 3 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч.2 – ОВ до 3 р. або ПВ на той самий строк. Ч.3 – ПВ від 2 до 5 р.
5	Стаття 239-1. Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель Ч.1 – Ш від 200 до 500 НМДГ або ОВ до 3 р., з ППОПП чи ЗПД до 3 р. та з КЗЗЗ; Ч.2 – ОВ від 2 до 5 р. або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. та з КЗЗЗ; Ч.3 – ОВ від 3 до 5 років або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. та з КЗЗЗ.	
6	Стаття 239-2. Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах Ч.1 – Ш від 100 до 300 НМДГ або ОВ до 3 р., з ППОПП чи ЗПД до 3 р. та з КЗЗЗ; Ч.2 – ОВ від 2 до 5 р. або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. та з КЗЗЗ; Ч.3 – ОВ від 3 до 5 р. або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. та з КЗЗЗ.	
7	Стаття 240. Порушення правил охорони або використання надр Ч.1 – Ш від 300 до 600 НМДГ або ОВ до 2 р., або ПВ на той самий строк. Ч.2 – Ш від 400 до 700 НМДГ або ОВ до 3 р., або ПВ на той самий строк. Ч.3 – ОВ від 2 до 5 р. або ПВ на той самий строк, з КНДЗВ. Ч.4 – ПВ від 5 до 8 р. з КНДЗВ.	(ч/і) Стаття 298. Порушення правил використання або охорони надр Ш або ВР до 2 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. (ч/і) Стаття 299. Незаконне користування надрами Ч. 1 – Ш або ПВ до 1 р. Ч. 2 – Ш або ПВ до 3 р.
8	Стаття 241. Забруднення атмосферного повітря Ч.1 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ОВ до 3 р., з ППОПП чи ЗПД на той самий строк або без такого. Ч.2 – ОВ від 2 до 5 р. або ПВ на той самий строк, із ППОПП чи ЗПД до 3 р. або без такого.	(і) Стаття 295. Забруднення атмосферного повітря Ч. 1 – Ш або ВР до 1 р. чи ПВ до 2 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч. 2 – Ш або ВР від 1 до 2 р., чи ПВ до 2 р. Ч. 3 – ПВ від 2 до 5 р.
9	Стаття 242. Порушення правил охорони вод Ч.1 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ППОПП чи ЗПД до 5 р., або ОВ на той самий строк. Ч.2 – ОВ до 5 р. або ПВ на той самий строк.	(ч/і) Стаття 291. Порушення правил водокористування Ш або ВР до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. (ч/і) Стаття 292. Забруднення вод Ч.1 – Ш або ВР до 1 р. чи ПВ до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч.2 – Ш або ВР до 2 р. чи ПВ до 3 р. Ч.3 – ПВ від 2 до 5 р.
10	Стаття 243. Забруднення моря Ч.1 – Ш від 300 до 800 НМДГ або ОВ до 3 р., або ПВ на той самий строк, з ППОПП чи ЗПД до 3 р. або без такого. Ч.2 – ПВ від 2 до 5 р. з ППОПП чи ЗПД до 3 р. або без такого. Ч.3 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ППОПП чи ЗПД до 5 р., або ОВ до 3 р.	(і) Стаття 293. Забруднення моря Ч.1 – Ш або ВР до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч.2 – Ш або ВР до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч.3 – Ш або ВР до 2 р. чи ПВ до 3 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. Ч. 4 – ПВ від 2 до 5 р.
11	Стаття 244. Порушення законодавства про континентальний шельф України Ч.1 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ОВ до 3 р., або ПВ до 2 р., з конфіскацією всіх знарядь, якими користувалася винувата особа для вчинення злочину або без такої. Ч.2 – Ш від 50 до 100 НМДГ або А до 6 місяців, з конфіскацією обладнання.	(ч/і) Стаття 296. Порушення законодавства про континентальний шельф, територіальні води або виключну економічну зону Грузії Ч.1 – Ш або ВР до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч.2 – Ш або ВР до 2 р. з ППОП чи ЗД до 3 р.

12	Стаття 245. Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу Ч.1 – Ш від 300 до 500 НМДГ або ОВ від 2 до 5 р., або ПВ на той самий строк. Ч.2 – ПВ від 5 до 10 р.	(ч/і) Стаття 302. Знищення місцеперебувань занесених у «Червоний перелік» Грузії, що знаходяться під загрозою зникнення диких тварин або рослин Ч.1 – Ш або ОВ до 3 р. чи ПВ на той самий строк з ППОП чи ЗД до 3 р. Ч.2 – Ш або ПВ від 2 до 5 р. з ППОП чи ЗД до 3 р.
13	Стаття 246. Незаконна порубка лісу Ш від 50 до 100 НМДГ або А до 6 місяців, або ОВ до 3 р., або ПВ на той самий строк, з конфіскацією незаконно добутого.	(ч/і) Стаття 303. Незаконна порубка дерев і чагарників Ч.1 – Ш або ВР до 1 р., чи ПВ до 3 р. Ч.2 – Ш або ВР до 2 р., чи ПВ до 4 р. (ч/і) Стаття 304. Пошкодження або знищення лісів або насаджень Ч.1. – Ш або ВР до 2 р., чи ПВ на той самий строк. Ч.2. – ПВ від 4 до 8 р.
14	Стаття 247. Порухнення законодавства про захист рослин Ш до 100 НМДГ або ГР від 120 до 200 годин, або ОВ до 2 р.	(ч/і) Стаття 302. Знищення місцеперебувань занесених у «Червоний перелік» Грузії, що знаходяться під загрозою зникнення диких тварин або рослин Ч.1 – Ш або ОВ до 3 р. чи ПВ на той самий строк з ППОП чи ЗД до 3 р. Ч.2 – Ш або ПВ від 2 до 5 р. з ППОП чи ЗД до 3 р.
15	Стаття 248. Незаконне полювання Ч.1 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ГР від 160 до 240 год., або ОВ до 3 р., з КЗЗП та ВД. Ч.2 – Ш від 200 до 400 НМДГ або ОВ до 5 р., або ПВ на той самий строк, з КЗЗП та ВД.	(і) Стаття 301. Незаконне полювання Ч.1 – Ш або ВР до 2 р., або ПВ до 1 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого. Ч.2 – Ш або ВР до 2 р., або ПВ до 3 р. з ППОП чи ЗД до 3 р.
16	Стаття 249. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом Ч.1 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ОВ до 3 р., з КЗЗП та ВД. Ч.2 – Ш від 200 до 400 НМДГ або ОВ до 3 р., або ПВ на той самий строк, з КЗЗП та ВД.	(ч/і) Стаття 300. Незаконний вилов риби Ч.1 – Ш або ВР до 6 місяців, чи ПВ до 1 р. Ч.2 – Ш або ВР до 1 р., чи ПВ до 2 р. Ч.3 – Ш або ВР до 2 р., чи ПВ до 3 р.
17	Стаття 250. Проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів Ш до 50 НМДГ або А до 6 місяців, або ОВ від 2 до 5 р., або ПВ до 3 р.	
18	Стаття 251. Порушення ветеринарних правил Ш від 100 до 200 НМДГ або ППОПП чи ЗПД до 5 р., або ОВ до 3 р., або ПВ на той самий строк.	(ч/і) Стаття 290. Порушення законодавства Грузії у сфері ветеринарії Ч.1 – Ш або ВР до 1 р., чи ПВ до 2 р. Ч.2 – ППОП чи ЗД до 3 р. або ВР до 2 р., чи ПВ до 3 р.
19	Стаття 252. Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду Ч.1 – Ш від 100 до 200 НМДГ або ОВ до 3 р. Ч.2 – ПВ від 5 до 12 р.	(ч/і) Стаття 305. Порушення режиму охоронюваних територій Ш або ВР до 2 р., чи ПВ на той самий строк з ППОП чи ЗД до 3 р.
20	Стаття 253. Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля Ч.1 - ППОПП чи ЗПД до 3 р. або ОВ на той самий строк. Ч.2 – ОВ від 3 до 5 р. або ПВ до 5 р.	(ч/і) Стаття 287. Порушення правил охорони навколишнього середовища при веденні робіт Ш або ПВ від 2 до 5 р. з ППОП чи ЗД до 3 р. або без такого.
21	Стаття 254. Безгосподарське використання земель Ш до 250 НМДГ або ОВ до 2 р., з ППОПП чи ЗПД до 3 р. або без такого.	

Умовні позначення: і – ідентична назва статті; ч/і – частково ідентична назва статті;

Ш – штраф; НМДГ – неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; ППОПП чи ЗПД – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю; ППОП чи ЗД – позбавлення права обіймати посади чи займатися діяльністю; ГР – громадські роботи; ВР – виправні роботи; КЗЗЗ – конфіскація знарядь і засобів заволодіння; КНДЗВ – конфіскація незаконно добутого і знарядь видобування; КЗЗП та ВД – конфіскація знарядь і засобів полювання (промислу) та всього добутого; А – арешт; ОВ – обмеження волі; ПВ – позбавлення волі.

сконалення законодавства у сфері екологічної безпеки і, зокрема, його кримінальної складової з метою ефективної протидії злочинам проти довкілля. При цьому домінуюче значення має оптимізація кримінальної відповідальності за екологічні злочини.

Злочинність проти довкілля активно досліджується вченими-юристами у галузі кримінального права, що пояснюється її надзвичайно вагомим і постійно зростаючим впливом на безпеку суспільства. З-поміж публікацій останніх років можна виділити дослідження, присвячені кримінально-правовій характеристиці злочинів проти довкілля. Зокрема, В. В. Локтіонова обґрунтувала окре-

мі аспекти конструювання злочинів проти довкілля [1]. В. П. Самокиш розглянув проблеми визначення родового об'єкта злочинів проти довкілля [2]. В. К. Матвійчук здійснив ґрунтовне порівняльно-правове дослідження способів, місця і часу вчинення деяких злочинів проти довкілля за Кримінальним кодексом України 1960 та 2001 рр. [3]. О. О. Дудоров, М. В. Комарницький, М. І. Панов, П. В. Олійник дослідили відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля [4; 5]. Не применшуючи вагомості даних наукових напрацювань, слід зазначити, що недостатньо уваги приділено кримінальній відповідальності за злочини проти довкілля.

Метою даної статті є розроблення пропозицій щодо оптимізації кримінальної відповідальності за екологічні злочини та посилення її превентивного характеру на основі порівняльного аналізу відповідних норм кримінального законодавства України та Грузії.

Досліджуючи проблеми кримінальної відповідальності за злочини проти довкілля, варто зазначити, що концептуальним аспектам кримінальної відповідальності завжди приділялася значна увага в теорії кримінального права. При цьому у кримінально-правовій доктрині немає єдиної концепції щодо визначення терміна «кримінальна відповідальність». Існують численні позиції щодо тлумачення вказаного поняття. Так, М. М. Кропачов, В. С. Прохоров, А. Н. Тарбагаєв, В. В. Скибицький пов'язують розуміння кримінальної відповідальності з правовим наслідком вчиненого злочину [6, с. 165-168; 7, с. 7]. Я. М. Брайнін, М. Й. Коржанський, П. С. Матишевський, В. І. Осадчий розглядають кримінальну відповідальність як обов'язок винної особи [8, с. 47; 9, с. 25; 10, с. 100].

Найбільш точним видається визначення кримінальної відповідальності, яке запропонував Ю. В. Баулін на підставі дослідження чинного КК України: «це передбачені Кримінальним кодексом обмеження прав та свобод особи, яка вчинила злочин, що індивідуалізуються в обвинувальному вирокі суду і здійснюються спеціальними органами виконавчої влади держави» [11, с. 28]. Тобто провідний вчений вважає, що кримінальна відповідальність – це обмеження прав та свобод винної особи.

Отже, можна зробити висновок, що за злочини проти довкілля законодавець повинен передбачити такі обмеження прав і свобод винної особи (винних осіб), які б надійно запобігали вчиненню злочинів у даній сфері. Для встановлення оптимальної кримінальної відповідальності превентивного характеру велике значення має вивчення світового досвіду, особливо тих країн, які мають багато спільного. У даному контексті для України доцільним є врахування досвіду успішної пострадянської країни – Грузії, яка продемонструвала значні досягнення у сфері боротьби зі злочинністю. Спільне радянське минуле обох держав робить корисним обмін вдалим досвідом, а тому необхідно проаналізувати аспекти кримінально-правової охорони довкілля Грузії.

У Розділі X Кримінального кодексу (КК) Грузії від 22.07.1999 [12] передбачено кримінальну відповідальність за злочини проти правил охорони навколишнього середовища і користування природними ресурсами. Більшість статей Розділу X КК Грузії є частково ідентичними зі статтями Розділу VIII «Злочини проти довкілля» КК України від 05.04.2001 [13]. Порівняння санкцій за злочини в екологічній сфері відповідно до кримінального законодавства України та Грузії представлено у табл. 1.

На основі порівняння санкцій за злочини в екологічній сфері за кримінальним законодавством України та Грузії, відображеного у табл. 1, можна зробити такі висновки:

1. У КК Грузії відсутні такі складі злочинів: порушення правил екологічної безпеки; нежиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення; незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель; незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах; проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів; безгосподарне використання земель, на відміну від КК України. Водночас КК Грузії передбачає відповідальність за ряд злочинів, які відсутні в КК України, а саме: порушення правил поводження з небезпечними для навколишнього середовища речовинами або відходами; порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами; знищення місцеперебувань занесених у «Червоний перелік» Грузії диких тварин або рослин, що під загрозою зникнення; здійснення діяльності першої категорії без природоохоронного дозволу.

Враховуючи вищезазначене, Україні варто запозичити досвід Грузії у сфері законодавчого регламентування кримінальної відповідальності за екологічні злочини, пов'язані з порушеннями правил поводження з небезпечними для довкілля речовинами або відходами та поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами, з огляду на суттєву небезпеку їх наслідків як локального, так і глобального характеру.

2. У цілому санкції за злочини проти довкілля, передбачені КК України, є більш суворі, ніж за КК Грузії. Водночас грузинське кримінальне законодавство передбачає більш суворі санкції за порушення правил водокористування та забруднення моря порівняно з вітчизняним кримінальним законодавством.

У зв'язку з тривалими посухами останніх років, спричинених різними кліматичними змінами, досвід Грузії у сфері захисту водних ресурсів є корисним та актуальним для України.

Проведене дослідження кримінального законодавства України та Грузії у сфері екологічної безпеки дали змогу виявити ті норми, які варті уваги для запозичення вітчизняним законодавцем з метою ефективнішої охорони довкілля. Зокрема, це стосується передбачення кримінальної відповідальності за екологічні злочини, пов'язані з порушеннями правил поводження з небезпечними для довкілля речовинами або відходами та поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами, а також посилення санкцій за екологічні злочини щодо водних ресурсів. У контексті даного дослідження перспективним є вивчення досвіду інших країн, зокрема європейських.

ЛІТЕРАТУРА

1. Локтіонова В. В. Окремі аспекти конструювання злочинів проти довкілля / В. В. Локтіонова // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2011. – Вип. 27. – С. 237–245.
2. Самокиш В. П. Злочини проти довкілля: проблеми визначення родового об'єкта / В. П. Самокиш // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 1. – С. 84–88.
3. Матвійчук В. К. Порівняльно-правове дослідження способів, місця і часу вчинення деяких злочинів проти довкілля за Кримінальним кодексом України 1960 та 2001 рр. / В. К. Матвійчук // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 10. – С. 77–82.
4. Дудоров О. Відмежування злочинів проти довкілля від злочинів проти власності / О. Дудоров, М. Комарницький // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – №3. – С. 61–70.
5. Панов М. Спірні питання відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля / М. Панов, П. Олійник // Юридична Україна. – 2013. – №2. – С. 88–93.
6. Прохоров В. С. Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность : учебное пособие / В. С. Прохоров, Н. М. Кропачев, А. Н. Тарбагаев. – Красноярск : Краснояр. ун-т, 1989. – 203 с.
7. Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания / Скибицкий В. В. – К. : Наукова думка, 1987. – 183 с.
8. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Особенная / [А. Я. Светлов, М. И. Бажанов, В. В. Сташис и др.]. – К. : Наукова думка, 1985. – 455 с.
9. Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основания в советском уголовном праве / Брайнин Я. М. – М. : Юрид. лит., 1963. – 275 с.
10. Кримінальне право і законодавство України. Загальна частина : курс лекцій / за ред. М. Й. Коржанського. – К. : Атіка, 2001. – 432 с.

11. 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.
12. Уголовный кодекс Грузии от 22 июля 1999 года (введен в действие с 1 июня 2000 года) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241370&subID>
13. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.

УДК 343.2

СТАН ВПРОВАДЖЕННЯ ПРОБАЦІЇ В УКРАЇНІ

STATUS OF IMPLEMENTATION OF PROBATION IN UKRAINE

Тарасова М.В.,
курсант*Академія Державної пенітенціарної служби України*

Стаття присвячена аналізу поглядів щодо організаційно-правових основ діяльності служби пробації в Україні. В ній досліджуються наукові погляди сучасних вчених щодо обсягу пробаційної діяльності, напрямів діяльності органів пробації. В роботі приділена увага проблемам, які виникли під час реорганізації кримінально-виконавчих інспекцій в органи пробації, та шляхів їх вирішення.

Ключові слова: пробація, випробування, реформування, законодавчі зміни, міжнародна співпраця.

Статья посвящена анализу взглядов относительно организационно-правовых основ деятельности службы пробации. В ней исследуются научные взгляды современных ученых на объем пробационной деятельности, направления деятельности органов пробации. В работе уделено внимание проблемам, которые возникли во время реорганизации уголовно-исполнительных инспекций в органы пробации, и путям их решения.

Ключевые слова: пробация, испытания, реформирование, законодательные изменения, международное сотрудничество.

In the article the author analyses the attitudes as to the organizational and legal foundations of probation service in Ukraine. The author investigates modern scientists opinions as to the probation activity, activities trends in probation bodies. The author pays attention to the problems that have arisen while reorganizing criminal and executive inspections into probation bodies and the ways of their solving.

Probation in Ukraine is quite a new institution that carries out the pretrial function, the function of punishment and the penal function.

The adoption of the law «Probation» in Ukraine has become an important step in probation implementation. Under this law probation is a system of supervising, social and educational measures that are according to the law, certain categories of punishment which are not connected with the deprivation of liberty and providing the court with the information about the accused.

Otherwise, it should be mentioned that the adoption of the rough version of the law «Probation» in Ukraine led to some legal, organization and instructive, financial problems.

The adoption of the law «Probation» in Ukraine has given positive results and brought Ukraine near to European models of probation service but it has a few non-compliances and inaccuracies.

It should be mentioned that the whole normative and legal basis that exists and regulates criminal and executive inspections activities has become old and requires thorough remaking after the adoption of the law «Probation» in Ukraine.

Key words: probation, trial, reform, legislative changes, international cooperation.

Пробація в Україні є відносно новим інститутом, який виконує досудову функцію, функцію виконання кримінальних покарань та пенітенціарну функцію. Орган пробації виконує покарання не пов'язані з позбавленням волі, зокрема: громадські роботи, виправні роботи, позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю, він також веде облік осіб, звільнених з місць позбавлення волі з випробуванням, а також звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років. Враховуючи категорію осіб, які є суб'єктами пробації слід сказати, що діяльність органу пробації покликана зменшити відсоток рецидиву серед засуджених до позбавлення волі. Таким чином, особа, засуджена до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, позбавляється морально-психічного тиску, який вона може отримати, перебуваючи у кримінально-виконавчих установах. Вона не втрачає соціальних зв'язків, уникає можливості отримання криміногенного «зараження» особистості. Необхідно також зазначити, що утримання особи у виправній колонії є вкрай витратним в умовах сучасної економіки, в той час, як покарання, не пов'язані з позбавленням волі, які виконує служба пробації, є вигідними з економічної точки зору. Саме тому збільшення у відсотковому значенні застосування покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, є правильним кроком, що є показником подальшої гуманізації кримінальних покарань в Україні.

Метою статті є визначення стану впровадження інституту пробації в Україні та проблем її законодавчого забезпечення.

Вагомий внесок у дослідження питань пробації внесли такі вітчизняні вчені, як: О. В. Беца, В. Я. Богданов, І. Г. Богатирьов, О. І. Богатирьова, І. В. Боднар, І. А. Вартилицька, Р. М. Гура, М. Я. Гуцуляк, В. М. Дрьомін, О. М. Джуза, Т. А. Денисова, О. М. Звенигородський, О. Г. Колб, Л. Г. Остапчук, А. Х. Степанюк, В. М. Трубников, С. І. Халимон, Д. В. Ягунов, І. С. Яковець та інші.

Враховуючи усі досягнення у вивченні інституту пробації в Україні, варто зазначити, що останнім часом ґрунтовні узагальнені монографічні дослідження в даній галузі проводились О. І. Богатирьовою, але вони були написані і опубліковані ще до прийняття Закону України «Про пробацію», тому це питання потребує додаткового вивчення з урахуванням останніх змін кримінально-виконавчого законодавства України. Зазначене обумовлює актуальність та необхідність дослідження діяльності органу пробації в Україні, проблемних питань, які виникли під час реорганізації кримінально-виконавчих інспекцій в органи пробації, та шляхів їх вирішення.

Одним із перших суттєвих кроків запровадження пробації в Україні стала ратифікація 16 вересня 2014 року Верховною Радою України Угоди про асоціацію України з ЄС, ст. 6 якої передбачає продовження діалогу між Укра-

їною та країнами ЄС щодо обговорення реформ у сфері забезпечення принципів демократії, верховенства права та дотримання прав людини, у тому числі щодо реформування судової системи та правоохоронних органів. На теперішній час в Україні реалізуються багато проектів, які опікуються питаннями адаптації іноземного досвіду щодо пробації. Такими проектами є Проект ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» та Проект технічної допомоги та співробітництва між Урядом Канади та Урядом України «Реформування системи кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні» тощо.

Досліджуючи питання діяльності пробації, слід визначити, що означає цей напрям діяльності урядових та неурядових організацій, розглянути погляди науковців з цього питання.

О. В. Беца дає таке визначення пробації: це випробування умовним засудженням та відстрочкою від виконання вироку. Водночас, під пробацією він розуміє умовне невиконання призначеного покарання або умовне непризначення покарання із поміщенням засудженої особи на певний строк під індивідуальний нагляд посадової особи, яка здійснює контроль за поведінкою піднаглядного, виконанням ним певних обов'язків та умов пробації, забезпечує проведення виправного курсу [1, с. 29].

У свою чергу І. Г. Богатирьов зазначає, що пробація є засобом покарання, який полягає у передачі особи, визнаної судом винною у вчиненні злочину, під нагляд спеціальної служби на строк та на умовах, визначених судом, порушення яких веде до позбавлення волі [2, с. 25].

Проте найбільш повне визначення пробації, на нашу думку, надає О. І. Богатирьова. Вона зазначає, що пробація є різновидом кримінальної відповідальності за вчинений злочин, а також службою, яка створюється для виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, контролю за поведінкою осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, умовно-достроково звільненими, надання їм порад та допомоги. Вона спрямована на вивчення особи правопорушника, складання його соціально-психологічної характеристики та пропозицій до суду щодо обрання кримінального виду покарання [3, с. 149].

Наступним кроком запровадження пробації стало прийняття Закону України «Про пробацію», де зазначається, що пробація – це система наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, виконання певних видів кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого [4]. Як ми бачимо, це визначення увібрало в себе точки зору зазначених вище авторів та є науково обґрунтованим.

У зв'язку з прийняттям зазначеного Закону правову основу діяльності органу пробації почали становити Конституція України, Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України, Кримінально-виконавчий кодекс України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також ряд відомих нормативних актів. Саме спираючись на міжнародні договори в галузі виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та співпрацю з європейськими країнами, можна досягти повноцінного розвитку даного напрямку діяльності в Україні. Зокрема, завдяки співпраці України зі Швецією в подальшому вбачається створення модельного офісу пробації, розробка та впровадження пробаційних програм в Україні, створення відповідної бази для навчання персоналу пробації тощо.

Проте, слід зауважити, що прийняття належним чином неопрацьованого Закону України «Про пробацію» призвело до виникнення ряду законодавчих, організаційно-розпорядчих та фінансових проблем.

Так, думку І. В. Боднара та І. А. Майборода, у прийнятому Законі України «Про пробацію» існує декілька

наявних проблем, які потребують вирішення. Так, в Законі закріплено здійснення органом пробації досудової, наглядової та пенітенціарної пробації. Для створення належних умов для виконання досудового супроводу персоналом органу пробації перш за все необхідно внести зміни до чинного Кримінального процесуального кодексу України щодо закріплення досудової доповіді як процесуальної дії на стадії досудового розслідування та врахування її результатів на стадії судового розгляду. При цьому необхідно наділити персонал органу пробації необхідними владними повноваженнями та обов'язками [5, с. 170].

Поряд із досудовою пробацією оказії має і пенітенціарна пробація. Так пенітенціарно-пробаційні функції, що покладені на орган пробації, сьогодні виконують співробітники установ виконання покарань. Автори зазначили, що вся нормативно-правова база, яка існує сьогодні та регулює діяльність кримінально-виконавчої інспекції, з прийняттям Закону України «Про пробацію» застаріла та потребує ґрунтовного переопрацювання [5, с. 170]. Зазначені проблеми вказують здебільшого на прогалини у законодавстві, які виникли у зв'язку із прийняттям Закону України «Про пробацію».

Слід також звернути увагу і на організаційно-розпорядчі питання. Зокрема, після прийняття Закону України «Про пробацію» для Державної пенітенціарної служби України на порядку денному стало вирішення таких практичних питань: підготовки пропозицій законодавчих змін до вже прийнятих нормативно-правових актів у галузі пробації; бюджетного фінансування; перепідготовки персоналу кримінально-виконавчої інспекції; недостатнього матеріально-технічного забезпечення; створення моделей і методик пробації.

Перший з вищенаведених напрямків роботи Державної пенітенціарної служби України вирішується шляхом створення робочої групи, якою розроблено план першочергових заходів щодо реалізації Закону України «Про пробацію», виконання якого координується управлінням кримінально-виконавчої інспекції Державної пенітенціарної служби України. Було вжито заходів щодо підготовки та внесення змін до відповідних нормативно-правових актів, які регулюють діяльність кримінально-виконавчої інспекції. Також підготовлені зміни до самого Закону України «Про пробацію».

Зазначеною вище робочою групою були проведені підрахунки на майбутній період щодо кількості суб'єктів пробації та розширення штату кожного підрозділу шляхом реорганізації кримінально-виконавчих інспекцій, направлено до Міністерства юстиції України проекти щодо реалізації пробаційних програм про порядок складання досудової доповіді, щодо проведення соціально-виховної роботи із засудженими, до яких застосовано пробацію.

Наступним кроком у діяльності Державної пенітенціарної служби України повинно стати вирішення проблеми бюджетного фінансування. Ця проблема зумовлена розширенням штатної структури служби, яка повинна виконувати завдання пробації, зазначені у Законі, а саме: підготовка досудових доповідей щодо обвинувачених; здійснення нагляду за засудженими до покарань у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт, особами, яким покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк замінено покаранням у виді громадських робіт або виправних робіт, особами, звільненими від відбування покарання з випробуванням, звільненими від відбування покарання вагітними жінками і жінками, які мають дітей віком до трьох років; виконання певних видів покарань, не пов'язаних з позбавленням волі; направлення засуджених до обмеження волі для відбування покарання до виправних центрів; реалізація пробаційних програм стосовно осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням; проведення соціально-

виховної роботи із засудженими; здійснення заходів з підготовки осіб, які відбувають покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення; реалізація інших заходів, спрямованих на виправлення засуджених та запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень [4].

На даний час розроблено проект наказу щодо штатної структури підрозділів кримінально-виконавчої інспекції, в якому враховано прогнозовану чисельність суб'єктів пробації та додаткову чисельність персоналу пробації, введення якої передбачається фінансово-економічними розрахунками до проекту Закону України «Про пробацію» [6]. До кінця 2015 року було проведено розширення штату працівників шляхом введення деякої кількості додаткових посад. В цьому напрямку було затрачено чимало коштів з фонду Служби.

Наступним кроком планується змінити структуру діяльності об'єднаних підрозділів існуючих сьогодні кримінально-виконавчих інспекцій (міжміських, міськрайонних, міжрайонних), що стане більш відповідним міжнародним принципам роботи органів пробації.

Прийняття Закону України «Про пробацію» створило необхідність перепідготовки персоналу кримінально-виконавчих інспекцій. Одразу після прийняття Закону було розпочато перепідготовку персоналу кримінально-виконавчих інспекцій. Місцем проведення було визначено Білоцерківське училище професійної підготовки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України.

Перепідготовку було розпочато з керівників відділів кримінально-виконавчих інспекцій територіальних органів Державної пенітенціарної служби України. Станом на грудень 2015 року перепідготовку пройшла більша частина всіх працівників інспекцій. Подальша робота над підготовкою кадрів буде проводитись з огляду на внесення змін до посадових інструкцій та нормативно-правових актів, запровадження нових пробаційних програм та методик тощо.

Найбільш перспективним у розвитку пробації в Україні є залучення міжнародних експертів та використання міжнародного досвіду у сфері пробації. Так, у взаємодії з проектом ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» Державною пенітенціарною службою України взято участь у розробці Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, що була схвалена Указом Президента України. 17 лютого експерти Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» провели робочу зустріч з представниками апарату Міністерства юстиції і Державної пенітенціарної служби України. Під час зустрічі сторони обговорили ключові напрямки експертної підтримки Державної пенітенціарної служби України з боку європейських експертів. Було зосереджено увагу на необхідності підготовки Концепції розвитку і впровадження пробації в Україні, в якій буде обґрунтовано переваги служби пробації з позиції її позитивного впливу на підвищення рівня безпеки суспільства [7, с. 1].

Не менш цікавим є українсько-канадський проект «Реформування системи кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні», який працює за такими напрямками:

сприяє розробленню та прийняттю законодавства у сфері кримінальної юстиції щодо неповнолітніх; запровадження нових моделей та методик роботи з неповнолітніми правопорушниками, з метою зменшення кількості вчинених ними повторних злочинів; сприяння на місцевому рівні проведення роботи щодо профілактики правопорушень серед неповнолітніх

З метою виконання заходів, передбачених Меморандумом про взаєморозуміння між Агрітім Канада Консалтинг Лтд та Державною пенітенціарною службою України, проводиться велика кількість круглих столів та тренінгів тощо.

Не менш важливою проблемою під час впровадження Закону України «Про пробацію» стало матеріально-технічне забезпечення та створення необхідних умов для роботи персоналу пробації територіальними органами Державної пенітенціарної служби України. З урахуванням міжнародного досвіду діяльності органу пробації Державною пенітенціарною службою України було розроблено та направлено до територіальних органів рекомендації з типовими вимогами до приміщення органу пробації. Реалізація цих вимог була неможлива без співпраці з місцевими органами державної влади та органами місцевого самоврядування з метою пошуку необхідних приміщень.

З усього вищевикладеного можна зазначити, що після прийняття Закону України «Про пробацію» наявні як деякі теоретичні, так і чимало практичних проблем, які слід вирішити.

Варто погодитись із думкою І. В. Боднара та І. А. Майборода про те, що існують такі теоретичні проблеми як: недостатня відповідність нормативно-правової бази, що регулює діяльність кримінально-виконавчої інспекції Закону України «Про пробацію», а саме недостатнє правове закріплення процесу досудової доповіді, що згідно Закону покладена на орган пробації, а також проведення пенітенціарної пробації, що на даний час здійснюється працівниками установ виконання покарань.

З практичної точки зору також можна виділити такі проблеми як: необхідність внесення законодавчих змін до вже прийнятих нормативно-правових актів в галузі пробації; бюджетного фінансування; перепідготовки персоналу кримінально-виконавчої інспекції; недостатнього матеріально-технічного забезпечення.

Прийняття Закону України «Про пробацію» дало позитивні зміни і стало наближенням України до європейських моделей діяльності служби пробації, але в ньому існують чимало невідповідностей та неточностей. Він не описує і не регулює всі аспекти діяльності кримінально-виконавчої інспекції як органу, що виконує функції пробації. Тому стає необхідним внесення змін до чинного Закону та корегування або повна заміна нормативно-правових актів, безпосередньо інструкцій, що регулюють діяльність кримінально-виконавчої інспекції.

На даний час Державною пенітенціарною службою України проводиться плідна розробка та запровадження змін у галузі діяльності органу пробації щодо покращення всіх практичних аспектів роботи кримінально-виконавчих інспекцій. У теоретичному аспекті проводиться розробка та підготовка змін до чинних нормативно-правових актів у галузі пробації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Беца О. В. Впровадження альтернативних видів кримінальних покарань в Україні / За ред. О. В. Беци. – К., 2003. – 116 с.
2. Богатирьов І. Г. Пробація – як альтернатива позбавленню волі в Україні : наукове видання / І. Г. Богатирьов. – Хмельницький : ХМЦНТЕІ, 2010. – 76 с.
3. Богатирьова О. І. Стан та проблеми наукового дослідження у сфері пробації / О. І. Богатирьова // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 10. – С. 146–152 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2013_10_24.
4. Про пробацію : Закон України від 05 лютого 2015 року // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 13. – Ст. 93.
5. Боднар І. В. Основні тенденції реформування органів та установ виконання покарань Державної пенітенціарної служби України / І. В. Боднар, І. А. Майборода // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 5. – С. 169–171 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lsey.org.ua/5_2015/47.pdf.

6. Інформація про стан підготовки до реалізації положень Закону України «Про пробацію», а також роботу, проведену ДПТС України щодо створення передумов до його впровадження. Станом на 27 серпня 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kvs.gov.ua/zmi/IntroductionProbation27082015-.pdf>.

7. Експерти ЄС допомагають розробити нову систему пробації в Україні : матеріали Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justicereformukraine.eu/uk/eu-experts-assist-with/>.

УДК 343.213:336.719.2

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ЗАБОРОНА НЕЗАКОННИХ ДІЙ З ВІДОМОСТЯМИ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ

CRIMINAL PROHIBITIONS ILLEGAL ACTIONS OF INFORMATION CONSTITUTING BANK SECRECY

Топчій В.В.,
д.ю.н., завідувач кафедри кримінального права та кримінології,
професор, заслужений юрист України
Навчально-науковий інститут права
Національного університету державної податкової служби України

У роботі досліджена обумовленість кримінально-правової заборони незаконних дій з відомостями, що становлять банківську таємницю. Обґрунтована необхідність кримінально-правової охорони банківської таємниці, власниками якої є фізичні особи, яким може бути завдано істотну шкоду внаслідок незаконних дій з інформацією, що становить банківську таємницю. З цією метою, пропонується внести зміни до КК України, які допоможуть підвищити ефективність кримінально-правового захисту суспільних відносин у сфері охорони банківської таємниці від злочинних посягань. Перспективним напрямом подальших досліджень визначено оцінку розміру шкоди, яку слід вважати суттєвою для власників банківської таємниці, згідно зі статтями 231 та 232 КК України.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, банківська таємниця, соціальна обумовленість.

В работе исследована обусловленность уголовно-правового запрета незаконных действий со сведениями, составляющими банковскую тайну. Обоснована необходимость уголовно-правовой охраны банковской тайны, владельцами которой являются физические лица, которым может быть нанесен существенный вред в результате незаконных действий с информацией, составляющей банковскую тайну. С этой целью предлагается внести изменения в УК Украины, которые помогут повысить эффективность уголовно-правовой защиты общественных отношений в сфере охраны банковской тайны от преступных посягательств. Перспективным направлением дальнейших исследований определена оценка размера вреда, который следует считать существенным для владельцев банковской тайны, в соответствии со статьями 231 и 232 УК Украины.

Ключевые слова: уголовная ответственность, банковская тайна, социальная обусловленность.

We study the conditioning of criminal law banning illegal actions with the information constituting bank secrecy. The necessity of the criminal law protection of banking secrecy, which is owned by individuals, which may be suffered significant damage as a result of illegal actions with the information constituting bank secrecy. To this end, it proposes to amend the CC of Ukraine, which will help increase the effectiveness of the criminal law protection of the public relations in the sphere of banking secrecy from criminal attacks. A promising direction for further research determined the size of the assessment of the harm that should be considered essential for owners of bank secrecy, in accordance with Articles 231 and 232 of the CC of Ukraine.

It should be noted that it is the institution of banking secrecy is one of the important mechanisms for protecting such rights. Because the consequences of disclosure of information on the activities and financial position of the client, which became known to the bank in the customer service and relationship with him, can not be overemphasized especially in modern conditions.

Scientific research conditionality criminal law barring illegal activities with information constituting bank secrecy made it possible to conclude that the approach in which damage as a result of illegal actions of information constituting bank secrecy, primarily inflicted interest entities, ignores the interests of individuals – holders of bank secrecy.

Key words: criminal liability, banking secrecy, social conditionality.

Прийняття Верховною Радою України у липні поточного року скандального проекту Закону про реструктуризацію зобов'язань за кредитами в іноземній валюті [1] мало наслідком неодноразові заяви політиків різного рівня щодо популізму вказаного законопроекту та його шкідливості для економічного клімату у нашій державі. Не вдаючись до детального аналізу запропонованого механізму вирішення існуючої проблеми підтримки громадян України, які мають невиконані зобов'язання за кредитними договорами в іноземній валюті, маємо констатувати, що проблеми захисту прав споживачів фінансових послуг у сучасних умовах набувають особливої актуальності.

Слід зауважити, що саме інститут банківської таємниці виступає одним із важливих механізмів захисту таких прав. Адже наслідки розголошення інформації щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою

банку в процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним, важко переоцінити особливо в сучасних умовах.

І річ не лише у цілеспрямованій політиці регуляторних органів зі спрощення доступу до інформації, що становить банківську таємницю. Хоча останнім часом такі зусилля стають все більш очевидними. Так, наприклад, згідно із п. 32 Меморандуму про Економічну та Фінансову політику, направлено у лютому поточного року на адресу Міжнародного Валютного Фонду за підписом Президента України, Прем'єр-Міністра України, міністра фінансів України та голови Національного Банку України (далі – НБУ), керівництвом держави, серед іншого, були взяті на себе зобов'язання ввести у дію доповнення до чинного законодавства, згідно із якими Національне антикорупційне бюро буде уповноважене отримувати усю відповідну інформацію, необхідну для виконання його функцій, від державних органів влади та приватних осіб, у т.ч. інфор-

мацію під грифом банківської таємниці, без обмежень і за відсутності вимоги суду на її отримання [2].

Переконали, що, у першу чергу, ризики для прав споживачів фінансових послуг викликані хвилею ліквідацій банків, яка стрімко набрала обертів, починаючи із 2014 року. Так, за даними НБУ, у 2013 році Фондом гарантування вкладів фізичних осіб було розпочато ліквідацію 2 банків, у 2014 їх кількість склала 18 установ, за 7 місяців 2015 року розпочато ліквідацію ще 24 банків [3]. Безумовно актуальними такі ризики є й стосовно захисту інформації щодо фінансового стану клієнтів банківських установ, які ліквідуються, оскільки у ході ліквідації банків виникає значна кількість можливостей для зловживань, на що регулярно вказує НБУ [4].

У цих умовах вважаю актуальним дослідження проблематики потреби вітчизняного суспільства у кримінально-правовій охороні банківської таємниці та обґрунтування вибору юридичних засобів задоволення такої потреби.

Питання, пов'язані із правовою охороною банківської таємниці в Україні досліджували такі вчені: Д. С. Азаров, Л. А. Безуглий, О. К. Василяка, О. П. Горпинюк, Ю. І. Дем'яненко, А. І. Марущак, Т. В. Михайліна, С. О. Орлов, О. В. Прохніцький, М. В. Рудик, О. С. Самойлова.

Безумовно цікавими з точки зору об'єкта нашого дослідження є роботи таких науковців: О. Е. Радутний, С. О. Харламова, А. О. Шаповалова.

Разом із тим, в існуючих наукових працях проблематика обумовленості кримінально-правової охорони банківської таємниці у сучасних умовах досліджена недостатньо. Відтак – існує необхідність комплексного дослідження окресленого кола питань.

Основними завданнями, розв'язанню яких присвячена дана стаття, є наступні.

1. Дослідити основні фактори, якими обумовлена необхідність кримінальної відповідальності за незаконні дії з відомостями, що становлять банківську таємницю.

2. Визначити чинники, які впливають на криміналізацію незаконних дій з відомостями, що становлять банківську таємницю, у сучасних умовах.

3. Визначити перспективні напрями подальших розвідок з досліджуваних питань.

На сучасному міжнародному просторі досить часто виникає питання про обмеження й навіть скасування інституту банківської таємниці [5, с. 13].

На проведеному у Берліні 28 і 29 жовтня 2014 року 7-му Глобальному форумі з прозорості та обміну інформацією в податкових цілях представники 51 країни підпили угоду, що передбачає щорічний автоматичний обмін даними про банківські рахунки та доходи нерезидентів. «Банківська таємниця в своїй колишній формі жила себе. Вона більше не вписується в епоху, коли громадяни, натиснувши кнопку в Інтернеті, можуть переміщувати свої гроші по всьому світу», – проголосив міністр фінансів Німеччини Вольфганг Шойбле [6].

Зазначена угода набуде чинності не раніше 2017 року, а до того часу урядам країн, що її підписали, ще належить затвердити новий порядок роботи в національних парламентах. Тим не менш, дану подію можна назвати революційною, оскільки головними умовами розвитку світової фінансової системи поступово стають глобалізація і прозорість. Україна у перспективі також може приєднатися до цієї угоди, бо є членом Глобального форуму [6].

У той же час, в умовах подій, що відбуваються у нашій державі, вбачаю дещо передчасним послаблювати механізми охорони банківської таємниці. Аналогічною є позиція С. О. Харламової, яка у дослідженні, присвяченому питанням кримінальної відповідальності за незаконні дії з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю, дійшла висновку про те, що інститут банківської таємниці є одним із обов'язкових атрибутів еконо-

мічної системи держави, а, отже, і системи національної безпеки [7, с. 8].

Разом із тим, останнім часом все більше фахівців звертають увагу на необхідність переосмислення інституту банківської таємниці у бік збільшення прозорості такої інформації. За цих умов виникає необхідність вивчення тих особливостей соціально-економічних умов, що обумовлюють необхідність кримінальної відповідальності за незаконні дії з відомостями, що становлять банківську таємницю.

Властивість соціальної обумовленості права виражається у тому, що право повинно бути, насамперед, динамічною системою, яка чутливо реагує на зміни у соціальній дійсності. Вона покликана точно відображати вимоги об'єктивних законів суспільного розвитку, бо така відповідність забезпечує найсприятливіші умови для дії законів у житті. Нарешті, право має відображати не будь-які, а саме ті потреби й інтереси суспільства, соціальних колективів, особистостей, які назвали [8, с. 41].

Необхідність кримінально-правової заборони породжується об'єктивними потребами суспільства. Форма її виразу в законі повинна відповідати змісту діяння, що забороняється. Небезпека невідповідності підстерігає на будь-якій стадії процесу криміналізації або як наслідок недостатньо повного обліку тих чи інших чинників, або як помилковий прогноз, або як результат недосконалої законодавчої техніки. Недоліки кримінально-правової законотворчості, витрати криміналізації можуть призвести до двох протилежних, але однаково небажаних наслідків – прогалин у криміналізації або, навпаки, до її надмірності [9, с. 20-21].

У кримінально-правовій і кримінологічній літературі неодноразово робились спроби сформулювати основні принципи (або підстави) криміналізації. Однак і дотепер немає одностайності у підходах до їх визначення. Їх називають підставами, принципами, факторами, умовами або критеріями криміналізації. Серед вказаних підстав домінуючими вважають соціальні, нормативно-правові та кримінологічні фактори [10, с. 324].

Дослідження наукових робіт з питань правової заборони незаконних дій із конфіденційною інформацією, уможливорює дійти висновку про те, що підставою для встановлення цієї заборони може бути лише сукупність соціальних чинників, за відсутності яких така заборона буде недоцільною [8, с. 43].

Всю сукупність таких чинників зазвичай класифікують на дві групи: основні та другорядні чинники. Основними, без яких неможливе виникнення питання про встановлення правової заборони, є:

- суспільна шкідливість посягань на встановлений порядок обігу інформації;
- доцільність боротьби з такими посяганнями правовими засобами;
- усвідомлення суспільством потреби в боротьбі з посяганнями на встановлений порядок обігу інформації та рівень підготовленості до такої боротьби [8, с. 43].

До другорядних чинників, наявність яких сама по собі ще не є достатньою для встановлення відповідальності, можуть бути включені нормативний, міжнародний, історичний та інші чинники [8, с. 43].

Сучасні наукові підходи до питання обумовленості кримінально-правової заборони незаконних дій з відомостями, що становлять банківську таємницю, були узагальнені О. В. Харламовою наступним чином: «Соціальна обумовленість кримінально-правової заборони незаконних дій з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю, зумовлена тим, що, будучи проявом недобросовісної конкуренції, вони спричиняють шкоду правам і законним інтересам суб'єктів господарювання як учасникам ринкових відносин, негативним чином впливають на науково-технічний прогрес і стабільність товарного обігу,

позбавляють підприємців стимулу до вдосконалення форм і методів ведення своєї господарської діяльності. Зазначені суспільно-небезпечні діяння насамперед посягають на економічну безпеку держави. Так, банківська система України справедливо вважається практично єдиним суб'єктом національної економіки, в основу діяльності якого покладені ринкові механізми господарювання. Забезпечення економічної та інформаційної безпеки України визнається на законодавчому рівні найважливішою функцією держави, справою всього українського народу» [7, с. 9].

Слід зауважити, що підхід, за якого шкода внаслідок незаконних дій з відомостями, що становлять банківську таємницю, у першу чергу завдається інтересам суб'єктів господарювання, знайшов своє відображення і у чинному законодавстві.

Так, згідно зі ст. 231 КК України [11], склад злочину становлять умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей, а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності. Аналогічно склад злочину, передбаченого ст. 232 КК України [11], становить умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку із професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності.

З даного питання вважаємо за необхідне приєднати до наукової позиції тих науковців, які вважають, що більша шкода завдається як раз не відносинам у сфері господарювання, а конкретній фізичній особі (чи групі осіб) – конкретним власникам комерційної або банківської таємниці. Така особливість має передусім практичний аспект, адже кількість винних осіб, засуджених за відповідні діяння, на сьогодні в Україні – мізерна, лише через те, що законодавець враховує виключно шкоду, заподіювану суб'єкту господарювання, а не конкретній фізичній особі, яка в будь-якому разі є володільцем такої інформації. Через це численні випадки порушення таємниці такої інформації залишаються поза межами кримінально-правового захисту [12, с. 382-383].

Враховуючи зазначене, доцільно внести зміни до диспозиції ст. 232 КК України [11], вказавши при цьому на те, що шкода від злочину завдається не суб'єкту господарювання, а конкретній фізичній особі – власнику таємниці [12, с. 383].

На користь даної позиції свідчить також той факт, що 89,8 % інформації, яка втрачається банками, становить персональна інформація про клієнтів [13, с. 34].

Аналогічних висновків можливо дійти, досліджуючи правовий режим банківської таємниці. За загальноприйнятим визначенням, банківська таємниця за своїм правовим режимом відноситься до таємної інформації з обмеженим доступом, розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству й державі [14, с. 180]. Науковець М. М. Ясинок вказує, що інститут банківської таємниці це, передусім, інститут захисту прав та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб стосовно фінансової незалежності, з одного боку, а, з іншого, – це захист ділової репутації банків та банківської системи в цілому [15, с. 69].

З урахуванням викладеного, вважаю, що підхід, за якого шкода внаслідок незаконних дій з відомостями, що становлять банківську таємницю, у першу чергу завдається інтересам суб'єктів господарювання, не враховує інтересів фізичних осіб – власників банківської таємниці.

Особливого звучання дана проблема набуває у розрізі збільшення прозорості вітчизняної фінансової системи, анонсованої Урядом [8].

Так, в Україні діє спеціальний порядок при реалізації НБУ свого права на передачу інформації про банк органам

ві банківського нагляду іншої країни відповідно до міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності [16, с. 36].

Передати відповідну інформацію іноземному органу банківського нагляду НБУ може лише за таких умов одночасно:

- це не порушує державні інтереси та банківську таємницю;
- є гарантії того, що отримана інформація буде використана виключно з метою банківського нагляду;
- є гарантія того, що отримана інформація не буде передана за межі органу банківського нагляду [16, с. 36].

Чим має підтверджуватися та чи інша гарантія, вказана вище, законодавством України не визначено, а достатність і переконливість таких гарантії залишено на розсуд самого НБУ. Державні інтереси також не є чіткою юридичною категорією. Все це свідчить про те, що порядок передачі НБУ інформації іноземному органу банківського нагляду врегульований неналежним чином і містить ряд юридичних прогалин.

Так само банк не зв'язаний правилами про розкриття банківської таємниці в разі здійснення відповідно до законодавства повідомлення самим банком про операції, що мають сумнівний характер. Сумнівними є операції, що мають такі альтернативні ознаки: операція здійснюється за незвичних або невинуватих умов; (або) операція не є економічно виправданою чи суперечить законодавству України. Банки зобов'язані ідентифікувати усіх осіб, що здійснюють сумнівні операції, і з метою попередження злочинів інформація щодо ідентифікації осіб повідомляється банками відповідним органам згідно із законодавством України [16, с. 36].

У цих умовах ми вважаємо, що існуючими чинниками обумовлюється необхідність кримінально-правової охорони банківської таємниці, власниками якої є фізичні особи, та яким може бути завдано істотну шкоду внаслідок незаконних дій з інформацією, що становить банківську таємницю. З метою встановлення підстав такої охорони, пропонується внести зміни до ст.ст. 231 та 232 КК України [11] та викласти їх у наступній редакції.

«Стаття 231. Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю

Умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей, а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності або власнику такої інформації, – караються штрафом від трьох тисяч до восьми тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян».

«Стаття 232. Розголошення комерційної або банківської таємниці

Умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності або власнику такої інформації, – карається штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Наукове дослідження обумовленості кримінально-правової заборони незаконних дій з відомостями, що становлять банківську таємницю, уможливило дійти висновку про те, що підхід, за якого шкода внаслідок незаконних дій із відомостями, що становлять банківську таємницю, у першу чергу завдається інтересам суб'єктів господарювання, не враховує інтересів фізичних осіб – власників банківської

таємниці. У сучасних умовах існує необхідність кримінально-правової охорони банківської таємниці, власниками якої є фізичні особи, та яким може бути завдано істотну шкоду внаслідок незаконних дій з інформацією, що становить банківську таємницю. З цією метою, пропонується внести зміни до ст.ст. 231 та 232 КК України.

Такі зміни допоможуть забезпечити більш ефективний

кримінально-правовий захист суспільних відносин у сфері охорони банківської таємниці від злочинних посягань. З урахуванням отриманих результатів, основними напрямками розвитку положень даного дослідження вбачаю дослідження проблематики оцінки розміру шкоди, яку слід вважати суттєвою для власників банківської таємниці, згідно зі ст.ст. 231 та 232 КК України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про реструктуризацію зобов'язань за кредитами в іноземній валюті : проект Закону України від 23 грудня 2014 року № 1558-1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
2. Лист про наміри Директору-розпоряднику Міжнародного Валютного Фонду від 27 лютого 2015 року № 3080/0/2-15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bank.gov.ua>.
3. Перелік банків України, ліквідація яких здійснюється Фондом гарантування вкладів фізичних осіб відповідно до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», станом на 04 червня 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bank.gov.ua>.
4. Прес реліз НБУ «Стосовно порушення банківського законодавства» від 22 квітня 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bank.gov.ua>.
5. Тимченко О. М. Міжнародне інформаційне співробітництво як фактор протидії ухиленню від сплати податків / О. М. Тимченко // *Фінанси України*. – 2011. – № 12. – С. 11–20.
6. Що таке банківська таємниця і коли вона може бути розкрита [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.platinumbank.com.ua/view.navigator/mode.view/id.45/>.
7. Харламова С. О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю : Дис... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.08 / С. О. Харламова. – К., 2007. – 221 с.
8. Матвієнко П. Є. Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про комерційну таємницю : Дис... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.07 / П. Є. Матвієнко. – К., 2010. – 199 с.
9. Фріс П. Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці / П. Л. Фріс // *Вісник Асоціації кримінального права України*. – 2014. – № 1. – С. 19–28.
10. Гальцова В. В. Фактори, що обумовлюють кримінально-правову заборону незаконних дій щодо усиновлення (удочеріння) (ст. 169 КК України) / В. В. Гальцова // *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків : матеріали міжнародної науково-практичної конференції*. – 2014. – С. 321–325.
11. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 року // *Відомості Верховної Ради України*. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
12. Яковенко Р. В. Кримінальна відповідальність за розголошення комерційної або банківської таємниці за законодавством України та країн Європи / Р. В. Яковенко // *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. – 2014. – № 1. – С. 376–383.
13. Безштанько Д. В. Сутність внутрішніх операційних ризиків банку / Д. В. Безштанько // *Збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України*. – 2012. – № 3. – С. 32–39.
14. Смерічевський С. Ф. Банківська таємниця в системі безпеки національної економіки / С. Ф. Смерічевський, Є. Ю. Свірідов // *Університетські наукові записки*. – 2012. – № 2. – С. 180–186.
15. Ясинок М. М. Розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю є новим видом справ в окремому провадженні / М. М. Ясинок // *Бюлетень Міністерства юстиції України*. – 2009. – № 2. – С. 67–71.
16. Носік Ю. Правовий режим банківської таємниці в Україні / Ю. Носік // *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні*. – 2001. – № 2. – С. 31–39.

РОЗДІЛ 8

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.132

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД

FEATURES CRIMINAL PROCEDURE REGULATE THE PRODUCTION BASED ON THE AGREEMENT

Жерж Н.А.,
к.ю.н., доцент кафедри кримінального права та кримінології
Національний університет державної податкової служби України

Жерж Л.А.,
студентка
Національний університет державної податкової служби України

Стаття присвячена виявленню практичних проблем у правовому регулюванні кримінального провадження на підставі угоди про визнання вини. Для досягнення обраної мети необхідно проаналізувати сутність угоди про визнання вини; обґрунтувати доцільність введення цього інституту у вітчизняне законодавство; дослідити особливості укладення окресленої угоди залежно від стадії кримінального провадження; визначити шляхи підвищення ефективності функціонування означеного інституту.

Ключові слова: провадження на підставі угод, угода про визнання вини, угода про примирення, медіація, відновне правосуддя.

Статья посвящена выявлению практических проблем в правовом регулировании уголовного судопроизводства на основании соглашения о признании вины. Для достижения выбранной цели необходимо проанализировать сущность соглашения о признании вины; обосновать целесообразность введения этого института в отечественное законодательство; исследовать особенности заключения соглашения в зависимости от стадии уголовного производства; определить пути повышения эффективности функционирования указанного института.

Ключевые слова: производство на основании соглашений, соглашение о признании вины, соглашение о примирении, медиация, восстановительное правосудие.

The article is devoted to finding practical problems of legal regulation of criminal proceedings on the basis of plea. To achieve the selected target must analyze the nature of plea; to justify feasibility of introduction of this institute in domestic legislation; explore the features outlined conclude agreements depending on the stage of criminal proceedings; identify ways to improve the efficiency of its appointed institute.

In the article the essence of the agreement on the recognition of guilt and expediency of introducing such an institution in the national legislation, outlined ways to improve its functioning. Revealed some practical problems of legal regulation of agreements on recognition of guilt, drafted directions of improving its procedural form. Based on the research of the suggestions that have theoretical and practical importance.

Also analyzes the problems of formation and development of new forms of criminal proceedings – the proceedings on the basis of agreements on recognition of individual guilt. Revealed shortcomings procedural form of the proceedings and the ways of its improvement.

Key words: production on the basis of agreements, plea agreement, agreement on reconciliation, mediation, restorative justice.

Процесуальний інститут, що врегульовує провадження на підставі угод є нововведенням у кримінальному процесуальному законодавстві України, адже цей інститут невід'ємно пов'язаний із прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) у 2012 році. Спроба реалізації даних положень показує наявність багатьох проблем, що обумовлюють дослідження даного інституту.

Особливості цього інституту полягають у тому, що їх запровадження на практиці викликає проблеми, які полягають у неузгодженості правового регулювання моменту, з якого можна ініціювати укладення угоди, з принципом встановлення об'єктивної істини у кримінальному провадженні. Проблематичним також видається забезпечення принципу змагальності сторін кримінального провадження, оскільки обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні на підставі угоди про визнання винуватості законом не передбачена.

Запровадження інституту кримінального провадження на підставі угод було зумовлено декількома факторами [7]:

- даний інститут забезпечує процесуальну економію;
- майже 100 %-ва гарантія забезпечення права потерпілого на швидке відшкодування завданих йому збитків

неправомірними діями підозрюваного чи обвинуваченого;

- укладення угод допомагає в короткі строки реалізувати основні завдання кримінального судочинства – захист порушеного права, відшкодування завданої шкоди, покарання винного;

- економія бюджетних коштів (оскільки не потрібно утримувати засудженого за державний рахунок) [7].

Фактично укладення угод про примирення між сторонами (потерпілим та обвинуваченим чи підозрюваним) є мирним способом врегулювання кримінально-правового конфлікту [7]. Даний інститут успішно функціонує у багатьох європейських країнах (Італії, Бельгії, Великобританії, Німеччині, Польщі, Франції та ін.), хоча відомим цей інститут є завдяки Сполученим Штатам Америки (далі – США), адже майже кожна людина може побачити у американських кінофільмах прецеденти врегулювання кримінально-правових конфліктів за допомогою укладення угод про примирення чи хоча б пропозицію вирішити спір мирним способом. У США, як і у країнах Європи, існує таке поняття як «restorative justice» (з англ. – «відновне правосуддя»). В основі даного поняття лежить сама можливість того, що сторони кримінально-правового конфлікту (правопорушник та жертва) можуть самостійно впоратися

з наслідками злочину. Слід зазначити, що відновне правосуддя є порівняно новим поняттям у світовому праві, адже з'явилося лише у 70-х роках ХХ ст. В Україні впровадження відновного правосуддя як альтернативи кримінальному судочинству було зумовлено проблемою зростання рівня злочинності та відсутності бажаного результату від існуючих каральних способів. При цьому, метою правосуддя стало не покарання, а відновлення, зцілення, примирення всіх сторін конфлікту, усунення завданої шкоди та досягнення злагоди в суспільстві [6].

До форм відновного судочинства можна віднести:

- медіацію між потерпілим та правопорушником;
- «конференцію»;
- «коло правосуддя» [6].

У деякій мірі до відновного правосуддя можна віднести і укладення угод про примирення між потерпілим та обвинуваченим або підозрюваним, але не у якості форми, а у якості кінцевого результату реалізації однієї з вищезазначених форм відновного судочинства.

Інститут провадження на підставі угод закріплений у главі 35 «Кримінальне провадження на підставі угод» розділу VI «Особливі порядки кримінального провадження» КПК України [2].

Якщо звернути увагу на статистичні дані, то можна зробити висновок, що укладення угод в кримінальному судочинстві стало поширеним альтернативним способом вирішення кримінально-правових конфліктів [9].

Так, за 2014 рік на розгляд судів з обвинувальним актом направлено більш ніж 110 тис. кримінальних проваджень, з них понад 22 тис. (або 20 %) – з укладенням угод під час досудового розслідування. Найбільш активно інститут угод застосовується у Рівненській (27 %, з них 16 % складають угоди про примирення і 10,8 % – угоди про визнання винуватості), Волинській (26 %, з яких 15 % складають угоди про примирення, 11 % – угоди про визнання винуватості) та Житомирській областях (25 %, з них 14,3 % – угоди про примирення та 10,5 % – угоди про визнання винуватості). Водночас у Харківській (13 %, з яких 7,3 % – угоди про примирення, 6,6 % – угоди про визнання винуватості) та Івано-Франківській областях (9,5 %, з них 4,5 % – угоди про примирення та 5 % – угоди про визнання винуватості), у м. Києві (13 %, з яких 6,8 % – угоди про примирення, 6,1 % – угоди про визнання винуватості) спостерігається найнижча кількість кримінальних проваджень, у яких направлено до суду обвинувальні акти з підписаною між сторонами угодою [9].

Варто зазначити, що окремі питання особливостей інституту кримінального провадження на підставі угод досліджували такі вчені, як: В. І. Бояров, Ю. М. Грошев, В. М. Гусаров, М. С. Квятковський, М. О. Карпенко, О. П. Кучинська, М. В. Лотоцький, Р. В. Новак, Е. В. Позвизк, П. В. Пушкар та багато інших.

Класифікувати угоди, що існують у кримінальному провадженні можна за 2-ма критеріями.

За субординацією у правовому регулюванні розрізняють норми права:

- Матеріальні. Так, у Кримінальному кодексі України закріплено угоду про примирення винного з потерпілим (ст. 46 КК України) [3].

- Процесуальні. У КПК України передбачено два види угод: угода про примирення між потерпілим та підозрюваним або обвинуваченим (п. 1 ч. 1 ст. 468 КПК України); угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості (п. 2 ч. 1 ст. 468 КПК України) [2].

За формами досягнення угоди:

- 1) Медіація між потерпілим та підозрюваним.
- 2) «Конференція».
- 3) «Коло правосуддя».
- 4) Бесіда між прокурором та обвинуваченим чи підозрюваним.

Що ж до особливостей кримінального провадження на підставі угод, то до них слід віднести, наприклад, той факт, що відповідно до чинного КПК України ініціювання укладання угод про примирення можливе, починаючи від повідомлення про підозру особі та до моменту виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку. На думку П. В. Пушкар, угода про примирення є ранньою угодою [14].

Виникає питання, чому законодавець вказує початковим моментом, на якому дозволяється укладати угоду, – етап після повідомлення про підозру. Дане питання є однією з процесуальних особливостей врегулювання провадження на підставі угод. Скоріш за все законодавець пов'язує повідомлення про підозру з наявністю достатньої доказової бази для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Доказом вищезазначеної тези може бути вказівка на те, що до моменту повідомлення особі про підозру вважається, що докази для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення відсутні, або їх недостатньо [8].

Наступною особливістю кримінально-процесуального врегулювання провадження на підставі угод є в якійсь мірі нерівнозначність прав потерпілого та обвинуваченого. Так, якщо у процесуальних правах потерпілого передбачена можливість примиритись з підозрюваним і укласти про це угоду (ч. 4 ст. 56 КПК України), то у підозрюваного відповідно до ч. 3 ст. 42 КПК України таке право відсутнє. Хоча тут слід зазначити, що, відповідно до ч. 1 ст. 469 КПК України, ініціатором угоди про примирення може виступати не тільки потерпілий, але і підозрюваний та обвинувачений. Казус виявляється у тому, що у Пам'ятці про процесуальні права та обов'язки підозрюваного, обвинуваченого (підсудного), у частині прав підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) відсутня вказівка на право укладати угоди про примирення, хоча все ж згадка про таке право присутня в останніх положеннях Пам'ятки [13]. Даний казус існує через те, що вищезазначена Пам'ятка структурно поділена за посиланнями на різні статті нормативно-правових актів [13]. Оскільки права підозрюваного, обвинуваченого закріплені у ст. 42 КПК України, а згадка про право на пропозицію до примирення в ній відсутня, маємо результат – зазначення цього права в кінці Пам'ятки. Доцільніше законодавцю було б вказати у ст. 42 КПК України право ініціювання укладання угоди про примирення, як це зроблено у ст. 56 КПК України (права потерпілого) [8].

Наступною особливістю, що стосується правового регулювання провадження на підставі угоди є те, що, згідно ч. 7 ст. 469 КПК України, слідчий та прокурор зобов'язані проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення у формі угоди, роз'яснити механізми його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення [8]. Слід звернути увагу, що відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 394 КПК України окремо існує підстава для оскарження дій слідчого чи прокурора, що не роз'яснили обвинуваченому наслідків укладання угоди. Про дану підставу йдеться також у ч. 4 ст. 474 КПК України, недотримання положень якої є підставою для оскарження аналізованих судових рішень.

Варто зазначити, що до наслідків укладення та затвердження угоди про примирення законодавець відносить обмеження права оскарження вироку. Так згідно п. 1 ч. 3 ст. 394 КПК України, обвинувачений може оскаржити рішення суду з лише з передбачених цією статтею підстав, тобто перелік цих підстав є вичерпним. Потерпілий та його законний представник теж можуть оскаржувати судові рішення виключно за вказаними підставами п. 2 ч. 3 ст. 394 КПК України [2].

Варто зазначити, що Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ 22 січня 2014 року затвердив Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод, у якому чітко прописав, що прокурор, слідчий в жодному разі не може ініціювати укладання угоди про примирення та вести перемовини (проводити домовленості) щодо їх змісту. Хоча ініці-

атором угоди про примирення між прокурором та обвинуваченим чи підозрюваним про визнання винуватості може бути прокурор (ч. 2 ст. 469 КПК України). Варто вказати, що слідчого позбавлено права бути ініціатором будь-якої з двох угод.

До вищезазначеного можна додати, що правильним було б покласти на слідчого чи прокурора обов'язок роз'яснювати наслідки укладення та затвердження угоди про примирення та угоди про визнання винуватості, які зазначені у ч. 1, ч. 2 ст. 473 КПК України [8].

Важливою особливістю є випадок, коли у кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного й того ж кримінального правопорушення. В такому випадку, відповідно до ч. 8 ст. 469 КПК України, угоду може бути укладено та затверджено лише з усіма потерпілими одночасно. Варто вказати, що дана угода буде укладена одна для всіх, але для кожного може бути прописано різні вимоги потерпілого до обвинуваченого. [2].

Важливим аспектом є наявна можливість укладення угоди про примирення з представником юридичної особи у разі завдання їй майнової шкоди. Як зазначено у ч. 2 ст. 58 КПК України, представником юридичної особи може бути: керівник організації; інша особа (уповноважена законом або установчими документами); працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні.

У деяких вчених виникало питання, чи може однією зі сторін угоди про примирення виступати неповнолітня особа. Саме через відсутність прямої регламентації даного питання у КПК України Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ видав 15 листопада 2012 року Інформаційного листа Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод», де у п. 1 прописав роз'яснення, що угода про примирення може укладатися, у випадку коли її сторонами чи стороною є неповнолітні. У такому разі угода укладається за участю законних представників і захисників неповнолітніх [5].

У випадку, коли сторонами (однією зі сторін) угоди про примирення є неповнолітній, який досяг 16-річного віку, йому надане право укласти угоду самостійно, але за згодою свого законного представника. Якщо підозрюваний, обвинувачений не досяг 16-річного віку, угоду про примирення за його згодою укладає законний представник [5].

Важливим аспектом у затвердженні угоди є обов'язок суду впевнитись, що угода укладена сторонами на добровільних засадах. Загально відомо, що при розслідуванні злочинів органи досудового слідства вдаються до процесуальних маніпулювань та тиску на підозрюваних. Сторона захисту іноді дозволяє собі здійснювати тиск на потерпілого. Саме для зменшення фактів прийняття рішення під тиском або за допомогою маніпуляцій про укладення угоди, законодавцем було передбачено обов'язок суду у судовому засіданні переконатися у тому, що укладення угоди відбувається виключно на добровільних засадах, жодну зі сторін не примушують під тиском укладати угоду. Задля з'ясування добровільності укладення угоди у разі необхідності суд у своєму арсеналі прав має право витребувати документи, у тому числі скарги підозрюваного чи обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду, а також викликати у судові засідання осіб та опитувати їх.

І навіть у випадку, коли суд впевнений, що бажання сторін укласти угоду є добровільним, є підстава для відмови у затвердженні угоди (коли кримінальне правопорушення є більш тяжким, ніж те, щодо якого передбачена можливість укладення угоди, або очевидна неможливість виконання обвинуваченим взятих на себе за угодою зобов'язань). Після того, як суд впевнився, що угоду може бути затверджено, суд ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання.

Слід вказати, що при укладенні угоди між прокурором та обвинуваченим або підозрюваним важливим є додержання основних вимог щодо змісту угоди про визнання винуватості. Статтею 472 КПК України передбачено, що у змісті угоди обов'язково має бути вказано її сторони, формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, істотні обставини саме для цього кримінального провадження, беззастережне визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення, обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце), узгоджене покарання та згода підозрюваного, обвинуваченого на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди, наслідки невиконання угоди.

Важливим аспектом у процесуальному регулюванні провадження на підставі угод є те, що особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення у кримінальному провадженні, не можуть бути допитані як свідки щодо обставин, які стали їм відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення (п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК України).

Особливістю укладення угоди про примирення можна вказати й те, що суд зобов'язаний впевнитись, що у обвинуваченого справді є реальна можливість виконати зобов'язання, що зазначені в укладеній угоді про примирення, наприклад чи є в нього матеріальна можливість відшкодувати завдану ним внаслідок вчинення кримінального правопорушення шкоду з огляду на її розмір та строк відшкодування, чи вчинити дії, перелік яких в ній зазначено, або ж виконати обов'язки щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою, викладені в угоді про визнання винуватості. У випадку встановлення судом того факту, що у обвинуваченого відсутня можливість виконати взяті на себе зобов'язання, суд відповідно до п. 5 ч. 7 ст. 474 КПК України має право відмовити у затвердженні угоди [2].

Отже, з усього вищезазначеного можна зробити висновок, що думки вчених щодо доцільності впровадження інституту кримінального провадження на підставі угод є абсолютно різними. Одні вчені вважають, що даний інститут просто не потрібен, адже в деяких випадках не досягає основної мети – процесуальної економії. Проте більшість вчених сходяться на думці, що даний інститут є необхідним у правовій системі молодшої країни, що стоїть на стежині розвитку і вдосконалення. Додатковим доказом доцільності впровадження даного інституту, є перш за все яскравий приклад і набутий позитивний досвід багатьох європейських країн, Австралії та США.

Задля створення додаткової гарантії дотримання прав обвинуваченого та прийняття обґрунтованих і законних рішень, доцільно було б більш детально визначити процесуальний зміст та форму процесуальних документів, які слід скласти під час провадження на підставі угод. Як показує судова практика, з кожним роком зростає кількість кримінальних проваджень, результатом яких є укладення угоди про примирення або угоди між прокурором та обвинуваченим про визнання вини. Слід зазначити, що українське законодавство не є досконалим у частині даного інституту, існують певні недоліки, які ми зазначали, проте впровадження інституту провадження на підставі угод є однозначно великим кроком до вдосконалення кримінального процесу в Україні. Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються у розробці пропозицій щодо удосконалення процесуальної форми провадження на підставі угоди про визнання винуватості особи, розробці комплексу механізмів протидії судовим помилкам та зміцнення гарантій прав і свобод людини.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ВЧИНЕНИХ УЧАСНИКАМИ ОРГАНІЗОВАНИХ ЗЛОЧИННИХ УГРУПОВАНЬ

ACTUAL PROBLEMS OF PRE-TRIAL INVESTIGATION OF CRIMINAL OFFENCES COMMITTED BY MEMBERS OF ORGANIZED CRIME GROUPS

Ільченко С.Ю.,

к.ю.н., с.н.с., провідний науковий співробітник

*Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю
при Раді національної безпеки і оборони України*

У статті, відповідно до положень Кримінального процесуального кодексу України, розкривається правова природа інституту об'єднання матеріалів досудового розслідування, передбаченого, зокрема, статтею 217 КПК України. Зауважується те, що об'єднання матеріалів досудового розслідування щодо кримінальних правопорушень, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань, призначено бути надійною запорукою виконання такого завдання кримінального провадження, як забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду (ст. 2 КПК України). Водночас наголошується, що особливості правового закріплення підстав до об'єднання можуть викликати проблеми, пов'язані з безпідставним та незаконним застосуванням цього правового інституту. Публікація спрямована на запобігання та усунення відповідних проблем та підвищення ефективності кримінальних проваджень щодо кримінальних правопорушень, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань.

Ключові слова: доказування, достатні підстави, досудове розслідування, завдання кримінального провадження, кримінальне провадження, матеріали, об'єднання, організовані злочинні угруповання.

В статье в соответствии с положениями Уголовного процессуального кодекса Украины раскрывается правовая природа института объединения материалов досудебного расследования, предусмотренного, в частности, статьей 217 УПК Украины. Отмечается, что объединение материалов досудебного расследования по уголовным преступлениям, совершенным участниками организованных преступных группировок, призвано стать надежным залогом выполнения такой задачи уголовного судопроизводства, как обеспечение быстрого, полного и беспристрастного расследования и судебного рассмотрения (ст. 2 УПК Украины). В то же время отмечается, что особенности правового закрепления оснований к объединению материалов могут вызвать проблемы, связанные с безосновательным и незаконным применением этого правового института. Публикация направлена на предотвращение и устранение соответствующих проблемных ситуаций и повышение эффективности уголовных производств в отношении преступлений, совершенных участниками организованных преступных группировок.

Ключевые слова: доказательства, достаточные основания, досудебное расследование, задача уголовного производства, уголовное производство, материалы, объединение, организованные преступные группировки.

In the article, in accordance with the provisions of the Criminal procedural code of Ukraine, reveals the legal nature of the Institute combining the pre-trial investigation materials provided, in particular, article 217 of the criminal procedure code of Ukraine. It is noted that combining of materials of pre-trial investigation of criminal offences committed by members of organized criminal groups are meant to be reliable in fulfilling such tasks of criminal proceedings, ensure prompt, full and impartial investigation and judicial review (article 2 of the CPC of Ukraine). At the same time, it is noted that features of legal fastening of the basis for unification can cause problems associated with ungrounded and illegal application of this legal Institute. The publication is aimed at preventing and addressing relevant problems and increase the effectiveness of criminal proceedings concerning criminal offences committed by members of organized criminal groups.

The author considers inexpedient to bring together in one criminal proceedings, of materials of several pre-trial investigations of criminal offences committed by members of organized criminal groups, while during each of such investigations was not announced by the person (s) of suspicion. Premature consolidation of several materials of pre-judicial investigations may adversely affect further criminal proceedings through the extension of a particular item of evidence. This situation can also be used during the application of questionable tactics artificial accumulation of charges to achieve this quantity or a combination that would provide the prospect of judicial pronouncement it is a generalized indictment of the sentence. It is noted that illegal and unwarranted combining of materials of pre-trial investigation may be used to commit abuse and crimes by persons conducting criminal proceedings, as well as for the introduction of questionable tactics to ensure adoption of a generalized indictment of the sentence.

Key words: evidence, probable cause, pre-trial investigation, task of criminal proceedings, criminal proceedings, materials, associations, organized crime.

Постановка проблеми. У статті 6 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» серед основних напрямів боротьби з організованою злочинністю вказано й розслідування правопорушень, вчинюваних учасниками організованих злочинних угруповань, притягнення винних до відповідальності. Окрім цього, вказаний Закон містить положення, які безпосередньо стосуються особливостей таких кримінальних проваджень. Так у ч. 6 ст. 12 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» серед прав спеціальних підрозділів із боротьби з організованою злочинністю Служби безпеки України та їх співробітників передбачається й право починати та здійснювати досудове розслідування, передавати через відповідного прокурора з наглядом за виконанням законів спеціальними підрозділами за підслідністю в органи На-

ціональної поліції і органи Служби безпеки України кримінальні провадження, що були ними розпочаті, у такому ж порядку витребувати і приймати від них до свого провадження кримінальні провадження про злочини, вчинені організованими злочинними угрупованнями. Таким чином, у Законі, який визначає головні напрями загальнодержавної політики та організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю, приділено належну увагу досудовому розслідуванню.

Варто зауважити, що характерною рисою кримінального провадження щодо правопорушень, вчинюваних учасниками організованих злочинних угруповань, є широке використання інституту об'єднання матеріалів досудового розслідування у порядку, передбаченому чинним Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України. Адже, якщо йдеться про організовану злочин-

ність, то, передусім, розуміється сукупність злочинів, що вчиняються у зв'язку зі створенням та діяльністю організованих злочинних угруповань (ст. 1 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю»).

КПК України містить положення, якими закріплюється інститут об'єднання і виділення матеріалів кримінальних проваджень. Це, зокрема, ст.ст. 217 («Об'єднання і виділення матеріалів досудового розслідування»), 334 («Об'єднання і виділення матеріалів кримінального провадження»), 510 («Об'єднання і виділення кримінальних проваджень») та 512 («Судовий розгляд») Кодексу.

Важливість названих положень для кримінального судочинства не викликає жодних сумнівів. Адже вони призначені бути надійною запорукою виконання такого завдання кримінального провадження, як забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду (ст. 2 КПК України). Водночас особливості правового закріплення випадків об'єднання матеріалів досудового розслідування, котрі відображено у ч. 1 ст. 217 КПК України, викликають певні питання. Так «у разі необхідності в одному провадженні можуть бути об'єднані матеріали досудових розслідувань щодо декількох осіб, підозрюваних у вчиненні одного кримінального правопорушення, або щодо однієї особи, підозрюваної у вчиненні кількох кримінальних правопорушень, а також матеріали досудових розслідувань, по яких не встановлено підозрюваних, проте є достатні підстави вважати, що кримінальні правопорушення, щодо яких здійснюються ці розслідування, вчинені однією особою (особами)». Таким чином, в одному провадженні можуть бути об'єднані як матеріали досудових розслідувань, у яких вже фігурують підозрювані, так і матеріали, в яких підозра ще не висувалася. Звідси виникає логічне запитання: «Яке юридичне навантаження несе ст. 217 КПК України в частині щодо підозрюваних?» Адже для об'єднання матеріалів досудових розслідувань вистачить і певних «достатніх підстав», які вказуватимуть на причетність особи (чи осіб) до вчинення певного злочину. Відповідь на нього надасть аналіз правової природи умов до об'єднання кримінальних проваджень.

Стан дослідження. Проблема об'єднання та виділення матеріалів досудових розслідувань присвячували свої праці В.М. Биков, І.С. Биховський, А.П. Гуляєв, В.М. Григор'єв, Д.В. Дробнін, Л.М. Карнесєва, О.М. Ларін, Я.О. Мотовиловкер, В.В. Павловський, В.М. Савицький, М.Є. Токарев, Ш.Ф. Шаравутдінов, В.В. Шимановський та інші вчені. Їхні наукові здобутки стали підґрунтям для дослідження проблем, які пов'язані з досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань.

Метою даної статті є розкриття змісту основних проблем, пов'язаних із досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань.

Виклад основного матеріалу. Аналіз положень чинного КПК України дає змогу встановити як підстави до об'єднання матеріалів досудових розслідувань, так і обставини, які унеможливають таке їх об'єднання. З огляду на зміст ст. 217 КПК України можна зазначити такі випадки, коли об'єднання матеріалів кримінальних проваджень законодавцем не припускається:

1) коли в матеріалах досудового розслідування, які плануються об'єднати, не встановлено підозрюваних та відсутні достатні підстави вважати, що кримінальні правопорушення, щодо яких здійснюються ці розслідування, вчинені певною (певними) особою (особами);

2) коли одне кримінальне провадження, яке планується об'єднати, здійснюється щодо кримінального проступку, а інше (з яким таке об'єднання планується) – щодо злочину (ч. 2 ст. 217 КПК України).

Конструкція ст. 217 КПК України сприяє формуванню справедливого уявлення про те, що інститут об'єднання кримінальних проваджень є достатньо регламентованою та виваженою процедурою. Водночас критерії об'єднання кримінальних проваджень все ж потребують певного пояснення та уточнення.

Так, законодавець передбачає можливість об'єднання в одному провадженні матеріалів кількох досудових розслідувань. Абстрагуючись від умов такого об'єднання, можна стверджувати, що воно є можливим лише після проходження певного часу від початку розслідування. Тобто вимоги КПК України опосередковано забороняють здійснювати об'єднання матеріалів розслідувань передчасно, наприклад відразу після внесення відомостей про кримінальні правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Це, насамперед, пов'язується з особливостями процесу доказування, який здійснюється окремо в кожному з кримінальних проваджень.

Так, відповідно до вимог ст. 91 КПК України, у кримінальному провадженні підлягають доказуванню: 1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); 2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення; 3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат; 4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінального провадження; 5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; 6) обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та (або) є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення; 7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру.

Обставини, які визначено у ст. 91 КПК України, належить доказувати у всіх без винятку кримінальних провадженнях. Вони утворюють так званий загальний предмет доказування, під яким розуміється «сукупність обставин, передбачених кримінально-процесуальним законом, встановлення яких необхідно для вирішення заяв і повідомлень про злочин і кримінального провадження в цілому» [5, с. 132].

В окремому кримінальному провадженні обставини, які входять до предмета доказування, конкретизуються та індивідуалізуються, тобто в окремо взятому провадженні існує конкретний предмет доказування, який визначається загальним поняттям злочину й ознаками конкретного складу, викладеними у тій чи іншій статті Особливої частини Кримінального кодексу (далі – КК) України. Під час дослідження конкретного предмета доказування вважається недопустимим як невиправдане обмеження, так і непомірне розширення його ж складових елементів. Адже, встановлюючи коло фактів, які мають бути пізнані під час досудового розслідування, закон тим самим забороняє пізнавати кримінально-процесуальними засобами обставини, які не вказані у ст. 91 КПК України.

Розширення конкретного предмета доказування може призвести до помилок, оскільки у цьому разі «значно

ускладнюється робота органів розслідування та суду зі збирання, перевірки й оцінки доказів» [2, с. 129].

Ще наприкінці XIX століття видатний вчений І.Я. Фойницький зазначав, що «правильність судового рішення значною мірою обумовлюється увагою суду, зосередженою на справі, і тим, щоб сторонні й незначні для справи обставини не відволікали суд від найсуттєвішого» [9, с. 232].

За радянських часів вчені Д.С. Карев та М.Л. Якуб вважали, що під час досудового розслідування повинні досліджуватися тільки ті обставини, які мають для нього значення, а «збирання доказів, які не стосуються справи, розпоршує увагу суду й органів розслідування» [7, с. 67]. П.А. Лупінською та М.А. Чельцовим також стверджувалося, що «зусилля слідчого й суду мають бути спрямовані на те, щоб встановити наявність чи відсутність тих фактів, які характеризують усі ознаки конкретного складу злочину» [8, с. 98].

За своєю сутністю об'єднання в одне провадження матеріалів кількох досудових розслідувань, якщо воно відбувається на початкових етапах розслідування, до моменту залучення осіб як підозрюваних чи навіть початку формування підозри, видається таким, де має місце розширення одного предмета доказування за рахунок іншого. Адже окреме розслідування кожного з проваджень є складним самостійним процесом, під час якого багато часу витрачається на проведення значної кількості слідчих (розшукових) дій, складних судових експертиз, а можливо, й виконання за межами країни клопотань про надання правової допомоги. Окрім того, вимогами ч. 3 ст. 28 КПК України прямо передбачено, що об'єднання кількох кримінальних проваджень в одне ускладнюватиме останнє через кількість підозрюваних, обвинувачуваних та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсяг та специфіку процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо.

Водночас передчасне об'єднання матеріалів кількох кримінальних проваджень може призвести до вільного застосуванню обмежень стосовно особи під час ініціювання чи обрання до неї запобіжних заходів. Адже після об'єднання матеріалів кількох кримінальних проваджень зібрані докази вчинення менш тяжкого кримінального правопорушення можуть бути використані в подальшому як аргумент на користь застосування запобіжного заходу, який передбачений для більш тяжкого, коли докази скоєння останнього є недостатніми або й взагалі відсутні, а підозра в його вчиненні не висувалася та не планувалося її оголошення у найближчій перспективі.

Окрім суто процесуальних порушень, які можуть виникнути через передчасне об'єднання матеріалів досудового розслідування, варто наголосити й на можливих службових зловживаннях посадових осіб, уповноважених вести кримінальний процес. Спонукаючи такі зловживання, або навіть і злочини, можуть окремі словосполучення, які, завдяки використанню у положеннях КПК України, набули значення юридичних термінів. Саме таким терміном є поняття «достатні підстави», яке вжито у ч. 1 ст. 217 КПК України. Його використання законодавцем суттєво підсилює позиції суб'єктивізму під час застосування положень КПК України. Адже визначальним чинником ухвалення певного процесуального рішення пропонується вважати не критерії, закріплені у правових нормах, а розсуд окремої службової особи.

Варто зауважити, що використання суб'єктивного чиннику під час оцінки доказів має давню історію. Так, Верховним судом США ще у 1878 році було визначено у рішенні по справі *Stacey vs. the U.S.* таке: «співробітник поліції має достатні підстави для арешту та обшуку, якщо факти й обставини, які сприймаються ним, є такими, що переконали б розумну й обережну людину в тому, що скоєно злочин» [6, с. 54]. У даному рішенні визначені вимоги щодо змісту як процесу доказування, так і подальшого

використання одержаних доказів саме як «достатніх підстав». Пізніше з'явилися більш розширені формулювання умов прийняття процесуальних рішень з огляду саме на «достатність підстав». Обов'язок щодо їх встановлення було покладено на суддів, але сприйняття фактів і обставин як таких, що мають переконувати «розумну й обережну людину», залишилося їх головним критерієм.

В країнах, які належать до англосаксонської системи права, де надзвичайно розвинуте застосування доктрини суб'єктивізму, існує перевірена часом практика використання суддями раніше винесених судових рішень на обґрунтування знов прийнятого. Таке використання судових прецедентів є додатковою гарантією прав та свобод особи, а також ознакою «розумності й обережності» самого судді, що не можна сказати про кримінальне судочинство України, для якого подібна практика не притаманна. У теорії сучасного кримінального процесу, як і в теорії, що існувала у часи колишнього СРСР, містяться виключно критерії об'єктивності процесуального рішення. Їх основу складають, передусім, фактичні дані, здобуті під час кримінального провадження, які містяться у матеріалах провадження і свідчать про необхідність прийняття певного рішення. Саме фактичні дані, які в подальшому можуть стати доказами, на думку П.А. Лупінської, можуть бути надійним обґрунтуванням процесуального рішення та здатні розкрити ту логіку діяльності з оцінки певних підстав до цього [4, с. 158].

У свою чергу, виключно суб'єктивні судження, які покладено в основу прийняття того чи іншого процесуального рішення, неспроможні повною мірою розкрити логіку його прийняття. Окрім того, подібне судження може приховувати й певну злочинну поведінку слідчого, прокурора або судді. Прикладом цього можуть бути обставини кримінального провадження № 4201500000001216 за фактом вчинення прокурором Полтавської області, начальником УМВС України в Полтавській області та їх підлеглими кримінального правопорушення, передбаченого статтею 163 («Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер») КК України. Дане провадження розслідується слідчими Генеральної прокуратури України, і, за даними слідства, обставини вчинення злочину полягають у тому, що із дозволу прокурора області та ініціативи начальника обласного УМВС України незаконно, під вигаданими особистими даними здійснювалося прослуховування телефонів керівників відділів «К» та ВБ УСБУ в Полтавській області [1; 3]. Вочевидь, в основу прийняття рішення про прослуховування було покладено суб'єктивну оцінку відповідного клопотання без перевірки матеріалів досудового розслідування щодо наявності конкретних фактичних даних.

З високою долею вірогідності можна стверджувати, що такі зловживання можливі й під час прийняття рішення про об'єднання матеріалів досудових розслідувань, «по яких не встановлено підозрюваних, проте є достатні підстави вважати, що кримінальні правопорушення, щодо яких здійснюються ці розслідування, вчинені однією особою (особами)» (ч. 1 ст. 217 КПК України). Через це видається недоцільним об'єднання в одному кримінальному провадженні кількох до моменту повідомлень у кожному з них про підозру, чи складання відповідних повідомлень, але невручення внаслідок не встановлення місцезнаходження осіб, або затримання їх за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Окрім вчинення кримінальних правопорушень, доволі актуальними видаються й інші ризики, які можуть вплинути на ефективність досудового розслідування після безпідставного об'єднання матеріалів кримінальних проваджень. Цьому є таке пояснення.

Ст. 217 КПК України передбачається можливість об'єднання матеріалів досудових розслідувань в одне

провадження за умови наявності підозрюваних, або осіб, щодо яких є підстави вважати їх причетними до вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень). Таким чином, положеннями КПК України опосередковано дозволяється лише у такому разі розконцентрувати увагу на дослідженні конкретного (до статті Особливої частини КК України) предмета доказування, об'єднавши кілька кримінальних проваджень в одне.

Конструкція вимог, викладених у ч. 1 ст. 217 КПК України, дає змогу стверджувати, що для їх дотримання має використовуватися така форма реалізації правових норм, як виконання. Для цієї форми є характерною вказівка: «чинить тільки так», або «все, що не дозволено, – заборонено». З огляду на таку конструкцію правової норми, неприпустимим є об'єднання в одному провадженні матеріалів кількох досудових розслідувань, в яких не встановлено особу, котра вчинила кримінальне правопорушення. У свою чергу, необхідно зазначити, що й у разі встановлення такої особи не можна бути впевненим у тому, що об'єднання кількох кримінальних проваджень підвищить його ефективність, а можливо, й навпаки – таке об'єднання здатне негативно на нього вплинути.

На перший погляд, визначення у кримінальному провадженні особи як підозрюваного може свідчити про те, що дослідження предмета доказування у ньому є майже завершеним. Водночас ще лишаються неперевіреними можливі аргументи підозрюваного щодо його причетності (чи непричетності) до вчинення злочину, а тому таке рішення є суто проміжним. Так, ст. 279 КПК України безпосередньо передбачено можливість зміни повідомлення про підозру у разі виникнення підстав для повідомлення про нову підозру або зміну раніше повідомленої підозри. Беручи це до уваги, слід зазначити, що факт повідомлення особі про підозру не повинен одночасно сприйматися ще й як факт остаточного завершення дослідження предмета доказування у кримінальному провадженні.

Справедливим і правильним є твердження М.Є. Шумила про те, що доказування у кримінальному провадженні закінчується постановою вироку суду. На думку вченого, до того часу, поки доказування не завершено, «знання про існування кримінально-правових відносин буде більше чи менше вірогідним, що не виключає формування нового знання про їх відсутність» [10, с. 135]. Тобто до того часу, поки не буде винесено вирок суду у конкретному кримінальному провадженні, який ще й набуде законної сили,

процес дослідження обставин, які входять до предмета доказування по ньому, не слід вважати остаточним. З огляду на це, до питань прийняття процесуальних рішень у кримінальному провадженні слід ставитися виважено.

Варто наголосити на ще одній проблемі, яка може виникнути внаслідок безпідставного об'єднання матеріалів кримінальних проваджень щодо кримінальних правопорушень, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань. Так, під час об'єднання кількох таких матеріалів відбувається трансформація відповідних підозр, а надалі й обвинувачень, в одне – узагальнене. З огляду на це, можливе постановлення виправдувального вироку у частині окремого обвинувачення дещо згладжується постановленням обвинувального вироку по іншому. Обвинувальний вирок, постановлений у кримінальному провадженні, в якому попередньо були об'єднані матеріали кількох проваджень, набуває такого собі узагальнюючого характеру, спроможного нівелювати відповідні проблемні ситуації. Подібне становище може використовуватися під час досудового розслідування та знаходити свій прояв у відповідній тактиці штучного «накопичення» обвинувачень задля досягнення такої їх кількості чи сукупності, яка б забезпечувала судову перспективу постановлення саме обвинувального узагальненого вироку. Доцільність та законність використання такої тактики є сумнівною, оскільки вона суперечить завданням кримінального провадження, визначеним у ст. 2 КПК України, та розпоршує увагу органів, які ведуть процес від якісного доказування кожного вчиненого учасниками організованих злочинних угруповань кримінального правопорушення.

Висновки. Недоцільним є об'єднання в одному кримінальному провадженні матеріалів кількох досудових розслідувань щодо кримінальних правопорушень, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань, коли під час кожного з таких розслідувань не було оголошено особі (особам) про підозру. Передчасне об'єднання матеріалів кількох досудових розслідувань може негативно вплинути на подальше кримінальне провадження через розширення конкретного предмета доказування. Незаконне та безпідставне об'єднання матеріалів досудового розслідування може використовуватися для вчинення службових зловживань та злочинів з боку осіб, що ведуть кримінальний процес, а також для впровадження сумнівної тактики щодо забезпечення прийняття у майбутньому обвинувального узагальненого вироку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Генпрокуратура розслідує справу відносно Стрелюка та Бега по факту незаконного прослуховування працівників СБУ та УМВС // Програма Плюс. – 26.08.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pplus.in.ua/news/genprokuratura_rozsl_du_spravu_v_dnosno_strelyuka_ta_beha_po_faktu_nezakonnogo_prosluhovuvannya_prats_vnik_v_sbu_ta_umvs_. – Назва з екрану.
2. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР : Справочное издание. – Москва: Юрайт, 1999. – 738 с.
3. Розумовський О. Корупційна триголова гідра в Полтавській області не хоче змін [Електронний ресурс] / О. Розумовський // Национальный антикоррупционный портал. Комитет по противодействию коррупции в органах власти. – 25.08.2015. – Режим доступу : http://antikor.com.ua/articles/59746-korupsijsna_trigolova_gidra_v_poltavskij_oblasti_ne_hoche_zmin_. – Назва з екрану.
4. Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и форма / П.А. Лупинская – Москва: Юридическая литература, 1976. – 168 с.
5. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України : підручник / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. – 2-е вид., перероб. і доп. – Київ: Либідь, 1999. – 536 с.
6. Пешков М.А. Закон и полицейская практика производства ареста и обыска в уголовном процессе США (доктрина «достаточное основание») / М.А. Пешков // Российский следователь. – 1999. – № 4. – С. 52–56.
7. Советский уголовный процесс / под ред. Карева Д.С. – Москва: Государственное издательство юридической литературы, 1956. – 418 с.
8. Уголовный процесс / под редакцией Чельцова М.А. – Москва: Юридическая литература, 1969. – 464 с.
9. Фойницкий И.Я. Курс Уголовного судопроизводства : в 2-х т. / Фойницкий И.Я. – Санкт-Петербург, 1996. – Том II. – 610 с.
10. Шумило М.Є. Реабілітація в кримінальному процесі України : монографія. – Харків: Arsic, 2001. – 320 с.

КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АСПЕКТ ПОНЯТТЯ РЕЦИДИВУ

CRIMINALISTICAL ASPECT OF THE CONCEPT OF RELAPSE

Касько В.М.,
аспірант кафедри криміналістики
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті аналізується поняття рецидиву і рецидивіста у кримінальному праві, кримінології і криміналістиці. Виокремлюються криміналістично значущі ознаки рецидиву, які покладаються за основу для виділення і розробки позавидової методики розслідування злочинів, що вчиняються рецидивістами.

Ключові слова: рецидив, рецидивіст, криміналістично значущі ознаки, методика розслідування.

В статье анализируется понятия рецидива и рецидивиста в уголовном праве, криминологии и криминалистике. Определяются криминалистически значимые признаки рецидива, которые принимаются во внимание для выделения и разработки вневидовой методики расследования преступлений, совершаемых рецидивистами.

Ключевые слова: рецидив, рецидивист, криминалистически значимые признаки, методика расследования.

Determination of the number of offenses committed by repeat offenders, providing such crimes criminalistical characteristics and developing methods of their investigation largely depends on understanding the meaning of a relapse.

In scientific discussions in clarifying the concept of recurrence compete two basic approaches to its definition: criminal law and criminological. Exploring the concept of «relapse» within criminalistics, is to pay attention to the concept of relapse components that affect the mechanism of the crime and are important factors that contribute to certain features in investigating such crimes.

In criminalistics the notion of «relapse» and «repeat offenders» appropriate to include features that indicate a past criminal conviction, regardless of whether it was taken or repaid. The main thing that draws the attention of criminalistics – a professional level offender due to his criminal experience, a fact which the data of the offender and the circumstances of his crime, a place of serving the sentence displayed and recorded on criminalistical accounting systems of IT Department of Internal Affairs of Ukraine and its regional (provincial, municipal) departments. Information about a person can be found in the archives of criminal proceedings. The fact that serving the sentence in prison makes the acquisition by a person of characteristics, including – criminal skills, attitudes, experience, criminal and domestic relations and so on. Establishing of relapse may influence the further course of the investigation in the case of skilled investigators using available information, to contribute to investigating crimes.

Key words: relapse, repeat offender, criminalistical significant signs, methodic of investigation.

Дослідження рецидивної злочинності проводиться в рамках криміналістики, кримінального права, кримінології та інших юридичних наук. Як зазначає А. Ф. Зелінський, визначення поняття рецидиву злочинів відноситься до тих дефініцій, які, ймовірно, приречені залишатися вічно спірними, оскільки дослідники наділяють це поняття ознаками, які відповідають завданням тієї чи іншої науки [1, с. 215]. Неоднозначність поняття рецидиву породжує і відповідну невизначеність терміну «рецидивіст».

Водночас розробці методики розслідування злочинів, що вчиняються рецидивістами, повинно передувати тлумачення терміну «рецидив» у криміналістичному розумінні, що дає змогу визначити коло осіб, яких ми маємо на увазі, говорячи про злочинця-рецидивіста.

Слово «рецидив» походить з латинської мови (recidivus) і в перекладі означає «те, що відновлюється, повторюється». Кримінальний закон визначає поняття рецидиву як вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за раніше вчинений умисний злочин (ст. 34 Кримінального кодексу України). Із кримінально-правового визначення рецидиву злочинів витікає наступне: 1) наявність вчинення особою двох чи більше самостійних одиничних злочинів; 2) в межах рецидиву всі вчинені особою злочини повинні бути умисними, незалежно від стадії цих злочинів, а також, чи була особа злочинця виконавцем або іншим співучасником цих злочинів; 3) злочини, які складають рецидив, повинні бути віддалені один від одного певним проміжком часу; 4) на момент вчинення нового злочину, особа має непогашену чи незняту судимість за попередній злочин [2, с. 284-285].

Кримінологія вивчає стан рецидивної злочинності, її причини, розробляє засоби її запобігання. У кримінології під поняттям рецидиву розуміють повторне вчинення нового злочину особою, яка раніше вчиняла злочин, незалежно від форми вини та наявності у неї судимості [3, с. 58-61; 4, с. 722]. Як зазначає А. Ф. Зелінський, кримінологія займається перш за все проблемами попередження злочинів

і, значить, їх криміногенними факторами, серед яких особі належить центральне місце. А для вивчення особи далеко не малозначним є такий факт її біографії, як вчинення злочину і відповідальність за нього навіть і тоді, коли судимість за це була погашена чи знята судом [5, с. 213]. Тобто, кримінологічне поняття рецидиву включає в себе і випадки, коли попередні судимості з особи зняті або погашені, коли мало місце звільнення особи від кримінальної відповідальності. У злочинах, вчинених з необережності, наявна байдужість до приписів правових норм, нехтування ними, що властиве асоціальному типу особистості [6, с. 520].

Деякими кримінологами висловлюється думка про більш широке розуміння поняття рецидиву. Наприклад, І. М. Даньшин до рецидиву відносить усі випадки вчинення особою нового злочину, не дивлячись на зміст та характер застосування кримінально-правових заходів за попередній злочин, тобто незалежно від наявності судового рішення [7, с. 77]. Головне, щоб факт вчинення минулого злочину був відомий правоохоронним органам і мало місце відповідне реагування [8, с. 744]. Ще більш широке тлумачення поняття рецидиву дає В. Є. Емінов, який вважає, що рецидив утворюється і в тому випадку, коли до особи за попередні злочини кримінально-правові заходи могли й не застосовуватися [4, с. 612]. Проте слід погодитися з В. С. Батиргарєвою, яка зазначає, що виокремлення науковцями фактичного рецидиву, як повторно вчиненого злочину, незалежно від його виявлення і прийняття заходів кримінально-правового примусу, а на цей підставі – виокремлення й окремого виду злочинності, має скоріше штучний характер і не сприяє створенню істинної картини рецидивної злочинності. Річ у тім, що об'єднання в одну групу злочинних діянь, вчинених особами, до яких раніше вже застосовувалося покарання незалежно від наявності у них на момент вчинення нового злочину судимості за попередній злочин, спричиняє перекучування загальної структури злочинності, штучно підвищує рівень нібито рецидивної злочинності. Тому, з метою запобігання підміні по-

нять «рецидивна злочинність» і «повторна злочинність» та перекурення їхніх обсягів автор вважає, що в понятті рецидивної злочинності слід дотримуватися саме офіційного визначення рецидиву злочинів, наведеного у ст. 34 Кримінального кодексу України [3, с. 58-61].

Отже, у наукових дискусіях при з'ясуванні поняття рецидиву конкурують два основних підходи до його визначення: кримінально-правовий, що визначається у ст. 34 Кримінального кодексу України, та кримінологічний, який призводить до більш широкого його тлумачення. Слід зазначити, що поняття «рецидив злочину» у криміналістиці досить часто використовується без його адаптації до цілей і завдань цієї науки, а також практичної діяльності з розкриття і розслідування злочинів. Зазвичай його зміст формується положеннями, механічно перенесеними з кримінології, кримінального права та інших юридичних наук. Аналізуючи кримінологічне тлумачення поняття рецидиву, В. В. Ніколайченко зазначає, що головна особливість суб'єкта рецидивного злочину – наявність судимості. В криміналістичних цілях в їх число повинні включатись і особи, у яких судимість знята або погашена, оскільки мова йде не про кваліфікацію і призначення покарання, а про розслідування, яке не може не враховувати того, що людина раніше вчиняла злочини та відбувала покарання в місцях позбавлення волі. Це певна складова характеристики такої особи. В іншому випадку, за межею криміналістичного дослідження залишилась би значна кількість небезпечних злочинців. Слід погодитися з автором, що криміналістичне розуміння рецидиву злочинів полягає у тому, що воно не тільки охоплює його кримінально-правові аспекти, але і відображає особливий механізм злочинної діяльності. Рецидив розглядається як система злочинів, яка включає в себе і пізнання об'єкта в момент його дослідження, і розуміння того, як він формувався, в якому напрямку розвивався, як змінювався в процесі свого розвитку, що з ним відбувалося в минулому, яким він може стати в майбутньому. Тут окремий злочин – лише ланка (можливо не остання) в ланцюзі, що утворює систему послідовних злочинних актів. Із такого розуміння системної кримінальної діяльності витікає, що в доказуванні останнього злочинного акту завжди присутнє дослідження попередніх. Особливість криміналістичного розуміння рецидиву полягає у тому, що воно відображає більш тривалий відрізок злочинної діяльності винного, ніж це необхідно для його кримінально-правової оцінки [9, с. 234-239].

Дійсно, досліджуючи поняття «рецидив» в рамках криміналістики, варто приділити увагу тим складовим поняття рецидиву, які впливають на механізм вчинення злочину та є важливими факторами, що зумовлюють певні особливості у розслідуванні таких злочинів. У зв'язку з цим, криміналістичний аспект поняття рецидиву не співпадає зі змістом його поняття в кримінальному праві. Адже, кримінально-правове поняття рецидиву не включає в себе випадки, коли особа мала судимість, відбувала покарання, але в подальшому судимість знята або погашена. Кримінологічне ж визначення рецидиву охоплює випадки, коли особа не обов'язково мала судимість за попередній злочин (злочини). У такому випадку зникають такі складові рецидиву як наявність судимості за попередній злочин та відбування пока-

рання особою в минулому. Як наслідок – розмивається і без того не дуже чітка межа між рецидивною та професійною злочинністю. Ці поняття взаємопов'язані, але не завжди співпадають. Професійна злочинна діяльність вимагає відповідних знань і навичок для досягнення поставленої мети, вміння готувати і прогнозувати дії з вчинення кожного злочину, ефективно приховувати сліди злочину і своєї кримінальної діяльності, протидіяти розслідуванню. При цьому злочинець-професіонал може не мати судимості, а тому не вважається рецидивістом. І, навпаки, не всякий повторно засуджений, тобто рецидивіст, є професіоналом. Проте справжнього професіоналізму злочинці, як правило, набувають в місцях позбавлення волі, де обмінюються досвідом і встановлюють контакти в кримінальному середовищі, які використовують в подальшій злочинній діяльності.

В криміналістиці у поняття «рецидиву» і «рецидивіста» доцільно включити ознаки, які вказують на судимість злочинця у минулому, не залежно від того, чи вона знята або погашена. Головне, на що звертає увагу криміналістика, – це професійний рівень злочинця, обумовлений його кримінальним досвідом, факт якої з даними про особу злочинця та обставини вчинення ним злочину, місце відбування покарання відображається і фіксується у системах криміналістичних обліків Департаменту інформаційних технологій МВС України, та його регіональних (обласних, міських) підрозділах. Крім того, відомості про таку особу можна знайти в архівних кримінальних справах. Слід зазначити, що факт відбування покарання у місцях позбавлення волі зумовлює набуття особою характерних рис, в тому числі – злочинних навичок, настановок, досвіду, кримінальних та побутових зв'язків тощо. Тому встановлення рецидиву злочинів може впливати на подальший хід розслідування, а у випадку умілого використання слідчим наявної інформації – сприяти розкриттю злочинів.

Таким чином, для криміналістичного розуміння поняття «рецидив» важливими є наступні його складові:

– вчинені особою злочини є умисними, що свідчить про усталену тенденцію стосовно стійкості і поглиблення кримінальної спрямованості злочинів;

– на момент вчинення нового злочину особа вже має судимість за раніше вчинений умисний злочин, незалежно від того була вона знята чи погашена.

Враховуючи ці дві складові, ми можемо говорити по те, що під «рецидивом» у криміналістиці ми розуміємо повторне вчинення умисного злочину особою, що має попередню судимість за умисний злочин, незалежно від її зняття чи погашення. При такому тлумаченні даного терміну враховується, що вчинені злочини є умисними, а також той факт, що особа відбувала покарання хоча б за один із них (наявність судимості, навіть якщо вона вже знята чи погашена). В той же час, виключаються злочини, вчинені з необережності та вчинення повторних злочинів особою, яка ще жодного разу не відбувала покарання хоча б за один із них.

Виокремлені криміналістично значущі ознаки рецидиву суттєво впливають на зміст криміналістичної характеристики злочинів, що вчиняються рецидивістами, та на особливості розробки позавидової методики розслідування таких злочинів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Зелинский А. Ф. Криминальная психология. Научно-практическое издание / А. Ф. Зелинский. – К. : Юринком Интер, 1999. – С. 215.
2. Кримінальне право України : Загальна частина / За ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – Х. : Право, 2015. – С. 284-285.
3. Батиргареева В. С. Щодо нового підходу до розуміння рецидивної злочинності / В. С. Батиргареева // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 2. – С. 58-61.
4. Кримінологія / Под ред. В. Н. Кудрявцева и В. Е. Эминова. – М. : Юрист, 2004. – С. 722.
5. Зелинский А. Ф. Кримінологія : Курс лекцій для вузів / А. Ф. Зелинский. – Х. : Прапор, 1996. – С. 213.
6. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : У 3 кн. – Кн.2. – К. : Ін Юре, 2007. – С. 520.
7. Даншин И. М. Общетеоретические проблемы криминалогии / И. М. Даншин. – Х. : Прапор, 2005. – С. 77.
8. Кримінологія / Под ред. А. И. Долговой. – М. : Изд-во НОРМА, 2003. – С. 744.
9. Николайченко В. В. Рецидив преступлений : криминалистическая теория и практика / В. В. Николайченко // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2011. – № 2. – С. 234-239.

РОЗДІЛ 9

СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.962.6

МОДЕЛІ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В КРАЇНАХ-ЧЛЕНАХ РАДИ ЄВРОПИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

THE MODELS OF BRINGING JUDGES TO DISCIPLINARY LIABILITY IN THE MEMBER STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE: RATHER-LEGAL ANALYSIS

Казакевич П.В.,
начальник відділу міжнародного співробітництва
Вища кваліфікаційна комісія суддів України,
здобувач кафедри організації судових та правоохоронних органів
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена питанням притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності в країнах-членах Ради Європи. Автор наголошує на тому, що, визначаючи модель дисциплінарної відповідальності судді, важливе значення має з'ясування таких її сутнісних аспектів, як підстава відповідальності, органи, які накладають дисциплінарні стягнення на суддів, процедура дисциплінарного провадження, наслідки притягнення судді до цього виду відповідальності, гарантії забезпечення незалежності судді при притягненні його до відповідальності, зокрема, гарантії невтручання органів дисциплінарної влади у процес відправлення правосуддя.

Ключові слова: дисциплінарна відповідальність, Європейський суд з прав людини, Рада Європи, Європейський Союз, моделі притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності.

Статья посвящена вопросам привлечения судей к дисциплинарной ответственности в странах-членах Совета Европы. Автор отмечает, что, определяя модель дисциплинарной ответственности судьи, важное значение имеет выяснение таких ее существенных аспектов, как основание ответственности, органы, которые накладывают дисциплинарные взыскания на судей, процедура дисциплинарного производства, последствия привлечения судьи к этому виду ответственности, гарантии обеспечения независимости судьи при привлечении его к ответственности, в частности, гарантии невмешательства органов дисциплинарной власти в процесс отправления правосудия.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность, Европейский суд по правам человека, Совет Европы, Европейский Союз, модели привлечения судей к дисциплинарной ответственности.

The article is considering the issues of bringing judges to disciplinary liability in the member states of the Council of Europe.

The author notes that determining the model of disciplinary liability of judges is the important to clarify its essential aspects, such as the cause for liability, the bodies, which impose disciplinary sanctions on judges, the procedure for disciplinary proceedings, the effects of bringing judges to this type of liability, the guarantees of ensuring the independence of judge in bringing the judge to liability, in particular, the guarantee of non-interference of disciplinary bodies in the process of the administration of justice.

The author concludes that these aspects depend on the affiliation of the country to a certain legal family, the perception of the degree of international standards and the scope of its international legal obligations. Functional and informative content model of disciplinary liability judges due to factors such as the historical development of the country, its national traditions and peculiarities of the national legal system. To the author's opinion, a common ground between European countries is the recognition of the principle of judge's independence and the necessity of ensuring the standards of due process of law in bringing the judge to liability.

Key words: disciplinary liability, European Court of Human Rights, Council of Europe, European Union, models of bringing judges to disciplinary liability.

Проблема притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності є надзвичайно актуальною в умовах триваючої судової реформи. Ухвалення 02 лютого 2015 року Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» стало поштовхом до пожвавлення наукової дискусії про підстави й процедуру притягнення суддів до відповідальності, оскільки Законом були внесені серйозні новачки у цій сфері. Питання відповідальності суддів є достатньо розробленими у науковій юридичній літературі [1, 2, 3], однак наразі бракує ґрунтовних порівняльно-правових досліджень, присвячених суддівській дисципліні й засобам її забезпечення. Вітчизняні наукові праці даної тематики зосереджені переважно на аналізі чинного законодавства й практики його застосування. Водночас Україна проголосила про свої євроінтеграційні наміри на найвищому державному рівні, тому вивчення інституту дисциплінарної відповідальності судді у порівняльно-правовому аспекті є досить актуальним і вчасним.

У той же час можна виділити європейські стандарти притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, які містяться у чисельних рекомендаціях й резолюціях єв-

ропейських організацій, а також правових позиціях Європейського суду з прав людини.

У п. 17 Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року, зазначено: «Звинування або скарга щодо судді, які надійшли в ході виконання ним своїх судових і професійних обов'язків, повинні бути невідкладно і безсторонньо розглянуті згідно з відповідною процедурою» [4, с. 13-18]. Європейська хартія про статус суддів 1998 року передбачає: «Кожна особа повинна мати можливість без додержання особливих формальностей оскаржити судову помилку в конкретній справі до незалежного органу. Якщо в результаті повного та ретельного розгляду цей орган виявить безперечне порушення з боку судді... він має повноваження передати справу на розгляд дисциплінарної інстанції або принаймні рекомендувати це органам, що згідно із законом має відповідну компетенцію» [4, с. 96-106].

Практикою Європейського суду з прав людини вироблено важливе правило, пов'язане із захистом суддівської незалежності: «суддя не може нести відповідальність за

зміст прийнятого ним рішення» [5, с. 176]. Це положення, яке у науковій юридичній літературі має назву «судівський індемнітет» [1, с. 115], більш детально викладено у Рекомендації № (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки» від 17 листопада 2010 року: «...тлумачення закону, оцінювання фактів та доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для цивільної або дисциплінарної відповідальності, за винятком випадків злочинного наміру або грубої недбалості (п. 66); судді не повинні нести особисту відповідальність за випадки, коли їхні рішення були скасовані або змінені в процесі апеляційного розгляду (п. 70); дисциплінарне провадження може бути ініційоване, якщо суддя не виконав свої обов'язки ефективно та належним чином. Такі провадження повинен проводити незалежний орган влади або суд із наданням гарантій справедливого судового розгляду і права на оскарження рішення та покарання; дисциплінарні санкції мають бути пропорційними (п. 69)» [6].

Європейський суд з прав людини у своїй практиці послідовно відстоює позицію, згідно з якою органи, що вирішують питання про притягнення суддів до відповідальності, мають відповідати стандартам належного судочинства, втіленим у п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [2, с. 352].

У словнику можна знайти таке визначення категорії «модель» – це взірць якого-небудь виробу, а також взірць для виготовлення чого-небудь; схема чого-небудь [7]. Моделі можуть мати різне змістовне наповнення й призначення, яке є переважно теоретичним й служить завданню пізнання різноманітних форм буття. Для наукового дослідження судових систем має значення поняття функціональної моделі, яка має своїм призначенням вивчення особливостей роботи (функціонування) системи та її взаємозв'язку із внутрішніми та зовнішніми елементами [8].

При проведенні порівняльного дослідження моделі дисциплінарної відповідальності судді важливе значення має з'ясування таких її сутнісних аспектів, як підстава відповідальності, органи, які накладають дисциплінарні стягнення на суддів, процедура дисциплінарного провадження, наслідки притягнення судді до цього виду відповідальності, гарантії забезпечення незалежності судді при притягненні його до відповідальності, зокрема, гарантії невтручання органів дисциплінарної влади у процес відправлення правосуддя.

Можна у цілому погодитися із І. В. Назаровим, який констатує: «...відсутність на європейському рівні єдиної, компромісної моделі судової системи. На рівні міжнародних договорів і загальноєвропейських стандартів визначені лише загальні принципи, яким повинні відповідати судові органи кожної європейської країни й завдання, й цілі, які ставляться перед судами в сучасній демократичній країні» [9, с. 383-384].

Також суттєвий вплив на формування моделі судової системи мають історичний розвиток країни та особливості її національних традицій. Сама модель судової системи прямо впливає на формування специфіки її складових елементів.

Отже, керуючись цими загальнотеоретичними положеннями, спробуємо проаналізувати класифікацію моделей притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності в країнах-членах Ради Європи.

1. Класифікація за критерієм належності судової системи до європейського правового простору.

Рада Європи – це організація, яка об'єднує 47 країн Європи, при чому до її членів належать як країни ЄС, так і країни пострадянського простору. До ЄС входить 28 держав, які мають досить високий ступінь правової та політичної інтеграції, оскільки всі вони підпорядковуються правовому простору ЄС, який має як власне наднаціональ-

не правове регулювання, так і власні органи управління, у тому числі судові органи. Якщо судові системи країн-членів Ради Європи не можна об'єднати за єдиними критеріями, то судові системи країн ЄС мають багато спільних рис, оскільки вони мають відповідати стандартам, які виходять від органів управління ЄС. І судові системи країн-членів Ради Європи, і судові системи країн ЄС підпорядковуються стандартам справедливого судового розгляду, які напрацьовує Європейський суд з прав людини на основі тлумачення положень Конвенції із захисту прав людини та основоположних свобод. Утім, слід відзначити, що, незважаючи на спільність європейських стандартів, які вимагають високого рівня захисту людини та її невід'ємних прав, судові системи європейських країн мають багато відмінностей, які обумовлені їх належністю до певної правової системи (романо-германської або англосаксонської).

До основних ознак романо-германської правової сім'ї належить: 1) формування на основі рецепції (запозичення) римського права, яке після розпаду Західної Римської імперії більше семи століть було «мертвим», нечинним правом, та канонічного права; 2) єдине розуміння норми права, котра розглядалася як абстрактне, загальне та неперсоніфіковане правило поведінки, що може неодноразово застосовуватися до невизначеної кількості випадків та осіб; 3) основним джерелом права виступає нормативно-правовий акт, головним з яких в ієрархії, починаючи з XIX ст., є закон. Інші джерела права також визнаються, але мають другорядне значення; 4) за деякими винятками, не визнаються правотворчі повноваження судді та судові прецеденти; 5) визнається поділ права на публічне та приватне, а також на відносно виокремлені галузі (конституційне, цивільне, кримінальне, адміністративне та ін.); 6) усі основні галузі права кодифіковані; 7) загальний поняттєвий фонд та термінологія, тобто подібність правових понять і категорій, які використовуються у кожній національній правовій системі; 8) наявність системи загальних принципів, на яких базується правовий порядок. Деякі з них зафіксовано у законодавстві (наприклад, заборона зловживати правом, порушувати рівноправність чоловіків і жінок); 9) пріоритет матеріального права над процесуальним [10, с. 25-26].

Особливостями англосаксонської правової родини є: 1) значна питома вага судових рішень у структурі джерел права; 2) яскраво виражений казуальний характер права, що проявляється у домінуванні прецедентів над кодифікованими правовими актами серед джерел права; 3) незначна частка рецепції інститутів римського права в історичній ретроспективі; 4) суттєвіша роль процесуального права у порівнянні із матеріальним; 5) високий рівень незалежності судової влади по відношенню до інших гілок влади; 6) обвинувальний характер судового процесу із розвиненим принципом змагальності [11, с. 517-534]; 7) менш абстрактний характер норм, ніж у романо-германському праві; 8) відсутність принципного значення поділу на приватне і публічне право; 9) поширеність інституту присяжних [12, с. 128-132].

Аналіз законодавства європейських країн, яке регламентує підстави і процедури притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, свідчить про відсутність суттєвих відмінностей відповідної моделі залежно від належності країни до певної правової родини. Спільним для європейських країн є те, що будь-який факт зловживань з боку судді розглядається як екстраординарне явище. Прецеденти притягнення суддів до відповідальності є поодинокими й мають серйозний суспільний резонанс негативного змісту.

Для країн англосаксонського права характерною є відсутність деталізації підстав притягнення судді до відповідальності, вони, як правило, формулюються у найбільш загальному вигляді. Також дуже суттєвий акцент робиться на дотриманні суддею правил корпоративної етики, пору-

шення яких є підставою для відповідальності. Для країн романо-германської правової родини притаманна висока ступінь деталізації видів дисциплінарних проступків й процедури дисциплінарного провадження. Дисциплінарна відповідальність суддів регламентується на рівні законів. Кодекси суддівської етики також мають важливе значення для суддів країн цієї групи, однак їх розроблення й затвердження суддівським співтовариством відбувалося під впливом країн англосаксонського права і шляхом відповідної рецепції. Консультативна рада європейських суддів у своєму висновку «Про принципи і правила, що регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, етичні норми, несумісну з посадою поведінку, і безсторонність» від 19 листопада 2002 року зазначила, що є неправильним прирівнювати порушення професійних стандартів до проступку, здатного спричинити застосування дисциплінарних санкцій. Тому для того, щоб відкрити дисциплінарне провадження, проступок має бути не просто порушенням дисциплінарних стандартів, а серйозним і непростим дінням [4, с. 130-147].

Прикладом надзвичайної деталізації диференціації суддівської відповідальності є законодавство Іспанії. Закон визначає вичерпний перелік проступків, за які суддя може бути притягнутий до відповідальності й поділяє порушення в роботі судді на тяжкі, менш значні та незначні. До тяжких проступків судді віднесено: свідоме невиконання обов'язку дотримуватися конституції Іспанії; участь у політичних партіях чи профспілках (бо вона може спричинити сумнів у політичній незалежності); втручання шляхом надання наказів чи тиску будь-ким, зокрема суддею-адміністратором, на іншого суддю; скоєння дій, несумісних зі статусом судді – надання порад, консультацій будь-якій особі, ведення комерційної чи іншої бізнесової діяльності; невиконання обов'язку відсторонення від справи (відводу, самовідводу) в разі наявності особистих інтересів у справі; порушення присяги; винесення немотивованих рішень; недотримання правил конфіденційності, таємниці процесу; відсутність понад 7 днів на роботі без поважних причин. Брак мотивації в рішенні оцінює вищий суд і направляє матеріали такої справи до дисциплінарної комісії. До менш значних порушень судді закон відніс: зловживання повноваженнями; очевидно продемонстровану неповагу до громадян, адвоката, колег-суддів, прокурора та інших представників органів держави; використання зайвих, образливих, екстравагантних виразів у рішеннях (вироках) суду; необгрунтоване відкладення винесення рішення у справі; створення перешкод у роботі ради та надання їй, комісії чи інспекції неправдивих відомостей про справу, які перебувають у провадженні; невинуватне порушення строків розгляду справи чи винесення рішень; відсутність на роботі від 4 до 7 днів без поважних причин. Як незначні порушення кваліфікуються: невихід на роботу до 4 днів; неповага до керівників різних органів у разі, якщо з огляду на обставини вона не є тяжкою образою; неповага до рівних чи підлеглих у судовій ієрархії, якщо такі прояви не містять зневаги чи образи; прояви неповаги до суддів, прокурорів, адвоката чи працівника апарату суду, якщо вони не містять образи, приниження тощо (в іншому разі це – тяжкий проступок).

2. Класифікація за суб'єктом, перед яким суддя несе відповідальність.

Правопорушення, які вчиняють судді як носії владних повноважень, спричиняють шкоду як інтересам окремих пересічних громадян, так і державі і суспільству в цілому. Якщо йдеться про різновиди юридичної, зокрема дисциплінарної відповідальності судді, то суб'єктом, який спрямовує й змістовно наповнює накладення санкцій на порушника, є держава в особі відповідних юрисдикційних органів. Саме держава санкціонує поведінку, яка кваліфікується як неправомірний, й забезпечує невідворотність встановленого покарання. Реалізація санкції правової

норми завжди підкріплюється примусовим апаратом держави. Отже, за загальним правилом, дисциплінарна відповідальність судді – це його відповідальність перед державою. Відповідно до ст. 9 Конституції України єдиним джерелом влади є народ. Тобто, у розумінні принципів демократичної держави суддя фактично несе відповідальність перед народом.

Водночас бурхливий розвиток інститутів громадянського суспільства, який відбувається в усіх країнах Європи протягом останнього століття, все більше привертає увагу до необхідності забезпечення підзвітності судді суспільству. У демократичній державі активність останнього є індикатором розвитку прав і свобод людини, а тому суспільство визнається суб'єктом, який вправі вимагати від носіїв державної влади дотримання ідеалів і стандартів транспарентності й доброчесності. Приміром, у Великобританії відповідальність судді перед громадянським суспільством носить неформальний характер і не передбачає проведення будь-якого розгляду. Разом з тим, можливість обговорення поведінки суддів та працівників судів громадськими організаціями та об'єднаннями, а також у пресі є звичайною практикою. Англійська доктрина розглядає таку форму відповідальності як цілком природну, що витікає із самої природи англійської демократії. Разом з тим, видається, що такий «суд громадськості» не позбавлений відомих вад з точки зору об'єктивності, незацікавленості і можливого тиску на суд.

Формою відповідальності судді перед суспільством можна вважати люстрацію. Це явище набуло особливої поширеності в країнах Європи відразу після повалення тоталітарних режимів на початку 90-х років XX ст. Такі країни, як Грузія й Україна сприйняли люстрацію пізніше – після так званих народних революцій, які були спрямовані на зміну режимів урядування (у Грузії люстрація органів державної влади розпочалася у 2004 році, в Україні – у 2014 році). Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 02 лютого 2015 року запровадив елементи підзвітності судді громадянському суспільству, що проявляється насамперед в розширенні публічності дисциплінарного провадження щодо судді, інститути кваліфікаційного й регулярного оцінювання судді. Так, відповідно до ч. 5 ст. 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в редакції від 02 лютого 2015 року громадські об'єднання мають право організувати незалежне оцінювання роботи судді у відкритих судових засіданнях. Результати такого оцінювання фіксуються у спеціальній анкеті, яка долучається до суддівського досяг.

3. Класифікація за органом державної влади, який здійснює притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності.

Аналіз законодавства країн, які є членами Ради Європи, дозволяє виділити декілька типових суб'єктів, які уповноважені накладати дисциплінарні стягнення на суддів. Класичною (і найбільш поширеною) є концепція відповідальності судді перед колегами, тобто перед спеціальними органами суддівського співтовариства. Така модель має декілька модифікацій. Найбільш типовою для країн Європи є притягнення суддів до відповідальності Вищою радою магістратури, яка складається із більшості суддів. До складу такої ради також входять представники інших органів влади й громадськості. Приміром, у Молдові повноваження щодо притягнення судді до дисциплінарної відповідальності належать Вищій раді магістратури Молдови, у складі якої функціонує Дисциплінарна колегія. Ця колегія складається із 10 членів, з яких 5 є суддями (2 судді Вищої судової палати, 1 суддя Апеляційної палати, 1 суддя першої судової інстанції), 5 членів є представниками громадянського суспільства. До компетенції Дисциплінарної колегії належить: а) розгляд питання про дисциплінарну відповідальність суддів; б) вирішення питання про дострокове зняття дисциплінарних стягнень. За Кон-

ституцією Італії Вища рада магістратури складається із Президента, голови Касаційного суду й Генерального прокурора Республіки, 20 суддів, які обираються судовими органами, й десяти членів, які обираються парламентом на спільному засіданні з числа професорів університетів та адвокатів, які мають 15-річний досвід роботи. До компетенції Ради належить призначення, добір, переведення й підвищення суддів на посади, а також застосування дисциплінарних заходів щодо суддів відповідно до правил організації судової системи (статті 104 і 105) [13, с. 225]. У деяких країнах пострадянського простору функцію притягнення суддів до відповідальності виконують кваліфікаційні комісії суддів, які формуються зі складу суддів. У РФ відповідно до Федерального Закону «Про органи суддівського співтовариства» функціонують кваліфікаційні колегії суддів суб'єктів РФ й Вища кваліфікаційна колегія суддів РФ, які наділені широким спектром кадрово-дисциплінарних повноважень. Так, відповідні колегії накладають дисциплінарні стягнення на суддів й вирішують усі питання, пов'язані з припиненням або призупиненням повноважень суддів [14].

У низці країн Європи (ФРН, Естонська Республіка, Республіка Польща, Литва, Латвія) єдиним органом, уповноваженим накладати санкції на суддів, є спеціалізований суд. Так, відповідно до Закону Польщі «Про організацію загальних судів» для розгляду дисциплінарних справ щодо суддів створюються такі дисциплінарні суди: у нижчій інстанції – апеляційні суди; у вищій інстанції – Верховний Суд. Склад дисциплінарного суду визначається шляхом жеребкування з числа суддів даного суду, за умови, що принаймні один із суддів дисциплінарного суду постійно виносить рішення у кримінальних справах. Окрім накладення дисциплінарних стягнень на суддів, дисциплінарні суди Польщі вирішують питання про надання дозволу на затримання судді чи притягнення його до кримінальної відповідальності (статті 80, 110, 111 вищевказаного Закону). Для розгляду дисциплінарних питань щодо суддів у

структурі Верховного Суду створено Дисциплінарну палату, яка складається з 5 суддів Верховного Суду, 5 суддів окружних судів і 5 суддів судів першої інстанції. Дисциплінарна палата Верховного Суду розглядає дисциплінарні проступки суддів та накладає дисциплінарні стягнення на суддів (Закон Естонської Республіки «Судовий акт» від 29 липня 2002 року).

Українську модель органів, які наділені дисциплінарними повноваженнями щодо суддів, можна класифікувати як змішану, оскільки за чинним законодавством функціонує Вища рада юстиції й Вища кваліфікаційна комісія суддів, які є органами судової системи, відповідальними за формування суддівського корпусу. Порядок формування відповідних органів має багато спільного, більшість їх складу – це судді або судді у відставці. Дещо різняться лише повноваження цих органів.

Підсумовуючи викладене, можна зазначити наступне. При визначенні моделі дисциплінарної відповідальності судді важливе значення має з'ясування таких її сутнісних аспектів, як підстава відповідальності, органи, які накладають дисциплінарні стягнення на суддів, процедура дисциплінарного провадження, наслідки притягнення судді до цього виду відповідальності, гарантії забезпечення незалежності судді при притягненні його до відповідальності, зокрема, гарантії невторчання органів дисциплінарної влади у процес відправлення правосуддя. Ці аспекти різняться залежно від належності країни до певної правової родини, сприйняття міжнародних стандартів й обсягу взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань. Функціональне та змістовне наповнення моделі дисциплінарної відповідальності судді обумовлене такими чинниками, як історичний розвиток країни, її національні традиції та особливості національної правової системи. Спільним для європейських країн є визнання принципу незалежності судді й необхідності забезпечення стандартів належної правової процедури при притягненні його до відповідальності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Подкопаєв С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів : сутність, механізм реалізації : монографія / С.В. Подкопаєв. – Х. : ВД «Інжек», 2003. – 192 с.
2. Виноградова Л.Є. Юридична відповідальність суддів загальних судів України : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.10 «судоустрій ; прокуратура та адвокатура» / Л.Є. Виноградова. – О., 2004. – 19 с.
3. Овчаренко О.М. Юридична відповідальність судді : теоретико-прикладне дослідження : монографія / О.М. Овчаренко. – Х. : Право, 2014. – 576 с.
4. Міжнародні стандарти незалежності суддів : зб. док. / уклад. А.Г. Алексєєв. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – 184 с.
5. Моршаківа Т. Г. Судебное правоприменение в России : о должном и реальном : Монография / Т. Г. Моршаківа. – М. : Р. Валент, 2010. – 312 с.
6. Щодо суддів : незалежність, ефективність та обов'язки : Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R (94)12 від 17 листопада 2010 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_a38.
7. Словник української мови : акад. тлумач. словник : [в 11 т. Т. 7] / [А.А. Бурячок, В. М. Білоноженко, А.П. Білоштан та ін.]. – К. : Наук. думка, 1972. – 734 с.
8. Модель // Вікіпедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9C%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D1%8C#.D0.A4.D1.83.D0.BD.D0.BA.D1.86.D0.B8.D0.BE.D0.BD.D0.B0.D0.BB.D1.8C.D0.BD.D0.B0.D1.8F_.D0.BC.D0.BE.D0.B4.D0.B5.D0.BB.D1.8C
9. Назаров І. В. Судові системи країн Європейського Союзу та України : генезис та порівняння : Монографія / І. В. Назаров. – Х. : Вид-во «ФІНН», 2001. – 432 с.
10. Зайчук О. В. Теорія держави і права. Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
11. Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие / М. Н. Марченко. – М. : Вебли, Изд-во Проспект, 2005. – 760 с.
12. Порівняльне правознавство : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов, І. О. Биля-Сабадаш та ін. ; за заг. ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – 272 с.
13. Италия. Конституция и законодательные акты : сб. нормат. актов / пер. : Т. А. Васильева (вступ. ст.) ; сост. и вступ. ст. Н. Ю. Попов. – М. : Прогресс, 1988. – 392 с.
14. Об органах судейского сообщества в Российской Федерации : Федеральный закон от 14 марта 2002 года № 30-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_35868/.

РОЗДІЛ 10 МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 341+124.1: 316.774

РОЗВИТОК МІЖНАРОДНИХ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ПЕРІОД 1945–1970 РОКІВ: РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ПІДХОДІВ І ПРАКТИКИ

EVOLUTION OF INTERNATIONAL LEGAL INFORMATION RELATIONS DURING 1945–1970 YEARS: A RETROSPECTIVE ANALYSIS OF CONCEPTUAL APPROACHES AND PRACTICES

Забара І.М.,

к.ю.н., доцент, доцент кафедри міжнародного права

Інституту міжнародних відносин

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті досліджуються питання розвитку міжнародних інформаційних правовідносин. Автор розглядає вплив концептуальних підходів на становлення і розвиток міжнародно-правового регулювання і стан впорядкованості міжнародних інформаційних відносин в період 1945–1970 років. У статті аналізуються фактори, що вплинули на формування міжнародних інформаційних правовідносин в цей період.

Ключові слова: інформація, міжнародні інформаційні правовідносини, концепція необмеженої свободи інформації, міжнародно-правове регулювання.

В статье исследуются вопросы развития международных информационных правоотношений. Автор рассматривает влияние концептуальных подходов на становление и развитие международно-правового регулирования и состояние упорядоченности международных информационных отношений в период 1945–1970 годов. В статье анализируются факторы, которые повлияли на формирование международных информационных отношений в этот период.

Ключевые слова: информация, международные информационные правоотношения, концепция неограниченной свободы информации, международно-правовое регулирование.

This article investigates the evolution of international legal information relations. The article examines the impact of conceptual approaches to the formation and development of international legal regulation and ordering status of international legal information relations during the period from 1945 to 1970 years. This article analyzes the factors that have affected to the international legal information relations during the abovementioned period.

The author stresses, that the period from 1945 to 1970 years is the period of formation and development of the basic principles of modern international legal information relations. This period is associated with the concept of «unconfined freedom of information» (another name – the concept of «free flow of information»). In the period from 1945 to 1970 years the concept of unconfined freedom of information was dominant under the conditions of the foundations of contemporary international legal information relations and the evolution of relevant international information legal order. Direct formation and evolution of the concept of unconfined freedom of information began in 1945. UN has identified a number of fundamental conceptual provisions on freedom of information. International legal information relations covered a wide range of legal relations during the period of their evolution.

As a result of the research, the author comes to a conclusion, that during this period the following provisions have been identified: principles on international legal regime of information; regulation of certain types of information was started; the mechanism of refutation of false and distorted information in contemporary international relations was formed; the conditions of use of information in international relations was defined, as well as the provisions related to providing technical specification of information transmission. The author examines the basic areas of scientific researches, and also emphasizes the role of international bodies and organizations and theirs contribution to the theoretical background of international legal information relations. The author notes that international legal information relations during the period from 1945 to 1970 years have played the role of the basic foundation for the development of the broad range of appropriate legal relations for the following periods.

Key words: information, international legal information relations, concept of unconfined freedom of information, international legal regulation.

Дослідження проблем розвитку, періодизації, складу міжнародних інформаційних правовідносин є складною і важливою задачею для сучасної науки міжнародного права. Виступаючи складовими загальних міжнародних правовідносин, міжнародні інформаційні правовідносини тривалий час привертають увагу [1, с 94-102]. Значною мірою така увага до них обумовлена і намаганням світового співтовариства врегулювати усю їх сукупність – від правовідносин, пов'язаних із змістом інформації – до правовідносин, пов'язаних із розвитком глобального інформаційного суспільства.

Формування такого кола відбулось не водночас. «Особливістю цього процесу є те, що в основу формування кожного з періодів (1945–1970, 1970–1990, 1990 – до сьогодні) була покладена нова концепція розвитку міжнародних інформаційних відносин. Кожна з цих концепцій має

свої соціально-економічні і спеціальні юридичні передумови» [2, с. 39]. Для розуміння особливостей сучасних міжнародних інформаційних правовідносин необхідно, на нашу думку, досліджувати їх саме у початковий період становлення, а саме – у період 1945–1970 років.

Аналіз останніх досліджень та публікацій свідчить про те, що увага представників доктрини міжнародного права до проблематики міжнародних інформаційних правовідносин почала зосереджуватись, починаючи з середини 70-х років ХХ ст. Їх сучасне розуміння стало результатом досліджень, що ґрунтуються як на досягненнях загальної теорії міжнародного права, так і низки галузей міжнародного права. Загальнотеоретичну основу склали роботи М. Баркуна, С. Бастида, Ф. Бойла, В. Буткевича, В. Василенка, М. Виралли, І. Дора, В. Євінтова, О. Єрмішиної, М. Ентіна, А. Карти, Ю. Колосова, В. Копліна,

М. Лазарєва, І. Лукашука, С. Мерфі, А. Мовчана, Х. Мослера, Н. Онафа, М. Рейсмана, В. Соколова, Д. Шелтона, В. Шуршалова та інших. Спектр і глибина розглянутих зазначеними авторами теоретичних аспектів міжнародних правовідносин є доволі різними.

Сьогодні одним із важливих і актуальних постає питання дослідження розвитку міжнародних інформаційних правовідносин в один із ключових періодів – період їх становлення, результати якого значною мірою дають розуміння багатьом сучасним правовідносинам, сформованим на їх основі.

Метою статті є дослідження розвитку міжнародних інформаційних правовідносин в період 1945–1970 років.

Період 1945–1970 років, період становлення і розвитку базових засад сучасних міжнародних інформаційних правовідносин, пов'язаний із формуванням і запровадженням у міждержавні відносини концепції «необмеженої свободи інформації». Варто зауважити, що в міру того, як розвивались міждержавні відносини, вона отримала і другу, не менш відому і поширену назву – концепція «вільного потоку інформації». Подвійність назви не вплинула на зміст самої Концепції.

Передумовою для такого нового концептуального бачення розвитку міжнародних інформаційних відносин стали масштабні зміни, викликані завершенням другої світової війни, появою нових умов розвитку світового співтовариства і формуванням відповідних договірних та інституційних механізмів. До цього варто додати і стан попереднього рівня розвитку міжнародних інформаційних правовідносин, що характеризувався відсутністю єдиної концепції, незначною кількістю універсальних і регіональних міжнародних угод, поширенням міжнародно-правового регулювання тільки на окремі інформаційні відносини, поширенням міжнародно-правового регулювання тільки на радіомовлення і радіотелеграфію.

Безпосереднє становлення і розвиток положень концепції «необмеженої свободи інформації» в міжнародних відносинах почалися з її висування делегацією США на конференції Панамериканського союзу у 1945 році в Мехіко. Ці запропоновані концептуальні положення зводились до запровадження свободи безперешкодного поширення інформації серед держав-учасниць організації і спрямовували подальший регіональний розвиток інформаційних відносин. Зауважимо, що це був логічний і виважений крок, оскільки статутна діяльність попередника Панамериканського союзу – заснованого у 1889 році Міжнародного союзу американських республік для обміну економічною інформацією – мала метою і була пов'язана зі збиранням, використанням і поширенням відповідної інформації серед держав-учасниць організації.

Позитивно сприйнята в рамках регіональної міжнародної організації, концепція отримала подальшу підтримку і в рамках Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН). Одним із перших кроків в її підтримку стала прийнята 14 грудня 1946 року на І сесії ГА ООН Резолюція 59 (I) «Скликання міжнародної конференції з питання свободи інформації». Спрямована на розробку єдиних і погоджених для світового співтовариства міжнародно-правових засад, саме вона визначила низку принципових концептуальних положень щодо свободи інформації, зазначивши наступне:

- свобода інформації є основним правом людини і представляє собою критерій усіх видів свободи, захисту яких Об'єднані Нації себе присвятили;
- свобода інформації визначається як право всюди і безперешкодно збирати, передавати і опубліковувати інформаційні відомості;
- свобода інформації є основною передумовою для будь-якої серйозної спроби сприяти досягненню миру і світовому прогресу;
- основним принципом свободи інформації є моральний обов'язок приймати до виявлення об'єктивних фактів і до поширення інформації без злісних намірів;

– визнаючи вплив міжнародної інформації на міжнародні відносини, зазначалось, що взаєморозуміння і співробітництво між народами неможливо за відсутності пильної і здорової світової суспільної думки, яка, у свою чергу, цілком залежить від свободи інформації [3].

З прийняттям цих положень були визначені вихідні позиції і ключові напрями розвитку міжнародних інформаційних правовідносин в цей період.

Проте, варто відмітити, що на етапі реалізації намітились і розбіжності, зокрема у підходах до розуміння і тлумачення положень щодо використання інформації у відносинах між державами.

Прихильники концепції, інтерпретуючи «свободу інформації», закріплену в (наведеній та наступних) резолюціях ГА ООН, наполягали на її розумінні виключно з позицій концепції «необмеженої свободи інформації» – без будь-яких міжнародно-правових обмежень. Такий підхід припускає право будь-якої держави або приватної особи передавати і отримувати будь-яку інформацію, а також поширювати будь-які ідеї без обмежень.

Разом з тим, була висловлена й інша позиція про те, що в «міжнародних відносинах не може існувати нічим не обмежена свобода інформації, оскільки її безконтрольне поширення одними державами може заподіяти шкоду, як окремим державам, так і усьому світовому співтовариству в цілому. Тому інформація, що поширюється за межі кордонів держави, не повинна суперечити світовому правопорядку і держави повинні нести відповідальність за дотримання в міжнародній інформаційній діяльності найважливіших принципів міжнародного права» [4, с. 27-28].

В подальшому ці протилежні позиції власне і зумовили різні підходи до розуміння і трактування «свободи інформації» і вплинули на становлення та розвиток міжнародних інформаційних правовідносин в цей період.

Подальша реалізація положень концепції не відбулася без ускладнень: були свої «спади і піднесення». Досягнуті шляхом компромісу, залишились не в повній мірі реалізовані результати роботи Конференції ООН з питання свободи інформації 1948 року, а вони склали три проекти міжнародних конвенцій (Конвенція про свободу інформації (проект Великої Британії), Конвенція про збір та міжнародну передачу новин (проект США), Конвенція про міжнародне право спростування (проект Франції), а також 43 резолюції. Через ідеологічні розбіжності не отримали належної підтримки запропоновані в рамках ООН й інші проекти, спрямовані на розвиток концепції: проект Міжнародного кодексу професійної етики у справі використання засобів інформації 1950 року, новий проект Конвенції про свободу інформації 1951 року, проект Декларації про свободу інформації 1960 року.

Разом з тим, не можна не відзначити того факту, що Концепція не вичерпала себе до кінця періоду – початку 70-х років XX ст. Важливо підкреслити, що у період 1945–1970 років, вона була домінуючою в умовах становлення основ тогочасних міжнародних інформаційних правовідносин і формування відповідного міжнародного інформаційного правопорядку.

В подальшому, сформульовані на її основі та в її рамках положення щодо «свободи шукати, отримувати і поширювати інформацію» знайшли відображення у низці універсальних і регіональних міжнародно-правових актів, окремі з яких приймались світовим співтовариством навіть на початку XXI ст. Зокрема, вони закріплені у ст. 19 Всесвітньої декларації прав людини 1948 року, ст. 19 Міжнародного Пакту про громадянські і політичні права 1966 року, ст. 13 Конвенції ООН про права дитини 1989 року, ст. 13 Міжнародної конвенції про захист прав всіх трудящих-мігрантів та членів їхніх сімей 1990 року, ст. 21 Конвенції ООН про права інвалідів 2006 року, а також низці регіональних конвенцій – ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року, ст. 13 Американської

конвенції про права людини 1969 року, ст. 9 Африканської хартії прав людини і народів 1981 року, ст. 32 Арабської хартії прав людини 2004 року.

Отримавши базові напрями, міжнародні інформаційні правовідносини протягом періоду 1945–1970 років почали динамічно розвиватись і набувати нових рис: формувались ключові положення, уточнювались і конкретизувались окремі юридичні конструкції. Характеризуючи їх, варто зазначити наступне.

1. У цей період були визначені основні засади розвитку міжнародно-правового режиму інформації, зокрема його основних форм – режиму доступу до інформації та режиму поширення інформації у міжнародних відносинах.

Початок було покладено регулюванням режиму доступу до інформації у відносинах між суб'єктами міжнародного права (зокрема, запровадження і використання режиму інформації з відкритим доступом та режиму інформації з обмеженням доступом (конфіденційної інформації; таємної інформації).

Зауважимо, що договірній практиці держав давно були відомі випадки встановлення режиму доступу до інформації у відношенні третіх держав. Із зростанням кількості міжнародних організацій, режим доступу до інформації було поширено на відносини між державами і міжнародними організаціями, а також на відносини між самими міжнародними організаціями. Широку практику в цьому питанні продемонструвала ООН у відносинах зі спеціалізованими установами.

Водночас не залишилися поза увагою і отримали подальший розвиток питання, пов'язані із режимом поширення інформації у міжнародних відносинах. У цьому контексті принциповими для держав виявились питання міжнародно-правового регулювання змісту інформації, поширюваної у міждержавних відносинах. Зокрема, саме в цей період потребували конкретизації питання щодо заборони поширення інформації.

Враховуючи вимоги світового співтовариства, під заборону потрапила пропаганда війни (підстави – ст. 19 Всесвітньої декларації прав людини 1948 року та ст. 20 Міжнародного Пакту про громадянські і політичні права 1966 року). В якості караного діяння було визначено пряме і публічне підбурювання до скоєння геноциду (ст. 3 Конвенції про попередження злочину геноциду та покарання за нього 1948 року). Було також визнано злочином, що належить покаранню, будь-яке поширення ідей, заснованих на расовій зверхності або ненависті, будь-яке підбурення до расової дискримінації (п. а ст. 4) і, у зв'язку з цим, будь-яка пропагандистська діяльність (п. б ст. 4 Конвенції про ліквідацію усіх форм расової дискримінації 1966 року).

Були враховані і раніше запропоновані та прийняті, у попередні 1910–1936 роки, положення про обмеження інформації певного змісту. Зокрема, це стосувались заборони поширення натуралістичного і непристойного зображення статевого життя в пресі та літературі, у живописі, кіно, фотографії тощо. Забороні також підлягали заклики до повалення державного ладу в інших державах, здійснених з використанням радіо. Продовження визначених міжнародним правом дії цих заборон відбулось шляхом офіційної передачі функцій і повноважень за міжнародними угодами в сфері інформації, що виконувались Лігою Націй, до ООН. Самі положення були відповідно визначені у Міжнародній конвенції про припинення поширення порнографічних видань і торгівлі ними 1923 року та Міжнародній конвенції про використання радіомовлення в інтересах миру 1936 року (варто підкреслити, що умовою участі держав у зазначеній Конвенції 1923 року (Женева) була вимога про приєднання до Угоди про припинення обігу порнографічних видань 1910 року (Париж)).

Зауважимо, що увага міжнародного співтовариства до питання заборони поширення інформації певного змісту у міждержавних відносинах залишалась в усі наступні пері-

оди розвитку міжнародних інформаційних правовідносин і не втратила актуальності до нашого часу.

У той же час, крім заборони на поширення інформації, світове співтовариство визначило умови для заохочення поширення інформації у міжнародних відносинах. Позитивно були сприйняті положення Міжнародної конвенції про використання радіомовлення в інтересах миру 1936 року щодо взаємного поширення радіомовних матеріалів, спрямованих на ознайомлення з цивілізацією і життям держав, відносин з іншими народами та їх внеском у справу миру. До цього варто додати, що в цей період була прийнята Декларація ООН про поширення серед молоді ідеалів миру, взаємної поваги і взаєморозуміння між народами 1965 року.

Разом з тим зазначимо, що позиція світового співтовариства у період 1945–1970 років щодо заборон, а також заохочення поширення інформації певного змісту у міжнародних відносинах, була доповнена і розширена у наступні періоди розвитку міжнародних інформаційних правовідносин. Це вплинуло на подальше формування міжнародно-правового режиму інформації.

2. У період 1945–1970 років були закладені основи міжнародно-правового регулювання відносин щодо окремих видів інформації.

Однією з перших спроб світового співтовариства в цей час стало намагання сприяти вільному руху ідей мовним і мистецьким чином за допомогою поширення наглядних і звукових інформаційних матеріалів освітнього, наукового, культурного і правового спрямування. З цією метою під егідою ЮНЕСКО було укладено Угоду про сприяння поширенню у міжнародному плані наглядно-звукових матеріалів освітнього, наукового і культурного характеру («Бейрутська угода») 1948 року, Угоду про ввезення матеріалів освітнього, наукового і культурного характеру («Флорентійська угода») 1950 року, Конвенцію про міжнародний обмін виданнями 1958 року, Конвенцію про обмін офіційними виданнями та урядовими документами між державами 1958 року.

3. Досить вагомим кроком у розвитку міжнародних інформаційних правовідносин стало прийняття Конвенції про міжнародне право спростування 1952 року. Саме вона визначила правові положення, пов'язані із формуванням і функціонуванням міжнародних механізмів спростування недостовірної та перекрученої інформації, поширюваної у міждержавних відносинах.

4. Протягом періоду 1945–1970 років були закладені основи міжнародно-правового регулювання відносин щодо функціонального використання інформації у міжнародних відносинах.

У першу чергу це торкнулось питань міжнародно-правового регулювання поширення інформації, що відбувалось шляхом радіо і телевізійної трансляції.

Розвиток правовідносин щодо поширення інформації в цей період відбувався не тільки шляхом утворення міжнародного договірного механізму. Особливістю розвитку цих відносин було те, що юридичні, технічні, економічні і програмні умови цього міжнародного співробітництва визначались переважно шляхом міжнародного інституційного механізму – у рамках всесвітніх і регіональних організацій.

Міжнародна організація радіомовлення («OIR», Брюссель), реорганізована у 1946 році з Міжнародного радіомовного союзу (Женева, 1925 рік), стала в цей період однією з перших таких організацій. У 1950 році, після виходу частини держав з цієї організації, ними було утворено Європейський радіомовний союз («EBU», Женева). Решта держав, що залишились в організації, у 1959 році реорганізувала її у Міжнародну організацію радіомовлення і телебачення («OIRT», Прага).

Метою діяльності зазначених організацій було визначено розвиток співробітництва між радіомовними і теле-

візійними службами держав-учасниць, а також з іншими міжнародними організаціями. З часом виник новий напрям співробітництва – міжнародний обмін телевізійними програмами.

Для координації міжнародного обміну телевізійними програмами між державами-учасниками за сприяння Європейського радіомовного союзу у 1954 році була заснована Міжнародна організація телебачення «Євробачення» (Брюссель). Телевізійні трансляції між державами-учасниками містили учбово-освітні, спортивні і розважальні програми. Координація обміну програмами «Євробачення» здійснювалась Адміністративним бюро Європейського радіомовного союзу (Женева), координація технічної підтримки – Центральним технічним управлінням Адміністративного бюро Європейського радіомовного союзу (Брюссель).

У свою чергу, в рамках Міжнародної організації радіомовлення і телебачення у 1960 році була утворена Міжнародна організація телебачення «Інтербачення» (Прага). Її діяльність так само спрямовувалась на міжнародний обмін телевізійними програмами між державами-учасниками, серед яких переважали репортажі, музичні, дитячі і розважальні програми.

За угодою з 1961 року розпочався міжнародний обмін телевізійними програмами між Міжнародною організацією телебачення «Євробачення» та Міжнародною організацією телебачення «Інтербачення».

До міжнародного обміну телевізійними програмами долучилась і Міжнародна організація «Світобачення» («Mondovision») держав американського континенту, уклавши угоду з «Євробаченням».

З часом на розвиток міжнародних інформаційних правовідносин значним чином вплинула поява космічної техніки і нових засобів передачі інформації.

З появою у 1962 році космічного телебачення важливою задачею серед інших постало налагодження міжнародного співробітництва у сфері поширення інформації за допомогою телевізійної трансляції через штучні супутники Землі.

Враховуючи можливості космічної техніки, а також нових засобів передачі і приймання інформації, досить швидко стало актуальним питання поширення інформації з космічних супутників безпосередньо на телевізійні приймачі. У зв'язку з цим, тема таких телевізійних трансляцій набула ідеологічного і політичного забарвлення. Ситуація потребувала правового вирішення. Були висловлені різні позиції держав, які в контексті концепції «необмеженої свободи інформації» єдиного підходу не мали.

Намагання вирішити це питання кількома шляхами – або в комплексі, спираючись на запропоновану концепцію «інтернаціоналізації» космічної діяльності, або шляхом поділу інформаційної і комунікаційної складових, з наступним визначенням їх міжнародно-правового регулювання, у цей період теж не знайшло загальної підтримки.

Звідси виникла низка міжнародно-правових проблем, пов'язаних із безпосереднім телевізійним мовленням. Актуальними на той час зокрема постали питання обмеження змісту інформації (змісту програм), ненавмисного мовлення на території інших держав (питання т. з. «переливу сигналу»), навмисних технічних завад іноземній трансляції, а також питання доцільності попереднього цензурування телевізійних програм.

До кінця цього періоду більшість з них не були врегульовані міжнародним правом і були предметом наукових досліджень і міжнародних переговорів у наступні періоди.

5. У період 1945–1970 років продовжували формуватись засади міжнародно-правового регулювання відносин із забезпечення технічних умов передачі інформації. Актуальними для цього періоду стали не тільки «традиційні» питання міжнародно-правового регулювання розподілу і використання спектру радіочастот між державами, але і

нові питання – космічного зв'язку, супутникового радіо і телевізійного мовлення, боротьби із завадами радіомовленню. Цьому сприяла діяльність Міжнародного Союзу Електрозв'язку (МСЕ), якому було надано статус спеціалізованої установи ООН у 1947 році, а також заснованого ГА ООН у 1959 році Комітету з використання космічного простору у мирних цілях (Комітет з космосу).

Важливими кроками для розвитку міжнародних інформаційних правовідносин стали положення Конвенції МСЕ, що неодноразово доповнювались (редакції 1947 року, 1952 року, 1959 року, 1965 року) і визначали питання міжнародно-правового регулювання розподілу і використання спектру радіочастот між державами. На Адміністративних конференціях МСЕ 1963 року і 1971 року з питань космічного радіозв'язку були визначені смуги частот для роботи різних космічних радіослужб і для служб радіоастрономії, визначено порядок реєстрації частот для цих цілей, прийняті технічні рекомендації з використання космічного простору для радіо і телевізійного мовлення.

Значною мірою для розвитку правовідносин у сфері використання електрозв'язку сприяли положення Угоди про тимчасову домовленість по глобальній комерційній системі супутникового зв'язку та Спеціальної угоди 1964 року, якими було утворено «Інтелсат» (1964 рік), а також положення Угоди про створення міжнародної системи і Організації космічного зв'язку «Інтерсупутник» від 1971 року [5, с. 70], ратифіковану 9 державами. З часом, враховуючи потреби держав у космічному електрозв'язку та супутниковому радіо і телевізійному мовленні, було укладено Угоду щодо міжнародної організації супутникового електрозв'язку «Інтелсат» та Експлуатаційну угоду щодо міжнародної організації супутникового електрозв'язку «Інтелсат» від 1971 року [5, с. 72], ратифіковану 54 державами.

Позитивним для розвитку правовідносин у сфері використання електрозв'язку стало визначення Угодою 1971 року в якості мети створення єдиної глобальної комерційної системи супутникового електрозв'язку, яка забезпечить розподіл послуг електрозв'язку на усі райони світу і буде сприяти всеосяжному миру та взаєморозумінню.

Іншим важливим аспектом стало визначення міжнародно-правових засад функціонування служб суспільного і спеціалізованого електрозв'язку. Для використання кожної з них передбачались окремі умови. При використанні служби суспільного електрозв'язку створювались умови для використання широким колом суб'єктів будь-якого виду електрозв'язку.

При використанні служби спеціалізованого електрозв'язку, наприклад, для потреб установ ООН, передбачалась процедура консультацій і укладення угод. Зокрема, у сфері навігації – ІКАО, ІМКО, у сфері метеорології – ВМО, у сфері «безпосереднього телевізійного мовлення» – МСЕ (технічні аспекти), ЮНЕСКО (змістовні аспекти з питань мовлення щодо освіти, науки і культури).

Визначення міжнародно-правових умов використання електрозв'язку у подальшому вплинуло на становлення і розвиток міжнародно-правового режиму комунікації. Значною мірою цьому сприяла діяльність МСЕ.

6. Варто зауважити, що у період 1945–1970 років почалась наукова розробка тематики, що охопила широке коло різноманітних напрямків, найважливішими серед яких, для розвитку міжнародних інформаційних правовідносин, виступили: (а) обґрунтування розмежування питань міжнародно-правового регулювання змісту інформації та міжнародно-правового регулювання технічних умов забезпечення передачі інформації (розмежування «інформаційного, («змістовного») аспекту та «комунікаційного» («технічного») аспекту; (б) розробка засад правового регулювання використання інформації у міжнародних відносинах (поширення інформації, обмін інформацією тощо); (в) розробка засад міжнародно-правового регулювання за-

безпечення технічних умов передачі інформації (визначення стандартів функціонування супутникового електрозв'язку, розподілу частот і орбіт; забезпечення космічного зв'язку та транскордонного телевізійного мовлення через космічні супутники); (г) обґрунтування і забезпечення міжнародно-правового регулювання утворення і функціонування міжнародних банків даних; (д) визначення питань відповідальності держав в інформаційній сфері (зокрема, відповідальності за транскордонне мовлення, що розглядалось з позицій втручання у внутрішні справи інших держав; відповідальності державних і приватних ЗМІ за поширення недостовірної інформації за кордон; відповідальності за навмисні завади міжнародному електрозв'язку; відповідальності за радіопіратство з території інших держав); (е) визначення доцільності міжнародно-правового регулювання цензурування новин, коментарів і політичних повідомлень у міждержавних відносинах у сфері масової інформації; (є) забезпечення міжнародно-правового регулювання інформатики.

Результатом наукових досліджень зазначених питань стало прийняття низки міжнародних актів рекомендаційного характеру з окремих питань, що спрямували подальший розвиток міжнародних інформаційних правовідносин.

7. Для цього періоду стало характерним утворення в рамках міжнародних організацій окремих органів (комісій, підкомісій, робочих груп) з питань інформації, скликання міжнародних конференцій, а також створення спеціальних міжнародних організацій, що сприяли як теоретичному обґрунтуванню, так і розвитку міжнародних інформаційних правовідносин у період 1945–1970 років.

Так в рамках ООН були утворені:

– Статистична комісія, заснована у відповідності з резолюцією 8 (II) ЕКОСОР від 21 червня 1946 року, метою якої було визначено досягнення єдиної системи збирання, обробки і поширення міжнародної статистичної інформації органами і установами системи ООН [6, с. 91];

– підкомісія зі свободи інформації і преси, створена Комісією з прав людини на своїй першій сесії у 1947 році, згідно з п. 8 резолюції 9 (II) ЕКОСОР від 21 червня 1946

року (повноваження – до 1952 року), на яку було покладено розгляд питань в галузі поширення інформації та друку;

– Робоча група з супутників прямого мовлення, Робоча група з безпосереднього телевізійного мовлення та Юридичний підкомітет Комітету ООН з використання космічного простору у мирних цілях (Комітет з космосу), заснований 12 грудня 1959 року [6, с. 29–31], на які було покладено розробка комплексу питань, у тому числі і правових, з космічного зв'язку та безпосереднього телевізійного мовлення.

Поширенню і утвердженню стандартів у галузі інформації значною мірою сприяла Конференція ООН з питань свободи інформації (Женева, 1948 рік), а також Конференція ООН з мирного дослідження і використання космічного простору (Відень, 1968 рік), яка, серед інших, значну увагу приділила розгляду питань міжнародно-правового регулювання космічного електрозв'язку та безпосереднього телевізійного мовлення.

Для розвитку стратегії та політики в області розвитку інформатики було засновано Міжурядове бюро інформатики (утворено Конвенцією МБІ 1951 року, ратифіковано 40 державами; доповнення до Конвенції – у 1974 році та 1978 році).

Таким чином, підсумовуючи питання розвитку міжнародних інформаційних правовідносин, що склались протягом періоду 1945–1970 років, варто зазначити:

– розвиток міжнародних інформаційних правовідносин у період 1945–1970 років відбувався під впливом концепції необмеженої свободи інформації, що виступила домінуючою у цій сфері міждержавних відносин;

– в процесі розвитку міжнародні інформаційні правовідносини у період 1945–1970 років охопили широке коло правовідносин, пов'язаних зі змістом інформації, її використанням у міжнародних відносинах та технічним забезпеченням передачі інформації;

– міжнародні інформаційні правовідносини 1945–1970 років виступили фундаментом для розвитку цілого комплексу відповідних правовідносин у наступні періоди.

ЛІТЕРАТУРА

1. Василенко В. А. Основы теории международного права / В. А. Василенко. – К. : Вища школа : Головное изд-во, 1988. – 288 с.
2. Забара І. М. Сучасний міжнародний інформаційний правопорядок : концептуальні підходи і питання періодизації / І. М. Забара // Інформація і право. – 2015. – № 1 (13). – С. 38–46.
3. Резолюция ГА ООН 59 (I) «Созыв международной конференции по вопросу о свободе информации» от 14 декабря 1946 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [//daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement).
4. Днепровский А. Г. Правовые проблемы нового международного информационного порядка / А. Г. Днепровский. – М. : Наука, 1989. – 142 с.
5. Колосов Ю. М. Массовая информация и международное право / Ю. М. Колосов – М. : Международные отношения, 1974. – 168 с.
6. Международные организации системы ООН : Справочник / Сост. А. А. Титоренко – М. : Международные отношения, 1990. – 192 с.

ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ ОРГАНІВ

REASONS FOR EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL JUDICIAL BODIES

Ivankiv I.B.,
LL.M.

National project officer, OSCE Project Co-ordinator in Ukraine

The article is devoted to analysis of international judicial bodies, focusing on international human rights and international criminal courts. During less than a century the international judicial bodies have obtained influence at international legal systems, and in a sense put in question issue of sovereignty. This article compares emergence of international human rights and criminal courts, which have different reasons, therefore the proliferation of respective courts are described.

The ideological and practical differences between the regional and global international human rights courts are considered, and comparison of advantages and shortcomings of each system is made. The regional human rights courts develop in slightly different directions in Europe, Africa and the Americas. Conclusion is suggested that at current level of development, regional human rights courts are more justified than a global one. The comparison of development ways of international human right courts and criminal courts is made in the article. The latter are a valuable mechanism against the impunity. The International Criminal Court is an important institution from the standpoint of the international law, but perhaps even more important from the political view. The international community has made a huge compromise regarding the states' sovereignty in order to create this Court. The success or failure of its authority will depend mostly on its international legal legitimacy, but also on will of the states. If it fails, then the idea of the regional criminal courts might be worth considering. This article also refers to issues of states' compliance with the international courts decisions, which is a criterion of judicial body's effectiveness.

Key words: international courts, international judicial bodies, human rights, fighting impunity, international development.

Стаття присвячена аналізу діяльності міжнародних судових органів, зокрема міжнародних судів із захисту прав людини і міжнародних кримінальних судів. Протягом останнього століття міжнародні судові органи отримали значний вплив на міжнародні правові системи. Деякі автори вважають, що розвиток міжнародних судів ставить під загрозу концепцію державного суверенітету; з іншого боку, ефективні міжнародні судові органи сприяють уніфікації міжнародного права та кращому захисту прав людини. У цій статті порівнюються причини появи та розвитку міжнародних судів із захисту прав людини та міжнародних кримінальних судів, а також причини, з яких держави визнають їх компетенцію, жертвуючи частиною суверенних прав.

Ключові слова: міжнародні суди, міжнародні судові органи, права людини, боротьба з безкарністю, міжнародний розвиток.

Статья посвящена анализу деятельности международных судебных органов, в частности международных судов по защите прав человека и международных уголовных судов. В течение последнего столетия международные судебные органы получили значительное влияние на международные правовые системы. Некоторые авторы считают, что развитие международных судов ставят под угрозу концепцию государственного суверенитета; с другой стороны, эффективные международные судебные органы способствуют унификации международного права и лучшей защите прав человека. В этой статье сравниваются причины появления и развития международных судов по защите прав человека и международных уголовных судов, а также причины, по которым государства признают их компетенцию, жертвуя частью суверенных прав.

Ключевые слова: международные суды, международные судебные органы, права человека, борьба с безнаказанностью, международное развитие.

During the last decades the world has witnessed a significant increase in the development and use of international law, accompanied by the proliferation of international courts and tribunals and other dispute settlement bodies available to states and, in a growing number of cases, private parties and individuals. Any society does not exist separately from the others; therefore the substantial interdependency is a crucial characteristic feature of the modern world.

The international judicial bodies resolve issues and enforce law and international treaties from human rights violations to multibillion business disputes. According to Eric Posner and John Yoo, the international tribunals "may have been a crucial force behind the integration of Europe into a single economic and political unit" [1, 3]. Cesare Romano called the expansion and development of the international judiciary "the single most important development of the post-Cold War age" [2, 709].

Since the XIX century the international judicial bodies have undergone development from the advisory institutions to the internationally recognized independent bodies with compulsory jurisdiction. In this paper the short description of the historic track of emergence of the international judicial bodies will be described in the first part. In the second part of the paper, the reasons for emergence and development of the interna-

tional judicial bodies are presented. The main research questions were how did the international judicial bodies become successful, and why do states comply with the judgments, even if they de facto do not have to? There is also a small discussion about the influence of the international judicial bodies over the international law.

The emphasis has been made on international human rights courts, which are particularly important for human rights protection in the globalizing world environment, and to international criminal courts and tribunals, which are created to fight impunity in the most serious globally recognized crimes.

In the legal literature there is no exact definition of the terms "international court" and "international tribunal". As C. Romano argues, the "international court" is often used for a permanent organ, while the "international tribunal" refers to ad hoc institutions, but there is at least one exception to this rule, which is the permanent judicial organ established by the 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea, which is called the "International Tribunal for the Law of the Sea" [2, 713]. This scholar suggests using a term "international judicial body"¹, so, for the interest of this research to avoid linguistic disputes, the terminology suggested by C. Romano was used. Hereinafter, the "international judicial body" will include international court and (or) international tribunal.

This article includes the complex research in comparative law (particularly in the international human rights law); there-

¹ "International judicial institutions" and "international judicial organs" are the synonyms.

fore, the combination of research approaches was effective for the work and enabled deeper understanding of the subject. The combination of the doctrinal, and qualitative methods was applied during the research.

Emergence and Development of the International Human Rights Judicial Bodies

The first international quasi-judicial organs date back to the Jay Treaty of 1795 [3], which provided for the establishment of three mixed claims commissions, one relating to U.S.-British border disputes and two to examine the war claims of British subjects and U.S. citizens, respectively. The Jay Treaty gave impetus to a revival of the judicial process of arbitration that had fallen into disuse during the eighteenth century [1, 738-739]. Since that during the two centuries, the international arbitration has changed significantly. Further in this paper arguments will be presented, that the increasing of the international trade and economic growth led to development of the international organizations in general and judicial bodies in particular. The inter-state trade is a subject of a wider research and will not be discussed in this paper.

The development of the international judicial bodies for human rights protection has come through different periods. The first remarkable move in the practical protection was emergence of the anti-slavery courts (African Slave Trade Mixed Tribunals (1819-1866 circa).

The emergence of these courts has been possible after the slave trade was prohibited in 1807 both in the United States and Great Britain [4, A15]. The formal British Slavery Abolition Act was passed in 1833, followed by the new independent Latin American States, to France in 1848 and to the United States in 1863 [5, 123]. International cooperation began from prohibition of the slave trade, which did not mean immediate prohibition of the ownership of slaves. As J. Fernández notes, “the enslavement and slavery-related practices were prohibited in the laws and customs of war” [5, 124], further these practices were prohibited in the law of the sea. This situation allowed establishing tribunals, which dealt with the slave trade on the sea. Later, between 1817 and 1871 bilateral treaties between Britain and several other countries were signed, which led to the establishment of international courts for the suppression of the slave trade [6, 552]. These courts delivered more than 600 decisions, which helped to free about 80,000 slaves [6, 557]. Despite the fact, that there were no substantial provisions on the prohibition of slavery, neither proclamation of right to freedom, the anti-slavery courts can be considered as the first international quasi human rights tribunals.

Although it is important to note, that slave ownership was still allowed in many states, the different legal status of the slave trade and slavery is still evident in article 2 of the 1926 Slavery Convention [7]. Jenny Martinez argues that Britain’s abolitionists used the international law to reach the goal of general abolition of the slave trade, and their interests were not only economic ones, but mostly based on humanitarian values [6, 553]. The economic analysis of the XIX century Britain shows that slave trade and slave colonies were profitable for the country, but under the pressure of abolitionists inside the state, Great Britain has become an international advocate for prohibition of slave trade at first and slavery generally. It is fair to agree with the statement made by J. Martinez, “the nineteenth-century slavery abolition movement was the first successful international human rights campaign, and international treaties and courts were its central features” [6, 553]. Britain was an important power on the international landscape of those days, so its political will to make the movement successful is also important. The further development of human rights in general and international courts was often – if not always – supported by the powerful states. Arguments for this point of view will be provided later in this paper.

After the anti-slavery courts, development of international judiciary bodies for human rights protection was on pause till the 1948, when the Universal Declaration of Human Rights

was proclaimed. This particular event marked a crucial change in the international law, because human rights were for the first time in history recognized as universal value. Although, the international human rights court was never created and the Declaration is not a binding document, it opened a way to creation of the regional systems of human rights protection.

Now there are three regional courts for human rights protection, which operate on the permanent basis. In Europe the European Court of Human Rights (ECtHR) was created in 1959 within the Council of Europe (now there are 47 member-states, all of which have recognized the jurisdiction of the Court). In the Americas, the regional human rights arrangements exist within the intergovernmental organisation known as the Organisation of American States. The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) was created in 1979, and to this date includes 25 states [8]. The African regional human rights system is the most recent and has been established within the African Union. The African Court of Human and Peoples’ Rights (ACtHPR) was established in 1998 and started functioning in 2004 [9], now only 27 African states have recognized the ACtHPR jurisdiction [10].

The crucial feature of the international human rights courts is that a citizen can apply the claim against its own state. Therefore the states before ratifying the respective treaty and recognizing the jurisdiction of the court have to be ready to give up part of their sovereignty. Perhaps for this reason, there is no global judicial body for human rights protection. The United Nations (UN) bodies like the Human Rights Committee only monitors the implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights by its State parties, the same as the UN Human Rights Council. The latter body has a complaint mechanism, but it is not a judicial body and the resolutions it issues have no binding force.

The question of whether the international community is moving towards the global human rights court is a difficult one. The first step for such a court would be universal agreement on the substantial provisions, i.e. the binding treaty with human rights catalogue, recognized by all states. If such court would come to existence, it will definitely improve the situation with human rights protection around the world, because it will insure the equal protection for everyone everywhere. On the other hand, the global court can only function on a basis of the limited human rights catalogue, as it is practically impossible to make the states agree for a broad list of human rights and freedoms. The universality of the human rights is not generally recognized in the legal doctrine, given this fact and the current level of international cooperation in this sphere, then it seems logical to agree with the argument that regional human rights courts would be working more efficiently. Each region of the world differs depending on economic, social, historic, and other circumstances, but people in the particular region also share common culture and values. This approach is in compliance with the notion of the so-called soft universalism of the human rights [11; 12]. The benefit of such approach lies not only in the easier communication at the regional basis [2, 738], than at the global, but also that the standards for protection could be set higher, because the basic standards are common for the given region. Therefore, the higher standards of human rights protection could be built on the common ground and implemented through the treaties. The other possibility to ensure that the standards are improved is to apply the dynamic or evaluative interpretation, which is applied by the ECtHR. This means that the same article of the Convention provide for the higher protection standards as the conditions of life change.

The disadvantage of the regional human rights protection systems may lie in creation of the ‘exclusive’ protective mechanisms, which are available only for citizens of the particular states and emergence of too diverse human right standards. The option for diminishing this disadvantage is to give the right to apply for the protection to anyone, if the violation was made at the territory of the member-state.

The discussion is far from its end, but at this moment it is important to mention that universal human rights court would be a guarantee for protection of the basic rights for everyone, but as practice shows, perhaps it is more rational to have the well functioning and effective regional judicial bodies, than aim too high and receive a dysfunctional institution, which would be incapable to enforce its judgements.

Emergence and Development of the International Criminal Judicial Bodies

The development of the international criminal law has gone through a long way of ad hoc application and universal recognition of only war crimes according to the Hague Conventions of 1899 and 1907, were the war crimes were formally recognized by the international community, to emergence of the International Criminal Court, which has become the first permanent international criminal court.

Though, for a long time there had been no notion of crime in the sense of the international law, as well as there had been no means of capturing, trying or punishing criminals. Even though some scholars mention *salve trade* and privacy, as first wrongdoings tried before the international courts, it is important to remember that they were “not crimes against international law, but only constituted a special basis of States’ jurisdiction, otherwise restricted to crimes committed on its territory or by its nationals” [5, 125]. This shift from exclusively internal jurisdiction to international jurisdiction happened after 1945, and touched upon criminal law, but also upon the human rights law. The international community recognized the jurisdiction of various international courts.

The Nuremberg and Tokyo Criminal Tribunals were the first truly international tribunals, set the precedent for trials post factum of the war crimes and gave a way to the two criminal tribunals, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), both of which have been established by the U.N. Security Council acting under its Chapter VII powers [13]. These tribunals are ad hoc Tribunals and have limited scope of jurisdiction; their purpose is to restore international peace and security according to the art. 39 of the U.N. Charter. The functioning of the ICTY is in process of fulfilling its Completion Strategy [14]. The success of these tribunals in exercising international criminal justice inspired the international community to creation of the International Criminal Court (ICC). The Rome Statute of the International Criminal Court has been adopted on July 12, 1998² (the Rome Statute). On 17 July 1998, the international community reached an historic milestone when 120 States adopted the Rome Statute, the legal basis for establishing the permanent International Criminal Court [15]. The Rome Statute entered into force on 1 July 2002 after ratification by sixty countries.

In 1999 C. Romano wrote, “if the ICC is established, it will probably become a crowning moment of this era of international law and organization” [2,720]. Although this Court is still lacking an efficient mechanism for enforcement of its judgements, the mere fact of establishment of this institution is an important sign for the development of the international law. The jurisdiction of the ICC covers four most serious crimes of concern to the international community as a whole (the crime of genocide; crimes against humanity; war crimes; the crime of aggression) (art. 5 of the Rome Statute). The jurisdiction *ratione personae* of the ICC is limited to the State on the territory of which the conduct in question occurred; State of which the person accused of the crime is a national (art. 12 of the Rome Statute). Nevertheless, art. 13 of the Rome Statute provides for almost universal jurisdiction for the Court, because the Security Council of the UN can agree to grant the jurisdiction to the Court in any case of the abovementioned crimes.

Generally speaking, all cases pending at the ICC are against the nationals of the African states [16]. Consequently, the decision of the African Union from 2009 [17] about extension of the jurisdiction ACtHPR to deal with criminal matters is a very important one. The African Union agreed that the ACtHPR will try international crimes such as genocide, crimes against humanity and war crimes, which are the same crimes that the ICC has a mandate to deal with.

Now the international community faces the emergence of the new international judicial body, which is permanent and has jurisdiction in human rights and international criminal law. Actually, the regional international criminal court is nascent. The question then would be, are the arguments made in favor of the regional international human rights courts are relevant for the regional criminal courts, and if so, is there a need in a global criminal court, i.e. the ICC.

If the international criminal justice would develop into direction of regionalization, then the future regional international criminal courts should have the following features: they should be permanent; the list of basic crimes should be equal, but the regional peculiarities could be added; the subjects to be tried at those courts (*ratione personae*) should be any individuals, who committed the crimes against the citizens of the member states or at the territory of the member-state.

There is no guarantee that the regionalization of the international criminal judicial bodies will be successful, neither there is no clarity if it would develop in this direction. Though, the fact of the universal recognition of the most serious crimes shows that the globalized community is moving towards elimination of impunity at least in the outrageous crimes.

Reasons for Emergence and Proliferation of the International Judicial Bodies

During the last century international organizations changed the international relations and brought serious changes to the international law. The international judicial bodies are the international organizations with special function, so the reasons their emergence are partly the same.

The scholars A. Peters and S. Peter [18,170-185] describe three types of factors why international organizations emerged and developed since XIX century till now. A first type of factors are material ones, which include economic growth, technical progress and innovation, which lead to boosting of the international trade, and this in turn led to harmonization of the measures, terms and standards. The increased mobility of people led to necessity to create harmonized rules for their movement and organize health care system. A second type of factors was ideational factors. The scholars state that realist and idealist ideologies accompanied the increase of the interstate trade. They mention *un intérêt commun*, which often led to establishment of the international organizations, which at the beginning were rather technical ones (for example, Postal Union, Conseil supérieur de Constantinople, etc.), but furthermore the ideals of solidarity, pacifism, and democracy supported the development of the international law and organizations. A third type of factors were called the strategic ones: “[t]he international organizations served, first, as a back door to power” [18,180]. The participation in the international organizations meant power gain for some states, as well for non-state actors and entities. The international arena provided the possibility to bring up the issues, which were not yet open to discussion at state level, and for some states it opened the possibility to bring their own agenda to the organization. These factors are also applicable for the international judicial bodies.

Some scholars connect rise of the international judicial bodies with the gradual descend of the role of sovereign states and emergence of other players at international arena. According to Antonio Cassese the first non-state actors were created by the states themselves, which were the intergovernmental organizations [19,51]. This scholar asks a question whether ‘the state’s authority might be replaced by the power of community’. The international judicial bodies definitely have au-

² The Rome Statute has been adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 12 July 1998.

thority primarily given by the states, but currently in particular cases exceed the sovereignty of the states, as they have possibility to protect human rights of the citizens against their own governments and to punish war criminals throughout the world [1, 3-4].

A. Cassese also mentions, that the power of any international organization comes from the founding member states, and “formally speaking, all these organizations may be undone by legal fiat, through a treaty or a decision of all member States repealing the founding treaty” [19, 52]. Nevertheless, the development of the international organizations, including international tribunals, shows that with time passing the organizations exceed the power of the founding states. A. Cassese also points out the transfer of authority from member states to the international organization, he speaks particularly about the European Union [19, 52], but closer look at the international judicial bodies may show us, that transfer of authority to these organizations is even more visible. Ability to exercise the sovereign power within the borders of the state and over the citizens of this state is one of the most important characteristics of the sovereign state. While international judicial bodies, especially human rights and criminal ones, have authority to adjudicate in the field, which for centuries was an exclusive jurisdiction of a state.

The reasons of flourishing of the international organizations especially in 1990s are connected by C. Romano with the fall of the bi-polar world order and the demise of the Soviet Union [2, 729]. In opinion of this author the social Marxist ideology of the international relations prevented states from recognition and participation in the international judicial bodies, and with gaining independence newly formed states have been becoming the members of the international organizations, including judicial ones [2, 729-735].

The scholars, who are in favor of judicialization of international law claim, “adjudication by authentic international courts contributes to the legitimacy of international law, without which international cooperation is difficult or impossible to achieve” [1, 72]. The arguments are also made, that the international courts support the peaceful dispute resolution, because they make decisions based on “principle rather than power” [1, 72].

E. Posner and J. Yoo make argument that international tribunals play an important role in clarification of the provisions of a treaty or convention, as well as facts between the states [1, 22].

On the other hand, critics of the strengthening of the independence and widening of jurisdiction of the international tribunals state that the idea of international adjudication undermines sovereignty and democratic procedures [1, 5]. This concern was also mentioned by Henri Kissinger: “[international adjudication] is being pushed to extremes which risk substituting the tyranny of judges for that of governments; historically the dictatorship of the virtuous has often led to inquisitions and even witch hunts” [20]. It is difficult to agree with this position, because international courts are called to protect the most important values of the human society, hence for effective functioning they need to have sufficient power.

Nevertheless, legal professionals often overlook the significant difference between the international judicial body and national courts. The basic distinction lies in a coercion, which national judiciary has to enforce decisions and international one lacks. So, the important questions would be why do states comply with the judgements of the latter and what is a goal of existence of the international judiciary bodies? According to Andrew Guzman, the international judicial body produces interpretation of the existing relevant legal rules, context of their application, and relevant events. In this scholar's opinion, “[i]ts sole contribution to the dispute is information concerning what happened, what law governs, and how the law applies to the fact” [21, 179]. When the parties of the dispute have the same information about the disputed event from a respected

institution they are more likely to achieve a consensus, so their conflict will be solved.

If there is no effective method of coercion for the states to comply with the judgment, then the question about the very existence of the international tribunals is unclear. E. Posner and J. Yoo have an interesting approach why states chose to comply with the judgments: “there is a benefit from compliance as well. A state that complies retains the option to rely on tribunals in the future, for a state that routinely violated judgments would not credibly be able to propose international adjudication as a way of resolving a dispute with another state. Thus, a state will comply with the judgment if the cost of compliance is less than the future benefits of continued use of adjudication. The future benefits of adjudication can be high only if the tribunal performs well by resolving the dispute neutrally as between the disputing states. In other words, the tribunal must interpret the treaty or convention in a way that maximize its (ex ante) value to the parties” [1, 20]. These scholars apply here the prisoner's dilemma in repeated scenario of the game, which suggests that states would prefer to comply with the tribunal's judgments not because they respect the international law, but because compliance is beneficial for them [1, 15]. In case of the human rights tribunals, the state should be democratic in order to enforce the judgments. The difference is that decisions of such courts are always against the state, if the violation is proved. Moreover, the citizens of the state make claim against their own state, so the non-democratic governments would be very resistant to enforce such judgments. In the long run, they are not afraid to lose power; therefore benefit in their version of the prisoner's dilemma would be to ignore the decisions or not to accept the court's jurisdiction in the first place. Hence, in this situation only strong coercion from other states can change the approach of a non-democratic government.

The international judicial bodies have significantly changed the landscape of international relations, and cannot be further seen as just another mean of dispute resolution. In a way, this reflects the Weberian approach to the institutions, as the international judicial bodies are organized with the high enough level of logically formal rationality [22, 727, 729, 749] and are applying the law, which is consciously recognized by the states, i.e. is legitimized by them. Therefore, the international judicial bodies become the source of legitimate authority and receive the power of coercion, so the judgments are enforced by the states even if they are not threatened by sanctions.

The idea that the international judicial bodies need to have certain level of legitimization in the international arena is used through the mechanism of ratification, when the number of states has to ratify the treaty or statute of the institution. Nonetheless, this procedure does not seem to be working perfectly, while states sometimes are obliged to ratify particular treaty, or do it with specific restrictions. The ICC, for example, is not legitimized in the global community, so its activity is highly obstructed by politicians from different states. This argument might be used in favor of regional judicial bodies, both for human rights protection and criminal cases. Between the smaller groups of parties consensus is more realistic, hence the legitimization of the judicial institution would be higher, which will make the work of this institution more effective.

However, the existence of many regional judicial bodies potentially can create the contradictory jurisprudence. Now the international judicial institutions avoid conflicts, they use different juridical techniques to differentiate the cases, and, if needed, even use the self-restraint measures. Even though the stare decisis principle does not apply in the international law, the international judicial institutions try to make the case law consistent [23, 30-31]. The international judicial bodies are the response for globalized economy, growing interdependency of the different parts of the world, unprecedented historic mobility of people, and unification of the law, both national and international. The debate over the different kind

of the international courts and tribunals is a debate worth having, because the legal research of previous decades have not provided the vital solutions for the contemporary challenges. The international judicial bodies, especially the ones specializing in human rights protection and the ones deciding on the

cases of international crimes, are relatively new in the legal practice. Nevertheless, they shape the international as well as national law, leading to more pronounced unification of the legal standards in the most important areas, which are human rights and criminal law.

LITERATURE

1. Posner, E.A. & Yoo, J.C. 2005, "Judicial Independence in International Tribunals", *California law review*, vol. 93, no. 1, pp. 1-74.
2. Romano, C.P.R., 1998-1999, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 709.
3. Primary Documents in American History. Available: <http://www.loc.gov/flagship/luc.edu/rr/program/bib/ourdocs/jay.html> [2015, 12/25].
4. Barr, R. March 18, 2007, "Abolition's Bicentenary Revives the Memory of Slavery", *Washington Post*, pp. A15.
5. Fernández, J.A., 2012, "Hostes humani generis: Pirates, Slavers, and Other Criminals", in: *The Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Fassbender, B., A. Peters, S. Peter, and D. Högger, (OUP Oxford, 2012) edn, Oxford Handbooks in Law, Oxford, pp. 120.
6. Martínez, J.S., 2008, "Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law", *the Yale Law Journal*, vol. 117:550, pp. 550-641.
7. Slavery Convention (signed 25 September 1926, entered into force 9 March 1927) 60 *LNTS* 253.
8. Inter-American Court History. Available: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/> [2016, 01/13].
9. Establishment of the Court. Available: <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/court-establishment> [2015, 12/10].
10. African Court in Brief. Available: <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/brief-history> [2015, 10/12].
11. Donnelly, J., 2007, "The Relative Universality of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 29, pp. 281.
12. Schaumburg-Müller, S., 2008, "In Defense of Soft Universalism – a Modest, yet Presumptuous Position", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió*, vol. 62/63, pp. 113-116.
13. UN Documentation: International Law. Available: <http://research.un.org/flagship/luc.edu/en/docs/law/courts>
14. Completion Strategy Report: Prosecutor Brammertz's address before the United Nations Security Council, Press Release. Available: <http://www.icty.org/sid/11599>, [2015, 12/10].
15. Official web-site of the International Criminal Court. Available: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx [2015, 12/12].
16. International Criminal Court, All Cases. Available: <http://www.icc-cpi.int/> x [2016, 01/12].
17. Basic Facts about the African Court on Human and Peoples' Rights, Extension of Jurisdiction of the Court to Deal with Criminal Matters. Available: <http://www.african-court.org/en/index.php/component/content/article/2-home/140-basic-facts> [2015, 12/12].
18. Peters A., Peter, S., 2012, "International Organizations: Between Technocracy and Democracy", in: *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. B. Fassbender, A. Peters, S. Peter & D. Högger, Oxford Handbooks in Law (OUP Oxford) edn, Oxford.
19. Cassese, A., 2012, "States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community", in: *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. B. Fassbender, A. Peters, S. Peter & D. Högger, Oxford Handbooks in Law (OUP Oxford) edn, Oxford.
20. Kissinger, H., 2002, "Does America Need A Foreign Policy? Toward A Diplomacy For the 21st Century", [cited by: p. 5, Posner, E.A. & Yoo, J.C. 2005, "Judicial Independence in International Tribunals", *California law review*, vol. 93, no. 1, pp. 1-74].
21. Guzman, A.T., 2008, "International Tribunals: A Rational Choice Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, no. 1, pp. 171-235.
22. Trubek, D. M., 1972, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", *Wis. L. Rev.* 720 ().
23. Romano, C.P.R., 2007, "El lado oscuro de la luna: fragmentación de las instituciones que aplican normas jurídicas internacionales", *Puente @ Europa*, vol. 5, no. 2, July 2007, pp. 28-36.

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ПРОФОРМ ЧАРТЕРІВ У ПРОЦЕСІ ФРАХТУВАННЯ МОРСЬКИХ СУДЕН

SPECIAL ASPECTS OF USING PRO FORMA OF CHARTER PARTIES IN THE PROCESS OF THE CHARTERING THE VESSEL

Крисань Т.Є.,
к.ю.н., доцент

Національний університет «Одеська морська академія»

Каліна Н.В.,
курсант VI курсу факультету морського права та менеджменту
Національний університет «Одеська морська академія»

У статті проаналізовано значення проформ під час укладання договорів фрахтування морських суден. Проводиться класифікація проформ чартерів за різними критеріями. Характеризується структура чартеру та наводяться приклади найпопулярніших проформ. Надається перелік головних реквізитів, передбачених законодавством. Наведені рекомендації щодо використання англійського права у чартері.

Ключові слова: фрахтування, фрахтування судна, проформа, рейсовий чартер, тайм-чартер, бербоут-чартер.

В статье проанализировано значение проформы при заключении договоров фрахтования морских судов. Проводится классификация проформ чартеров по различным критериям. Характеризуется структура чартера, и приводятся примеры самых популярных проформ. Приводится перечень основных реквизитов, предусмотренных законодательством. Указаны рекомендации относительно использования английского права в чартере.

Ключевые слова: фрахтование, фрахтование судна, проформа, рейсовый чартер, тайм-чартер, бербоут-чартер.

The author stipulates that charter party is the contract between the owner of a vessel and the charterer for the use of a vessel. The example shows three charter parties, namely the voyage charter, time charter, bareboat charter.

The article analyzes the importance of pro forma to conclude contracts of chartering of the vessels. Such a contract is not settled by international legal acts. Therefore the use of pro forma is an accepted practice in the international private maritime law. Due to the analysis, the author classifies charters pro forma according to various criteria. The author characterizes the structure of the charter and provides examples of the most popular charters pro forma. The most popular charters have been developed by associations of owners of the ship, charterers, freight brokers and other parties, who are involved in international transportation. The significant role in creating the charters pro forma played Baltic and International Maritime Council. The Baltic and International Maritime Council is the world's largest international shipping association. The author provides a list of the main requisites stipulated by Ukrainian law. Particular attention is paid to the Merchant Shipping Code of Ukraine which entered into force on May 23, 1995. Merchant Shipping Code of Ukraine regulates relations arising from merchant shipping. Also in the article author indicates recommendations on use of English law in the charter party and its specificity according to the Ukrainian practice.

Key words: chartering, chartering vessels, pro forma, voyage charter, time charter, bareboat charter.

Постановка проблеми. Правове регулювання договору фрахтування морського судна є доволі складним питанням. Не існує універсальної конвенції, наприклад Міжнародної конвенції про чартер, яка б висвітлювала умови та основні питання укладення такого договору. У зв'язку із цим чартер, безумовно, є яскравим прикладом вільного договору. Складність відносин, що впливають із фрахтового договору, різноманітність умов, у яких відбувається морське перевезення вантажів, нарешті, обмежений час, що є у розпорядженні сторін для переговорів, – усе це зумовлює практичну неможливість заново формулювати всі умови договорів під час укладення кожної конкретної угоди. Тому загальноприйнятим у сучасному торговельному мореплаванні є використання типових проформ чартерів. І в даному аспекті неможливо обійти увагою роль англійського морського права, що впливає на такі проформи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід підкреслити, що дане питання є доволі складним, тому науковці приділили велику увагу характеристиці проформ та їх видів. Зокрема, зазначеним питанням присвячено праці таких науковців: О.М. Шемякіна, А.А. Ніцевича, Н.Б. Мирошніченко, Р.П. Ярмолевича, О.Д. Несімко.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми. У статті проводиться аналіз проформ чартерів, їх класифікація та розглядається структура. Піднімається проблема застосування англійського права у проформах чартерів. Виділяються позитивні та негативні сторони застосованого права.

Формулювання цілей статті. Головною метою цієї статті є аналіз значення проформ чартерів при укладанні

договору фрахтування морського судна. У цьому аспекті розглядається вплив англійського права на проформи чартерів, проводиться класифікація чартерів, характеризуються основні складові проформ та наводяться приклади найвідоміших проформ рейсового, тайм- та бербоут-чартерів.

Виклад основного матеріалу. Організація морських перевезень вантажів включає безліч операцій, кожна з яких по-своєму важлива в цьому процесі. Серед них певне місце займає морське фрахтування. Договір фрахтування можна розглядати в широкому і вузькому сенсі. Так, у широкому сенсі фрахтування суден – це бронювання суден, тобто «вторговування» умов закупівлі основної продукції транспортної галузі – перевезень. У вузькому сенсі фрахтуванням називається найм суден [1, с. 7]. Специфічною особливістю укладання договору фрахтування є використання проформ чартерів. А обсяг прав і обов'язків сторін обумовлюється безпосереднім вибором певної проформи чартеру.

У розробці типових проформ чартерів основну роль відіграли об'єднання судновласників держав, що володіють великим торговим флотом, зокрема Англії та інших європейських країн. Значну роль у створенні проформ чартерів відіграла Балтійська і міжнародна морська рада (далі – BIMCO). Більшість проформ передбачають застосування англійського матеріального права до цих договорів.

На міжнародному фрахтовому ринку для укладання угод нині використовуються кілька сотень різних типових проформ чартерів, які можуть бути систематизовані за принципом розробки, сфери використання та формі побудови.

За принципом розробки розрізняються рекомендовані та приватні проформи. До рекомендованих належать типові проформи чартерів, розроблені, рекомендовані і схвалені великими міжнародними або національними організаціями судновласників і судових брокерів (BIMCO, FONASBA, Генеральна рада Британського судноплавства та ін.). Такі проформи надійно захищають інтереси судновласника-фрахтувальника при трактуванні всіх комерційно-правових умов договору. До приватних належать проформи, розроблені в односторонньому порядку великими вантажовідправниками або їх спілками. Як правило, ці проформи передбачають ті чи інші переваги для фрахтувальника за рахунок перевізника.

За сферою використання розрізняються спеціальні та універсальні проформи. Спеціальні (спеціалізовані) проформи розроблені на сьогодні для всіх видів масових вантажів, що відображають особливості перевезень і враховують специфіку умов обробки суден і місцеві звичаї в різних портах і країнах, торговельну практику основних груп експортерів. Універсальні проформи розробляються міжнародними організаціями судновласників і призначені для використання при перевезеннях штучних, навалювальних або лісових вантажів на тих напрямках, де немає спеціалізованих чартерів, або застосовуються за погодженням партнерів по угоді. Найбільше поширення в практиці міжнародного судноплавства отримала універсальна проформа «Gencon», рекомендована BIMCO.

За розташуванням матеріалу і формою побудови розрізняються чартери архаїчного типу і сучасні, так звані американські проформи. У чартерах архаїчного типу розташування статей не структуроване, що ускладнює роботу з ними [2, с. 30-32].

Чартери сучасного типу складаються з трьох частин. Перша з них – це так звана боксова форма, оскільки являє собою таблицю й усі відомості в ній містяться у так званих боксах (міститься уся змінна інформація). За наявності суперечностей між частинами проформи положення першої (боксової) частини проформи є превалюючим [3, с. 181-182]. Друга частина – це сама проформа чартеру, що містить інформацію, яка повніше розкриває зміст відомостей боксової частини. Вона складається з трьох розділів: преамбули, де вказуються сторони, місця і дати укладення договору.

Під час узгодження комерційних умов чартеру, особливо якщо переговори ведуться на базі застарілої проформи, виникає необхідність зміни великого числа стандартних формулювань. Внесення численних доповнень і коригувань у типографський текст ускладнює оформлення та вивчення чартеру. Тому загальноприйнятою є практика, коли відповідні умови типової проформи просто закреслюються, а замість них формулюються нові. Знову сформульовані або додаткові статті договору об'єднуються і мають назву аддендум або райдер. Найбільш часто в аддендумі формулюються такі умови договору: повний опис судна; умови оплати фрахту; розподіл витрат за вантажними роботами; розрахунок сталі; перевірка готовності трюмів; розподіл витрат по оплаті зборів із вантажу, фрахту і судна; оплата екстрастраховки; взаємовідносини сторін у разі завдання шкоди судну стивідорами фрахтувальника та ін.

Аддендуми (райдери) також можуть оформлятися окремо – таким чином вони, складають третю частину чартеру. Зазвичай це приватні доповнення до чартеру щодо даного конкретного рейсу і, як правило, конфіденційні.

Великі судновласники, фрахтівники і навіть брокери, які постійно працюють на даному ринку, мають свій відкоригований варіант типової проформи чартеру і стандартний аддендум до нього, які при належній кон'юнктурі ринку прагнуть повністю включити в чартер [2, с. 32-33].

Аналізуючи рейсовий чартер, слід зазначити, що предметом такого договору виступатиме саме судно, частина

або окремі судові приміщення, а також послуги з перевезення вантажу, на відміну від того ж самого договору перевезення вантажу, предметом якого є лише надання послуги з перевезення визначеного вантажу. Договір рейсового чартеру є консенсуальним [3, с. 181].

Проформи рейсових чартерів бувають універсальними, тобто використовуваними для укладення договорів перевезення будь-яких вантажів, для яких немає особливих (спеціалізованих) проформ. Найбільш поширеною універсальною проформою є Gencon. Проформа Gencon була вперше розроблена в 1922 році, а в 1976 році до неї була додана боксова форма, і друга частина стала містити незмінні стабільні юридичні умови перевезення вантажу. Нині широко використовується проформа GENCON 94, переглянута BIMCO в 1994 році [4]. Крім того, морське перевезення цементу регулюється Cementvoy Charter Party 2006 року, розробленим BIMCO, рейсовим чартером для перевезення вугілля Polcoalvoy 1997 чи Nipponcoal, яка була розроблена Комітетом з документації Японської судноплавної біржі та видана BIMCO. При перевезенні деревини дуже часто користуються проформи Nubaltwood або Russwood. А ось Gasvoy 2005 був розроблений спільно BIMCO та профільними фахівцями для перевезення газу [5].

Обсяг рейсового чартеру досить значний, однак застосування його стандартної форми дозволяє фрахтувальнику і фрахтівнику (за умови правильного вибору проформи), як правило, заповнювати лише її першу сторінку, де містяться змінні реквізити (найменування сторін договору, назва судна, порту відправлення і порту призначення та тощо) [6, с. 323-324].

Національне законодавство України детально не регламентує питання, які повинні бути врегульовані чартером, і не дає вичерпного переліку його реквізитів. У статті 136 КТМ України міститься лише тільки перелік основних реквізитів, тобто тих, без яких не може існувати сам рейсовий чартер. До них належать: найменування сторін, судна і вантажу, порту відправлення і призначення (або місця направлення судна). До рейсового чартеру можуть бути включені за згодою сторін інші умови і застереження [7, ст. 136].

Крім рейсового чартеру, велику увагу слід приділити договорам фрахтування на час, а саме: тайм-чартеру та бербоут-чартеру. Говорячи про ці види договору фрахтування на час, слід зазначити, що такі договори укладаються у будь-яких цілях торговельного мореплавства. Предметом тайм-чартеру виступатиме саме судно та послуги екіпажу, на відміну від бербоут-чартеру, де предметом буде лише судно. Ці договори є консенсуальними, тобто такими, що є дійсними з моменту досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов. Сторонами таких договорів виступають судновласник та фрахтувальник. Причому за тайм-чартером право володіння судном належить судновласнику, відповідно, право користування – фрахтувальнику, чого не можна сказати про бербоут-чартер. За бербоут-чартером право володіння і користування судном належить фрахтувальнику.

Реквізити договору фрахтування судна на певний час на практиці мають дуже важливе значення. Як правило, використовуються типові проформи договору, розроблені зацікавленими організаціями. Застосування цих проформ сприяє тому, що в кожному конкретному випадку сторонам доводиться погоджувати лиш окремі умови договору, а не виробляти весь договір у цілому [6, с. 378].

Відносини з приводу фрахтування судна взагалі і з приводу фрахтування тимчасово зокрема не регулюються в імперативному порядку ні на міжнародному, ні на національному рівні, так що ці відносини є предметом локального регулювання за допомогою договорів, які укладаються між приватними особами – учасниками фрахтування судів, у тому числі і тайм-чартерного фрахтування. У зв'язку із цим особлива увага у дослідженні тайм-чартеру приділяється проформі тайм-чартерів.

Мабуть, найбільш універсальною і відпрацьованою проформою тайм-чартеру вважається «Baltimex». Ця проформа була прийнята в 1909 р. ВІМСО (на той час – Балтійська і Біломорська морська конференція) і схвалена Палатою судноплавства Сполученого Королівства.

Для тайм-чартерного фрахтування суховантажних суден Нью-Йоркською товарною біржею розроблена проформа «NYPE» [1, с. 14]. Після трьох років обговорень, у 2015 році, була ухвалена нова редакція даної проформи, яка називається «NYPE 2015». На відміну від «NYPE 93», «NYPE 2015» містить 57 статей. За прогнозами фахівців, нова проформа «NYPE» повинна стати популярною в морському бізнесі [8]. Для фрахтування танкерів використовуються проформи «Intertanktime», «Shelltime» та ін. Фрахтування лінійного тоннажу проводиться за проформою «Linetime», «Франктайм» – у Франції, «Дойцайт» – у Німеччині. Для тайм-чартерного фрахтування суден-газовозів підходить проформа «Gaztime», а контейнеровозів – «Boxtime». Фрахтування суден-рефрижераторів проводиться відповідно до проформи «Ріфертайм». Незважаючи на значну популярність і поширеність цих проформ, вони піддаються критиці у зв'язку з розпливчатістю формулювань, їх суперечливістю, недостатньою відповідністю практиці і недостатньою збалансованістю інтересів судновласників і фрахтувальників. Неодноразове коригування проформ не принесло бажаного результату. Саме це підштовхнуло ВІМСО розробити абсолютно нову проформу [1, с. 14-15]. У 1999 р. в ВІМСО була вироблена нова проформа «Gentime». Ця проформа була покликана замінити багато популярних проформ, оскільки в них виявилися серйозні недоліки, що виявилися у комерційній практиці і під час розгляду спорів у судах та арбітражах. На думку багатьох дослідників і практиків, ця проформа дуже зручна [9].

Говорячи про бербоут-чартер, слід зазначити, що до найбільш використовуваних типових проформ належать: «Barecon-A» – фрахтування суден, що перебувають в експлуатації, яка була видана ВІМСО в 1974 році; «Barecon-B» – фрахтування споруджуваного судна, яка була видана ВІМСО в тому ж році. У 1989 році були об'єднані ці дві проформи, які склали найбільш популяр-

ну проформу бербоут-чартеру – «Barecon -89», яка придатна для фрахтування як суден, що перебувають в експлуатації, так і споруджуваних суден.

Висновки. Незважаючи на вищенаведені проформи, все ж таки ст. 205 КТМ України встановлює перелік обов'язкових реквізитів, які повинні бути в договорі фрахтування судна на певний час. До них належать: найменування сторін договору, назва судна, його технічні й експлуатаційні дані (вантажопідйомність, вантажомісткість, швидкість тощо), район плавання, мета фрахтування, розмір фрахту, термін дії договору, місце приймання і здавання судна [7, ст. 205].

У міжнародній практиці не існує універсального міжнародного нормативно-правового акта, який би передбачав регулювання договору фрахтування морського судна. У зв'язку з цим провідними організаціями судновласників, фрахтувальників, брокерів і т.д., найвпливовіших морських держав були розроблені типові проформи чартерів, які регулюють відносини між сторонами. При цьому проформи передбачають застосування англійського права та розгляду справ в арбітражі у Лондоні.

Слід вказати позитивні та негативні сторони таких проформ, де сторони навмисно чи через незнання вибирають англійське право. До позитивних сторін вибору англійського права можна віднести те, що дуже багато перевізників, судновласників, фрахтувальників обирають англійське право як сукупність правил, які регулюватимуть відносини по договору. Це пов'язано з прозорістю, логікою та стабільністю англійської правової системи у сфері мореплавства і морської торгівлі. Але, крім усіх переваг, які можуть виділити для себе українські компанії, є ще те негативне, із чим вони можуть стикнутися. Перш за все, англійське право повністю відрізняється від українського законодавства, тобто дуже мало юристів в Україні є компетентними у цій сфері. Друга проблема – це, безумовно, фінансова сторона питання. Насамперед, розгляд справи не є дешевим, та й вартість послуг англійських юристів, які консультують та беруть участь у процесі, набагато вища, ніж українських. Тому, обираючи ту чи іншу проформу, треба розуміти, чи буде вигідно це для сторін.

ЛІТЕРАТУРА

1. Фрахтование судов и демередж / [Ницевич А.А.-А., Мельников Н.В., Мирошниченко Н.Б., Скоробогатов А.В., Лебедев В.П.]; под ред. Н.Б. Мирошниченко. – Одесса: Фенікс, 2013. – 112 с.
2. Ярмолович Р.П. Фрахтування морських суден: Конспект лекцій / Р.П. Ярмолович – Одеса: Видавничо-інформ. ОНМА, 2007. – 160 с.
3. Несімко О.Д. Особливості договору морського чартеру / О. Д. Несімко // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2014. – № 807. – С. 180–186.
4. Мирошниченко Н. Канцелирование чартера [Електронний ресурс] / Н. Мирошниченко, Д. Загороднюк // Морское Страхование. – 2013. – Режим доступа : <http://interlegal.com.ua/ru/publikacii/kancelirovanie-chartera/>
5. Impact of affreightment. Impact of the Monalisa project proposals on selected aspects of charter parties and contracts of carriage by sea. 2014: [Electronic resources]. – Access for the website : <http://monalisaproject.eu/wp-content/uploads/Monalisa-Impact-on-affreight-2014.pdf>
6. Шемякін О.М. Міжнародне приватне морське право / О.М. Шемякін – Одеса: ЛАТСТАР, 2000. – 272 с.
7. Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. – Ст. 349.
8. Anchors aweigh? Considering the revised time charterparty – “NYPE 2015” [Electronic resources]. – Access for the website : <http://www.hellenicshippingnews.com/anchors-aweigh-considering-the-revised-time-charterparty-nype-2015/>
9. Мирошниченко Н. Тайм-чартер: положення, касаючісся вывода судна из аренды (off-hire). Часть 1 [Електронний ресурс] / Н. Мирошниченко, Д. Загороднюк // Морское Страхование. – 2013. – Режим доступа : <http://interlegal.com.ua/ru/publikacii/off-hire-part-1/>

**Державний вищий навчальний заклад
«Запорізький національний університет»
Міністерства освіти і науки України**

**Електронне наукове фахове видання
«Юридичний науковий
електронний журнал»**

№ 1, 2016

**Запорізький національний університет
Запоріжжя 2016**